

UNIVERSITÉ DES ANTILLES
FACULTÉ DE DROIT ET D'ÉCONOMIE DE MARTINIQUE

L'ENTRÉE PAYANTE DANS LE CONTRAT

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue publiquement par :

Madame Manuella ÉRIMÉE-CHANTEUR

Le 4 septembre 2017

Membres du jury :

Monsieur Jean-Jacques ANSAULT

Professeur à l'Université de Rouen

Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

Madame Claire DEBOURG

Professeur à l'Université des Antilles

Monsieur Jérémy JOURDAN-MARQUES

Professeur à l'Université des Antilles

Monsieur Frédéric LECLERC

Professeur à l'Université de Perpignan

Membre invité :

Monsieur Georges VIRASSAMY

Professeur à l'Université des Antilles

La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Remerciements

Je remercie M. le Professeur Georges VIRASSAMY pour la confiance qu'il m'a accordée en acceptant d'encadrer mes travaux de recherche ainsi que pour ses conseils et ses relectures minutieuses. Ces années passées sous sa direction ont été riches d'enseignements. Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma profonde gratitude.

Je souhaite également exprimer ma reconnaissance au personnel administratif et enseignant de la Faculté de Droit de l'UA pour leurs encouragements chaleureux et à Micheline LE PIMBEC pour sa gentillesse et sa disponibilité.

Mes remerciements vont enfin à mon époux, à ma famille et à mes amis pour leur soutien indéfectible. J'ai une pensée toute particulière pour ma sœur Véronique et mes amis doctorants Yanal, Cindy et Héloïse. Qu'ils soient remerciés de leurs précieuses contributions morale et matérielle.

À la mémoire de ma mère

À mon époux Harry.

Liste des principales abréviations

Administrer	Revue Administrer
AJ	Actualité jurisprudentielle du recueil Dalloz
AJDI	Actualité juridique Droit immobilier
Al.	Alinéa
Art.	Article
Ass.	Assemblée
Aut. conc.	Autorité de la concurrence
Cass., Ass. plén,	Assemblée plénière de la Cour de cassation
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C.	Code
c/	Contre
C. baux	Code des baux
CCC	Contrats Concurrence Consommation
CCH	Code de la construction et de l'habitation
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. communic.	Code de la communication
C. consom.	Code de la consommation
CE	Conseil d'Etat
CGI	Code général des impôts Dalloz
ch.	Chambre
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la cour de cassation
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'union européenne
C. mon. fin.	Code monétaire et financier
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comp.	Comparer
concl .	Conclusions
Cons conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Contra	Solution contraire
CPCE	Code des postes et des communautés électroniques
C. pén.	Code pénal
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
C. trav.	Code du travail
D.	Recueil Dalloz
D. Affaires	Dalloz Affaires

D. AJ.	Recueil Dalloz, Actualité jurisprudentielle
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Doctr.	Doctrine
esp.	Espèce
Gaz. Pal.	Gazette du palais
GAJC	Grands arrêts de la jurisprudence civile
ibid.	Au même endroit
infra	Ci-dessous
IR	Informations rapides du Recueil Dalloz
J.	Jurisprudence
J.-Cl. Conc. Consum.	Juris-Classeur Concurrence et Consommation
J.-Cl. Contr. Distr.	Juris-Classeur Contrats et Distribution
JCP	Juris-Classeur périodique
JCP E	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
JCP N	Juris-Classeur périodique, édition notariale
JO	Journal officiel
LPA	Les petites affiches
n°	Numéro
obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
p.	Page
Pan.	Panorama
préc.	Précité
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
Rép. civ.	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com.	Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép min.	Réponse ministérielle
Rev. conc. consom.	Revue de la concurrence et de la consommation
RG	Répertoire général
RJ com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Somm.	Sommaires
supra	Ci-dessus
T.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
V.	Voir
V° ou v ^{is}	Mot ou mots

Résumé

La présente étude se propose de théoriser la pratique de l'entrée payante dans le contrat. Elle peut être envisagée comme l'obligation monétaire préalable et déterminante imposée à l'une des parties, conditionnant la conclusion d'un contrat. La réunion sous ce seul vocable d'un certain nombre d'obligations précontractuelles permet de dégager une vision unitaire de la question, avant de s'attacher à leurs particularités. L'entrée payante connaît, de fait, diverses manifestations et ses justifications le sont tout autant. « *Engagement* » ou « *supplément* », la validité de ces obligations interroge nécessairement au regard du principe de la liberté contractuelle. Si l'on ne peut nier l'existence d'instruments juridiques susceptibles d'en assurer le contrôle, ce dernier demeure néanmoins non efficient. Dès lors, doit être sérieusement envisagée la création d'une norme générale encadrant ces pratiques.

Mots-clefs

Entrée payante - contrat - obligation monétaire précontractuelle - « entrée engagement » - « entrée supplément » - liberté contractuelle - justifications - validité - contrôle.

Summary

This study intends to theorize the application of admission charge into contracts. It can be regarded as a preliminary and decisive monetary obligation imposed upon one of the parties, determining the finalization of the contract. The union of several pre-contractual duties under this sole term allows to put forward a unified vision of the question before going into particularities. *De facto*, admission charge is subject to various manifestations and so are its justifications. « *Engagement* » or « *supplementary* » pre-contractual monetary obligation issues continue to arise regarding the validity of these obligations in accordance with the principle of freedom of contract. While there can be no denying the existence of legal instruments likely to ensure its regulation, it remains inefficient nonetheless. Henceforth, creating a general standard to regulate such practices ought to be seriously considered.

Keywords

Admission charge – contract – pre-contractual monetary obligation – « engagement pre-contractual monetary obligation » – « supplementary pre-contractual monetary obligation » – freedom of contract – justifications – validity – control.

Sommaire

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE - JUSTIFICATIONS DES ENTRÉES PAYANTES

Titre 1 - L'entrée payante, signe du sérieux de l'engagement

Chapitre 1 - L'entrée payante : la mesure du sérieux de l'engagement

Chapitre 2 - Manifestations des entrées payantes « engagement »

Titre 2 - L'entrée payante, paiement supplémentaire du droit de contracter

Chapitre 1 - La notion de « supplément »

Chapitre 2 - Manifestations et finalités des entrées payantes « supplément »

SECONDE PARTIE - VALIDITÉ DES ENTRÉES PAYANTES

Titre 1- Validité différenciée des entrées « engagement » et « supplément »

Chapitre 1 - Validité sous conditions des entrées payantes « engagement »

Chapitre 2 - Validité controversée des entrées payantes « supplément »

Titre 2 - Validité des entrées payantes contrôlée par le juge

Chapitre 1 - Contrôle fondé sur la théorie générale des obligations

Chapitre 2 - Contrôle spécifique des entrées payantes

CONCLUSION GENERALE

Bibliographie

Index alphabétique

Table des matières

Introduction

« Il en est ainsi de votre liberté qui quand elle perd ses entraves, devient elle-même l'entrave d'une liberté plus grande encore. »¹

« La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi. »²

1. - Payer pour contracter... L'expression paraît contre-nature tant on sait la place accordée par notre droit à la liberté contractuelle³. Si la gratuité de l'accès au contrat est le principe, il est toutefois des hypothèses dans lesquelles un versement conditionne la conclusion du contrat, où une entrée payante est exigée. L'on pourrait préjuger de l'exceptionnalité de la pratique. Il n'en est rien. Bien au contraire, l'entrée payante dans le contrat est une réalité, somme toute, ordinaire.

2. - Pourtant, l'expression est nouvelle, ni la loi ni la doctrine n'y font allusion. Il est vrai que le versement de l'entrée payante intervient durant la phase précontractuelle, période initialement négligée par notre droit⁴ mais cet unique motif ne suffit pas à expliquer cette omission. En réalité, si l'entrée payante est à ce point ignorée en dépit de son omniprésence,

¹ K. GIBRAN, *Le prophète*, Albin Michel, 1996, p. 80

² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, art. 4.

³ Cela est encore plus vrai depuis l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016 qui consacre, dans le nouvel article 1102 du Code civil, le principe de liberté contractuelle. De ce principe, découle d'ailleurs la liberté des négociations précontractuelles, inscrite au nouvel article 1112.

⁴ Le Code civil s'est longtemps montré silencieux sur ce point. L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016) y crée un nouveau chapitre II consacré à « *La formation du contrat* » comprenant notamment une section 1 intitulée « *La conclusions du contrat* ». Celle-ci se subdivise en quatre sous-sections nommées respectivement « *Les négociations* », « *L'offre et l'acceptation* », « *Le pacte de préférence et la promesse unilatérale* » et « *Dispositions propres au contrat conclu par voie électronique* ». Ces diverses mesures instaurent un cadre légal spécifique à la période précontractuelle. On relèvera notamment avec intérêt que le législateur place au cœur de ce dispositif l'exigence de bonne foi et le devoir d'information. Force est de constater, par ailleurs, que seuls deux avant-contrats sont visés nommément et régis par les nouveaux textes à savoir le pacte de préférence et la promesse unilatérale. Ce choix, surprenant au premier abord, est sans nul doute lié au fait qu'ils posent davantage de difficultés dans leur mise en œuvre et qu'ils sont, de plus, l'objet de controverses doctrinales.

c'est aussi en raison de son caractère particulièrement protéiforme. Méconnue car noyée sous des appellations diverses, elle souffre d'un manque de visibilité et partant, de l'absence d'une nécessaire prise en considération. Cet état de fait commande l'étude de l'entrée payante. Il importe en effet de lever le voile sur une pratique trop longtemps restée dans l'ombre. Elle sera nécessairement envisagée en tant que notion composite. De fait, il n'y a pas une mais des entrées payantes.

La réunion sous un seul vocable d'un certain nombre de pratiques permet de dégager une vision unitaire de la question avant de s'attacher aux particularités de ses manifestations. La démarche conduira ainsi à rassembler les entrées payantes pour ensuite mieux pouvoir les confronter, les comparer afin de distinguer l'acceptable de l'inacceptable.

3. - Mais que faut-il entendre précisément par « entrée payante dans le contrat » ?

Cette notion, telle que nous l'envisageons, n'est pas sans présenter quelques subtilités et ce, à de multiples égards.

En premier lieu, il convient de revenir, en guise de prélude, sur la définition du contrat⁵ dont l'importance, peut, du reste, sembler décuplée en raison de la récente réforme du droit des obligations. De fait, le contrat, défini à l'origine par les pères du code civil comme « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* »⁶ a vu sa définition jusqu'alors inchangée, renouvelée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016⁷. Il est regardé désormais, selon les termes du nouvel article 1101, comme « *un accord de volonté, entre deux ou plusieurs personnes, destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »⁸

La réécriture ainsi opérée appelle plusieurs remarques. Tout d'abord, on constate la substitution de l'expression « *accord de volonté* » au terme « *convention* »⁹. On note ensuite la

⁵ Etymologiquement (v. A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, T. 1, Le Robert, 2006, p. 874, v° *Contrat*), le contrat, d'abord *contract* (1370) est emprunté au bas latin juridique *contractus* signifiant « convention, pacte, accord », dérivé de *contrahere* « prendre engagement ». La forme savante a évincé la forme la plus populaire *contraut* (1254), encore relevée au XVI^e siècle.

⁶ C. civ., art. 1101 anc. (dans sa version antérieure à l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016).

⁷ Entrée en vigueur le 1^{er} octobre 2016.

⁸ C. civ., art. 1101 nouv. (issu de l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016).

⁹ Faut-il déduire pour autant que le contrat n'est plus une espèce de convention ? Il ne saurait en être question. Le contrat est et demeure une espèce de convention qui est, rappelons-le, une notion plus large que le contrat incluant tout accord de volontés destiné simplement à produire des effets de droit. Cette retouche ne

disparition de la référence à la trilogie classique mais discutée¹⁰ des obligations de donner, de faire ou de ne pas faire au profit de l'énumération des effets du contrat à savoir « *créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Quoiqu'inspirée de la lettre originelle de l'article 1101, la nouvelle définition du contrat se veut résolument plus moderne et accessible¹¹. L'accent est mis sur la nature du contrat en sa qualité d'accord de volontés ainsi que sur ses effets. Force est de constater d'ailleurs que ces derniers sont entendus largement puisqu'ils englobent la création mais aussi la modification, la transmission et l'extinction des obligations. Ce faisant, le législateur a remanié, sans doute par souci didactique, la définition proposée par le Projet de réforme¹² qui lui, faisait simplement référence à « *la création d'effets de droit* »¹³.

En second lieu, on ne manquera pas de souligner les similitudes de cette nouvelle définition et de celle de l'alinéa 1^{er} de l'article 1^{er} du Code européen des contrats de l'Académie des privatistes européens : « *le contrat est l'accord de deux ou plusieurs parties destiné à créer,*

participe en réalité qu'à la simplification et partant, à l'accessibilité du texte. L'on conviendra sans peine, en effet, qu'« accord de volonté » est plus éloquent pour les profanes que « convention » dont il faut pouvoir saisir le sens. Or, l'un des objectifs précisément affichés par l'ordonnance est de faciliter l'accessibilité et la lisibilité du texte pour l'ensemble des citoyens. En ce sens, le Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 (JORF n° 0035 du 11 février 2016, texte n° 25) a précisé que « *Le style du code civil, dont l'élégance n'est pas contestable, n'est toutefois plus facilement compréhensible pour l'ensemble des citoyens, et certaines formulations sont aujourd'hui désuètes. L'ordonnance rend ces dispositions plus accessibles, par l'usage d'un vocabulaire contemporain, et des formulations plus simples, plus explicites, tout en conservant la concision et la précision qui caractérisent le code civil.* »

¹⁰ Il était reproché à ces catégories d'être essentiellement descriptives (v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précitée). Par ailleurs, nombreux sont les auteurs à les avoir critiquées. D'aucuns les regardaient comme trop pauvres, y ajoutant l'obligation de praestere (G. PIGNARRE, *À la redécouverte de l'obligation de praestere, Pour une relecture de quelques articles du code*, RTD civ. 2001, p. 41 et s.). D'autres jugeaient certaines de ces catégories superflues (M. FABRE-MAGNAN, *Le mythe de l'obligation de donner*, RTD civ. 1996, p. 85 et s.) ou redondantes (J. CARBONNIER, *Les obligations*, Droit civil, t. IV, 20^e éd., coll. Thémis droit privé, PUF, 1996, n° 10, p. 34 : « *ne pas faire, n'est-ce pas encore faire le rien ?* »).

¹¹ En ce sens, v. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance précédemment cité.

¹² Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations du 25 février 2015, art. 1101 : « *Un contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer des effets de droits.* » Sur l'étude détaillée du Projet : v. M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Analyses et propositions*, Dalloz, 2015 ; N. DISSEAUX et Ch. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire article par article*, Dalloz, 2015. V. aussi L. LEVENEUR (dir.), *Dossier spécial Code civil, Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2016.

¹³ La définition lapidaire et évasive issue du Projet de réforme a suscité quelques interrogations doctrinales sur sa pertinence et quant à sa portée (V. entre autres, G. GUERLIN, *Contrat et convention (Projet, art. 1101, 1194 et 1329)* in M. LATINA et G. CHANTEPIE (dir.), *op. cit.*, p. 2 et 3 ; N. DISSEAUX et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 3. La nouvelle formule est plus explicite puisque les effets de droit y sont clairement énumérés. Il apparaît ainsi que la modification apportée par l'ordonnance n'est que de pure forme. Corrigée, la définition du contrat apparaît plus abordable et moins propice aux ambiguïtés.

*régler, modifier ou éteindre un rapport juridique qui peut comporter des obligations et d'autres effets même à la charge d'une seule partie. »*¹⁴

En dépit des analogies ou des dissemblances¹⁵ sur la définition du contrat, on s'accorde à considérer que l'échange valide des consentements¹⁶ à son origine marque la soumission volontaire et absolue des contractants aux obligations stipulées¹⁷. Cette aliénation consentie, révélatrice de la puissance de l'*animus contrahendi*, n'est toutefois valide que sous réserve du respect des normes légales dont le principe de bonne foi¹⁸.

4. - Mode naturel d'extinction des obligations¹⁹, le paiement est traditionnellement regardé comme « *l'exécution volontaire de la prestation due.* »²⁰ En bref, payer, c'est exécuter²¹. Cependant, pour des considérations pratiques, nous restreindrons le champ de notre étude au paiement pris dans son sens courant à savoir « *le versement d'une somme d'argent en*

¹⁴ Cette définition est toutefois plus complète que celle du Code civil notamment parce qu'elle prévoit que « d'autres effets » que ceux de créer, régler, modifier ou éteindre un rapport juridique peuvent découler du contrat, ce qui laisse le champ libre à l'interprétation du juge. De plus, elle fait référence explicitement au contrat unilatéral.

¹⁵ Comp. avec les définitions des dictionnaires juridiques : S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Dalloz, 2015, v^o *Contrat*, p. 271 : c'est « *la convention de deux ou plusieurs personnes en vue de faire naître une ou plusieurs obligations.* » ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, 10^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2014, v^o *Contrat*, p. 259 : Le contrat est au sens précis (sens 1) une « *espèce de convention ayant pour objet de créer une obligation ou de transférer la propriété (...), en ce sens, s'oppose aux autres sources d'obligation, délit ou quasi-délit.* », (sens 2) est « *parfois synonyme de convention ; en ce sens et en tant que manifestation d'autonomie de la volonté individuelle s'oppose traditionnellement à loi et jugement.* » (sens 3) « *Dans la pratique, écrit destiné à constater l'accord des parties contractantes.* »

¹⁶ Sur la distinction accord des volontés et échange des consentements : v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I- Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., coll. Thémis, PUF, 2012, p. 160 : « *On dit souvent, indifféremment, que le contrat se forme par la rencontre des volontés ou par l'échange des consentements. Il faudrait, en toute rigueur, distinguer entre les deux : la volonté est interne à l'homme, et marque une entente subjective et psychologique, tandis que le consentement est l'extériorisation de cette volonté, et décrit un processus plus formel et plus objectif ; la volonté manifeste la puissance et la liberté de la personne tandis que le consentement est davantage le signe de l'aliénation consentie.* »

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ C. civ., art. 1104 nouv. issu de l'ord. du 10 février 2016. À noter que le législateur pose désormais l'exigence de bonne foi dès la phase précontractuelle. Les contrats doivent être négociés et formés de bonne foi alors les textes cantonnaient auparavant cette exigence à la seule exécution du contrat (v. C. civ., art. 1134 anc.).

¹⁹ Comp. C. civ., art. 1234 anc., *in limine* : « *Les obligations s'éteignent : / Par le paiement, [...]* » et C. civ., art. 1342, al. 3 nouv. (issu de l'ord.) : « *Il (Le paiement) libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier.* »

²⁰ C. civ., art. 1342 nouv. mais v. déjà en ce sens : S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 23^e éd., Dalloz, 2015, p. 748, v^o *Paiement* et G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, 10^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2014, p. 728, v^o *Paiement* (sens technique).

V. pour une étude approfondie sur la nature juridique du paiement : C. DESCHAMP-POPULIN, *La cause du paiement. Une analyse innovante du paiement et des modes de paiement*, th. Nancy 2, Larcier, 2010, n^o 34-279, p. 65-270.

²¹ Sur le lien réciproque entre l'obligation et son paiement : v. F. GRUA, *L'obligation et son paiement*, in *Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Aspect actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, page 481, n^o 3 : « *Il est habituel de définir le paiement comme l'exécution de la prestation promise. En réalité la prestation promise se définit autant à partir du paiement que le paiement à partir de la prestation promise.* »

exécution d'une obligation de somme d'argent »²². Seront dès lors exclues de notre réflexion toutes les obligations en nature²³ imposées aux parties en sus de leurs obligations principales. Partant, l'entrée payante, telle que nous l'entendons, est une obligation nécessairement pécuniaire imposée à l'une des parties. Quant aux modalités de ce paiement²⁴, elles sont déterminées par les parties, la loi ou la pratique²⁵.

5. - Loin d'être énigmatique, la question du moment du versement de l'entrée payante se résout aisément en se référant à sa dénomination. Comme son nom l'indique, en effet, le paiement est exigé à l'orée du contrat. Inconnu du langage juridique, l'« entrée » désigne communément « *le passage d'un lieu dans un autre* », « *le fait de pouvoir accéder à quelque part* », « *ce qui donne accès dans un lieu, endroit par où l'on entre* », c'est aussi la « *première partie, le commencement, le début* »²⁶. À une époque donnée, le mot a fait référence spécialement à « *un droit seigneurial dû pour l'achat d'une terre (XIII^e siècle), ensuite (1462) le droit sur l'introduction de marchandises, sens devenu archaïque et concurrencé par l'emploi du nom dans droit d'entrée (1636).* »²⁷

De ces définitions, il ressort que si le terme « entrée » a, au Moyen Âge, désigné un versement d'une somme d'argent lors de la conclusion du contrat de vente d'une terre²⁸ ou lors de l'introduction de marchandises sur un territoire donné, cette signification est désormais tombée en désuétude. Ce vocable nous paraît cependant plus approprié que « droit d'entrée », pouvant prêter à confusion en raison de ses nombreuses acceptions actuelles²⁹. De plus, la

²² G. CORNU, *op. cit.*, p. 728, v° *Paiement* (sens courant).

²³ L'obligation en nature désigne toutes les obligations autres que les sommes d'argent. Plus précisément, elle est « *par opposition à l'obligation pécuniaire, toute obligation de procurer au créancier la satisfaction même qu'il attend (autre qu'une somme d'argent) : une prestation personnelle (obligation de faire), une abstention (obligation de ne pas faire), la propriété de certains biens (obligation de donner)* » selon le vocabulaire G. CORNU (p. 700, V^{is} *Obligation_ en nature*).

²⁴ Ces dernières revêtent une importance non négligeable. V. à ce propos : F. GRUA, *op. cit.*, spéc. n° 11, p. 484 ; n° 17, p. 487 qui a savamment mis en exergue les obligations relatives au paiement alors qu'elles sont souvent jugées comme étant accessoires.

²⁵ V. *infra* n° 123 et s. et n° 321 et s.

²⁶ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2011, p. 891, v° *Entrée*.

²⁷ A. REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, T. 1, Le Robert, 2006, p. 1257, v° *Entrée*.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Couramment usitée, la locution nominale « droit d'entrée » désigne diverses réalités. Elle se substitue parfois aux expressions « tickets d'entrée » et « pas-de-porte ». Elle est également utilisée en matière de distribution pour désigner la somme versée par le franchisé quand il rejoint un réseau et par le fabricant voulant être référencé, etc. Du reste, il nous sera donné de constater ultérieurement que certains « droits d'entrée » entrent dans la catégorie des « entrées payantes » (v. *infra* n°322 et s.).

formule « *entrée payante* » mise à part son originalité, présente l'avantage d'être clairement plus éloquente.

6. - Quoi qu'elle ne soit pas familière des juristes, l'entrée payante, appliquée à la matière des conventions, est un versement effectué en amont du contrat. Plus précisément, elle peut intervenir durant les négociations précontractuelles jusqu'au jour de la conclusion du contrat. Elle marque l'entrée dans le contrat, autrement dit le passage du statut de candidat au contrat à celui de contractant. C'est le primo-engagement, celui qui précède l'exécution des obligations principales des parties. Elle peut être regardée également comme la première manifestation tangible de la confiance portée à l'engagement.

Plus important encore, l'entrée payante a la particularité d'être la condition *sine qua non* de la conclusion du contrat. Cela se traduit en pratique par le fait qu'une personne exige d'une autre qu'elle effectue un effort supplémentaire : le paiement, afin de pouvoir obtenir le droit de contracter avec elle. Autrement dit, le débiteur de l'entrée payante n'a d'autre choix que de payer s'il souhaite contracter³⁰.

7. - Ainsi, l'entrée payante peut être envisagée comme l'obligation monétaire préalable et déterminante imposée à l'une des parties, conditionnant la conclusion d'un contrat.

8. - Cette définition appelle plusieurs éclaircissements et remarques.

Notre vision de l'entrée payante n'inclut que les pratiques licites ou à tout le moins celles tolérées dans notre droit positif. C'est en effet tout l'intérêt de notre étude : s'attacher à comprendre les raisons de l'admission des entrées payantes en dépit de leur caractère apparemment contestable.

Seront par conséquent exclus de notre étude les dessous-de-table³¹. Il s'avère effectivement important de les distinguer des entrées payantes car le rapprochement peut

³⁰ Pas d'entrée payante, pas de contrat !

³¹ Sur la distinction entre dessous-de-table et passe-droit, v. entre autres : A. SERIAUX, *Les passe-droit, in Procédures collectives et droit des affaires, Morceaux choisis, Mélanges en l'honneur d'Adrienne Honorat*, Ed. Frison-Roche, 2000, p. 311 et s., et plus spéc., n° 2, p. 312.

aisément s'imposer à l'esprit. S'il est vrai que les dessous de table impliquent de payer pour contracter, ils sont illégaux³² et peuvent donner lieu à des sanctions fiscales³³ et pénales³⁴. Pour rappel, le dessous de table est la somme d'argent versée clandestinement par l'acquéreur au vendeur en supplément du prix officiel, par dissimulation d'une partie du prix réel (on dit aussi de la main à la main, de façon occulte)³⁵.

De même, ne seront pas abordés les versements découlant d'extorsion³⁶ de fonds, d'abus de confiance³⁷ ou encore d'escroquerie³⁸ ; toutes ces pratiques étant indiscutablement illégales et répréhensibles à ce titre.

9. - Après ces nécessaires exclusions, il convient de s'attarder plus avant sur certaines spécificités de l'entrée payante. Parce qu'elle est plurielle, sa définition générale³⁹ commande d'être affinée dans l'optique d'en saisir toutes les nuances et contours.

³² C. civ., art. 1202 nouv. (applicable à partir du 1^{er} octobre 2016) reprenant les dispositions de l'anc. art. 1321-1 du Code civil : « Est nulle toute contre-lettre ayant pour objet une augmentation du prix stipulé dans le traité de cession d'un office ministériel. » / « Est également nul tout contrat ayant pour but de dissimuler une partie du prix, lorsqu'elle porte sur une vente d'immeubles, une cession de fonds de commerce ou de clientèle, une cession d'un droit à un bail, ou le bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble et tout ou partie de la soulte d'un échange ou d'un partage comprenant des biens immeubles, un fonds de commerce ou une clientèle. »

³³ LPF, art. L. 17 (rectification par l'administration fiscale du prix ou de l'évaluation d'un bien) et art. L. 64 (procédure de rectification de l'administration en cas d'abus de droit fiscal) ; CGI, art. 1729 (application d'une majoration allant de 40 à 80% en cas d'insuffisance de déclaration).

³⁴ Ces sanctions concernent plus précisément l'affirmation frauduleuse du prix. Il convient de rappeler, en effet, que l'article 850 du CGI impose aux parties de faire figurer, dans tout acte ou déclaration ayant pour objet, soit une vente d'immeubles, soit une cession de fonds de commerce ou du droit à un bail ou du bénéfice d'une promesse de bail portant sur tout ou partie d'un immeuble, soit un échange ou un partage comprenant des immeubles ou un fonds de commerce, la mention suivante : « Les parties affirment, sous les peines édictées par l'article 1837 du code général des impôts que le présent acte (ou la présente déclaration) exprime l'intégralité du prix ou de la soulte convenue ». Le non respect de cette règle est sanctionné par une peine d'emprisonnement de trois ans et 45 000 euros d'amende selon l'article 1837 du CGI. Le tribunal peut de plus prononcer une interdiction des droits civils, civils et de famille prévue par les articles 131-26 et 131-26-1 du Code pénal.

³⁵ G. CORNU, *op. cit.*, p. 338, v° *Dessous-de-table*.

³⁶ C. pén., art. 312-1 : « L'extorsion est le fait d'obtenir par violence, menace de violences ou contrainte soit une signature, un engagement ou une renonciation, soit la révélation d'un secret, soit la remise de fonds, de valeurs ou d'un bien quelconque. / L'extorsion est punie de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. »

³⁷ C. pén., art. 314-1 : « L'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. / L'abus de confiance est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

³⁸ C. pén., art. 313-1 : « L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. / L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. »

³⁹ V. *supra* n° 7.

Il importe, en ce sens, de prendre en considération la notion de contrainte⁴⁰ qui, au même titre que les caractères ci-dessus évoqués⁴¹, est inhérente à l'existence d'une entrée payante. De fait, s'il est vrai que le débiteur de l'entrée payante a consenti au versement, il demeure que tout contractant ordinaire se serait volontiers dispensé d'une telle obligation. A fortiori, il est rare voire improbable qu'un individu offre de sa propre initiative de se départir à l'orée du contrat d'une somme d'argent alors que son cocontractant ne le requiert pas. Un tel comportement apparaît à l'évidence incompatible avec le but poursuivi lors de la conclusion d'un contrat synallagmatique à savoir la satisfaction d'un besoin allée à la préservation optimale de ses intérêts propres. Dans ce domaine, les considérations altruistes sont ainsi peu plausibles.

En réalité, si le débiteur consent à payer, c'est qu'il y trouve, somme toute, un intérêt. Cet intérêt, s'il existe à n'en point douter, peut être plus ou moins guidé par la nécessité. En effet, dispose-t-on toujours du choix de ne pas contracter ? À bien y regarder, le refus systématique de s'engager dès lors qu'une clause paraît préjudiciable, limiterait considérablement les possibilités de nouer des relations contractuelles. Surtout, cette attitude aurait de sérieuses répercussions sur la vie sociale⁴², professionnelle⁴³ et même sur la santé⁴⁴ de l'individu rétif à toute conciliation. Le contrat est au mieux fruit d'un compromis.

10. - Il apparaît, dès lors, que l'entrée payante, fruit des négociations *inter partes*, est un pendant de la liberté contractuelle et à la fois un révélateur du déséquilibre des forces des parties

⁴⁰ Nous employons à dessein le mot « *imposée* » dans notre définition générale de l'entrée payante (v. *supra* n° 7).

⁴¹ Cf notre définition générale : Obligation monétaire, préalable à la conclusion du contrat et condition *sine qua non* de la conclusion du contrat.

⁴² Dans ce domaine, nombreux sont les contrats d'adhésion. On songe classiquement, entre autres, aux clubs de sport et culturels mais les contrats de communications électroniques participent également à la vie sociale.

⁴³ En cette période de crise économique et de chômage, un demandeur d'emploi est plus que jamais en position de faiblesse et peut difficilement prétendre à négocier.

⁴⁴ La jurisprudence a admis depuis le célèbre arrêt MERCIER (Cass. civ., 20 mai 1936, D. 1936, 1, 88 concl. MATTER, rapp. JOSSERAND) l'existence d'un véritable « contrat médical » liant le médecin à son patient avec toutes les conséquences qui en résultent (notam. responsabilité contractuelle engagée en cas de faute, prescription).

au contrat⁴⁵. Quand elle ne découle pas de la volonté des parties, elle demeure symptomatique d'une disparité ou d'une asymétrie que l'on tente parfois de corriger⁴⁶.

11. - L'entrée payante est donc, d'une manière ou d'une autre, associée à un déséquilibre. Or, l'on ne peut ignorer le regain d'intérêt actuel de faveur du mouvement du solidarisme contractuel⁴⁷, des notions de bonne foi⁴⁸ et d'équité⁴⁹ ainsi que l'éclosion des concepts de proportionnalité⁵⁰, de fraternité contractuelle, etc... La tendance est ainsi à la moralisation du contrat⁵¹, évolution que la récente réforme intervenue en droit des obligations est venue entériner. L'étude de l'entrée payante, dans ce contexte particulier, ne peut prendre qu'une résonance particulière. Comment comprendre le maintien d'une telle pratique ? Comment s'articule-t-elle avec la philosophie contractuelle moderne ? Est-elle amenée à disparaître ?

12. - Mais avant de répondre à ces questions, il y a lieu de s'interroger sur les manifestations des entrées payantes, leurs régimes ainsi que leur validité. Cette recherche permettra notamment de mieux rendre compte de l'originalité et de l'intérêt de notre recherche.

⁴⁵ Ce déséquilibre est réel, toutes circonstances confondues (versement à l'initiative du créancier comme c'est presque toujours le cas ou à l'initiative du débiteur). Si la disparité semble moins flagrante dans la deuxième hypothèse, il reste que le débiteur manifeste le désir de se distinguer auprès du créancier car il tient particulièrement à ce que le contrat soit conclu. Cet état de fait le place dans une position de faiblesse vis-à-vis de son futur cocontractant.

⁴⁶ C'est spécifiquement le cas de l'entrée payante imposée par la loi. Cette hypothèse rencontrée très exceptionnellement s'explique notamment par le fait que le législateur souhaite protéger la partie faible en mettant à la charge de son cocontractant un versement préliminaire (v. *infra* n°123).

⁴⁷ « le solidarisme contractuel est une résurgence récente d'une doctrine historiquement datée, née à la fin du XIX^e siècle dans un contexte et un milieu précis » selon Ph. RÉMY, *La genèse du solidarisme* in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, coll. Études juridiques, Économica, 2004, p. 4. Sur la notion : v. A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, th. Dijon, Litec, 2006 ; L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, coll. Études juridiques, Économica, 2004. Dans le même esprit, v. aussi : F. DIESSE, *Le devoir de coopération dans le contrat*, th. Lille 2, 1998 (non reproduite).

⁴⁸ Le principe a d'ailleurs été consacré dans l'ordonnance du 10 février 2016.

⁴⁹ Ch. ALBIGÈS, *De l'équité en droit privé*, th. Montpellier 1, LGDJ, 2000 ; M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict de l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, th. Paris 1, LGDJ, 2002.

⁵⁰ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th. Paris 11, LGDJ, 2000. Comp. J.-J. BARBIERI, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, th. Toulouse, 1981 (non reproduite) ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, LGDJ, 2002 (le principe d'équilibre contractuel rend au droit sa cohérence quand il est descriptif et en tant que norme est un instrument efficace pour en combler les lacunes). ; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, th. Toulouse 1, t. 1 et 2, PUAM, 2000.

⁵¹ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, th. Paris 2, LGDJ, 2000 (L'auteur propose de recourir à la notion de contrat moral pour appréhender le phénomène moral dans le droit des obligations) ;

Ainsi, et c'est le point de départ de notre raisonnement, l'on procèdera à l'inventaire des mécanismes répondant à la définition précitée de l'entrée payante. Il faut préciser, à ce propos, que des considérations pratiques rendent nécessaire une limitation de l'étude. Dès lors, il s'agira, non pas de recenser l'intégralité des entrées payantes, mais plutôt de proposer un aperçu suffisamment exhaustif pour appréhender la pratique dans toute sa diversité. Il conviendra ensuite de confronter les entrées payantes afin de dégager leurs particularités. Se posera d'ailleurs, en cette circonstance, la question de l'opportunité de les catégoriser. Pour ce faire, il sera fait appel à des critères objectifs tels que le contenu du contrat⁵², le régime et le sort du versement.

13. - L'intérêt d'un tel ordonnancement apparaît clairement. Il rend à la fois le traitement du sujet plus digeste et participe à la mise en exergue des spécificités des entrées payantes tant sur le plan de leur mise en œuvre que sur celui de leur contenu avec les implications qui en résultent. Ce faisant, seront révélées *les justifications des entrées payantes*⁵³.

14. - La question des justifications des entrées payantes est, en effet, absolument décisive au regard du principe directeur de la liberté contractuelle. Mais, au-delà de ce seul aspect, elle interroge sur les motivations des parties et met en relief les altérités des entrées payantes. Partant, ce travail nous conduira tout naturellement à nous prononcer sur la validité, parfois sujette à controverses, de ces pratiques.

PREMIÈRE PARTIE - JUSTIFICATIONS DES ENTRÉES PAYANTES

SECONDE PARTIE - VALIDITÉ DES ENTRÉES PAYANTES

⁵² L'ordonnance du 10 février 2016 a supprimé la notion de cause et impose désormais comme condition de validité du contrat, aux côtés du consentement des parties et de leur capacité de contracter, « *un contenu licite et certain* » (v. C. civ., art. 1128 nouv.). Ce faisant, le droit français des obligations se rapproche encore de la plupart des droits étrangers et des instruments européens de codification qui ignorent la notion de cause. La multiplicité de sens de la cause (cause subjective, cause objective), une jurisprudence abondante et fluctuante, les critiques de la doctrine et de la pratique sont autant de raisons ayant conduit à la disparition de la notion de cause.

⁵³ Nous constaterons ultérieurement qu'il ressort de cette prospection que certaines entrées apparaissent comme le signe du sérieux de l'engagement du débiteur de l'entrée payante car elles ne majorent pas l'obligation principale et ce, parce qu'elles peuvent être imputées ou restituées. D'autres, par contre, constituent un véritable surcoût, un supplément. Pour ces raisons, seront retenues la dénomination d'entrée « engagement » pour la première catégorie et celle d'entrée « supplément » pour la seconde. V. *infra* nos développements.

**PREMIÈRE PARTIE -
JUSTIFICATIONS DES ENTRÉES PAYANTES**

15. - En son temps, Maurice HAURIUO a présenté le contrat comme la tentative « *la plus hardie qui puisse se concevoir pour établir la domination de la volonté humaine sur les faits, en les intégrant d'avance dans un cadre de prévision*¹ ». Cette assertion, sans être fausse aujourd'hui, ne révèle pas l'antagonisme de plus en plus prégnant des volontés dans le contrat. La question de la supériorité de la volonté humaine sur les faits est actuellement éclipsée par celle de la domination d'une volonté sur une autre. La stipulation d'une entrée payante dans un contrat en est une éclatante démonstration quand elle est le fruit de la volonté d'une seule partie. Au-delà de cette particularité, les entrées payantes présentent des caractères autrement plus remarquables qui autorisent une catégorisation. L'entrée payante peut d'abord être assimilée à une démonstration matérielle de la volonté de contracter. Le versement effectué à l'accipiens est ainsi le signe du sérieux de son engagement (Titre 1). Ensuite, le versement de l'entrée payante va constituer, au-delà de la simple manifestation de la volonté de contracter, un véritable surcoût, un paiement supplémentaire du droit de contracter (Titre 2).

¹ M. HAURIUO, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3^e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, L. Tenin, 1916, p. 201 (Disponible sur bnf.fr).

**TITRE 1 - L'ENTRÉE PAYANTE, SIGNE DU
SÉRIEUX DE L'ENGAGEMENT**

16. - Utilisé aussi bien par les juristes que par les profanes, le terme « engagement » a été retenu à dessein pour qualifier certaines entrées payantes en raison de sa forte acception juridique. Afin d'en saisir l'exacte portée, il conviendra d'en préciser brièvement² les contours en rappelant sa définition (α), puis de mettre en relief ses caractères (β).

a. Définition de l'engagement

17. - Communément, l'engagement est l'action de mettre en gage, de se lier par une promesse ou une convention³. Il s'agit d' « *un type d'attitude qui consiste à assumer activement une situation, un état des choses, une entreprise, une action en cours.*⁴ » S'engager, c'est notamment promettre, se faire fort de, jurer, faire vœu de, donner sa parole et engager, c'est s'attacher, lier, astreindre, contraindre, obliger, tenir⁵. Les origines historiques⁶ du verbe « engager » nous renseignent sur ses significations plurielles. Ce verbe formé de « gage » et du préfixe « en » est utilisé à l'époque classique (depuis 1580) à propos de ce qui pousse à agir d'une certaine façon, aujourd'hui, de l'état d'une personne engagée dans une liaison etc. (1665) ou d'une situation sociale qui implique des obligations (1671). À la fin du XVII^e siècle, il désigne le fait d'entrer dans un passage étroit (1680, Richelet), puis (1798) l'introduction d'une unité militaire dans une bataille et ce combat lui-même⁷. Vers 1945, « engagement » s'emploie particulièrement pour désigner l'attitude de l'intellectuel, de l'artiste qui met sa pensée ou son art au service d'une cause.

² Il ne nous paraît pas opportun de consacrer de plus amples développements à la notion d'engagement en raison de son usage courant dans la langue juridique. De plus et surtout, des travaux d'importance ont été réalisés sur ladite notion, on mentionnera parmi les plus récents les deux études suivantes : C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Paris 2, Defrénois, 2007 ; L. TODOROVA, *L'engagement en droit, L'individuation et le Code civil au XXI^e siècle*, th. Paris 2, Ed. Publibook Université, 2007.

³ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Nouveau Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2010, p. 872, v^o Engagement. Voir également S. BISSARDON, *Guide du langage juridique, Vocabulaire, pièges et difficultés*, 3^e éd., LexisNexis Litec, 2009, p. 250, v^o Engagement ; A. REY (dir.), D. MORVAN (dir. édit.), *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005, p. 500, v^o Engagement.

⁴ J. LADRIÈRE, *Encyclopedia universalis*, v^o Engagement, cité par C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Paris 2, Defrénois, 2007, n^o 55, p. 25.

⁵ *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, coll. Les usuels, Le Robert, 2005, p. 402, v^o Engagement.

⁶ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, T. 1, Le Robert, 2006, p. 1242, v^o Engagement.

⁷ Cette acception est loin d'être obsolète : l'article L. 4132-1 du Code de la défense fait référence à l'engagement militaire, expression, par ailleurs, employée dans le langage courant.

Comme terme de droit (1184-1186), l'« engagement » désigne l'action de mettre (quelque chose) en gage, lier par un contrat, puis de se lier par une promesse (1283). Le droit contemporain donne une définition qui se rapproche de la précédente : l'engagement, synonyme d'obligation, « *est la promesse ; plus généralement, la manifestation de volonté (offre ou acceptation) par laquelle une personne s'oblige* ⁸. »

18. - La notion d'engagement a fait l'objet de distinctions doctrinales⁹. On citera par exemple le Professeur ROUHETTE qui considère que ce terme revête deux acceptions dans le Code civil¹⁰: celle de *vinculum juris* (lien de droit) ou d'obligation¹¹ et celle de promesse¹². Il oppose ainsi, par là, l'« engagement-obligation » et l'« engagement-volonté »¹³.

Plus récemment, la notion d'engagement a fait l'objet d'une autre distinction proposée entre autres par Mme TODOROVA qui dissocie l'« engagement-conduite » de l'« engagement-promesse ». Selon l'auteur, l'« engagement-conduite » est un acte d'autodétermination (conduite ou acte de décision) se décomposant en trois éléments essentiels à savoir l'implication, la responsabilité, le rapport à l'avenir¹⁴. Quant à l'« engagement-promesse », il est décrit comme le fait de « *s'engager à l'égard d'une personne* »¹⁵. Le rapport à l'avenir y est également sous-jacent : « *Celui qui promet se lie en quelque sorte à l'avance, il répond dès*

⁸ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, 10^e éd., coll. Quadriga, PUF, 2014, p. 399, v^o Engagement.

⁹ Sur le sujet : v. entre autres : C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Paris 2, Defrénois, 2007 ; L. TODOROVA, *L'engagement en droit, L'individuation et le Code civil au XXI^e siècle*, th. Paris 2, Ed. Publibook Université, 2007, qui, d'après ses dires, a réalisé la première conceptualisation de l'engagement dans sa thèse de doctorat soutenue en 2003 (*L'engagement en droit*, th. 2003, diffusion ANRT, 2004) ; M.-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1995.

¹⁰ G. ROUHETTE, « *Droit de la consommation* » et *théorie générale du contrat* », in *Etudes offertes à René RODIERE*, Dalloz, 1981, n^o 19, p. 265.

¹¹ L'auteur cite de nombreux articles du Code civil (version antérieure à l'ord. de 2016) pour illustrer son propos (v. note 101, p. 265) : C. civ., art. 1103, 1108, 1143, 1164, 1179, 1184, 1185, 1201, 1221, 1308, 1311, 1370 et s., 1741, 1998. À noter que la réécriture du livre III (relatif aux contrats ou obligations conventionnelles en général) par l'ordonnance a donné lieu, outre un changement de la numérotation, à une évolution lexicale. Il en résulte notamment la suppression du mot « engagement » dans plusieurs des articles suscités. Force est de constater cependant que les articles 1106 (1103 anc.), 1217 (1184 anc.), 1149 (1308 anc.) et 1300 (1370 anc.) y font encore référence. En dépit des modifications terminologiques, l'ordonnance de 2016 n'a pas altéré la conception de l'engagement *vinculum juris*.

¹² M. ROUHETTE relève (v. note 102, p. 265) les articles suivants dans leur version antérieure à l'ord. de 2016) : C. civ., art. 1271-3^o ; et pour le verbe « engager », art. 1104, 1119, 1125, 1226, 1326, 1694, 1710, 1779. Là encore, la réécriture de ces dispositions a entraîné la disparition du verbe « engager ». Son emploi subsiste, avec un sens inchangé, dans les articles 1108 (1104 anc.), 1203 (1119 anc.) et 1376 (1326 anc.). On relèvera par ailleurs que le substantif « engagement » a remplacé le verbe « engager » dans l'article 1231-5 (1226 anc.).

¹³ L'auteur relève, toutefois, que s'agissant de l'engagement conventionnel, la lettre de l'ancien article 1108 du Code civil paraît légitimer une confusion de sens puisque « *l'engagement conventionnel est, indissolublement, promesse de se lier et lien né de la promesse* » (n^o 19, p. 265).

¹⁴ L. TODOROVA, *op. cit.*, n^o 29, p. 21.

¹⁵ *Id.*, n^o 29, p. 22.

maintenant de lui-même dans le futur. »¹⁶ Enfin, l'auteur propose une définition de l'« engagement » : il « *correspond, en somme, à l'impulsion décisionnelle visant à l'autodétermination du sujet volitif, face à l'avenir* »¹⁷ ; c'est « *en principe, une volition licite, pourvue d'une effectivité en droit et ayant pour objet la détermination des actes à venir du sujet volitif lui-même.* »

M. GRIMALDI retient une terminologie semblable à celle de Mme TODOROVA en distinguant l'« engagement-conduite » de l'« engagement-promesse », sans pour autant adopter les mêmes définitions. Il met en exergue que l'« engagement-conduite » repose sur un fait juridique alors que l'« engagement-promesse » se traduit par la création d'une obligation juridique contraignante à savoir un acte juridique¹⁸. D'après l'auteur, l'« engagement » se confond avec l'« engagement-promesse » dans la langue juridique : « *L'engagement c'est-à-dire l'acte juridique, c'est une emprise de l'individu sur son avenir réalisée par une promesse saisie par le droit. Ainsi, ce n'est qu'un moyen de parvenir à une fin, à la réalisation d'une prestation dans le futur. Et c'est l'obligation (contraignante) issue de l'engagement, de la promesse, qui crée le lien entre la promesse initiale et la prestation future. C'est un pont jeté entre deux rives reliant le présent à l'avenir.* »¹⁹ Il le définit plus succinctement comme « *la promesse saisie par le droit et se traduisant soit par l'adhésion à un statut (à des obligations prédéterminées) soit par la production directe d'effets de droit, notamment d'obligations (d'obligations librement déterminées).* »²⁰

19. - Cet éclairage explicatif rapporté au mécanisme de l'entrée payante est révélateur. Par essence, l'entrée payante traduit à la fois l'implication, la responsabilité de son débiteur et un rapport à l'avenir puisqu'elle s'inscrit dans les prémices de la relation contractuelle. C'est souvent un signe fort, une obligation pleinement assumée, une contrainte librement consentie²¹. Elle marque une évidence aux yeux des parties elles-mêmes et des tiers, celle d'une attache irréfutable et tangible. Créatrice d'un lien de droit, elle scelle une prime alliance, prélude d'un engagement encore plus important.

¹⁶ *Id.*, n° 29, p. 22.

¹⁷ L. TODOROVA, *op. cit.*, n° 30, p. 22.

¹⁸ C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 55, p. 24 et 25.

¹⁹ C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 55, p. 25.

²⁰ C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 58, p. 27.

²¹ L'oxymore est utilisé à dessein. Quoique le débiteur consente à payer pour contracter, le caractère contraignant de l'entrée payante est indiscutable. Il est clair que ce dernier s'abstiendrait volontiers d'une telle obligation s'il le pouvait.

Ainsi, par sa signification profonde, le terme « engagement » est on ne peut plus approprié pour caractériser une catégorie d'entrées payantes. Pour s'en convaincre définitivement, il suffit d'examiner ses caractères.

β. Les caractères de l'engagement

20. - Au-delà de l'aspect purement moral²², l'engagement est, à la fois, volitif et contraignant. Il est aussi personnel et apparaît comme un gage de confiance donné au partenaire contractuel²³. Il reste, bien sûr, cantonné à une certaine durée dans le respect de la prohibition des engagements perpétuels.

21. - Par **engagement volitif**, il faut entendre que l'engagement est un acte volontaire s'opposant aux obligations nées contre le gré de leurs auteurs tels les quasi-contrats, délits, quasi-délits et autres obligations naturelles²⁴. Source d'obligations, il est **contraignant** par la pression morale et économique qu'il implique²⁵ ; cet aspect étant renforcé par l'existence de sanctions en cas de défaillance, selon le droit commun des contrats ou obligations ou en application du droit des contrats spéciaux. Pour les mêmes raisons, il emporte une restriction de liberté pour son auteur. De plus, précisément parce qu'il fait naître la contrainte, l'engagement est (ou se doit d'être) un acte réfléchi, ferme et précis.

²² Cet aspect moral a été abordé par M. LALANDE dans sa définition de l'engagement : « *La pensée engagée est d'une part celle qui prend au sérieux les conséquences morales et sociales, qu'elle implique, de l'autre celle qui reconnaît l'obligation d'être fidèle à un projet (le plus souvent collectif dont elle a précédemment adopté le principe. On peut à cet égard rapprocher l'idée d'engagement de celle de loyalisme (...)) Le premier aspect de l'engagement est donc surtout prospectif, normatif, le second, rétrospectif et factuel* ». A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1991, p. 283. V. également sur l'aspect moral du contrat : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, th. Paris 2, LGDJ, 2000.

²³ Le professeur TRIGEAUD met en exergue l'importance de la fidélité dans l'engagement : « *la fidélité à une cause se dissocie de la fidélité à une autorité et de la fidélité à une personne ou à un engagement. La première est jugée douteuse, puisqu'elle dépend d'une expérience qui peut changer. La seconde désigne plutôt l'obéissance, puisqu'elle s'adresse à une fonction et non à des qualités individuelles et n'emporte pas de soi l'adhésion intérieure. Seule la troisième mérite son nom, dans la mesure où elle vise la personne comme telle à travers un fœdus, une alliance, un contrat*. J.-M TRIGEAUD, *Essai de philosophie du droit*, Studio editoriale di cultura, p. 167, cité par G.-A. LIKILLIMBA, *La fidélité en droit privé*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, p. 37.

²⁴ Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, Bull. civ. I, n° 264, p. 231 : Absence d' « *engagement volontaire implicite ou explicite* » de poursuivre une aide financière, déduite « *de l'ensemble du comportement* » de l'intéressé, « *à défaut de tout écrit en ce sens* ».

²⁵ À titre d'illustration, « *l'engagement de pas copier des produits* » a valeur contraignante pour l'intéressé et est juridiquement opposable à ce dernier (Cass. com., 23 janvier 2007, Bull. civ., IV, n° 12, p. 13 ; RTD civ. 2007, p. 340). Il en est de même en matière de loterie : « *l'engagement de payer le gain de grattage oblige la société par correspondance à verser la somme révélée au grattage en tant qu'engagement unilatéral de volonté* » (Cass. 1^{re} civ., 28 mars 1995, Bull. civ., I, n° 150, p. 106 ; D. 1995, p. 227 ; D. 1996, p. 180, RTD civ. 1995, p. 886, RTD com. 1995, p. 829). Dans le même sens, Cass. 2^e civ., 11 février 1998, Bull. civ., II, n° 55, p. 34. Pour un exemple dans le domaine de la publicité : *l'engagement publicitaire du fournisseur de délivrer une machine libellant des chèques infalsifiables emporte force obligatoire de l'engagement et condamnation à réparer le préjudice subi par client* (Cass. com., 17 juin 1997, Bull. civ., IV, n° 195, p. 170 ; D. 1998, p. 248 ; RTD civ. 1998, p. 363).

22. - Entendu comme une promesse, il sous-entend la fidélité des parties²⁶ et repose sur une **confiance**²⁷ mutuelle, car « *L'engagement dans une relation suppose assurément une certaine dose de confiance dans l'avenir, spécialement si la relation suppose des investissements spécifiques [...]*²⁸. »

23. - L'engagement est **personnel**, principalement en raison du principe de l'effet relatif des conventions, mais aussi, parce qu'il permet l'expression d'une volonté à part entière. Il peut être, ainsi, considéré comme un « *identifiant de l'individuation en droit* » ; « *s'engager en droit équivaut, ainsi, à faire acte d'existence de par soi-même, au sein d'un cadre collectif d'ordonnement.* »²⁹

24. - Il présente également un aspect **temporel** et ce, à double titre. D'une part, l'engagement est limité à une certaine durée plus ou moins longue. D'autre part, il constitue une projection volontaire du sujet dans l'avenir au regard des futures obligations qu'il entend assumer. Nécessairement limité dans le temps, l'engagement doit, de plus, ne pas être disproportionné. De ce fait, sont prohibés tant les engagements perpétuels³⁰ que ceux étant excessifs.

25. - À la lumière de ces éléments, il ressort que l'engagement est synonyme de lien, d'attachement ; c'est un investissement traduisant une implication ferme, une mise en gage volontaire d'une fraction de liberté reposant sur la confiance et source de devoirs. De là, l'entrée payante « engagement » apparaît telle une manifestation explicite de la volonté de s'engager. En matérialisant la volonté de se lier du *solvens*, elle permet d'évaluer son sérieux, d'en prendre toute la mesure (chapitre 1) et son étude présente d'autant plus d'intérêt que ses manifestations sont multiples (chapitre 2).

²⁶ La promesse, poursuit M. LADRIÈRE, « *est proche de la fidélité. À vrai dire, la promesse implique la fidélité* » J. LADRIÈRE cité par C. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 55, p. 25.

²⁷ « (...) *l'engagement est le produit d'une volonté relayée par une confiance (...)* » C. GRIMALDI, *op. cit.* note 1, p. 35.

²⁸ M. CHAGNY, *La confiance dans les relations d'affaires* in V.-L. BENABOU. et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Dalloz, 2008, §10, p. 40.

²⁹ L. TODOROVA, *op. cit.*, n° 31, p. 20 et p. 22.

³⁰ V. par exemple sur le sujet : B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 339, p. 263-264 ; F. RIZZO, *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, Dr. et patr. 2000, p. 60, n° 78 ; R. LIBCHABER, *Réflexions sur les engagements perpétuels et la durée de vie des sociétés*, Rev. sociétés 1995, p. 437.

CHAPITRE 1 - L'ENTRÉE PAYANTE : LA MESURE DU SÉRIEUX DE L'ENGAGEMENT

26.- Exiger qu'un engagement soit sérieux devrait se suffire à lui-même. Or, conformément aux orientations actuelles, il semblerait que même le sérieux doive faire l'objet d'une appréciation qualitative. Parler de la mesure du sérieux induit non seulement que ce sérieux soit évaluable mais aussi que l'on se livre à cette appréciation. C'est l'objet de la réflexion sur la mesure du sérieux. Comment le sérieux de l'engagement se mesure-t-il ? Essentiellement et objectivement par l'importance d'une somme préalablement versée (section 2). Cela pose la question de savoir comment et qui détermine le montant (section 3). Mais avant d'aborder ces points, il conviendra de montrer que, très classiquement, le sérieux de l'engagement est une exigence constante en droit (section 1).

SECTION 1 - LE SÉRIEUX DE L'ENGAGEMENT

27. - Nombreuses sont les hypothèses où, en Droit français, l'on exige le sérieux de l'engagement qui apparaît ainsi comme une constante du droit (§1). Dans certains cas, en imposant le versement d'une somme d'argent, autrement dit en exigeant une entrée payante dans le contrat, c'est ainsi le sérieux de l'engagement qui est recherché (§2).

§1. Le sérieux, une exigence constante du droit

28. - « Sérieux », du latin *sérius*, désigne le caractère de ce qui est important et qui mérite attention. C'est ce qui ne peut être estimé sans conséquence, qui mérite considération et réflexion. Le sérieux s'oppose donc au consentement « *jocandi causa* » c'est-à-dire le consentement donné « pour jouer », « pour rire »³¹. Dans ce cas, il ne découle pas d'une volonté réelle car les parties n'ont pas eu l'intention de conclure « *contrahendi causa* » le contrat, l'« *animus contrahendi* » étant la volonté de se lier juridiquement. L'absence ou l'insuffisance de sérieux se manifeste notamment dans les actes conclus « *jocandi causa* », les actes de complaisance, les actes de courtoisie ou encore les engagements d'honneur³². Ces agissements dépassent le champ des actes juridiques et se situent dans le non-droit selon le Doyen CARBONNIER³³.

29. - L'exigence de sérieux est incontournable dans notre droit positif³⁴. On en veut pour preuve ses nombreuses applications dans les domaines juridiques les plus divers. L'adjectif

³¹ Le sérieux est, d'après le Vocabulaire CORNU, « *ce qui est réfléchi, résolu, qui n'est pas pris à la légère ou par plaisanterie.* », « *Ce qui est attentif, soigneux, appliqué, raisonnable.* », « *Ce qui est réel ou du moins suffisamment consistant pour mériter d'être allégué, soutenu, pris en considération et avoir des chances d'être retenu après discussion et réflexion.* », « *Ce qui est non négligeable, non dérisoire, qui compte* ». G. CORNU, *op. cit.*, p. 956, v° *Sérieux*.

³² Voir entre autres sur les actes de courtoisie, de complaisance, et les engagements d'honneur : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013, n° 55-56, p. 73-75 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, Lextenso éd., 2015, n° 440-444, p. 221-224. Sur l'engagement d'honneur en particulier : S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, th. Paris 2, LGDJ, 2000, n° 571-572, p. 372-374 ; B. BEIGNIER, *L'honneur et le droit*, th. Paris 2, LGDJ, 1995 ; B. OPPETIT, *L'engagement d'honneur*, D. 1979, chron., p. 107 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation 2014-2015*, 10^e éd., coll. Dalloz action, Dalloz, 2014, n° 869 et s., p. 450-451.

³³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 10^e éd, LGDJ, 2001, p. 36.

³⁴ En 2010, cet adjectif était cité 243 fois dans le corpus législatif français (source : Légifrance, recherche de la récurrence du mot « sérieux », 2010). À noter qu'en 2015, on dénombre 270 occurrences, preuve s'il s'en faut, de l'importance incontestable et grandissante de l'exigence de « sérieux » dans les différents pans de notre droit.

qualifie en effet pêle-mêle un prix³⁵, une cause³⁶, un motif³⁷, un préjudice³⁸, un danger³⁹, un risque⁴⁰, un consentement⁴¹, un doute⁴², une offre⁴³, une possibilité⁴⁴, un intérêt⁴⁵, des indices⁴⁶, des moyens⁴⁷, une raison⁴⁸, des chances⁴⁹, des avaries⁵⁰, des préparatifs⁵¹, un usage⁵², des difficultés⁵³ etc...

Forte de sens, cette épithète familière des juristes s'avère parfaitement appropriée pour qualifier l'engagement du débiteur de l'entrée payante. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer à quelques-unes de ses utilisations par notre droit contemporain. De fait, cette démarche nous conduira à appréhender plus clairement le « sérieux » avant de l'associer à la notion d'engagement. Va, par conséquent, être abordée successivement l'utilisation de ce vocable en droit des procédures collectives (I), droit du travail (II), droit des baux (III) et droit du contrat de vente (IV).

I. Le sérieux en droit des procédures collectives

30. - Deux hypothèses peuvent être relevées dans le domaine des procédures collectives, l'offre de reprise devant présenter un caractère sérieux (B) et la possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée (A).

³⁵ C. com., art. R. 228-28.

³⁶ C. com., art. L. 225-100-3 ; C. trav., art. L. 1235-3, art. L. 1235-5, art. L. 5134-15, etc.

³⁷ C. com., art. L. 124-10 ; CPI, art. L. 321-3 ; C. civ., art. 772, art. 790, etc.

³⁸ C. com., art. R. 225-105.

³⁹ C. trav., art. R. 4421-3 ; C. aviat. civ., art. D. 213-1-24 ; C. transports, art. L. 5262-2.

⁴⁰ C. com., art. R. 821-17 ; C. trav., art. L. 1251-47, art. L. 4732-1, art. L. 4732-2 ; C. sant. pub., art. L. 1122-1 ; etc.

⁴¹ C. consom., art. L. 331-7.

⁴² C. com., art. L. 430-5, III ; art. R. 321-52 ; CJA, art. L. 554-8 ; art. L. 554-9, etc.

⁴³ C. com., art. L. 642-4.

⁴⁴ C. com., art. L. 626-1.

⁴⁵ C. civ., art. 812-1-1 ; art. 812-4, 812-5, 900-1, etc.

⁴⁶ C. douan., art. 60 bis ; C. civ., art. 171-4, art. 171-7, art. 171-8, art. 175-2, art. 2499-2, etc.

⁴⁷ C. com., art. R. 661-1 al. 3 ; CPI, art. R. 615-17 ; CGCT, art. LO6343-5, art. LO6452-5 ; CJA, art. R. 822-5 ; etc.

⁴⁸ C. com., art. L. 145-17 ; C. Civ., art. 515-11 ; CJA, art. L. 721-1 ; CPC, art. 695-38 ; C. éduc., art. R. 232-

30.

⁴⁹ C. com., art. R. 123-186 al.2.

⁵⁰ C. douan., art. 394.

⁵¹ CPI, art. L. 613-11, art. L. 614-10, art. L. 615-9, etc.

⁵² CPI, art. L. 714-5, etc.

⁵³ CGCT, art. LO6462-9 ; CJA, art. R. 771-2 ; C. trav., art. R. 5122-29 ; CSP, art. R. 4221-10, etc.

A. La possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée⁵⁴

31. - Avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, le Code de commerce, dans ses articles L. 621-62 ancien et suivants, consacrait une section propre au plan de continuation dans le cadre de la période d'observation judiciaire du débiteur. Parmi ces dispositions, l'ancien article L. 621-70 al. 1^{er} disposait que « *Le tribunal décide, sur le rapport de l'administrateur, la continuation de l'entreprise lorsqu'il existe des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif* ». Ces dispositions sont à rapprocher de celles des articles 68 et 72-3^{o55} de la loi de 1967⁵⁶ relatifs aux solutions du règlement judiciaire. Par ailleurs, la jurisprudence, sous l'empire de la loi de 1985, avait mis en exergue la nécessité de l'existence de possibilités sérieuses de redressement en privilégiant par exemple l'offre de cession d'un tiers au plan de continuation présenté par les sociétés débitrices, ces dernières n'apportant pas la garantie de viabilité suffisante de leur projet, leur pourvoi fut rejeté⁵⁷. De même, a été rejeté le plan de continuation dans lequel les perspectives de redressement étaient illusoires⁵⁸.

32. - Dans une logique accrue de prévention des difficultés, la loi de 2005 a rénové le droit des entreprises en difficulté en abrogeant et en adaptant la plupart des articles du Livre IV du Code de commerce. Le droit français met désormais à disposition du débiteur trois procédures collectives, à savoir la sauvegarde, le redressement et la liquidation. La procédure de sauvegarde, « *véritable cœur de la législation du 26 juillet 2005* »⁵⁹, « *cocktail qu'il est*

⁵⁴ Sur la procédure de sauvegarde v. entre autres : C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2013, n° 882 et s., p. 591 et s. ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LGDJ/ Lextenso éd., 2014, n° 553 et s., p. 257 et s. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2013, n° 717 et s., p. 415 et s. ; P.-M. LE CORRE, *Droit et pratiques des procédures collectives 2015-2016*, 8^e éd., coll. Dalloz action, n° 510. et s.

⁵⁵ L'article 72- 3^o de la loi de 1967 dispose « *Le concordat est soumis à l'homologation du tribunal. Celui-ci ne l'accorde que : (...) / 3. Si les offres faites conformément à l'article 68 font du concordat voté un concordat sérieux* ».

⁵⁶ Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes.

⁵⁷ Cass. com., 26 novembre 1990, Bull. civ., IV, n° 302, p. 207 : « *[...] qu'ayant ainsi retenu l'inaptitude du plan de continuation à offrir des possibilités sérieuses de redressement et de règlement du passif, ce qui interdisait à M. POIZOT tout espoir de voir sa proposition adoptée (...) et faisait dès lors apparaître comme superflue toute comparaison avec le plan de cession (...), d'où il suit qu'en aucune de leurs branches, les moyens ne peuvent être accueillis.* »

⁵⁸ Cass. com., 12 novembre 1997, Bull. civ., IV, n° 289, p. 250 ; D. 1998, IR. p. 7 ; D. Affaires 1998, p. 116, obs. V. A.-R : « *... c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain d'appréciation que la cour d'appel a décidé de prononcer la liquidation judiciaire après avoir écarté une offre de continuation ne tendant qu'à apurer le passif sans qu'existent les possibilités sérieuses de redressement de l'entreprise qu'imposent l'article 69 al. 1 de la loi du 25 janvier 1985 ...* »

⁵⁹ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2015-2016*, 8^e éd., Dalloz action, n° 510.09, p. 1089.

possible de qualifier de « prévention-traitement »⁶⁰, « innovation la plus spectaculaire du projet de loi de sauvegarde des entreprises »⁶¹ permet d'anticiper et de lutter contre les premières difficultés rencontrées par l'entreprise. Cependant, toutes les entreprises ne sont pas éligibles à ce dispositif. De fait, l'article L. 626-1 du Code de commerce énonce, dans son premier alinéa⁶², que « lorsqu'il existe une possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvée, le tribunal arrête dans ce but un plan qui met fin à la période d'observation ». Cet article L. 626-1 impose donc au tribunal de vérifier l'adéquation du projet soumis au regard des objectifs de la procédure de sauvegarde⁶³ et corrélativement aux exigences posées par l'article L. 626-10 du Code de commerce. Ainsi, « Le plan doit être sérieux, doit pouvoir raisonnablement être tenté⁶⁴ » et son exécution doit présenter de réelles chances de succès, ces différents éléments relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond.

33. - Partant, il n'est pas vain de rappeler que la sauvegarde de l'entreprise ne peut s'envisager sans un certain pragmatisme. Cette dernière doit présenter des chances réelles d'échapper à la faillite, auquel cas elle bénéficiera des procédures de protection mises en place par la loi. Dans le cas contraire, la sauvegarde sera exclue. Par conséquent, « il faut [...] que le dirigeant soit convaincu qu'une telle instance représente pour lui une aide salutaire et non un risque plus grave encore que les maux actuels dont souffre son entreprise⁶⁵. » La justification de ces règles relève du bon sens économique. Si les difficultés ne peuvent être surmontées, il serait assurément plus qu'hasardeux d'employer des fonds supplémentaires à sauver l'entreprise en péril en raison du risque non négligeable de faillites en chaîne.

34. - Outre cela, ces règles tendent à assurer une meilleure protection des créanciers, la procédure pouvant leur être préjudiciable. C'est notamment le cas lorsque certains débiteurs⁶⁶, désireux de tirer avantage notamment de la suspension automatique des poursuites, sollicitent

⁶⁰ H. MONSERIÉ-BON, *La procédure de sauvegarde 1^{re} partie : Se mettre sous la protection de la justice...*, LPA, 14 juin 2007, n° 119, p. 14.

⁶¹ F.-X. LUCAS, *Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise*, in Colloque Toulouse I, *La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme*, Rev. Lamy, dr. aff., suppl. mars 2005, n° 80, p. 35.

⁶² Rappelant la lettre de l'ancien article L. 621-70 al. 1^{er} du Code de commerce.

⁶³ Les objectifs posés par l'article L. 620-1 du Code de commerce sont les suivants : « Cette procédure (de sauvegarde) est destinée à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif », objectifs identiques à ceux du redressement judiciaire : v. C. com., L. 631-1, al. 2 : « La procédure de redressement judiciaire est destinée à permettre la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. (...) ».

⁶⁴ F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LGDJ/ Lextenso éd., 2014, n° 893, p. 390.

⁶⁵ D. VOINOT, *La nouvelle procédure de sauvegarde*, Gaz. Pal., 2005, n° 9, p. 24 et s.

⁶⁶ Dans la procédure de sauvegarde, la saisine aux fins d'ouverture n'appartient qu'au seul débiteur, le chef d'entreprise n'est jamais dessaisi contrairement à la procédure de redressement.

abusivement l'ouverture d'une procédure. En usant de ce stratagème, ces derniers parviennent à échapper aux difficiles négociations avec leurs principaux créanciers, détournant ainsi la nouvelle procédure de sauvegarde de son objet originel⁶⁷. Rappelons, à ce propos, que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde suppose la soumission des créanciers à une discipline collective avec l'arrêt des poursuites individuelles, l'obligation corrélative de déclarer les créances au passif, l'interdiction des paiements des créances antérieures et l'arrêt du cours des intérêts et des inscriptions. On comprend aisément de ce fait la nécessité de l'existence de voies de recours ouvertes aux créanciers. En ce sens, dans son rapport sur le projet de loi de sauvegarde des entreprises présenté à l'Assemblée nationale, M. le député Xavier de ROUX a affirmé : « *L'article L. 661-2 nouveau reprend la possibilité de former tierce opposition contre les décisions statuant sur l'ouverture d'une procédure [...]. Cette possibilité, qui figure actuellement à l'article L. 623-2, a été introduite par la loi du 10 juin 1994 afin de lutter contre les dépôts de bilan tactiques, utilisés comme méthode de gestion par certaines entreprises au détriment de leurs créanciers qui subissent la suspension des poursuites* »⁶⁸. On notera d'ailleurs que le recours doit faire valoir l'absence de chances sérieuses de sauvegarde et de redressement.

35. - En résumé, l'exigence de sérieux dans la procédure de sauvegarde se traduit par l'absolue nécessité de chances réelles pour l'entreprise d'être sauvegardée. Les enjeux sont importants à maints niveaux. Il en découle la survie de l'entreprise, des emplois de ses salariés ainsi que de la préservation des intérêts de créanciers qui ne doivent pas être inutilement lésés.

⁶⁷ Sur ces risques V. A. BESSE, N. MORELLI, *Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde*, JCP Ent. et aff. n° 25, 18 juin 2009, p. 1628 ; D. VOINOT, art. cit., Gaz.Pal., 2005, p. 24 et s., n° 31.

⁶⁸ Rapp. AN n° 2095, 11 février 2005, p. 476.

B. L'offre sérieuse de reprise⁶⁹

36. - Vouée à assurer la pérennité de l'entreprise et de ses emplois, la procédure de redressement judiciaire peut donner lieu à une cession totale ou partielle de l'entreprise si le débiteur est dans l'impossibilité d'assurer lui-même son redressement⁷⁰. Si elle est possible dans la procédure de redressement, la cession de l'entreprise est clairement envisagée dans l'alinéa 2 de l'article L. 640-1 du Code de commerce relatif à la liquidation judiciaire : « *La procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée de ses droits ou de ses biens.* »

37. - Lorsqu'une cession est envisageable, le tribunal autorise la poursuite de l'activité et fixe le délai durant lequel les offres de reprise doivent parvenir au liquidateur ou à l'administrateur. Ces offres sont obligatoirement écrites et comportent un certain nombre de mentions énumérées à l'article L. 642-2 du Code de commerce⁷¹.

38. - Le rôle du mandataire consiste à attirer des offres en établissant la liste des éléments susceptibles d'être vendus. Il doit également procéder à la publicité prescrite par le juge-commissaire puis analyser les offres reçues afin de fournir au tribunal les informations utiles permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre et la qualité de tiers de son auteur en application de l'article L. 642-4 du code de commerce⁷² applicable aux procédures de redressement⁷³ et de liquidation. De plus, le mandataire est tenu d'informer le débiteur, le

⁶⁹ Sur ce sujet, v. A. JACQUEMONT, *op. cit.*, n° 902, p. 509 ; P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n° 542.25 et n° 531.51, p. 1112 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *op. cit.*, n° 1230 et s., p. 808 et s. ; C. BERGER, *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, th. Aix-Marseille 3, PUAM, 2001, n° 336 à 348, p. 222 ; M.-E PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996, n° 334, p. 275 ; F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LGDJ/ Lextenso éd., 2014, n° 1239 et s., p. 557 et s. ; M. JEANTIN et P. LE CANNU, *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2006, n° 1037, p. 666 ; Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *Traité de droit commercial*, T. 2, 17^e éd., LGDJ, 2004, n° 3196, p. 1168 ; Y. GUYON, *Droit des affaires*, T.2, *Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite*, 9^e éd., Economica, 2003, n° 1278, p. 311 ; P. DIDIER, *Droit commercial*, T. 4, *L'entreprise en difficulté*, 2^e éd., PUF, 1999, p. 181 ;

⁷⁰ C. com., art. L. 631-22, issu de la loi du 26 juillet 2005 et modifié par l'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014.

⁷¹ Issu de la loi de 2005 et modifié par l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014.

⁷² C. com., art. L. 642-4 : « *Le liquidateur ou l'administrateur lorsqu'il en a été désigné donne au tribunal tous éléments permettant de vérifier le caractère sérieux de l'offre ainsi que la qualité de tiers de son auteur au sens des dispositions de l'article 642-3. / Il donne également au tribunal tous éléments permettant d'apprécier les conditions d'apurement du passif, notamment au regard du prix offert, des actifs résiduels à recouvrer ou à réaliser, des dettes de la période de poursuite d'activité et, le cas échéant, des autres dettes restant à la charge du débiteur.* »

⁷³ L'alinéa 1 de l'article L. 631-22 du Code de commerce précise que « [...] *Les dispositions de la section 1 (De la cession de l'entreprise) du chapitre II (De la réalisation de l'actif) du titre IV (De la liquidation judiciaire et du rétablissement professionnel), à l'exception du I de l'article L. 642-2, et l'article L. 642-22 sont applicables à cette cession.* [...] ».

représentant, les salariés et les contrôleurs du contenu des offres reçues. Le cas échéant, il doit les notifier à l'ordre ou à l'autorité professionnelle compétente.

39. - Sans doute faut-il rappeler que l'offre, manifestation unilatérale de volonté, est en principe irrévocable et lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan. Elle ne peut être ni modifiée ni retirée après sa réception par le mandataire sauf modification à la hausse⁷⁴. Comme précédemment énoncé, cette offre doit présenter un caractère sérieux pour être reçue par le tribunal. Dès lors, le mandataire est tenu de vérifier le sérieux et l'honnêteté de l'offre (offres non obscures ou irréelles) sous peine d'engager sa responsabilité délictuelle⁷⁵. Ainsi, la responsabilité de ce dernier peut être engagée lorsque la vérification de la solvabilité du repreneur s'est révélée insuffisante et qu'il en résulte des déconvenues pour les créanciers⁷⁶. Qui plus est, en cas de fraude dans le choix de l'offre, l'administrateur peut être déclaré complice d'escroquerie au jugement ayant arrêté le plan de cession à partir d'éléments faux⁷⁷.

40. - Le contrôle de l'offre s'opérera donc sur deux éléments principaux : son contenu et l'examen de la personnalité du repreneur.

S'agissant du contenu de l'offre, l'article L. 642-5 du Code de commerce donne des indications sur les critères de l'évaluation du sérieux de l'offre en énonçant *que « le tribunal retient l'offre qui permet dans les meilleures conditions d'assurer le plus durablement l'emploi attaché à l'ensemble cédé, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. »* À travers cet article, le législateur se réfère à la volonté affichée à l'article 1^{er} de la loi de 1985⁷⁸ fixant les objectifs législatifs énoncés suivant un ordre de priorité⁷⁹.

Ainsi, l'appréciation du sérieux de l'offre se fera tant sur le plan objectif que sur le plan prospectif. La mission du juge sera plus économique que juridique. Sera évaluée la faisabilité des engagements souscrits sur le plan social et financier⁸⁰. *« Il lui appartiendra de déceler et*

⁷⁴ C. com., art. L. 642-2, V : *« L'offre ne peut être ni modifiée, sauf dans un sens plus favorable aux objectifs mentionnés au premier alinéa de l'article L. 642-1, ni retirée. Elle lie son auteur jusqu'à la décision du tribunal arrêtant le plan. »*

⁷⁵ C. civ., art. 1240 nouv. (anciennement C. civ., art. 1382).

⁷⁶ TGI Nevers, 15 septembre 1994, Rev. proc. coll., 1996, n° 22, p. 405, obs. B. SOINNE.

⁷⁷ Cass. crim., 11 janvier 2006, n° 05-82.530, NP, Gaz. proc. coll. 2006/2, p. 55, n° 3, obs. C. ROBACZEWSKI.

⁷⁸ Article 1^{er} de la loi du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises (al.1) : *« Il est institué une procédure de redressement judiciaire destinée à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. »*

⁷⁹ P.-M. LE CORRE, *op. cit.*, n° 531.51, p. 1060.

⁸⁰ À titre d'exemple, la CA de Paris a considéré que l'offre de reprise d'un cabinet de courtage d'assurance n'était pas **sérieuse** dans la mesure où elle présentait un caractère aléatoire en raison de l'importance des charges

*d'écarter aussi bien les candidatures fantaisistes que celles qui tendent à la réalisation de projets spéculatifs*⁸¹ à court terme. »⁸² À cet égard, l'offre devra être suffisamment précise afin de permettre au juge de déterminer la plus avantageuse. C'est ainsi que pourra être préférée une offre prévoyant le versement d'un prix de cession inférieur mais dont les garanties de versement sont plus grandes que celles d'une offre supérieure⁸³. L'offre devra de plus permettre d'apurer le passif au moins pour partie, sans pour autant négliger la préservation des emplois. Par exemple, le tribunal choisira, parmi les offres sérieuses qui lui sont présentées, celles qui permettront de sauvegarder les emplois même si le traitement assuré aux créanciers n'est pas aussi favorable que celui contenu dans une autre offre, dès lors que cette dernière assure moins bien le maintien de l'activité et des emplois⁸⁴. En ce sens, un jugement du tribunal de commerce de Bar-le-Duc⁸⁵ est aussi remarquable en ce qu'il pose le principe que « *le prix n'est qu'un élément d'appréciation et que la loi, sans en négliger l'importance, privilégie les critères économiques et sociaux* ».

41. - Le prix de la cession est également contrôlé par le juge. Il doit être réel et non dérisoire ou symbolique. De fait, tout comme l'offre, le prix de la cession doit être sérieux⁸⁶. Sont repoussés en conséquence les plans de cessions prévoyant des prix d'un franc ou ridiculement bas⁸⁷ : « *le caractère insuffisant du prix de cession conduira à considérer l'offre comme n'étant pas sérieuse*⁸⁸. » Le tribunal ne peut majorer le prix mentionné dans l'offre du candidat retenu, il ne peut que retenir ou rejeter ce prix. Il lui appartient donc de décider si le prix offert permet un paiement suffisant des créanciers en le confrontant au passif et à la valeur des autres actifs.

salariales afférentes au personnel maintenu en fonction qui représentait près de 75% du produit brut du cabinet (Paris, 29 avril 1988, BRDA 15 juillet 1988, n° 13).

⁸¹ La loi a ménagé un délai de 2 ans à partir de la cession pour la prévision de cession d'actif afin d'éviter les opérations spéculatives sans pour autant gêner à l'excès la gestion de l'entreprise transmise (C. com., art. L. 642-2, II, 7°).

⁸² Ph. DELEBECQUE et M. GERMAIN, *op. cit.*, n° 3196-1, p. 1170.

⁸³ CA Paris, 3^e ch. A, 18 décembre 2007, n° 0700166, *RJDA* 2008/5, n° 554, p. 548.

⁸⁴ Cass. soc., 27 octobre 1999, Bull. civ., V, n° 415 p. 305; CA Orléans, 1^{re} ch. civ., 19 février 1988, Rev. proc. coll. 1998, 397, n° 21, obs. B. SOINNE. V. aussi T. Com. Paris, 14 janv. 1987, Petites affiches, 1987 n° 87 p. 11 : a jugé sérieuse une offre résultant d'un long processus d'élaboration dont elle était l'aboutissement, « *le consensus social dans lequel elle s'inscrit n'en étant pas la moindre caractéristique pour évaluer les chances de réussite qu'elle peut offrir pour l'avenir* ».

⁸⁵ T. Com. Bar-le-Duc, 7 juillet 1989, Dic. Perm., Bull. 61, p. 8589; Rev. proc. coll. 1991, p. 319 note B. SOINNE.

⁸⁶ CA Versailles, 23 juin 1986, Gaz. Pal. 1986, II, p. 781 ; CA Metz, 3 août 1988, D. 1991, somm., p. 17 ; CA Orléans, 5 janvier 1993.

⁸⁷ CA Aix-en-Provence, 2 octobre 1986, BRDA 15, p. 13 ; CA Paris, 6 février 1987, BRDA 15 mars 1987, p.13 ; CA Paris, 6 février 1987, Gaz. Pal. 1987, I, p. 197.

⁸⁸ P.-M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives*, 5^e éd., coll. Dalloz action, Dalloz, 2009, n° 531.51, p. 1061.

Le législateur accorde une grande importance au prix de cession qui est regardé comme l'obligation principale du repreneur. De l'avis de Mme le Professeur PÉROCHON, il convient de vérifier si la cession ne comporte pas, à côté d'un prix modeste, d'importants engagements d'ordre social ou financier. Cet auteur considère que « *la contrepartie effective de la cession est le prix de cession majorée de ces charges supplémentaires (reprises de dettes, mais aussi indemnités de résiliation et de licenciement correspondants aux contrats repris, dont le cessionnaire décharge le débiteur)* » quoique « *juridiquement ces charges ne fassent pas partie du prix de cession* ». ⁸⁹

42. - L'examen de la personnalité du candidat à la reprise permettra également de conforter le tribunal dans le choix du repreneur. La cession présente en effet un caractère intuitu personae : seul le cessionnaire retenu par le tribunal peut acquérir. Pour ce faire, ce dernier devra retenir favorablement l'attention du tribunal en mettant en valeur ses qualités professionnelles telles que ses compétences économiques et sociales, sa politique de gestion, son insertion dans la sphère entrepreneuriale, éléments appréciés par le juge. A contrario, les difficultés du candidat repreneur à obtenir une garantie bancaire⁹⁰, la présentation de bilans piteux⁹¹, ou d'une entreprise en état de cessation des paiements seront des éléments à charge pour rejeter son offre. De même, l'offre de l'acquéreur d'un immeuble de payer la somme restant due, n'a pas été admise faute de sérieux dès lors que le débiteur avait eu de grosses difficultés à payer le premier tiers et que ses difficultés financières perduraient encore au moment de l'instance⁹².

43. - En somme, l'offre de reprise de l'entreprise en difficulté ainsi que le candidat à la reprise devront être sérieux. L'offre choisie sera celle assurant au mieux la préservation des emplois, le paiement des créanciers et qui présente les meilleures garanties d'exécution. Le mandataire joue ici un rôle primordial dans la mesure où il doit vérifier le sérieux de l'offre sous peine d'engager sa responsabilité. En sus, le sérieux du repreneur sera recherché à travers l'examen de sa personnalité. Par conséquent, il apparaît bien pour finir que l'exigence de sérieux en matière d'offre de reprise est renforcée, encore plus importante que celle liée à la possibilité de sauvegarde de l'entreprise. Les raisons en sont évidentes : le danger encouru par

⁸⁹ F. PÉROCHON, *op. cit.*, n° 1281, p. 583.

⁹⁰ T. Com. Valenciennes, 25 février 1994, Rev. proc. coll. 1995, p. 155, n° 36, obs. B. SOINNE.

⁹¹ CA Versailles, 13^e ch., 26 oct. 1995, Rev. proc. coll. 1996, p. 468, n° 46, obs. B. SOINNE.

⁹² Cass. 1^{re} civ., 22 décembre 1965, Bull. civ., I, n° 734.

l'entreprise est plus grand et les conséquences plus sévères d'où l'impérieuse nécessité de sérieux.

Incontestablement, l'exigence de sérieux est prégnante en droit des procédures collectives, c'est également le cas en droit du travail et plus spécifiquement en matière de licenciement puisque la rupture doit impérativement être justifiée par une cause réelle et sérieuse.

II. La cause réelle et sérieuse du licenciement⁹³

44. - Dans un souci de protection du salarié, la validité du licenciement est subordonnée au respect de certaines exigences de procédure dont la mise en œuvre est régie par les articles L. 1232-2 du Code du travail et suivants (licenciement pour motif personnel) et L. 1233-4 et suivants⁹⁴ (licenciement pour motif économique⁹⁵).

45. - Lorsque l'employeur décide de licencier un salarié pour motif personnel⁹⁶, il le convoque, par lettre recommandée ou par lettre remise en main propre contre décharge, à un entretien préalable 5 jours ouvrables après la présentation de la lettre ou sa remise en mains propres. Au cours de cet entretien, l'employeur indique les motifs de la décision envisagée et recueille les observations du salarié, assisté ou non, par un personnel de l'entreprise ou encore par un conseiller du salarié choisi sur une liste dressée par l'autorité administrative (en cas d'absence de syndicats). La notification du licenciement est ensuite effectuée par lettre recommandée expédiée moins de deux jours ouvrés après l'entretien préalable.

46. - S'agissant du licenciement économique, des critères d'ordre de licenciement doivent être respectés ; une obligation d'adaptation et de reclassement pèse également sur

⁹³ G. AUZERO et E. DOCKÈS, *Droit du travail*, coll. Précis, 30^e éd., Dalloz, 2015, n° 450 et s., p. 502 ; J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, 6^e éd., LGDJ, 1998, n° 240 et s., p. 301 et s. ; J. LE GOFF, *Droit du travail et société*, 1. *Les relations individuelles de travail*, PUR, 2001, p. 817 et s. ; A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2012, n° 691 et s., p. 400 et s. ; F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 446, p. 395 ; F. FAVENNEC-HÉRY et P.-Y. VERKINDT, *Droit du travail*, 4^e éd., LGDJ, 2014, n° 657, p. 451-453 ; P. LOKIEC, *Droit du travail, T. 1, Les relations individuelles de travail*, coll. Thémis droit, PUF, 2011, n° 251 et s., p. 242 et s.

⁹⁴ À noter que les articles L. 1233-4, L. 1233-4-1 et L. 1233-5 ont été modifiés récemment par la loi n°2015-990 du 6 août 2015 dans le but affiché d'améliorer le dispositif de sécurisation de l'emploi.

⁹⁵ Le licenciement prononcé contre des personnes protégées répond à des règles particulières. Pour plus de précisions, v. C. trav., art. L. 2411-1 et s. V. aussi : B. TEYSSIÉ, *Droit du travail, relations collectives*, 10^e éd., Litec, 2016-

⁹⁶ Sur la procédure : C. trav., art. L. 1232-2 à L. 1232-14.

l'employeur. La procédure est cependant moins lourde lorsque le licenciement concerne moins de 10 salariés⁹⁷.

47. - Ces exigences procédurales sont renforcées par des règles de fond, en l'occurrence la motivation du licenciement : il doit reposer sur une cause réelle et sérieuse. Cette exigence se retrouve tant en matière de licenciement pour motif personnel⁹⁸ que pour le licenciement économique⁹⁹. Etant précisé qu'en matière économique, le motif de licenciement n'est en aucun cas lié au comportement du salarié mais résulte « *d'une suppression ou transformation d'emploi ou d'une modification, refusée par le salarié, d'un élément essentiel du contrat de travail, consécutives notamment à des difficultés économiques ou à des mutations technologiques* »¹⁰⁰.

48. - Si la validité d'un licenciement est actuellement subordonnée à la condition *sine qua non* d'être motivée par une cause réelle et sérieuse, il n'en a pas toujours été ainsi. Avant la loi du 13 juillet 1973¹⁰¹, l'employeur, responsable de la bonne marche de son entreprise et exempté de l'apport de preuves, livrait une appréciation discrétionnaire du motif simplement « allégué » sans pâtir du contrôle du juge. La condamnation de l'employeur était possible uniquement si le salarié parvenait à apporter la preuve d'un abus commis par le premier dans l'exercice de son droit de licencier. La loi de 1973 a marqué l'apparition de la notion de « cause réelle et sérieuse » jusqu'alors inconnue¹⁰². Elle a modifié profondément les règles relatives au licenciement en ce que « *le droit de rompre le contrat de travail à durée indéterminée qui était un droit « non causé » devient – lorsqu'il s'agit de licencier – un droit « causé* »¹⁰³. La notion de cause réelle et sérieuse, « *couple critériel, tamis du bon grain et de l'ivraie du licenciement*

⁹⁷ Lors d'un licenciement de moins de 10 salariés, les représentants du personnel sont consultés (procédure propre au licenciement collectif), il y a ensuite la tenue d'un entretien préalable, et l'autorité administrative est informée. Contra : Pour un licenciement de 10 salariés ou plus, il y a possibilité d'un accord avec le comité d'entreprise. De plus, l'employeur, qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique de dix salariés ou plus dans une même période de trente jours, réunit et consulte, selon le cas, le comité d'entreprise ou les délégués du personnel. Dans les entreprises de plus de 50 salariés, un expert-comptable peut être sollicité. Le comité central d'entreprise est consulté lorsqu'il en existe un. L'entretien préalable des salariés n'est pas obligatoire s'il existe un comité d'entreprise ou des délégués du personnel dans l'entreprise (art. L. 1233-38). Le licenciement est notifié par lettre recommandée avec avis de réception dans un délai fonction du nombre de licenciement. Le salarié licencié dispose d'une priorité de réembauche dans un délai d'un an et sur sa demande.

⁹⁸ C. trav., art. L. 1232-1.

⁹⁹ C. trav., art. L. 1233-2.

¹⁰⁰ C. trav. art. L. 1233-3.

¹⁰¹ Loi n° 73-680 du 13 juillet 1973 portant modification du code du travail en ce qui concerne la résiliation du contrat de travail à durée indéterminée.

¹⁰² L'ancien article 23, alinéa 6 de la loi du 19 juillet 1928 dispose que « *Le jugement devra, en tout cas, mentionner expressément le motif allégué par l'auteur de la rupture* » sans autre précision. (Sans doute faut-il rappeler, par ailleurs, qu'aux termes de l'ancien article 23, alinéa 5, la résiliation abusive par l'une des parties donnera lieu à des dommages et intérêts.)

¹⁰³ G. AUZÉRO et E. DOCKÈS, *op. cit.*, n° 451, p. 502.

»¹⁰⁴, d'une « *étonnante plasticité*¹⁰⁵ » devient l'outil de contrôle de la validité des licenciements. Cette notion n'a cependant pas été définie par le législateur français à la différence de certaines législations étrangères¹⁰⁶. Cette carence de définition¹⁰⁷ est mise en exergue par un auteur parlant du « *risque de la casuistique* »¹⁰⁸. Cette opinion se comprend au regard de l'évolution de la jurisprudence sociale. En effet, en raison de l'inexistence d'une définition, la Cour de cassation s'est prononcée, un temps, au cas par cas ; cette dernière opérant un véritable contrôle de la qualification donnée par les juges du fond. Puis, la Chambre sociale de la Cour suprême a abandonné le contrôle de la qualification au profit du simple contrôle de la motivation.

49. - Il est cependant possible de dégager une définition de la « cause réelle » et de la « cause sérieuse » en se référant aux travaux parlementaires précédant le vote de la loi de 1973. À cette occasion, en effet, le Ministre du travail A. GORSE a précisé les caractères d'une cause réelle : « *« la cause est réelle si elle présente un caractère d'objectivité, ce qui exclut les préjugés et les convenances personnelles. La cause réelle peut être, par exemple, une faute, une inaptitude professionnelle ou une réorganisation de l'entreprise »*¹⁰⁹. Ainsi, la cause doit être objectivement réelle c'est-à-dire « *indépendante de la bonne ou de la mauvaise humeur de l'employeur* »¹¹⁰ et être « *à la fois une cause existante et une cause exacte* »¹¹¹. Somme toute, le caractère réel de la cause est analysé en fonction de critères objectifs et non plus subjectifs (telle la perte de confiance antérieurement admise), cet examen objectif permettant d'attester de l'existence et de l'exactitude de la cause de licenciement.

50. - A été explicitée également lors des débats parlementaires la notion de cause sérieuse : « *Une cause sérieuse est une cause revêtant une certaine gravité, qui rend impossible sans dommages pour l'entreprise, la continuation du travail et qui rend nécessaire le licenciement* »¹¹². La cause de licenciement devant être sérieuse, les griefs adressés au salarié

¹⁰⁴ J. LE GOFF, *Droit du travail et société, 1. Les relations individuelles de travail*, PUR, 2001, p. 817.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 828.

¹⁰⁶ J.-C. JAVILLIER, *Droit du travail*, 6^e éd., LGDJ, 1998, n° 240, p. 301.

¹⁰⁷ Il est, toutefois, possible de prévoir dans une convention collective une liste limitative de causes de licenciement. Ex : Mention faite de la faute du salarié, de la réduction du personnel ou de la suppression d'emploi, impossibilité d'invoquer une autre cause, telle l'insuffisance professionnelle : Cass. soc. 3 février 1993, Bull. civ., V, n° 33, p. 24 ; D.1994, Somm. p. 305, obs. SOURIAU-ROTSCHILD ; DS, 1993 p. 301 ; JCP 1994, II, 22254, note DUQUESNE. RJS 1993.159 n° 252. V. à ce propos : J.-C. JAVILLIER, *op. cit.*, n° 240, p. 301.

¹⁰⁸ A. MAZEAUD, *Droit du travail*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2012, n° 691, p. 401.

¹⁰⁹ JO débats AN 23 mai 1973 p. 1445, col. 2.

¹¹⁰ JO, débats AN 30 mai 1973, p. 1619, col.2.

¹¹¹ Rapport Ass. nat., n° 352, p. 46.

¹¹² JO, débats AN 30 mai 1973, p.1699, col.2.

ne doivent pas être minimales¹¹³, non établis ou peu sérieux¹¹⁴. Il n'est cependant pas nécessaire que la faute soit grave¹¹⁵. Le Professeur LE GOFF propose de se référer à divers facteurs « *de relativité* » permettant d'apprécier objectivement le sérieux du motif de licenciement : le secteur d'activité (exemples de l'âge, du look, des habitudes culturelles et langagières, des caractéristiques propres de l'entreprise qui vont être regardés différemment en fonction du secteur d'activité), le contexte des faits (configuration de l'entreprise (taille) et circonstances de l'affaire) et le profil des intéressés (comportement habituel, niveau d'instruction, responsabilités assumées par le salarié)¹¹⁶.

51. - Il incombe au juge de contrôler l'existence des caractères réel et sérieux du licenciement, ces conditions étant cumulatives¹¹⁷. Qui plus est, la faute du salarié doit présenter un caractère professionnel : le fait imputé au salarié, s'étant déroulé hors du lieu de travail¹¹⁸ ou hors du cadre du contrat de travail, ne peut justifier une faute, cause de licenciement¹¹⁹. Il est fait exception à ce principe lorsque la faute commise en dehors du temps et du lieu de travail a créé un trouble caractérisé au sein de l'entreprise, en raison des fonctions du salarié et de la finalité propre de l'entreprise¹²⁰. Il en est de même lorsque « *les faits se rattachent à la vie professionnelle du salarié*¹²¹ ». Du reste, l'insuffisance professionnelle¹²², l'inaptitude physique, les absences, les mauvaises relations avec la clientèle, l'insubordination¹²³, l'abandon

¹¹³ Avant 1973, la faute légère était admise valablement en tant que cause de licenciement. Désormais, les juges considèrent qu'une faute légère ne peut être retenue comme cause de licenciement (Cass. soc., 5 janvier 1978, Jurisp. UIMM n° 388 ; Cass. soc., 8 octobre 1981, Dr. ouvr. 1982, p. 191).

¹¹⁴ Cass. soc., 23 mars 1977, Bull. civ., V, n° 215, p. 169.

¹¹⁵ Cass. soc., 25 avr. 1985, Bull. civ., V, n° 261, p. 188 ; D. 1985. IR. p. 381 : « *La cause réelle et sérieuse peut exister même en l'absence de faute grave, d'élément intentionnel et malgré le caractère isolé des faits* ».

¹¹⁶ J. LE GOFF, *Droit du travail et société, 1. Les relations individuelles de travail*, PUR, 2001, p. 825 à 828.

¹¹⁷ Cass. soc., 10 juin 1976, v. J. PÉLISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD et E. DOCKÈS, *Les grands arrêts du droit du travail*, 4^e éd., Dalloz, 2008, n° 101, p. 457 ; Cass. soc., 28 octobre 1981, *ibid.*, n° 102, p. 458 ; Cass. soc., 29 novembre 1990, *ibid.*, n° 103, p. 459.

¹¹⁸ Cass. soc., 16 déc. 1998, Bull. civ., V, n° 559, p. 417 ; RJS 1999. 101, n° 150, 1^{re} esp.

¹¹⁹ Cass. soc., 16 juin 1998, Bull. civ. V, n° 323, p. 246 ; D. 1998, IR, p. 177 : Le salarié ne peut être licencié pour des faits commis pendant la suspension de son contrat de travail, sauf acte de déloyauté.

¹²⁰ Cass. soc., 20 nov. 1991, Bull. civ., V, n° 512, p. 318 ; D. 1992, IR, p. 25 ; Dr. soc. 1992, p. 79 ; RJS 1992, p. 26, n° 3 : vol à l'étalage commis par un employé d'une société de gardiennage.

¹²¹ Cass. soc., 25 février 2003, Bull. civ., V, n° 66, p. 62 ; Dr. soc. 2003, p. 625, note SAVATIER.

¹²² À distinguer de l'insuffisance de résultats anciennement retenue comme cause de licenciement même en l'absence de faute du salarié : voir F. GAUDU et R. VATINET, *Traité des contrats, Les contrats de travail*, LGDJ, 2001, n° 321 et s., p. 272 et s. (sur les clauses de résultats). Cass. soc., 30 mars 1999, RJS 5/99, n° 641 : « *La seule insuffisance des résultats (par rapport aux objectifs fixés ne peut en soi constituer une cause réelle et sérieuse de licenciement* ».

¹²³ Cass. soc., 17 janvier 1980, n° 78-41371, Bull. civ., V, n° 52 ; Cass. soc., 13 octobre 1982, n° 80-41231 Bull. civ., V, n° 543 ; Cass. soc., 13 février 1996, Bull. civ., V, n° 52, p. 37.

de poste¹²⁴, le non-respect des horaires¹²⁵, le comportement inopportun du salarié¹²⁶ sont fréquemment invoqués comme cause de licenciement, et retenus lorsqu'ils portent atteinte au bon fonctionnement de l'entreprise.

52. - Relevons par ailleurs que la réalité et le sérieux du motif de licenciement, notions d'ordre public¹²⁷ et à portée générale¹²⁸, s'apprécient au jour où la décision de rompre le contrat de travail est prise par l'employeur¹²⁹.

53. - L'obligation de motiver le licenciement par une cause réelle et sérieuse est révélatrice d'une évolution légale favorable à une catégorie de sujets de droit. D'arbitraire, le licenciement est, depuis l'intervention législative de 1973, devenu nécessairement motivé. Plus encore, il ne suffit pas que cette cause existe, elle doit être sérieuse. L'exigence du sérieux de la cause apparaît, de ce fait, essentielle et incontournable dans l'optique de la préservation des intérêts des salariés.

En droit des baux, référence est souvent faite à la notion de motif légitime et sérieux. Son usage fréquent n'induit pas pour autant une atténuation du sens et de la portée du sérieux dans ce domaine.

III. Le motif légitime et sérieux en droit des baux

54. - Il est plusieurs hypothèses dans lesquelles un congé donné par le bailleur repose impérativement sur un motif légitime et sérieux. Une attention particulière sera portée à la reprise du logement entre les mains du locataire en raison de l'existence d'un motif légitime et sérieux (A), puis seront examinées très succinctement d'autres applications de cette notion (B).

¹²⁴ Cass. soc., 13 décembre 1979, n° 78-41142, Bull. civ., V, n° 977.

¹²⁵ Cass. soc., 10 novembre 1981, n° 79-42738, Bull. civ., V, n° 892.

¹²⁶ Dans le cas d'une altercation : Cass. soc., 5 décembre 1979, n° 77-40614, Bull. civ., V, n° 938; de l'éthylisme d'un employé, Cass. soc., 3 mars 1977, Bull. civ., V, n° 166, p. 131, D. 1977, IR, p. 183.

¹²⁷ Cass. soc., 18 décembre, 1975, Bull. civ., V, n° 619, p. 520 ; D. 1976, p. 210.

¹²⁸ Elle concerne tous les licenciements, quelle que soit l'ancienneté du salarié (Cass. soc. 15 novembre 1978, Bull. civ., V, n° 769, p. 580), quelle que soit la taille de l'entreprise (Cass. soc., 20 octobre 1976, Bull. civ., V, n° 500, Dr. ouvr., 1976, p. 431 ; G. LYON-CAEN et J. PÉLISSIER, *Les grands arrêts du droit du travail*, 2^e éd., Sirey, 1980, p. 367).

¹²⁹ Cass. soc., 5 janv. 1999, RJS 2/99 n° 166 ; Cass. soc., 21 novembre 1990, Bull. civ., V, n° 574, p. 347 .

A. Reprise du logement et motif légitime et sérieux

55. - En droit des baux, le bailleur ne peut reprendre le bien loué qu'en invoquant sa volonté de reprendre ou de vendre le logement ou encore l'existence d'un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant. Cette disposition est propre aux baux d'habitation et à usage mixte et aux baux de logement meublé constituant la résidence principale du preneur.

56. - S'agissant des baux d'habitation ou à usage mixte professionnel et d'habitation, la loi de 1989¹³⁰ énonce en son article 15-I. que « *lorsque le bailleur donne congé à son locataire, ce congé doit être justifié soit par sa décision de reprendre ou de vendre le logement, soit par un motif légitime et sérieux, notamment l'inexécution par le locataire de l'une des obligations lui incombant. À peine de nullité, le congé donné par le bailleur doit indiquer le motif allégué et, en cas de reprise, les nom et adresse du bénéficiaire de la reprise (...). Lorsqu'il donne congé à son locataire pour reprendre le logement, le bailleur justifie du caractère réel et sérieux de sa décision de reprise* ». Il apparaît ainsi que le bailleur n'est pas en droit de procéder discrétionnairement à la reprise du logement loué. Il en est de même lorsque le congé est à l'initiative du bailleur, personne morale. Ces motifs légitimes ou réels et sérieux sont inhérents à l'attitude du locataire ou lui sont étrangers. Dans le premier cas, on citera à titre d'illustration le défaut de paiement du loyer, le défaut d'assurance, la sous-location prohibée, le défaut d'occupation à titre de résidence principale ou contraire à la destination des lieux, en violation d'une clause d'habitation bourgeoise, le défaut d'usage paisible de la chose louée, l'opposition du locataire à la réalisation de travaux. Par ailleurs, le bailleur peut légitimement congédier le preneur en cas de réalisation de travaux, de démolition de l'immeuble, d'expropriation, ce dont il doit justifier en principe en attestant de l'obtention des autorisations administratives nécessaires à la réalisation des opérations¹³¹. Il convient de préciser qu'une simple étude de faisabilité ou un arrêté préfectoral portant déclaration d'utilité publique de l'acquisition d'un immeuble loué dans la perspective d'une expropriation) ne suffisent pas à caractériser le sérieux du motif de congé.

57. - La validité du motif allégué est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond sanctionnant les abus et respectant le principe d'équilibre posé par l'article 1^{er} de la loi de

¹³⁰ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

¹³¹ Contra, CA Paris, 18 mai 2000, Loyers et copr. 2001, n° 7, obs. B. VIAL-PEDROLETTI.

1989¹³² entre le droit au logement du locataire et le droit de reprise du bailleur. La sanction prononcée est l'annulation du congé litigieux et le cas échéant, l'octroi de dommages et intérêts¹³³.

58. - La loi du 6 juillet 1989 est, depuis la loi du 24 mars 2014¹³⁴, applicable aux baux de logement meublé à usage d'habitation à titre principal¹³⁵. Le nouvel article L. 632-1 du Code de la construction et de l'habitation dispose en effet qu' : « *une location d'un logement meublé constituant la résidence principale du preneur est soumise au titre Ier bis de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986* »¹³⁶. Le texte précise de plus que « *lorsque la location d'un local meublé constituant la résidence principale du preneur est située dans un établissement recevant du public aux fins d'hébergement, celle-ci est soumise au titre Ier bis de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 précitée. Ne sont pas applicables à cette location les articles 3-2, 3-3, 18, 24-1, 25-4 et 25-11 de la même loi.* »¹³⁷ Dès lors, l'article 15-I de la loi du 6 juillet 1989 cité précédemment est applicable à cette catégorie de baux.

B. - Autres applications de la notion de motif légitime et sérieux en droit des baux

59. - On retrouve également l'exigence du motif légitime et sérieux dans l'article 19¹³⁸ de la loi du 1^{er} septembre 1948¹³⁹ relatif aux conséquences de l'exercice du droit de reprise sur l'ancien occupant ; dans l'article 1^{er} de la loi n° 66-457 du 2 juillet 1966 ayant trait à

¹³² Loi du 6 juillet 1989, art. 1^{er}, al. 5 : « *Les droits et obligations réciproques des bailleurs et des locataires doivent être équilibrés dans leur relations individuelles comme dans leurs relations collectives.* »

¹³³ H. Des LYONS et Y. ROUQUET, *Baux d'habitation, Logement privé, logement social*, 8^e éd., coll. Encyclopédie Delmas, Delmas, 2014, n° 121.50, p. 318. V. aussi : CA Paris, 7 janvier 1998, RG n° 95/80217, Loyers et cop. 1998, n° 92, obs. VIAL-PEDROLETTI ; CA Besançon, 6 janvier 1999, RG n° 97/0713, Loyers et cop. 1999, n° 236, obs. VIAL-PEDROLETTI.

¹³⁴ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (Loi ALUR) modifiant CCH, art. L. 632-1 relatif au bail de logement meublé.

¹³⁵ Il importe de préciser qu'avant la réforme de 2014, le législateur ne distinguait pas les logements meublés à vocation d'hébergement principal de ceux à vocation commerciale. Dernière précision et non de piètre importance, on observera que cet article L.632-1 a été modifié 6 fois depuis sa création (loi du 29 juillet 1998).

¹³⁶ CCH, art. L. 632-1, I.

¹³⁷ CCH, art. L. 632-1, II.

¹³⁸ L'alinéa 6 de l'article 19 de la loi de 1948 dispose que « (...) *le propriétaire du logement (du bénéficiaire du droit de reprise) ne pourra s'opposer à la venue de ce nouveau locataire ou occupant qu'en excipant de motifs sérieux et légitimes* ».

¹³⁹ Loi n° 48-1360 du 1 septembre 1948 dite GRIMAUD sur les baux et les loyers portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.

l'installation d'antennes réceptrices de radiodiffusion¹⁴⁰ ou encore dans les modalités du refus du locataire à s'opposer à la réalisation de travaux dans le logement qu'il occupe¹⁴¹.

60. - S'agissant des baux commerciaux, le refus de renouvellement présente une particularité en ce que le législateur impose au bailleur de justifier le non renouvellement du contrat par un motif « *grave et légitime* »¹⁴². L'utilisation de l'épithète « *grave* » a ici été préférée à celui de « *sérieux* », ce qui est aisément compréhensible eu égard au fait que la rupture du bail commercial doit intervenir exceptionnellement. Relevons par ailleurs que la « *cessation sans raison sérieuse et légitime de l'exploitation du fonds* » constitue une faute qui, lorsqu'elle est renouvelée, peut justifier le refus du renouvellement du bailleur¹⁴³.

61. - L'utilisation récurrente de l'expression « motif légitime et sérieux » en droit des baux est significative de l'importance du droit au logement, d'ailleurs sans cesse réaffirmé¹⁴⁴. La protection de ce droit est assurée, en l'occurrence, par la préservation des intérêts du locataire, et notamment par l'encadrement strict de la faculté de reprise du bailleur. De là, il appert que l'exigence de sérieux, rempart contre l'arbitraire, repose essentiellement sur le bailleur.

Si le droit des baux fait une place de choix à l'adjectif « sérieux », son emploi n'en est pas moins intéressant en droit de la vente dans lequel la jurisprudence a affirmé, à maintes reprises, la nécessité d'un prix sérieux.

¹⁴⁰ Cet article (modifié par l'ordonnance n° 2014-329 du 12 mars 2014) énonce une liste de motifs sérieux et légitimes pouvant justifier ou non le refus de raccordement ou non à un réseau de communications téléphoniques.

¹⁴¹ Loi n° 67-561 du 12 juillet 1967, art. 2 et 4.

¹⁴² C. com., art. L. 145-17, I « *Le bailleur peut refuser le renouvellement du bail sans être tenu au paiement d'aucune indemnité :/ 1° « S'il justifie d'un motif grave et légitime à l'encontre du locataire sortant. [...]».*

¹⁴³ C. com., art. L. 145-17, I, 1° « [...] *Toutefois, s'il s'agit soit de l'inexécution d'une obligation, soit de la cessation sans raison sérieuse et légitime de l'exploitation du fonds, compte tenu des dispositions de l'article L. 145-8, l'infraction commise par le preneur ne peut être invoquée que si elle s'est poursuivie ou renouvelée plus d'un mois après mise en demeure du bailleur d'avoir à la faire cesser. [...]»*

¹⁴⁴ Loi n° 90-449 du 31 mai 1990 visant à la mise en œuvre du droit au logement, art. 1, al. 1 « *Garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation.* » ; loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 1 : « *Le droit au logement est un droit fondamental* ».

IV. Le prix sérieux en droit de la vente

62. - Lors de la fixation du prix dans une convention, les auteurs¹⁴⁵ et la jurisprudence¹⁴⁶ considèrent unanimement qu'il importe que le prix soit à la fois « *réel et sérieux* ». Il faut entendre par « *réel* » un prix réellement convenu entre les parties à savoir un prix non fictif. En effet, il n'y a pas de vente véritable lorsque le prix est fictif, autrement dit simulé. Dans cette hypothèse, les parties s'entendent afin que le prix stipulé dans la convention diffère de la contrepartie réellement versée dont elles prévoient le montant dans un acte secret (contre lettre). Souvent, le prix fixé est inférieur à la valeur réelle du bien. L'utilisation de la contre-lettre dans le but de dissimuler une donation (déguisée ou indirecte) entraîne la requalification du contrat de vente. À l'opposé, la contre-lettre peut accroître le prix apparaissant sur l'acte ostensible dans le but de réduire l'assiette des droits fiscaux à payer, proportionnels au montant du prix (par exemple dans l'optique d'échapper au paiement de droits de mutation). Cette pratique dite du « dessous de table » est sanctionnée fermement sur le fondement de l'article 1589-2 du Code civil¹⁴⁷ par la nullité absolue de la contre-lettre. L'acquéreur peut contraindre son cocontractant à lui vendre le bien au prix minoré figurant dans l'acte apparent.

63. - En sus d'être réel, le prix doit être sérieux, ce qui l'oppose au prix dérisoire. Du fait du principe de la liberté contractuelle, les parties peuvent librement fixer le prix et le juge ne peut exercer de contrôle sur l'équilibre économique du contrat en dehors des cas exceptionnels où la lésion est sanctionnée. L'équivalence des prestations n'étant pas une condition de validité de la vente et du contrat en général¹⁴⁸ ; le juge ne saurait, en effet, à la

¹⁴⁵ Prix sérieux : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013, n° 295, p. 330 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., coll. Droit civil, Defrénois, 2014, n° 214, p. 148 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 9^e éd., Dalloz, 2011, n° 157-158, p. 158-160 ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 9^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2014, n° 112, p. 110-112 ; J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER (avec la collab.), *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 11189, p. 143 ; A. SÉRIAUX, *Contrats civils*, PUF, 2001, n° 18, p. 53 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, 2013, n° 56-57, p. 31-33 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., LGDJ, 2012, n° 186-190, p. 119-121 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd. (par J. RAYNARD), Litec, 2013, n° 131, p. 123-124. ; Ph. Le TOURNEAU, *Le contrat de vente*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2005, p. 21-24 ; S. SCHINDER-VIGUIE, *La notion de juste prix en droit positif français*, th. Paris 2, 1992, p. 380.

¹⁴⁶ Voir entre autres : Req. 3 mai 1922, S. 1922. 1. 310 : « *Les juges du fond qui constatent, souverainement, qu'un prétendu prix n'est pas sérieux, décident avec raison que, faute de prix, l'acte de cession ne constitue pas une vente.* » ; Cass. 1^{re} civ., 20 oct. 1981, n° 80-14741, Bull. civ., I, n° 301 : « *Dès lors qu'il a été souverainement estimé par les juges du fond que le prix stipulé n'était pas sérieux, l'acte est inexistant.* ».

¹⁴⁷ L'article 1589-2 du Code civil reprend le texte de l'article 1840 du CGI abrogé par l'ordonnance n° 2005-1512 du 7 décembre 2005.

¹⁴⁸ C. civ., art. 1168 nouv. issu de l'ord. de 2016 : « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité de contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.* » Cf antérieurement, C. civ., art 1118 anc : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.* »

demande de l'une des parties, réduire ou augmenter le prix qu'il estimerait injuste¹⁴⁹. Il reste néanmoins que le juge s'immisce dans la relation contractuelle lorsque le prix convenu, quoique réellement versé, est tellement minime qu'il ne constitue pas une véritable contrepartie. On parle alors de prix dérisoire. Il s'agit d'« *un prix qui présente avec la chose une disproportion telle qu'on ne peut pas le considérer comme une contrepartie de cette chose*¹⁵⁰. » Il s'oppose au prix sérieux qui est regardé en tant que tel « *dès lors qu'un sacrifice économique est fait par l'acquéreur*¹⁵¹. »

64. - L'exigence de prix sérieux n'est pas nouvelle. Déjà à l'origine, les Romains avaient admis, à côté de la rescision de la vente pour *loesio enormis*, la nullité de ce contrat lorsque le prix n'était pas sérieux (*verum*) ; ils considéraient que tout contrat conclu (*nummo uno*) pour une somme insignifiante était nulle¹⁵². Dans le même esprit, la jurisprudence a fait appel à la notion de vileté du prix pour sanctionner les conventions qualifiées de « superlésion » dans lesquelles le prix est dérisoire ou vil¹⁵³. Divers fondements juridiques étaient utilisés pour ce faire, faute de texte spécifique¹⁵⁴. Le législateur de 2016 a pallié cette lacune en codifiant la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Le nouvel article 1169 du Code civil dispose dorénavant qu'« *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* »

65. - La notion de prix illusoire ou dérisoire et celle de prix lésionnaire ou insuffisant ne doivent pas faire l'objet d'amalgames. Le prix lésionnaire désigne effectivement un prix non pas vil mais insuffisant qui n'est pas, sauf dispositions particulières, sanctionné par la nullité du contrat¹⁵⁵. En ce sens, a été validée la vente d'une bague d'un bijoutier de luxe à un prix égal à

¹⁴⁹ L'article 1591 du Code civil fait obligation aux parties de fixer elles-mêmes le prix : « *le prix doit être déterminé et fixé par les parties.* »

¹⁵⁰ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 157, p. 158.

¹⁵¹ J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER (avec la collab.), *op.-cit.*, n° 11189, p. 144.

¹⁵² H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, tome II premier volume, Obligations, Théorie générale*, 9^e éd., Montchrestien, 1998, n° 213, p. 209.

¹⁵³ Pour rappel, les actions en rescision pour lésion et en nullité pour vileté du prix peuvent être exercées indépendamment : Cass. 3^e civ., 18 juillet 2001, Bull. civ., III, n° 101, p. 78 ; D. 2002, p. 680 note CASTETS, Somm. p. 930, obs. PAISANT ; Defrénois 2001, p. 1421 obs. SAVAUX ; CCC 2001, n° 171 note LEVENEUR

¹⁵⁴ Selon les circonstances, il était fait référence par exemple à l'ancien article 1110 relatif à l'erreur (v. par exemple, sur l'erreur sur l'unité monétaire : Cass. com., 14 janvier 1969, D. 1970, p. 458, note PÉDAMON ; RTD civ. 1969, p. 556, obs. LOUSSOUARN ; sur l'erreur matérielle dans l'indication du prix : Cass. 3^e civ., 23 juin 1970, Gaz. pal., 1970. I. 210) ou encore à l'ancien article 1591 relatif à la détermination du prix (Req., 3 mai 1922 : S. 1922. I. 310 : nullité de la cession d'un fonds de commerce dont le prix correspondait à un dixième des revenus du fonds pendant dix ans ; Cass. com., 25 avril 1967, n° 63-13021, Bull. civ., III, n° 168 : nullité d'une cession de parts dont le prix est inférieur au revenu annuel des parts cédés).

¹⁵⁵ C. civ., art. 1168 nouv. précité.

un quart de sa valeur suite à une erreur d'étiquetage¹⁵⁶. De plus, un prix peut être très faible voire inexistant sans qu'il s'agisse d'un prix dérisoire. Ainsi, la vente d'une chose sans valeur à un euro n'encourt pas systématiquement la nullité. C'est le cas lorsque la convention porte sur une chose sans valeur, ou encore lorsque la chose vendue a une contrepartie autre¹⁵⁷. Il reviendra au juge du fond, fort de son pouvoir souverain d'appréciation¹⁵⁸, de statuer sur le caractère illusoire ou non du prix. L'action en nullité¹⁵⁹ peut être intentée par toutes les personnes qui y ont intérêt¹⁶⁰.

66. - Par ailleurs, on notera avec satisfaction que la nouvelle règle s'applique à tous les contrats onéreux quels qu'ils soient. Jusqu'alors, la jurisprudence n'avait opéré de contrôle du caractère non dérisoire du prix que dans les domaines de la vente¹⁶¹ et du bail¹⁶². La loi va, de ce fait, au-delà de la règle jurisprudentielle, suivant ainsi les préconisations de certains auteurs¹⁶³. On ne peut qu'approuver une telle évolution législative puisqu'elle s'inscrit dans un cadre protecteur des intérêts des cocontractants. Plus précisément, elle répond à une exigence élémentaire de justice contractuelle et d'équité.

67. - En résumé, l'exigence de sérieux, en matière de vente¹⁶⁴, se traduit par le refus de l'acceptation d'un prix dérisoire ou illusoire. La raison en est qu'une convention suppose nécessairement une prestation ayant un contenu licite et certain à la charge de chacune des parties¹⁶⁵. En l'occurrence, dans la vente, l'obligation du vendeur porte sur le bien mis en vente

¹⁵⁶ Cass. 1^{re} civ., 4 juillet 1995, Bull. civ., I, n° 303, p. 212.

¹⁵⁷ Cass. 3^e civ., 3 mars 1993, Bull. civ., III, n° 28, p. 18 ; JCP G, 1994. I. 3744, note M. FABRE-MAGNAN ; RTD civ. 1994, p. 124, note P.-Y. GAUTIER : vente d'un terrain en contrepartie de quelques centimes d'euro, de bâtiments, d'un matériel avec une reprise de dettes.

¹⁵⁸ Cass. 3^e civ., 26 mars 1969, n° 67-12733, Bull. civ., III, n° 265 ; Cass. 1^{re} civ., 28 juin 1988, Bull. civ., I, n° 212, p. 148.

¹⁵⁹ C. civ., art. 1169 nouv. consacrant la jurisprudence frappant de nullité absolue les contrats stipulant une contrepartie dérisoire au profit de l'une des parties : v. par ex. : Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, Defrénois 1993, p. 1375, obs. AUBERT, CCC 1993, p. 128, note LEVENEUR (nullité absolue d'une vente pour vileté du prix).

¹⁶⁰ Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 1981, n° 80-14741, Bull. civ., I, n° 301.

¹⁶¹ Req. 3 mai 1922 précité : S. 1922.1.310. Voir aussi dans le cas d'un prix de vente stipulé en rente viagère : Cass. 1^{re} civ., 12 octobre 1977, Bull. civ. I, n° 367 ; Cass. 3^{me} civ., 4 juillet 2007, Bull. civ. III, n° 124 ; D.2007, AJ p. 2101, Defrénois 2007, p. 1750 obs. SAVAUX, Dr. et patr. Mai 2008, p. 91, obs. AYNÈS et STOFFEL-MUNCK.

¹⁶² Cass. 3^e civ., 20 décembre 1971, Bull. civ. III, n° 63, R.1971/72 p. 56.

¹⁶³ Une partie de la doctrine recommandait en effet que la vérification du caractère non dérisoire du prix soit étendue à l'ensemble des contrats, ce qui aurait pour effet de limiter le recours au mécanisme contraignant de la lésion. V. en ce sens : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., coll. Droit civil, Defrénois, 2014, n° 214, p. 148.

¹⁶⁴ L'interprétation *a contrario* du nouvel article 1169 du C. civ. permet d'étendre cette exigence à tous les contrats à titre onéreux.

¹⁶⁵ Avant la réforme de 2016, on parlait plus précisément d'« *objet de l'obligation* » : C. civ., art. 1108 anc. V. dorénavant C. civ., art. 1128 nouv. : « *Sont nécessaires à la validité du contrat : / 1° Le consentement des parties ; / 2° La capacité de contracter ; / 3° Un contenu licite et certain.* »

et celle de l'acheteur correspond au prix. Or, un prix dérisoire équivaut à une absence de prix et partant, à l'absence de l'une des deux prestations. L'absence de prix sérieux présume, de plus, une donation indirecte ou déguisée ou encore une erreur sur le prix. Imposer un prix sérieux revient ainsi à limiter les fraudes et à protéger les contractants.

68. - En guise de bilan général, le constat suivant peut être dressé : l'adjectif sérieux, loin d'apparaître comme une expression isolée en droit, recouvre des acceptions diverses selon le domaine d'application. Pour autant, son utilisation récurrente ne saurait faire occulter sa signification majeure. Pour preuve, les quelques exemples ci-avant présentés laissent apparaître qu'il est employé dans des domaines relatifs à l'exercice de libertés et de droits fondamentaux. L'exigence de sérieux se retrouve en effet dans des secteurs protégés et essentiels de la société puisqu'elle touche à l'emploi, à la survie d'une entreprise, au logement et au prix dans le contrat. Par-là, elle participe à la préservation des intérêts des parties les plus faibles. Par ailleurs, compte tenu de son utilisation, force est de constater que l'exigence de sérieux résulte des textes eux-mêmes ou de la jurisprudence, sérieux qui se vérifiait et se cherchait au travers de critères plus ou moins objectifs.

La finalité n'est autre que la limitation des abus. En conséquence, le prix ne devra pas être illusoire ou dérisoire, l'offre de reprise, raisonnable, précise et ferme, le licenciement non abusif, et le motif de la reprise du logement, non arbitraire. Au-delà de la simple exigence, le « sérieux » peut se manifester sous une forme plus tangible, soit le versement d'une somme d'argent. De fait, en payant pour contracter, le solvens démontre indiscutablement par le fait même (*res ipsa loquitur*) le sérieux de son engagement. Aux yeux de l'accipiens, elle présente un avantage marqué sur la simple exigence de sérieux, qui est d'être objectivement quantifiable. Pour ces raisons, l'entrée payante surclasse le simple engagement, elle est un engagement sérieux (§2).

§ 2. L'entrée payante, un engagement sérieux

69. - L'entrée payante est la manifestation par excellence du sérieux du débiteur. Pour s'en convaincre, il suffit de la comparer aux obligations reposant sur un simple écrit et a fortiori aux obligations verbales. Plus qu'un simple écrit ou une parole échangée, le sérieux découle du versement d'une somme d'argent, expression sans équivoque de la volonté de se lier. En effet, le contrat verbal et l'écrit, susceptibles d'une rétractation ou d'une mauvaise interprétation, présentent des carences dans la démonstration de l'engagement véritable du contractant (I).

Cette difficile manifestation du sérieux dans les contrats écrit et verbal contraste singulièrement avec l'entrée payante qui constitue, à n'en point douter, une garantie du sérieux de l'engagement (II).

I. Le contrat verbal et l'écrit : inégale assurance du sérieux de l'engagement

70. - En droit romain (A) tout comme dans le Code civil (B), les limites de la forme verbale se sont révélées. Supplantée ou complétée par l'écrit, elle subsiste toutefois, quoique de moins en moins employée. L'écrit, s'il constitue une sécurité accrue pour les contractants et un mode de preuve, présente cependant des failles notamment par l'existence d'un droit à la rétractation.

A. En droit romain

71. - En Droit romain¹⁶⁶, le sérieux d'un engagement n'était pas subordonné à la rédaction d'un écrit. Ces deux formes ont tout d'abord cohabité dans les contrats « *verbis* » avant que l'écrit prenne une place prégnante pour des raisons pratiques. Les Romains distinguaient les différents types de contrat en fonction de leur mode de formation. L'obligation se déclinait en contrat verbal, littéral, réel, ou consensuel selon la classification établie par Gaius dans ses Institutes (III, 89-90). La stipulation formait typiquement le contrat verbal, à côté de l'« *iusiurandum liberti* » (engagement pris par l'esclave envers son maître) et de la « *dictio dotis* » (promesse de dot). Le mot de « *stipulatio* », au sens strict désignait spécialement les paroles prononcées par le créancier, chargé de stipuler. Les réponses du débiteur se nommaient « *sponsio* » lorsqu'il s'agissait d'un citoyen romain ou d'un Latin ; lorsque le débiteur était un pérégrin, sa réponse prenait le nom de « *fidepromissio* »¹⁶⁷. La stipulation se concluait dans le droit romain archaïque par l'échange d'une question et d'une réponse présentant une rigoureuse symétrie. Les formes étaient en principe orales par essence.

Ce formalisme strict entourant l'exécution de la stipulation va décliner du fait que la concordance purement formelle de termes employés n'était plus requise à peine de nullité. La

¹⁶⁶ M. DUCOS, *Rome et le droit*, Série « Antiquités », Librairie Générale Française, 1996, p. 106 et s. ; J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé Romain*, 3^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2009, p. 261 et s.

¹⁶⁷ J.-P. LÉVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010, n° 445, p. 692.

stipulation, contrat verbal, va devenir un contrat qui se forme par écrit. Sous Cicéron, la stipulation était souvent accompagnée de la rédaction d'un écrit qui en constituait la preuve. Le but de l'écrit était alors d'établir que les paroles avaient été réellement exprimées. L'écrit va alors devenir la règle pour des raisons pratiques et à l'époque de Justinien, la stipulation comme contrat oral avait quasiment disparu. Et pour cause, Justinien déclarait qu'en présence d'une stipulation écrite, il était interdit de faire la preuve du contraire et en particulier qu'on n'aurait pas le droit de prétendre que les parties n'étaient pas en présence l'une de l'autre et, de la sorte, n'avaient pu prononcer les paroles¹⁶⁸.

72. - Ainsi, le contrat verbal était déjà regardé comme présentant des lacunes en matière de preuve, d'où sa désuétude. Ce contrat, extrêmement utilisé par les romains, disparaît définitivement au XVI^e siècle.

73. - S'agissant des contrats consensuels du droit romain, certains pouvaient prendre la forme verbale puisqu'ils naissaient du simple consentement des parties¹⁶⁹. Ces contrats étaient cependant limités en nombre : seuls la vente, le louage, la société et le mandat pouvaient naître du consensualisme. Lors de leurs conclusions, un écrit était parfois rédigé mais seulement à titre de preuve.

Apprécié initialement des romains, le contrat verbal va donc, au fil du temps, être délaissé au profit de l'écrit. Il ne bénéficiera pas d'un regain d'intérêt lors de la rédaction du Code civil.

B. Le code civil

74. - Du principe du consensualisme découle l'admission du contrat verbal (1). Cette forme est devenue cependant obsolète pour des raisons tenant à l'existence et au contenu de l'engagement. De fait, l'écrit emporte désormais la faveur des contractants en raison du progrès qu'il réalise (2).

¹⁶⁸ *Id.*, n° 446, p. 695.

¹⁶⁹ Selon la formule de Gaius (Institutes, 3, 136), « *On dit que ces obligations (les contrats consensuels) se contractent par consentement mutuel, parce qu'elles n'exigent ni paroles, ni écrits spéciaux et qu'il suffit que les contractants se soient mis d'accord.* »

1. L'admission du contrat verbal

75. - En 1804, la genèse du contrat trouve sa source dans le principe du consensualisme exprimé implicitement à l'article 1134 du Code civil. Loin de s'essouffler, ce principe a été consacré par l'introduction du nouvel article 1172 du Code civil¹⁷⁰. Celui-ci énonce, en son premier alinéa, que « *Les contrats sont par principe consensuels.* » Il faut comprendre par là que le contrat se forme par le seul échange des consentements sans qu'aucune forme particulière ne soit nécessaire¹⁷¹. Le nouvel article 1173 précise d'ailleurs que « *Les formes exigées aux fins de preuve ou d'opposabilité sont sans effet sur la validité des contrats.* » Ainsi, la rédaction d'un écrit, par exemple, n'est pas une condition impérative de la formation du contrat sauf dispositions expresses contraires. En raison de la prééminence du principe du consensualisme, le recours au formalisme reste exceptionnel. Par suite, certains contrats peuvent être conclus régulièrement sous la forme verbale, tels le louage et le mandat¹⁷². Cette faculté remonte d'ailleurs au droit romain¹⁷³.

76. - Cependant, si la forme verbale est admise pour certains types de contrat, il n'en demeure pas moins qu'elle est peu utilisée pour des raisons tenant principalement à la preuve de l'existence et du contenu de la convention. La forme verbale (quoique rapide) peut, en effet, constituer un facteur d'insécurité pour les contractants dès lors que l'engagement ne repose sur aucun support matériel. Il est alors aisé pour le ou les contractants « oublieux » ou de mauvaise foi de se dédire de leurs obligations en tout ou pour partie. L'ancien adage « *verba volant, scripta manent*¹⁷⁴ » prend ici tout son sens. Dès lors, parce que la preuve de l'obligation verbale

¹⁷⁰ C. civ., art. 1172 nouv. issu de l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016. Cet ajout s'inscrit dans le droit fil de la législation européenne. À noter que les exceptions au principe sont précisées dans l'alinéa 2 : « *Par exception, la validité des contrats solennels est subordonnée à l'observation de formes déterminées par la loi à défaut de laquelle le contrat est nul, sauf possible régularisation.* » et l'alinéa 3 du présent article : « *En outre, la loi subordonne la formation de certains contrats à la remise d'une chose.* »

¹⁷¹ « *Dérivé du latin « consensus », l'acte, contrat, convention consensuelle, est celui qui peut être conclu au gré des intéressés, sous une forme quelconque (par opp. à solennel) et dont on dit qu'il résulte du seul échange de consentements (solo consensu), dès lors que les volontés ses sont accordées d'une manière ou d'une autre, soit par écrit (acte sous seing privé, acte authentique), soit oralement, soit même tacitement.* » Définition tirée du Vocabulaire juridique H. Capitant, 10^e éd., PUF, 2014, v° *Consensuel*, p. 244.

¹⁷² V. sur le louage : C. civ., art. 1714 : « *On peut louer ou par écrit ou verbalement, sauf, en ce qui concerne les biens ruraux, application des règles particulières aux baux à ferme et "à métayage".* » Sur le mandat : C. civ., art. 1985, al. 1 : « *Il (le mandat) peut aussi être donné verbalement, mais la preuve testimoniale n'en est reçue que conformément au titre "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général".* »

¹⁷³ En droit romain, le louage et le mandat sont regardés comme des contrats consensuels, aucune forme particulière n'est donc requise pour leur formation.

¹⁷⁴ « *Les paroles s'envolent, les écrits restent.* »

est particulièrement ardue à rapporter¹⁷⁵, le recours à l'écrit semble la solution la plus opportune pour se ménager une preuve de l'existence et de l'étendue de l'obligation.

77. - En conséquence, les parties encourent clairement un risque en se liant par un simple contrat verbal comme en témoigne un arrêt rendu le 15 juillet 1975¹⁷⁶. En l'espèce, une femme a cédé la clientèle du cabinet comptable de son défunt mari à un couple. Une certaine somme a été versée à ce titre. La cédante va assigner le couple en paiement du solde du prix de la cession de clientèle en soutenant que le prix de la cession avait été fixé d'un commun accord à un montant de 33 390 francs sur lequel elle n'aurait perçu que 9 000 francs. Les cessionnaires, quant à eux, ont prétendu que le montant de la cession s'élevait à 18 000 francs, montant entièrement réglé. Les juges saisis en premier ressort estimèrent pertinent de commettre un expert à l'effet de rechercher les conventions ayant pu exister entre les parties et de donner, compte tenu des éléments de la cause et des usages de la profession, tous renseignements lui permettant de fixer la valeur de cession de la clientèle. Un arrêt confirmatif va ensuite être rendu au motif que « *la présente contestation découlant d'un contrat de vente reconnu par les parties, ne concernait que l'exécution d'une obligation de payer qui en découle et qui est seule discutée.* » La Cour de cassation réproouve cependant cette analyse en énonçant qu'aux termes de l'article 1341 du Code civil (dans sa version antérieure à l'ordonnance de 2016)¹⁷⁷, les obligations d'un montant supérieur à 50 francs¹⁷⁸ doivent faire l'objet d'un écrit authentique ou sous seing privé et qu'ainsi la cédante devait apporter la preuve de l'existence de l'obligation et non celle de son inexécution.

Cet arrêt est intéressant à double titre. Tout d'abord, il montre les risques liés à la conclusion du contrat verbal quant à l'étendue des obligations (les parties ne s'entendent ni sur le prix de la cession ni sur la somme déjà versée). Ensuite, il rappelle l'obligation faite aux parties de se préconstituer un écrit lorsque la valeur de l'obligation excède un certain seuil¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Faute d'écrit, il faudra user de preuves imparfaites (preuve testimoniale, commencement de preuve par écrit, présomptions) ou d'autres preuves parfaites (aveu judiciaire, serment décisoire).

¹⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1975, n° 74-12965, Bull. civ., I, n° 241, p. 203.

¹⁷⁷ V. désormais : C. civ., art. 1359 nouv. (issu de l'ord. de 2016).

¹⁷⁸ C. civ., art. 1341 (version antérieure à la loi n° 80-525 du 12 juillet 1980) : « *Il doit être passé acte devant notaires ou sous signatures privées de toutes choses excédant la somme ou la valeur de 50 F, même pour dépôts volontaires, et il n'est reçu aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes, ni sur ce qui serait allégué avoir été dit avant, lors ou depuis les actes, encore qu'il s'agisse d'une somme ou valeur moindre de 50 F. / Le tout sans préjudice de ce qui est prescrit dans les lois relatives au commerce.* »

¹⁷⁹ L'article 1341 issu de la loi de 1980, puis aujourd'hui le nouvel article 1359 du Code civil font référence à « *une somme ou une valeur fixée par décret* ». Cette somme est depuis le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 de 1500 euros.

78. - Outre les inconvénients ci-dessus relevés, le recours au contrat verbal pose d'emblée le problème de la manifestation de la volonté de contracter et de sa preuve. Selon RIPERT et ROBLOT, « *Pour que la volonté des parties puisse engendrer un lien contractuel, il ne suffit pas qu'il y ait de part et d'autre, un acte de volition interne ; il faut qu'il y ait volonté de s'obliger juridiquement et qu'elle se traduise par une manifestation extérieure. La volonté de créer une obligation doit être sérieuse.* »¹⁸⁰ Lorsqu'elle ne repose que sur une parole donnée, la volonté de contracter peut sembler plus sujette au revirement, moins ferme. De plus, le contrat verbal peut se montrer imprécis du fait de son caractère instantané.

Les difficultés ici énoncées mettent en évidence les carences de la forme verbale et expliquent son déclin au profit de la forme écrite. Mode le plus courant de formation des conventions et preuve fiable, l'écrit est de fait regardé comme un progrès vis-à-vis du contrat verbal.

2. Le progrès de l'écrit

79. - La nette prédominance de l'écrit sur le contrat verbal conduit à nous interroger plus avant sur les raisons de son succès (a). Pour autant, en dépit de ses indéniables avantages, l'écrit n'est pas sans présenter quelques lacunes (b).

a . Les raisons du succès de l'écrit

80. - De plus en plus présent dans la législation moderne, le formalisme connaît un essor¹⁸¹ incontestable en dépit du principe du consensualisme¹⁸². Cet essor est d'autant plus remarquable que le formalisme implique des inconvénients : lenteur de la formation du contrat, coût plus élevé mais aussi complexification du contrat. Malgré ces défauts, le formalisme présente des avantages indiscutables pour ce qui est de la sécurité des transactions¹⁸³ et de

¹⁸⁰ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, tome VI, Obligations*, 1^{re} partie par P. ESMEIN, 2^e éd., LGDJ, 1952, n° 99, p. 105.

¹⁸¹ X. LAGARDE, *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP G I, n° 40, 6 octobre 1999, I 170 (L'auteur note une recrudescence des contrats solennels).

¹⁸² V. sur le sujet : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 128 et s., p. 155 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, 2014, n° 104 et s., p. 83 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2015, n° 535 et s., p. 271 et s.

¹⁸³ « *Nescit vox missa reverti* » (le mot publié ne revient plus), Horace.

protection des contractants. Il implique le respect de solennités, favorise la réflexion et la communication d'informations.

81. - L'écrit est, par excellence, le support de ce formalisme. Certains textes imposent un écrit accompagné ou non de mentions obligatoires dans l'optique de préserver les intérêts des contractants, des tiers, ou plus largement pour des motifs visant à la satisfaction d'un but d'intérêt général. À titre d'illustration, l'article 1793 du Code civil relatif au marché à forfait prescrit que les changements ou augmentations du prix du marché devront être autorisés par écrit et le prix convenu avec le propriétaire. L'impératif d'un écrit se retrouve également en matière de transactions¹⁸⁴, de contrat de prêt à intérêt¹⁸⁵, de contrat d'assurance¹⁸⁶. En outre, le droit commercial, pourtant réputé souple, offre lui aussi quelques exemples de formalisme adopté principalement pour des raisons de sécurité et d'information des tiers. C'est le cas lors de la conclusion d'un contrat de société puisque les textes imposent que les statuts soient établis par écrit¹⁸⁷. Autre exemple, en cas de vente de fonds de commerce, l'acte de cession doit obligatoirement comporter certaines informations¹⁸⁸. Leur défaut est sanctionné par une nullité relative lorsqu'il a vicié le consentement¹⁸⁹. Dans le domaine de la distribution¹⁹⁰, l'article L. 330-3 impose la fourniture d'un document d'information précontractuelle (DIP), appelé aussi Document Doubin avant la signature du contrat de distribution. Ce contrat encourt la nullité si le défaut d'information a eu pour effet de vicier le consentement¹⁹¹. Ici, le formalisme se veut informatif avec pour claire visée, la protection de la partie faible. Dans la même veine,

¹⁸⁴ C. civ., art. 2044.

¹⁸⁵ C. civ., art. 1907.

¹⁸⁶ C. assur., art. L. 112-3.

¹⁸⁷ C. civ., art. 1835. Pour les sociétés anonymes en particulier : C. com., art. L. 225-15.

¹⁸⁸ C. com., art. L. 141-1 : « I. - Dans tout acte constatant une cession amiable de fonds de commerce, consentie même sous condition et sous la forme d'un autre contrat ou l'apport en société d'un fonds de commerce, le vendeur est tenu d'énoncer : / 1° Le nom du précédent vendeur, la date et la nature de son acte d'acquisition et le prix de cette acquisition pour les éléments incorporels, les marchandises et le matériel ; / 2° L'état des privilèges et nantissements grevant le fonds ; / 3° Le chiffre d'affaires qu'il a réalisé durant les trois exercices comptables précédant celui de la vente, ce nombre étant réduit à la durée de la possession du fonds si elle a été inférieure à trois ans ; / 4° Les résultats d'exploitation réalisés pendant le même temps ; / 5° Le bail, sa date, sa durée, le nom et l'adresse du bailleur et du cédant, s'il y a lieu. / II. - L'omission des énonciations ci-dessus prescrites peut, sur la demande de l'acquéreur formée dans l'année, entraîner la nullité de l'acte de vente. »

¹⁸⁹ Le juge doit rechercher si l'omission a vicié le consentement de l'acquéreur et a été pour lui cause d'un préjudice : Cass. com., 5 janvier 1971, n° 69-13476, Bull. civ., IV, n° 6 ; Cass. com., 27 avril 2011, n° 10-14813, RJDA 2011, n° 789. Pour rappel, l'acquéreur est seul recevable à agir (D. 1948, Somm., p. 22 : La nullité résultant de l'omission des énonciations prescrites est relative et seul l'acquéreur peut l'invoquer).

¹⁹⁰ Sur la genèse de l'obligation d'information imposée et son contenu : v. entre autres : M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 29 et s., p. 14 et s.

¹⁹¹ V. par exemple : Cass. com., 15 mars 2011, n° 10-11871, RDLC 2011, n° 3, p. 125, obs. ÉRÉSEO.

le droit de la consommation impose un formalisme lourd¹⁹² au professionnel. Ce dispositif, particulièrement favorable aux consommateurs et non-professionnels, vise à assurer l'effectivité et l'intégrité de leur consentement.

82. - Le formalisme conventionnel offre des avantages similaires à ceux offerts par le formalisme légal. Dès lors, les parties peuvent décider d'y recourir en l'absence d'impératifs légaux, et ce notamment par le biais d'un écrit¹⁹³. Le formalisme conventionnel n'est en rien exceptionnel. Bien au contraire, les parties utilisent spontanément l'écrit afin de sécuriser leurs engagements¹⁹⁴.

83. - Si le formalisme suppose implicitement le recours à l'écrit, celui-ci est traditionnellement utilisé comme mode de preuve. La suprématie de l'écrit sur les autres modes de preuve et notamment sur le témoignage, résulte de l'ordonnance de Moulins de février 1566¹⁹⁵. Inscrite aujourd'hui au nouvel article 1359 du Code civil¹⁹⁶, la règle est supplétive de volonté c'est-à-dire que l'exigence d'une preuve littérale ne vaut qu'autant que les parties ne s'en sont pas dispensées¹⁹⁷. Il leur est loisible de plus de rédiger une convention relative aux moyens de preuve en vertu d'une jurisprudence constante¹⁹⁸, confirmée par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹⁹. Précisons, par ailleurs, que la preuve est libre en matière commerciale.

84. - L'écrit en tant que mode de preuve présente clairement des atouts. Il a une valeur objective et ne s'altère pas avec le temps, il assure une fonction de préservation de la mémoire

¹⁹² V. par exemple en matière de contrat conclu hors établissement (C. consom., art. L. 221-9 nouv.) ; de contrat de crédit à la consommation (C. consom., art. L. 312-18 nouv. et L. 312-28 nouv.) ; de contrat de crédit immobilier (C. consom., art. L. 313-40 nouv.), de cautionnement de personne physique envers un créancier professionnel (C. consom., art. L. 331-1 nouv. à L. 331-3 nouv.). Dans les trois premiers cas, les offres sont nécessairement effectuées par écrit ou sur un support durable et comportent des mentions obligatoires à peine de nullité. S'agissant du cautionnement, l'acte comprend une mention manuscrite à peine de nullité de la caution personne physique.

¹⁹³ Ex : bail rédigé sous la forme authentique.

¹⁹⁴ Ce comportement contractuel reflète une tendance à la défiance généralisée d'où le caractère suranné de l'adage de LOYSEL « *On lie les bœufs par les cornes et les hommes par les paroles.* »

¹⁹⁵ L'article 54 de ce texte précisait que « *de toutes les choses excédant la valeur de 100 livres, soient passées contrats, par lesquels seulement sera reçue toute preuve desdites matières sans recevoir aucune preuve par témoins outre le contenu auxdits contrats* ». Cité par L. GRYNBAUM, *La querelle des images (Pour la liberté de la preuve des contrats et le renforcement du formalisme)* in *Ruptures, mouvement et continuité du droit, Autour de Michelle GOBERT*, Economica, 2004, p. 436.

¹⁹⁶ C. civ., art. 1188, al. 1 nouv. issu de l'ord. du 10 février 2016, v. anciennement C. civ., art. 1341 anc.

¹⁹⁷ Cass. 1^{re} civ., 5 novembre 1952, Bull. civ., I, n° 286 ; Cass. soc. 24 mars 1964, JCP 1965. II. 14415, note LAPP.

¹⁹⁸ Cass. 1^{re} civ., 8 novembre 1989, D. 1990, p. 369, note GAVALDA ; JCP 1990. II. 21576, note VIRASSAMY ; D. 1990, Somm., p. 327, obs. HUET ; D. 1991. Somm. p. 38, obs. VASSEUR.

¹⁹⁹ C. civ., art. 1356 nouv.

et permet d'échapper au risque de faux témoignages²⁰⁰. Malgré ces avantages indéniables, il n'est pas sans poser des problèmes.

b . Les problèmes posés par l'écrit

85. - Si l'écrit est généralement préféré à la forme verbale, il n'est pas pour autant irrépréhensible. De fait, les mots, véhicule de la volonté des contractants, ont parfois diverses significations ou peuvent faire l'objet d'une utilisation impropre. Une rédaction ambiguë, maladroite, hâtive ou encore l'emploi de mots ou de clauses à double sens peuvent donner lieu à des divergences d'interprétation et partant, à des litiges²⁰¹. La loi a prévu, fort à-propos, des dispositions afin de remédier à ces difficultés. L'alinéa 1 du nouvel article 1188 du Code civil dispose que « *Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes.* »²⁰² Faute de pouvoir déterminer cette intention, le contrat doit être interprété selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation²⁰³. Le Code civil prévoit, de plus, que les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, leur sens devant respecter la cohérence de l'acte entier²⁰⁴. Quant aux contrats concourant à une même opération dans l'intention commune des parties, ils s'interprètent en fonction de celle-ci²⁰⁵. Par ailleurs, la clause à double sens doit être entendue dans le sens avec lequel elle peut avoir quelque effet²⁰⁶.

86. - Ce travail d'interprétation est assumé par les juges du fond²⁰⁷. Mais il ne leur est pas permis, lorsque les termes d'une convention sont clairs et précis, de dénaturer les

²⁰⁰ En ce sens, Pothier justifie la disparition du témoignage pour la preuve des actes juridiques dépassant une certaine valeur en invoquant « *la corruption des mœurs et les exemples fréquents de subornation de témoins* » qui auraient « *rendu beaucoup plus difficiles à admettre la preuve testimoniale que ne l'étaient les Romains* ». in L. GRYNBAUM, *op.cit.*, 2004, p. 437.

²⁰¹ Voir à ce propos notamment, J.-A. ALBERTINI, *Les mots qui vous engagent*, D. 2004, n° 4, chron., p. 230.

²⁰² Issu de l'ord. du 10 février 2016, v. anciennement : C. civ., art. 1156.

²⁰³ C. civ., art. 1188 nouv. al. 2. Cette nouvelle règle introduite par le législateur de 2016 est inspirée des principes du droit européen des contrats (PDEC), du projet de cadre commun de référence (DCFR) et des principes Unidroit. L'interprétation de la volonté des parties suivant cette norme comportementale permet de pallier les insuffisances de l'écrit. Pour rappel, la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a substitué l'expression « *personne raisonnable* » à celle de « *bon père de famille* », issue la locution latine *bonus pater familias* et employé originellement par les pères rédacteurs du Code civil.

²⁰⁴ C. civ., art. 1189, al. 1 nouv., v. antérieurement, C. civ., 1161 anc.

²⁰⁵ C. civ., art. 1189, al. 2 nouv. Cet alinéa créé par l'ordonnance étend la règle énoncée à l'alinéa 1 aux ensembles contractuels.

²⁰⁶ C. civ., art. 1191 nouv., v. antérieurement, C. civ., art. 1158 anc. Cette règle découle de l'adage « *Actus interpretandus est potius ut valeat quam ut pereat* » déjà donné par Ulpien à propos des stipulations (H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, p. 18, n° 11).

²⁰⁷ Cass. sect. réün. 2 février 1808, GAJC, 11^e éd., n° 159 ; Jur. gén., v° Cassation, n° 1573, concl. MERLIN.

obligations qui en résultent et de modifier les stipulations qu'elle renferme²⁰⁸. En sus des termes de la convention, les juges peuvent également se référer au comportement ultérieur des parties. En cas de doute, l'interprétation du contrat de gré à gré est effectuée contre le créancier et en faveur du débiteur, et celle du contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé²⁰⁹.

87. - Outre les problèmes liés à l'interprétation, l'écrit peut être remis en cause par l'existence d'un droit de rétractation légal ou aménagé conventionnellement. Le droit de la consommation, notamment, abonde de textes offrant aux consommateurs une faculté de rétractation. C'est ainsi que l'article L. 224-91 nouveau du Code de la consommation²¹⁰ relatif au courtage matrimonial aménage une faculté de repentir sans frais²¹¹ dans le délai de sept jours à compter de la signature du contrat. Un délai double est prévu dans les contrats conclus à distance et hors établissement²¹², et ce avec un point de départ variable²¹³. Ces dispositions sont particulièrement opportunes quand on sait l'essor formidable rencontré par la vente à distance²¹⁴. De même, dans le crédit à la consommation, autre contrat fréquemment conclu, le

²⁰⁸ C. civ., art. 1192 nouv. Ce nouvel article consacre une jurisprudence constante : v. déjà, civ. 15 avril 1872, GAJC, 12^e éd., 2008, n° 161, p. 156 et s. ; DP 1872. 1. 176 ; S. 1972. 1. 232. À noter que l'emploi du pronom indéfini « on » dans la lettre de l'article est critiqué par des auteurs (N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Commentaire du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, Dalloz, 2015).

²⁰⁹ C. civ., art. 1190 nouv., comp. C. civ., art. 1162 anc. et projet d'ord. du 25 février 2015, art. 1190 et 1193. Il est fort probable que cette règle qui reprend les dispositions du Code de la consommation au profit du consommateur (v. art. L. 133-2, al. 2 abrogé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016 et désormais l'art. L. 211-1 créée par cette même ord.) « sera dotée de la même force, en clair qu'elle sera d'ordre public » (D. MAZEAUD, *Présentation de la réforme du droit des contrats*, Gaz. Pal., 23 février 2016, n°8, p.15, n°30). Pour une illustration jurisprudentielle en droit de la consommation : Cass. 1^{re} civ., 21 janvier 2003, n° 00-13342, Bull. civ., I, n° 19, p. 14 (cassation au visa de l'anc. art. L. 133-2 de l'arrêt qui déboute un assuré de sa demande en garantie alors que la clause définissant le risque couvert était ambiguë, de sorte qu'elle devait être interprétée dans le sens le plus favorable à cet assuré).

²¹⁰ Issu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, v. antérieurement : loi n° 89-421 du 23 juin 1989 relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, art. 6.

²¹¹ Il n'est pas nécessaire que cette faculté soit mentionnée dans le contrat, et son omission n'a pas pour effet d'entraîner la nullité du contrat (TI Sarreguemines, 10 avril 1997, CCC 1998, n° 78, obs. RAYMOND). Mais l'inexactitude de la date portée au contrat équivaut à l'absence de date et entraîne la nullité du contrat, dès lors qu'elle ne permet pas de s'assurer du respect de la faculté de rétractation prévue à l'article 6-II (Cass. 1^{re} civ., 13 janvier 1998 : CCC 1998, n° 62, obs. RAYMOND).

²¹² C. consom., art. L. 221-18 issu de l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016, v. anciennement : C. consom., art. L. 121-21.

²¹³ Selon le nouvel article L. 221-18 (ex L. 121-21), le délai de quatorze jours court à compter du jour de la conclusion du contrat, pour les contrats de prestation de services et ceux mentionnés à l'article L. 221-4 ; de la réception du bien par le consommateur ou un tiers, autre que le transporteur, désigné par lui, pour les contrats de vente de biens. Pour les contrats conclus hors établissement, le consommateur peut exercer son droit de rétractation à compter de la conclusion du contrat. Dans le cas d'une commande portant sur plusieurs biens livrés séparément ou dans le cas d'une commande d'un bien composé de lots ou de pièces multiples dont la livraison est échelonnée sur une période définie, le délai court à compter de la réception du dernier bien ou lot ou de la dernière pièce. Pour les contrats prévoyant la livraison régulière de biens pendant une période définie, le délai court à compter de la réception du premier bien.

²¹⁴ Corollaire du développement et de l'accessibilité à internet, la vente à distance est ancrée désormais dans les mœurs. Pour preuve, 77% des français ont déjà acheté à distance soit 37,5 millions d'acheteurs selon l'étude

législateur offre une faculté de rétractation sans motifs aux consommateurs. Ces derniers disposent, pour ce faire, d'un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de crédit²¹⁵. Ces quelques illustrations ne sont qu'un aperçu du droit de rétractation en droit de la consommation. Ici, c'est bel et bien la qualité de consommateur qui est à l'origine de cette prérogative particulièrement protectrice. Elle lui permet de revenir sur l'engagement dont il n'avait pas mesuré les conséquences.

Indépendamment du droit de la consommation, le droit de rétractation a reçu de nombreuses autres applications dans d'autres domaines. Pour ne citer que quelques exemples, on le retrouve en matière de formation professionnelle²¹⁶, l'assurance-vie²¹⁷, la transaction acceptée par la victime d'accident de la circulation²¹⁸, l'achat ou la construction d'un immeuble à usage d'habitation²¹⁹. Il est aujourd'hui plus largement consacré par l'article 1122 du code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

Ainsi, en raison de l'existence d'un droit de rétractation, l'engagement, quoique formalisé par un écrit, n'est pas systématiquement exécuté. Il est de fait suspendu à l'exercice éventuel du droit de rétractation

88. - Au travers de ce rapide exposé, force est de constater que si le succès de l'écrit s'articule autour de la volonté de sécuriser et de moderniser les échanges, il demeure que sa fiabilité est incontestablement altérée par les problèmes liés à son interprétation et le risque de rétractation. Partant, au regard du simple écrit, l'entrée payante convainc davantage : elle est une garantie du sérieux de l'engagement.

Les acheteurs à distance et en ligne, Étude réalisée pour le compte de La FEVAD, La Poste et Move et Reed Exposition, Crédoc, 19 octobre 2010.

²¹⁵ C. consom., art. L. 312-19 nouv., (v. anciennement, art. L. 311-12).

²¹⁶ C. trav., art. L. 6353-5.

²¹⁷ C. assur., art. L. 132-5-1.

²¹⁸ C. assur., art. L. 211-16.

²¹⁹ CCH, art. L. 271-1 issu de la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 dite « SRU », modifié par les lois n° 2006-872 du 13 juillet 2006 et n° 2015-990 du 6 août 2015. À noter que la loi de 2006 a abrogé la mention « acte sous seing privé ». Il faut comprendre par là que sont visés tous les actes ayant pour objet construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, qu'ils soient établis sous forme authentique ou sous seing privé.

II. L'entrée payante, garantie du sérieux de l'engagement

89. - Parce qu'elle est une claire manifestation de la volonté de contracter (B), l'entrée payante est caractéristique d'un gage accru de la volonté de s'engager (A).

A. L'entrée payante, gage accru de la volonté de contracter

90. - L'entrée payante peut aussi bien s'inscrire dans un contrat verbal que dans un contrat écrit avec les risques et avantages que cela comporte. Complémentaire de la forme verbale ou écrite, elle vient renforcer l'accord des parties et à ce titre, apparaît comme une garantie du sérieux de l'engagement de son débiteur.

91. - Plus risqué que le contrat écrit, le contrat verbal associé à une entrée payante se formera avec plus de réflexion puisqu'il implique que le débiteur fasse un sacrifice financier. De plus, le débiteur est en droit d'exiger et d'obtenir une quittance de paiement qui pourra être utilisée par la suite comme preuve en cas de litige. Il y a fort à parier en effet qu'un débiteur « raisonnable »²²⁰ ne se départira pas d'une somme d'argent sans quelques précautions élémentaires. Si ce n'est pas le cas, il pourra toujours prouver l'existence du versement par tous moyens²²¹.

92. - Au regard de l'écrit, l'entrée payante présente un avantage marqué qui est d'être objectivement quantifiable. Elle permet d'apprécier le sérieux de l'engagement en fonction du montant versé. Si le contrat écrit favorise indéniablement la réflexion et la communication d'informations, il ne requiert en réalité du sérieux qu'au moment de sa conclusion. Qui plus est,

²²⁰ À noter que la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes a supprimé l'expression « en bon père de famille », désormais remplacée par les termes « raisonnable » ou « raisonnablement ».

²²¹ La jurisprudence a admis que la preuve du paiement, qui est un fait, se prouve par tous moyens : Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 2004, n° 01-14618, Bull. civ., I, n° 202, CCE 2005, n° 31, note STOFFEL-MUNCK ; Cass. 1^{re} civ., 16 septembre 2010, n° 09-13947, Bull. civ., I, n° 173, Dalloz actualité, 22 septembre 2010, obs. DELPECH ; D. 2010, Pan. 2671, obs. DELEBECQUE ; D. 2011, Chron. C. cass. p. 622, obs. CRETON ; JCP 2010, n° 940, note DEHARO ; JCP 2010, n° 1040, obs. LOISEAU ; CCC 2010, n° 266, note LEVENEUR ; RLDC 2010/76, n° 3992, obs. PAULIN-HOCQUET-BERG ; RCA 2010, Etude 12 ; RDC 2011, p. 103, obs. LIBCHABER ; *contra* : celui qui excipe du paiement d'une somme d'argent est tenu d'en rapporter la preuve conformément aux règles édictées par l'article 1341 du Code civil : Cass. 1^{re} civ., 15 déc. 1982, n° 81-14981, Bull. civ. I, n° 365 ; Cass. 1^{re} civ., 19 mars 2002, n° 98-23083, Bull. civ. I, n° 101 ; D. 2002 IR, p. 1324. Pour rappel, la doctrine reste divisée sur la nature juridique du paiement.

ce sérieux peut être remis en question, comme indiqué précédemment, par une interprétation divergente des termes de la convention ou par l'exercice d'un droit de rétractation.

93. - Plus qu'une simple parole ou un écrit, l'entrée payante va lier les parties. Le fait même de verser la somme permet, « *res ipsa loquitur* », de prendre la mesure du sérieux de l'engagement et, à certains égards, le scelle. Le fait que le versement de l'entrée payante intervienne avant ou concomitamment à la conclusion du contrat invite très tôt à la réflexion. En effet, si un comportement sérieux est exigé de la part des contractants lors de la formation du contrat²²², l'entrée payante exige un sérieux avant même cette étape. Elle est la démonstration d'une profonde implication et son versement présuppose une réflexion approfondie. Du fait de son existence, les parties prennent réellement conscience de leur engagement et leur volonté de contracter se matérialise par ce versement.

94. - S'agissant de la fiabilité de l'engagement, il est aisé de renier un accord exclusivement verbal, la preuve par écrit étant difficile à rapporter. Les parties peuvent tout aussi facilement se défaire d'un contrat écrit lorsque leur propre convention ou les textes légaux prévoient une faculté de rétractation. Mais on peut légitimement penser que le débiteur de l'entrée payante sera moins enclin à se rétracter puisqu'il aura mené en amont une réflexion plus approfondie sur la portée de son engagement. C'est ainsi que l'entrée payante est révélatrice d'une claire manifestation de la volonté de s'engager.

B. L'entrée payante, claire manifestation de la volonté de contracter

95. - Dans un Droit où le consensualisme reste la règle²²³, l'entrée payante constitue une manifestation extérieure de la volonté de s'engager. L'engagement suppose un acte de volition interne, puis une manifestation extérieure de volonté à savoir une parole, un geste, ou un écrit. L'entrée payante constitue, à part entière, une manifestation extérieure de volonté qui a la particularité d'être non équivoque²²⁴, réfléchie et résolue. C'est un signe tangible, matériel et quantifiable de la détermination du débiteur à conclure l'accord. Il faut garder à l'esprit, en

²²² Offre ferme et précise, acceptation éclairée et non viciée.

²²³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 7^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2015, n° 425, p. 212.

²²⁴ On peut penser notamment à l'hypothèse d'école selon laquelle durant une vente aux enchères, un homme a salué de la main un ami qui arrivait, et que, par ignorance de cette circonstance, la commissaire-priseur l'a déclaré adjudicataire. Exemple cité par M. FROMONT et A. RIEG, *Introduction au droit allemand*, tome III, Droit privé, Cujas, 1991, p. 46.

effet, que la conclusion du contrat est subordonnée à son versement. Dès lors, par sa seule existence, l'engagement gagne en crédit et il se crée un rapport de confiance entre les contractants. Signe indubitable de la volonté de contracter, elle constitue par ailleurs une prise de risque pour le débiteur car sa contrepartie n'est pas toujours matérielle ou immédiate. Quoiqu'il en soit, il est impératif que le débiteur ait pleinement conscience de l'existence, de la contrepartie et du sort de l'entrée payante. Ce sont là les conditions nécessaires à sa validité. Dans le cas contraire, elle ne saurait bien évidemment constituer une garantie du sérieux du débiteur. Surtout, la pratique serait, dans certains cas, susceptible de relever de l'escroquerie²²⁵ ou de l'abus de confiance²²⁶.

Au vu des développements précédents, il apparaît que le versement d'une entrée payante permet véritablement de présumer le sérieux de l'engagement pris par son débiteur. L'importance du montant versé en est un signe supplémentaire.

SECTION 2 - L'IMPORTANCE DU MONTANT VERSÉ, SIGNE DU SÉRIEUX

96. - La question de l'évaluation du sérieux de l'engagement du débiteur se pose avec acuité. Comment mesurer en effet un élément aussi abstrait que le sérieux ? Clairement, il faut intervenir des considérations d'ordre psychique et moral. Toutefois, en se référant à un paramètre concret, celui de l'importance du prix versé par le *solvens*, il est possible de livrer une appréciation sur le caractère sérieux de son engagement. Ainsi, le sérieux de l'engagement peut, dans une première approche, être jaugé au regard du montant versé (§1). Il importe pour autant de ne pas céder à la tentation de fixer un montant élevé pour obtenir l'assurance du sérieux du débiteur. Les risques de dérive en la matière sont, en effet, bien réels (§2).

§1. Le sérieux de l'engagement jaugé au regard du montant versé

97. - Parce qu'il est un indice du sérieux de l'engagement, le montant de l'entrée payante doit être à la fois « sérieux » pour susciter l'attention du contractant et « juste » pour ne pas aller à l'encontre des intérêts du *solvens* (I). Cependant, extraits de toutes autres

²²⁵ C. pén., art. 313-1.

²²⁶ C. pén., art. 314-1.

considérations, ces caractères ne suffisent pas à apprécier le sérieux du débiteur de l'entrée payante. Il convient dès lors de resituer ce montant dans un contexte juridique et factuel. Seront, de ce fait, mis en évidence des critères propres à évaluer le sérieux et la justesse du montant de l'entrée payante (II).

I. Un montant « sérieux » et « juste »

98. - La somme versée à titre d'entrée payante doit, pour retenir favorablement l'attention du futur cocontractant, posséder certains caractères. Aussi, afin que le sérieux de l'engagement du débiteur soit avéré, il importe que le montant de l'entrée payante soit « sérieux » (A) et « juste » (B).

A. Un montant sérieux

99. - Par l'importance du montant de l'entrée payante, le *solvens* témoigne de sa détermination à contracter. Cette somme ne peut, en toute logique, être infime au risque de perdre tout intérêt. En effet, un montant vil ou dérisoire vide de sa substance l'entrée payante en tant qu'engagement. Se pose, en conséquence, la question de son maintien et de sa pertinence dans la phase précontractuelle. Ainsi, le *quantum* de l'entrée payante, tout comme le prix en matière de vente²²⁷, ne doit pas être vil ou dérisoire. Mais si l'absence de prix sérieux en matière de vente entraîne la nullité du contrat²²⁸, les conséquences divergent s'agissant de l'entrée payante. La raison en est que son versement intervient durant la phase précontractuelle. Le défaut ou la vileté de l'entrée payante conduira les parties à ne pas conclure le contrat ou à y renoncer après l'avoir conclu.

100. - Ne pas conclure le contrat est évidemment la solution la plus draconienne. Le créancier peut considérer que le refus de verser une entrée payante traduit un manque d'implication ou de sérieux du futur contractant, ce qui l'amènera à renoncer à poursuivre leurs

²²⁷ V. *supra* n° 62.

²²⁸ Jurisprudence constante précédemment citée : V. Cass. 1^{re} civ., 20 octobre 1981, Bull. I n° 301 ; Cass. 1^{re} civ., 24 mars 1993, Defrénois 1993.1375 obs. AUBERT, CCC 1993.128 note LEVENEUR (nullité absolue d'une vente pour vileté du prix) ; Cass. com., 23 octobre 2007, Bull. IV n° 226, D. 2007 AJ. 2812, obs. DELPECH, D. 2008. 954 note CHANTEPIE (cession de parts sociales ; nullité absolue pour vileté du prix, soumise) ; Cass. com. 30 novembre 1983, Gaz. Pal. 1984. 2. 675, note CALVO (la vente nulle pour défaut de prix, acte dépourvu d'existence légale, n'est susceptible ni de confirmation ni de ratification).

pourparlers. C'est par exemple le cas d'un candidat à la location demandant à être exempté du versement du dépôt de garantie qui, comme on le sait, n'est pas obligatoire²²⁹. Le bailleur peut dans ce cas préférer conclure le contrat de bail avec une personne ne rechignant pas à le payer.

101. - Si le créancier entend conclure le contrat en dépit du refus de son cocontractant de se soumettre au paiement de l'entrée payante, il s'expose à un risque. Ce risque, si minime soit-il, a trait à la mauvaise exécution, voire à l'inexécution des obligations. Il est à craindre, en effet, que le débiteur peu sérieux avant de contracter, le soit également par la suite. Cette concession peut se révéler particulièrement préjudiciable pour le créancier lorsque l'entrée payante avait été exigée à titre de garantie²³⁰ et qu'il y a défaillance du débiteur dans l'exécution de ses obligations contractuelles. Le cas échéant, les règles en matière d'inexécution²³¹ trouvent à s'appliquer.

102. - De là, il ressort que l'existence d'une entrée payante renforce le sentiment de confiance chez le créancier. Ce sentiment est décuplé lorsque son montant est un tant soit peu important. Il faut en effet garder à l'esprit que l'entrée payante est un témoignage matériel de l'investissement et du sérieux du débiteur et à ce titre, il se doit d'être significatif. Cependant, si le montant de l'entrée payante ne doit pas être ridiculement bas, il ne saurait être exagérément élevé, auquel cas le contrat encourt une requalification. Ainsi, lorsque l'indemnité d'immobilisation est d'un montant si élevé qu'elle a pour effet, concrètement, de contraindre le bénéficiaire à acquérir, les tribunaux considèrent que la promesse de vente perd son caractère unilatéral et devient synallagmatique de vente et d'achat²³². Cette requalification opérée par le

²²⁹ Exemple du bail d'habitation : loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 3 : « [...] Le contrat de location précise : [...] / 10° Le montant du dépôt de garantie, si celui-ci est prévu [...] » ; art. 22 : « Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu [...] ».

²³⁰ Dépôt de garantie dans le bail ou encore gage-espèces.

²³¹ C. civ., art. 1217 nouv. : « La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut :/ — refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ;/ — poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ;/ — solliciter une réduction du prix ;/ — provoquer la résolution du contrat ; — demander réparation des conséquences de l'inexécution. / Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »

²³² Cass. com., 13 février 1978, Bull. IV, n° 60, p. 49 ; CA Paris, 22 octobre 1991 ; D. 1993, p. 234 ; Cass. 3° civ., 31 mars 1981, Gaz. Pal. 1981. Pan. 308. Rapp. Cass. com., 20 novembre 1962, D. 1963, p. 3. Sur le sujet : v. entre autres, les explications de G. PAISANT, obs. sous l'arrêt précité CA Paris, 22 octobre 1991, Sté LIL MARLOW c/ TELIET, D. 1993, Somm. p. 234 : « Ce genre de requalification repose sur cette idée, tout à fait vérifiable en pratique, que le bénéficiaire de la promesse préférera acheter plutôt que d'abandonner au promettant une somme d'argent conséquente sans contrepartie tangible. Sa liberté de décision n'est ici que théorique. De par son importance, l'« indemnité » convenue n'est plus une simple contrepartie de l'immobilisation du bien pendant la période d'option ; elle est devenue, en fait, un moyen de contraindre le bénéficiaire à se rendre acquéreur. »

juge n'est pas nécessairement souhaitée par le débiteur de l'entrée payante²³³. Afin d'y échapper, les parties seraient bien avisées de fixer dès le départ un « juste » montant.

B. Un montant « juste »

103. - S'inscrivant dans les pas d'Aristote, Saint Thomas d'Aquin a élaboré une théorie du « juste prix ». Celui-ci est défini comme la contrepartie équitable d'un bien ou d'une prestation correspondant à sa valeur normale, raisonnable²³⁴. « *C'est le prix équivalent au bien dont il constitue la contrepartie*²³⁵ » ou « *c'est le coût de production ou à défaut l'estimation commune des gens « sages, libres et compétents »*²³⁶ ». En 1906, Alfred de Tarde a mis en relief l'aspect moral de juste prix : « *Le plus communément, le juste prix est conçu comme l'expression d'une règle morale, la mise en œuvre d'un concept de justice, règle et concept qui se surajoutent aux faits de la vie quotidienne, qui sont d'une autre nature qu'eux et cherchent à les dominer. Il y aurait, d'une part, le prix payé en fait sur le marché, et d'autre part, le prix qu'il serait juste qu'on payât, en vertu de certaines exigences morales. Le juste prix serait donc un simple desideratum de justice, indépendant de la pratique économique, étranger à l'observation, établi sur de pures bases spéculatives. Le juste prix ne se constaterait pas, il s'édicterait* »²³⁷.

104. - La préservation des intérêts du débiteur commande la détermination d'un montant « juste » de l'entrée payante. La théorie du juste prix lui est applicable dans la mesure où l'entrée payante connaît nécessairement une contrepartie²³⁸. Partant, son prix est juste c'est-à-dire adéquat s'il coïncide à la valeur de la contrepartie proposée par le créancier.

Mais que faut-il entendre par « valeur » ? Cette notion complexe est définie comme le caractère mesurable (d'un objet) en tant que susceptible d'être échangée, désiré²³⁹. En économie, c'est la qualité d'un bien, d'un service fondé sur son utilité (valeur d'échange sur la

²³³ Dans l'arrêt de la chambre commerciale du 13 février 1978 précité, le bénéficiaire de la promesse unilatérale avait tenté de récupérer la somme versée d'avance en arguant de la nullité de l'avant-contrat pour défaut d'enregistrement, il a été débouté par la Cour d'appel puis par la Cour de cassation.

²³⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henry CAPITANT*, 10^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2014, p. 591, v^o *Juste*.

²³⁵ S. SHINDLER-VIGUIÉ, *La notion de juste prix en droit positif français*, th. Paris 2, 1992, p. 6.

²³⁶ H. LÉVY-LAMBERT, *La vérité des prix*, éd. du Seuil, 1969 et 1975, p. 127.

²³⁷ A. DE TARDE, *L'idée du juste prix*, th. Paris, Ed. Sarlat, 1906, p. 1.

²³⁸ Cette contrepartie est soit avérée (cas des entrées engagement), soit sujette à discussion (entrées supplément). V. *infra* n^o446 et s.

²³⁹ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2011, p. 2672-2673, v^o *Valeur*.

quantité de facteurs nécessaires à sa production)²⁴⁰. La valeur objective fait intervenir des éléments tels que la valeur de la création de la chose, l'usage et les échanges. Par ailleurs, « *Estimée et désirée, au sens général du terme, la valeur d'une chose n'est pas cette chose mais dans le regard que des hommes portent sur elles*²⁴¹ .» La valeur présente donc un caractère objectif mais également subjectif. Et du fait de son caractère subjectif, la valeur peut varier d'un contractant à l'autre : « *il peut y avoir donc autant de valeurs que de contractants*²⁴². » Les parties doivent alors s'entendre afin de trouver un prix qui corresponde à la valeur qu'elles prêtent à leurs engagements respectifs²⁴³.

105. - Le montant « juste » s'apparente à un montant raisonnable à savoir ce « *qui est adapté ou en adéquation avec la situation en cause*²⁴⁴ ». Le concept de « raison » dans l'évaluation est déterminant et on le retrouve chez DOMAT : « *le dessein n'est pas de s'obliger à ce qui pourrait être arbitré au-delà des bornes de la Raison* »²⁴⁵. Mais, le raisonnable, tout comme le déraisonnable, présentent un caractère approximatif car ils « *sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable.* »²⁴⁶ Cela étant considéré, il importe de veiller à ce que l'entrée payante ait un montant le plus raisonnable possible. Dans cette optique, il serait souhaitable que le débiteur prenne réellement une part active dans la fixation de ce montant ou à tout le moins, que l'on s'assure qu'il n'en sera pas lésé. Il va sans dire qu'une fixation arbitraire du créancier ne saurait lui nuire.

²⁴⁰ *Le Nouveau Petit Robert de la langue française*, 2011, p. 2672-2673, v° Valeur.

²⁴¹ F.-P. BÉNOIT, *De Hegel à Marx*, Dalloz, 2009, p. 252.

²⁴² H. NARAYAN-FOURMENT, *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix* (dans les ventes commerciales et les contrats-cadre), th. Aix-Marseille, PUAM, 2003, n° 134, p. 111.

²⁴³ « (...) on peut raisonnablement considérer que les règles qui gouvernent la détermination du prix doivent être conçues de telle façon qu'elles favorisent la définition d'un prix juste. (...) Chacun étant le meilleur juge et donc le meilleur législateur de ses intérêts, le juste prix est celui sur lequel les parties parviennent à s'accorder dès lors que leur consentement a été libre et éclairé. » : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 284, p. 313.

²⁴⁴ H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats*, th. Poitiers, LGDJ, 2009, p. 9.

²⁴⁵ P.-Y. GAUTIER, *Sous le Code civil des Français : Rome (L'origine du droit des contrats)*, in 1804-2004, *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, 2004, Dalloz, n° 11, p. 60.

²⁴⁶ Sur le raisonnable et le déraisonnable en Droit : V. C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Au-delà du positivisme juridique*, Bibliothèque de la philosophie du droit, vol. 29, LGDJ, 1984, p. 19 : « *Alors que, en droit, les idées de raison et de rationalité ont été rattachées d'une part à un modèle divin, d'autre part à la logique et à la technique efficace, celles du raisonnable et de son opposé, le déraisonnable, sont liées aux réactions du milieu social et à leur évolution. Alors que les notions de « raison » et de « rationalité » se rattachent à des critères bien connus de la tradition philosophique, tels que les idées de vérité, de cohérence et d'efficacité, le raisonnable et le déraisonnable sont liés à une marge d'appréciation admissible et à ce qui, excédant les bornes permises, paraît socialement inacceptable.* »

106. - La seule prise en considération du montant de l'entrée payante, fût-il « sérieux » et « juste », ne donne qu'une vision imparfaite du sérieux de l'engagement du débiteur. Il convient, en réalité, d'examiner les circonstances de ce versement. Une appréciation exacte de la valeur réelle de l'engagement suppose, en effet, d'envisager le montant à travers le prisme d'un certain nombre d'éléments factuels et juridiques.

II. Les critères d'évaluation du « sérieux » et de la « justesse » du montant

107. - L'analyse de la véritable valeur de l'engagement du débiteur rend nécessaire le recours à des critères d'évaluation du « sérieux » et de la « justesse » du montant. Ces critères sont, pour certains, objectifs (A), d'autres purement subjectifs (B).

A. Les critères objectifs

108. - Avant de s'intéresser aux critères subjectifs d'évaluation, il s'agira de procéder, dans un premier temps, à l'appréciation de l'importance du montant de l'entrée payante selon des critères objectifs. Seront ainsi successivement abordés le rapport entre le montant de l'entrée payante et la valeur globale de l'engagement (1), la qualité des parties (2), le sort du versement (3) et enfin l'instigateur du versement (4).

1. Le rapport entre le montant de l'entrée payante et la valeur globale de l'engagement

109. - Très logiquement, le paiement de l'entrée payante emporte des conséquences financières. Elle représente un coût plus ou moins important et le patrimoine du débiteur en sera déduit d'autant. Parce qu'il ne pourra plus disposer de cette somme, l'entrée payante constitue un sacrifice financier.

Ce sacrifice est, a fortiori, particulièrement ressenti par le débiteur lorsque l'entrée payante est d'un montant élevé au regard de l'opération contractuelle globale. Relevons, à ce propos, que ce qui est vécu comme un sacrifice pour le débiteur peut constituer, du point de vue du créancier, un signe du sérieux de son cocontractant. Sur le plan purement mathématique, le sérieux de l'engagement peut être apprécié en établissant un rapport entre le montant de l'entrée

payante et la valeur totale de l'engagement du débiteur²⁴⁷. Plus la différence entre ces éléments est faible, plus l'engagement du débiteur peut être qualifié de sérieux. Inversement, plus la différence est importante, moins l'engagement peut être regardé comme sérieux. À titre d'illustration, si X verse 1 alors que la prestation porte sur 100, son engagement sera moins sérieux que celui de Z qui a versé 20/100. Idéalement, un équilibre doit être trouvé entre le besoin de sécurité du créancier impliquant un engagement sérieux de la part du débiteur et les intérêts de ce dernier. On observera, au demeurant, que cette quête de sécurité est propre aux créanciers des entrées « engagements »²⁴⁸.

2. La qualité des parties

110. - La qualité des parties (personnes physiques ou morales, professionnels ou simples consommateurs etc.), si elle ne constitue pas un facteur décisif, présente cependant un intérêt non négligeable dans l'évaluation du sérieux du *solvens* par l'importance du montant versé. Plus avisé que le profane, le professionnel est, en principe²⁴⁹, plus apte à défendre ses intérêts. Son expérience, sa perspicacité et les informations dont il dispose seront des atouts dans la négociation du montant « sérieux » et « juste ». En professionnel averti, il pourra décider en connaissance de cause de verser le montant demandé en guise d'entrée payante. Cela ne signifie pas pour autant que le consommateur ou le non-professionnel est moins sérieux. Il est simplement moins apte à négocier un montant « juste » en raison de son inexpérience. En outre, le sacrifice financier est généralement plus lourd pour un particulier que pour une entreprise. De fait, engager ses fonds propres peut présenter un risque plus grand et par conséquent, dénote de l'importance que revêt l'engagement pour le particulier.

3. Le sort du versement

111. - On ne peut occulter l'influence du sort du versement sur la détermination du montant de l'entrée payante. Bien évidemment, le débiteur se montrera particulièrement

²⁴⁷ Sans doute n'est-il pas sans intérêt de préciser ici que l'obligation principale du débiteur de l'entrée payante est, dans toutes les hypothèses abordées ci-après, une obligation de somme d'argent. V. *infra* n° 148 et s. et n° 321 et s. les manifestations des entrées « engagement » et « supplément ».

²⁴⁸ S'agissant des entrées « supplément », la motivation des créanciers est plus hétéroclite.

²⁴⁹ V. à ce propos, A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2006.

vigilant lors de la négociation de la somme à payer lorsque l'entrée payante reste acquise au créancier. À cette occasion, il peut être amené à demander une diminution ou plus rarement, une augmentation de son montant s'il estime que la somme n'est pas représentative du sérieux de son engagement. En revanche, le débiteur peut être tenté de se montrer moins pointilleux lors des négociations quand la somme a vocation à être restituée ou imputée.

Le sort de l'entrée payante est tout autant un indicateur du sérieux de l'engagement du débiteur. Si la somme doit être restituée au bout d'un certain délai, l'engagement, s'il reste sérieux, comporte moins de risques. C'est le cas notamment en matière de baux dans lesquels le locataire se verra restituer le dépôt de garantie, sauf exécution fautive de sa part, lors de la rupture du contrat. Si la somme est imputable sur le montant de la prestation initiale, l'engagement demeure sérieux mais moins que celui qui verse un montant restant acquis à l'accipiens.

4. L'instigateur du versement

112. - L'entrée payante manifeste en particulier le sérieux de l'engagement du débiteur quand elle est le fruit de stipulations conventionnelles. En comparaison, l'entrée payante imposée par les textes ou les usages est nettement moins significative²⁵⁰. Lorsque la loi ou les usages ne la prévoient pas, il incombe aux parties d'engager des pourparlers sur l'opportunité de stipuler une entrée payante. Elles conviendront, dans le même temps, de sa contrepartie, de son montant et de son sort. Cette démarche dénote d'une réelle implication. Ce n'est clairement pas le cas lorsque l'entrée payante est imposée par la loi. L'exemple le plus significatif nous est fourni par l'article L. 290-2 du Code de la construction et de l'habitation imposant, à peine de nullité, une indemnité d'immobilisation de 5 % du prix de vente. La loi se fait ici trop intrusive pour permettre l'expression du sérieux des contractants. La fixation légale offre cependant une garantie inégalée en matière de justesse et de sérieux du montant²⁵¹.

Outre les critères objectifs, des paramètres subjectifs peuvent être retenus pour caractériser le sérieux et la justesse du montant, et partant le sérieux de l'engagement.

²⁵⁰ V. *infra* n° 122 et s. nos développements relatifs à la détermination du montant.

²⁵¹ V. *infra* n°123.

B. Les critères subjectifs

113. - L'évaluation du sérieux du débiteur de l'entrée payante serait lacunaire sans l'examen des dessous psychologiques de son engagement. Cette étude se révèle même essentielle dans la mesure où ces éléments subjectifs sont à l'origine de la relation et donne du sens aux engagements souscrits de part et d'autre. Par suite, deux critères seront retenus pour appréhender la facette subjective du sérieux de l'engagement par le *quantum* de l'entrée payante, à savoir la volonté de contracter induite par la prise de risque (1) et la confiance portée à l'engagement (2).

1. La volonté de contracter induite par la prise de risque

114. - Se départir d'une somme d'argent aux prémices de la relation contractuelle constitue une véritable prise de risque. Si, par le versement de l'entrée payante, le débiteur signifie clairement et concrètement sa volonté de s'engager, la question du sérieux du créancier reste posée. Cela tient notamment au fait que la contrepartie de l'entrée payante porte généralement sur une obligation de faire ou de donner souvent différée²⁵² et dont l'exécution est parfois successive. Au vu de ces considérations, l'on conçoit aisément que le débiteur, après avoir payé pour contracter, éprouve quelques craintes quant à une éventuelle inexécution, par le créancier, de ses obligations. Sans oublier qu'il s'expose, par ailleurs, au risque que l'entrée payante ne soit pas restituée lorsque la convention prévoit cette possibilité. Ainsi, en bravant ces incertitudes et ses appréhensions, le débiteur montre une réelle détermination à contracter et manifeste sans équivoque la sincérité de son engagement. La mesure de son sérieux est, de ce fait, appréciable au regard du risque volontairement pris.

²⁵² À noter que cela est vrai aussi bien pour les entrées « engagement » que pour les entrées « supplément ». Par exemple, dans le cas d'arrhes ou d'un acompte lors de la vente d'un bien ou de la réalisation d'une prestation de service, le créancier reçoit l'entrée payante avant même d'avoir livré le bien ou d'avoir effectué la prestation de service. Il en est de même dans le cas du versement d'un pas-de-porte, ou du droit d'entrée en droit de la consommation qui sont tous deux des entrées payantes « supplément ».

2. La confiance²⁵³ portée à l'engagement

115. - La confiance peut être définie comme l'espérance ferme, l'assurance de celui qui se fie à quelqu'un ou à quelque chose²⁵⁴. Elle est également regardée comme la « *croyance en la bonne foi, sincérité, fidélité d'autrui (tiers, contractant) ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles* »²⁵⁵. La confiance est, en quelque sorte, le ciment de la pérennité contractuelle²⁵⁶ et le contrat « *exprime la confiance dont chacune des parties est dépositaire et dépositaire* »²⁵⁷. En ce sens, le débiteur de l'entrée payante, par le versement d'un montant « sérieux et juste », fait la démonstration de la confiance portée à son contractant. De même, sa confiance dans le contrat est matérialisée par ce versement. Quant à l'accipiens, il obtient un intéressant gage de ce sentiment. Ce comportement louable participe au sérieux de l'engagement.

Le recours aux critères objectifs et subjectifs précités a permis d'établir le lien entre le sérieux de l'engagement et le montant de l'entrée payante. Il en ressort qu'une entrée payante, pour être véritablement perçue comme un signe du sérieux, ne saurait être d'un montant moindre. En dépit de cette logique, la démonstration du caractère sérieux de l'engagement ne doit pas conduire à la fixation d'un montant disproportionné. Le débiteur devra donc se montrer particulièrement prudent afin d'éviter l'écueil d'un abus dans la fixation du montant de l'entrée payante.

²⁵³ V.-L. BENABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2008.

²⁵⁴ *Le nouveau petit Robert de la langue française*, 2011, p. 505, v° *Confiance*.

²⁵⁵ G. CORNU, *op.cit.*, p. 230, v° *Confiance*.

²⁵⁶ Sur la nécessité de consacrer un principe de confiance dans le Code civil, v. V. EDEL, in V.-L. BENABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 141 : l'auteur juge utile de « consacrer un principe de confiance en tant que principe de régulation du comportement des contractants et servant par la même de modèle explicatif du renouveau du contrat. » On relèvera, non sans intérêt, que l'ordonnance de 2016 introduit le vocable « confiance » à l'alinéa 1 de l'article 112-1 nouveau du code civil consacrant le devoir général d'information dans les négociations précontractuelles. Le texte dispose : « Celle des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant. » Si le principe de confiance n'y est pas affirmé en tant que tel, on remarquera néanmoins que l'existence d'une relation de confiance entre les parties est admise pour justifier l'ignorance du créancier de l'information et en conséquence reconnaître son droit à l'information.

²⁵⁷ L. AYNÈS, *La confiance en droit privé des contrats*, in V.-L. BENABOU et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 153.

§2. L'abus²⁵⁸, risque de dérive dans la fixation du montant

116. - Le montant de l'entrée payante peut présenter un caractère abusif en ce qu'il est absolument hors de proportion avec la contrepartie prévue. « *L'abus marque la limite entre ce qui est tolérable dans la relation contractuelle et ce qui ne l'est plus*²⁵⁹. » C'est la conséquence « *de l'usage excessif d'une prérogative juridique* » ou de « *l'exploitation outrancière d'une situation de fait ; la mise à profit d'une position de force souvent au détriment de la partie la plus faible.* »²⁶⁰ L'abus trouve particulièrement son terrain d'élection lorsque le principe de l'entrée payante et la détermination de son montant sont le fait des parties et plus spécifiquement, l'œuvre du créancier de l'entrée. Devant un tel constat, force est de déplorer que l'exercice de la liberté contractuelle soit ainsi utilisé au détriment de la partie la plus faible²⁶¹. Il y a là, en l'espèce, rupture d'égalité entre les contractants. Parce qu'elle est détournée de sa finalité, l'entrée payante devient problématique.

117. - En effet, le nécessaire « *esprit de collaboration* »²⁶², corollaire de la loyauté, commande l'exclusion d'engagements contraire aux intérêts de l'une des parties : « *celui qui s'est vu confier la fixation du prix ne doit pas rompre la communauté d'intérêts qui l'unit à son cocontractant en cherchant égoïstement à satisfaire son seul intérêt [...]* »²⁶³. A fortiori, l'esprit de collaboration doit être encore plus prégnant lorsque le contrat est assorti d'une entrée payante. L'assentiment du débiteur sur le principe du paiement devrait conduire le créancier à

²⁵⁸ Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat essai d'une théorie*, th. Aix Marseille 3, LGDJ, 2000 ; A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, th. Cergy Pontoise, PUAM, 2006 ; M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, th. Paris 9, Dalloz, 2001. Sur l'abus de dépendance : G. J. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris 1, LGDJ, 1986 ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, ACADEMIA/BRUYLANT, 2003, n° 310 et s., p. 346 et s. À noter que M. BAKOUCHE, dans sa thèse consacrée à l'excès en droit civil, opère une distinction entre l'excès et l'abus. Celle-ci, quoique intéressante, n'a pas été retenue par la jurisprudence et la doctrine, le vocable « abus » étant utilisé en toutes circonstances. V. sur la différenciation de l'abus et de l'excès : D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, th. Paris 2, tome 432, LGDJ, 2005, n° 42, p. 41 : « *Il faut pourtant poser en principe que l'excès ne se confond pas avec l'abus : la mise en œuvre de la sanction de l'abus invite en effet à porter un jugement de valeur sur la conduite d'un individu, sur son attitude lors de la formation du rapport contractuel afin de les confronter aux exigences les plus élémentaires de la morale et d'en apprécier le caractère plus ou moins répréhensible. Au contraire, ce genre d'investigation est exclue de l'appréciation de l'excès qui suppose de tenir compte non plus de la cause éventuelle mais de l'effet, c'est-à-dire d'un constat objectif d'une démesure.* »

²⁵⁹ Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, th. Bourgogne, ACADEMIA/BRUYLANT, 2003, n° 12, p. 27.

²⁶⁰ G. CORNU, *op.cit.*, p. 7, v° *Abus*.

²⁶¹ V. par exemple la thèse monographique de Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, ACADEMIA/BRUYLANT, 2003 : l'auteur distingue la faiblesse d'une partie au contrat inhérente à sa situation personnelle de celle inhérente à sa position dans le contrat.

²⁶² L'expression est de F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 293, p. 328.

²⁶³ *Ibid.*

adopter en retour une conduite irréprochable. En somme, le débiteur est en droit d'espérer de son cocontractant le même sérieux que celui qu'il a manifesté à son égard. La fixation abusive du montant de l'entrée payante paraît, de ce fait, particulièrement inadmissible. Le créancier se montre déloyal en dépit de la manifestation de confiance de son partenaire et ce, il faut le souligner, dès la phase précontractuelle. Dès lors, il est à craindre qu'il persiste dans cette attitude, une fois le contrat conclu.

118. - L'éventualité d'un abus dans la fixation du montant de l'entrée payante commande une vigilance accrue du débiteur. Or, ce dernier n'est, hélas, pas toujours en mesure de défendre ses intérêts²⁶⁴, faute d'expérience et de connaissances. Cette situation fait écho à la problématique récurrente de l'inégalité des parties dans le contrat²⁶⁵, antithétique à la formule de FOUILLÉE²⁶⁶. De fait, maints individus se révèlent, dans certaines situations, inaptes à s'engager pertinemment, autrement dit avec la capacité de préserver de manière optimale leurs intérêts²⁶⁷.

119. - Des solutions existent afin de corriger ce décalage entre les contractants. L'abus semble être présenté comme le fondement du contrôle judiciaire de l'équilibre contractuel²⁶⁸. Et, la réfaction judiciaire apparaît comme une solution contre l'abus de droit²⁶⁹. L'intervention du juge consistant à une réduction du prix, viendra sanctionner un comportement fautif découlant de la fixation d'un montant disproportionné. Dès lors, se pose la question de savoir si l'abus dans la fixation du montant de l'entrée payante peut être condamné.

²⁶⁴ V. sur ce point, entre autres, Ch. BOURRIER, *op. cit.*, p. 251 et s. (Développements relatifs à « *La faiblesse d'une partie inhérente à sa position dans le contrat* ») ; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, th. Toulouse 1, tomes 1 et 2, PUAM, 2000.

²⁶⁵ La bibliographie est particulièrement abondante sur le sujet (liste non exhaustive) : O. LITTY Olivier, *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, th. Paris 1, LGDJ, 1999 ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, th. Dijon, Litec, 2006 ; J.-J. BARBIERI, *Vers un nouvel équilibre contractuel ? Recherche d'un nouvel équilibre des prestations dans la formation et l'exécution du contrat*, th. Toulouse, 1981 (non pub.) ; F. DE BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, th. Paris 1, LGDJ, 2007 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, LGDJ, 2002 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th. Paris 11, LGDJ, 2000 ; P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, th. Paris 2, PUAM, 2003 ; v. également les thèses précitées de Ch. BOURRIER, V. LASBORDES, Ph. STOFFEL-MUNCK, A. CATHIARD, G. J. VIRASSAMY et D. BAKOUCHE.

²⁶⁶ « *Qui dit contractuel, dit juste* ».

²⁶⁷ On pourrait parler, ici, en quelque sorte d'« *incapacité conventionnelle* ». Notre droit consacre explicitement les incapacités civiles, commerciales et professionnelles et assure la protection de certaines catégories de sujets de droit (consommateurs, salariés, etc.) sans pour autant admettre une incapacité dans le second cas.

²⁶⁸ C. BOURGEON, *L'indétermination du prix : les apports économiques*, RTD com, 1997, p. 7.

²⁶⁹ C. AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, n° 25 et s. ; V. aussi C. ALBIGÈS, *Le développement discret de la réfaction du contrat*, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 3.

120. - L'étude de la jurisprudence²⁷⁰ nous enseigne que l'abus est, de manière générale, peu retenu. La sanction judiciaire est en effet rare et limitée à certaines catégories de contrat. De plus, les juges considèrent que l'abus dans la fixation unilatérale du prix (dans la cas d'un contrat cadre) ne peut être admis du seul examen objectif de son montant²⁷¹. Il tient plutôt à l'emprise que le contrat, en raison par exemple de sa longue durée ou de son caractère exclusif, confère à un contractant sur l'autre partie ; cette dernière n'ayant d'autre choix que de subir le prix fixé²⁷². En matière d'entrée payante, la Cour de cassation a procédé à la réduction *pro rata temporis* du montant d'une indemnité d'immobilisation²⁷³ sans pour autant faire référence à la notion d'abus. La censure de la décision de la Cour d'appel avait été opérée sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil au motif que celle-ci aurait dû rechercher si les parties avaient fixé le montant de l'indemnité en fonction de la durée de l'immobilisation de l'immeuble

Le peu de succès rencontré par la théorie d'abus est sans nul doute lié à la volonté de préserver la liberté contractuelle des parties. Pour certains auteurs²⁷⁴, il existe un réel intérêt à généraliser cette théorie sans la limiter à un domaine contractuel particulier. Dans le même ordre d'idée, il serait fort souhaitable que cette généralisation de la théorie de l'abus ne soit pas cantonnée au seul contrat mais appliquée également aux négociations précontractuelles.

L'utilisation de la notion d'abus n'étant pas en voie de prospérer (du moins actuellement), le débiteur de l'entrée payante n'aura d'autre choix que celui d'avoir recours aux instruments juridiques classiques pour contrôler la validité de l'entrée payante²⁷⁵.

²⁷⁰ La loi retient quelques hypothèses d'abus : v. par exemple C. consom., art. L. 122-8 : condamnation pour abus de faiblesse de l'individu ayant abusé « *de la faiblesse ou de l'ignorance d'une personne pour lui faire souscrire, par le moyen de visites à domicile, des engagements au comptant ou à crédit sous quelque forme que ce soit* ».

²⁷¹ Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, CCC 2004 n° 151 note LEVENEUR ; D. 2005, jur. 1828, note MAZEAUD ; RTD Civ. 2005. 126 obs. MESTRE et FAGES, cassant Paris, 24 octobre 2000 RJDA 2001, n° 122, qui avait déduit l'abus d'une augmentation de 150 % sur un an de loyer de location de coffre-fort.

²⁷² Cass. com. 21 janvier 1997, n° 94-22034, D. 1997, jur. 414, note Ch. Jamin; Paris, 19 mai 2000, RTD Civ. 2000. 570, obs. MESTRE et FAGES.

²⁷³ Cass. 3^e civ., 5 décembre 1984, n° 83-12895, Bull. civ., III, n° 208 (cassation) : « *Manque de base légale l'arrêt qui, pour décider que l'indemnité d'immobilisation stipulée par une promesse de vente d'un immeuble, n'était pas susceptible d'être judiciairement réduite énonce que cette somme est intégralement acquise au promettant quel qu'ait pu être son préjudice réel sans rechercher si cette indemnité n'avait pas été fixée par les parties en fonction de la durée d'immobilisation de l'immeuble et si son montant ne devait pas être réduit du fait de la renonciation anticipée du bénéficiaire de la promesse de vente.* »

²⁷⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, *Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix*, D. 2006, p. 2629 et s.

²⁷⁵ V. *infra* n° 510 et s. nos développements consacrés à la validité des entrées payantes contrôlées par le juge.

121. - Indépendamment de l'importance du montant versé, indice indiscutable de la volonté « sérieuse » de s'engager, les modes de détermination de l'entrée payante doivent être scrutés particulièrement. Précédemment, il nous a été donné de constater que l'identité de l'auteur de la détermination n'était pas sans lien avec l'existence d'un abus. Dans le même temps, les modes de détermination permettent de dégager une hiérarchie entre les entrées payantes quant au sérieux porté par les parties à l'opération. De fait, si les parties ont une véritable emprise sur le mode de détermination, on jugera d'autant leur sérieux. En revanche, lorsque le montant de l'entrée payante est fixé par la loi ou les usages, les parties ont une marge de manœuvre faible ou nulle d'où un sérieux nécessairement minoré. Ainsi, la détermination du montant à verser permettra de prendre toute la mesure du sérieux de l'engagement.

SECTION 3 - LA DÉTERMINATION DU MONTANT²⁷⁶ À VERSER

122. - Après avoir démontré que le sérieux de l'engagement du débiteur de l'entrée payante découlait de l'importance du montant versé, il convient de s'intéresser désormais à l'auteur de la détermination de ce montant. Le sujet est d'importance car il permet de livrer une appréciation plus nette du sérieux de l'engagement. Il appert en effet que la fixation conventionnelle du montant de l'entrée payante dénote d'un engagement plus soutenu, plus sérieux. De ce fait, comparé à la détermination conventionnelle (§3), le sérieux de l'engagement semble tronqué lorsqu'elle découle de la loi (§1) ou des usages (§2).

§1. La détermination légale

123. - La détermination du montant de l'entrée payante découle parfois de la loi. Cette intrusion dans la sphère contractuelle est généralement motivée par des considérations tenant à la protection des contractants. Spécifiquement prévu par la loi, le montant de ces entrées payantes est fixé soit *a minima* (I) soit *a maxima* (II).

²⁷⁶ La détermination est l'action de déterminer, de délimiter avec précision (*Le Nouveau petit Robert 2011* p.717, v° *Détermination*). S'agissant du montant, c'est le chiffre auquel monte, s'élève un compte (*Le Nouveau petit Robert 2011*, p.1630, v° *Montant*). La détermination décrit le passage de l'indétermination à l'état chiffré du montant.

I. Dispositions fixant le minimum

124. - La loi exige, dans des circonstances particulières, une manifestation concrète du sérieux de l'engagement de l'un des contractants à savoir le versement d'une entrée payante. On peut relever à titre d'exemple le cas de l'indemnité d'immobilisation dans la promesse de vente portant sur un immeuble appartenant à une personne physique.

Cette obligation est énoncée par l'article L. 290-2 du Code de la construction et de l'habitation²⁷⁷ qui énonce que « *la promesse unilatérale de vente mentionnée à l'article 290-1²⁷⁸ prévoit, à peine de nullité, une indemnité d'immobilisation d'un montant minimal de 5% du prix de vente, faisant l'objet d'un versement ou d'une caution déposés entre les mains d'un notaire* ». Par ces dispositions, le législateur encadre les promesses de vente unilatérales de plus de 18 mois (durée initiale ou prorogée) consenties par des vendeurs personnes physiques. La validité de l'acte est subordonnée à l'établissement d'un acte authentique mais également au versement d'une indemnité d'immobilisation de 5%.

125. - Le recours obligatoire à un notaire pour l'établissement de l'acte permet aux parties de prendre conscience de la gravité et du sérieux de leur engagement. En raison de la présence de l'officier public, elles seront plus enclines à la réflexion et le risque d'abus sera très limité, voire nul.

126 - Le sérieux de l'opération sera également assuré par la remise sous peine de nullité de l'indemnité d'immobilisation. Cette entrée payante obligatoirement versée entre les mains d'un notaire permet de rasséréner le vendeur personne physique quant au sérieux de l'engagement de son cocontractant. Le bénéficiaire de la promesse ne pourra pas profiter impunément de la réservation de l'immeuble par la personne physique puisque l'indemnité d'au moins 5% lui sera allouée en cas de non-levée de l'option. La mesure édictée par l'article L. 290-2 tend clairement à protéger le vendeur personne physique. Rappelons, à ce propos, que l'article a été créé par la loi de « *mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion* » et qu'il est inscrit dans un titre²⁷⁹ intitulé « *Mesures de protection concernant certains vendeurs*

²⁷⁷ Issu de n° 2009-323 du 25 mars 2009 dite loi « BOUTIN », modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 qui a inséré le mot « unilatérale » après « promesse ». Par cette modification, la loi de 2012 restreint le champ de protection légale puisque seules les promesses unilatérales doivent prévoir, à peine de nullité l'indemnité d'immobilisation.

²⁷⁸ CCH, art. L. 290-1 : « *Toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique.* »

²⁷⁹ Titre IX du livre II (Statut des constructeurs) du Code de la consommation.

de biens immobiliers ». On observera avec intérêt que le texte vise ici le vendeur et non l'acquéreur immobilier, bénéficiaire habituel des dispositifs de protection (droit de rétractation, conditions suspensives d'obtention de prêts, etc...). Pour mémoire, lors des débats parlementaires précédant l'adoption de cette loi, il avait été avancé²⁸⁰ que le texte a « *pour objet de sécuriser les promesses de vente entre un opérateur immobilier ou un aménageur et une personne physique* ». Il avait été également souligné qu'il permet de mettre un terme « *à des procédures qui conduisent à léser des personnes qui n'ont pas la capacité de se défendre.* »²⁸¹ Ainsi, la volonté de protéger la partie faible, en l'occurrence la personne physique²⁸², a ostensiblement motivé l'adoption de ces mesures.

127. - Il importe de préciser, par ailleurs, que le montant de l'indemnité d'immobilisation étant fixé *a minima* par le législateur, il est loisible aux parties de convenir d'un montant plus élevé. Partant, la liberté contractuelle jusqu'alors limitée peut encore s'exprimer. Un versement plus élevé peut résulter de la volonté de marquer davantage le sérieux porté à l'engagement. Toutefois, la fixation doit demeurer raisonnable sous peine de requalification de la promesse de vente²⁸³.

II. Dispositions fixant le maximum

128. - Les dispositions de l'article L. 442-8 du Code de l'urbanisme relatif aux cessions des lots et édification de constructions dans ces lotissements²⁸⁴ se rapprochent partiellement de celles de l'article L. 290-2 du Code de la construction précité. Il dispose, en son troisième alinéa, que « *Le promettant peut, en contrepartie de l'immobilisation du lot, obtenir du bénéficiaire de la promesse, qui conserve la liberté de ne pas acquérir, le versement d'une*

²⁸⁰ Par M. Patrick OLLIER, président de la commission des affaires économiques. V. Compte-rendu intégral AN, Deuxième séance du lundi 9 février 2009, discussion sur l'amendement n° 1073 rectifié (<http://www.assemblee-nationale.fr/13/cr/2008-2009/20090156.asp>).

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² Observons que le mécanisme de protection légale ne profite qu'au « vendeur personne physique ». En effet, la loi n'opère pas de distinctions entre professionnels et non professionnels. Par conséquent, un professionnel de l'immobilier qui n'exerce pas sous la forme d'une société a qualité pour bénéficier de ladite protection à l'inverse d'une association de non-professionnels. Ces deux cas révèlent, selon nous, les failles du dispositif qui se voulait protecteur des intérêts des personnes inaptes à se défendre.

²⁸³ Une jurisprudence constante requalifie la promesse unilatérale en promesse synallagmatique lorsque l'indemnisation d'immobilisation a, par son montant élevé, pour effet de contraindre le bénéficiaire à acquérir : v. notamment : Cass. com., 9 novembre 1971, JCP 1971, JCP 1972. II. 16962.

²⁸⁴ La loi n° 2006-872 du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement dont est issu l'article L.442-8 du Code de l'urbanisme constitue le volet principal du Pacte pour le logement présenté par le Gouvernement en 2005.

indemnité d'immobilisation dont le montant ne peut pas excéder un pourcentage du prix de vente fixé par décret en Conseil d'Etat. » Ce montant est de 5% du prix de vente au maximum selon la lettre de l'article R. 442-12 du Code de l'urbanisme²⁸⁵.

Ces dispositions appellent quelques rapides réflexions²⁸⁶. Le constructeur d'un lotissement a la possibilité et non pas l'obligation de demander une indemnité d'immobilisation d'un montant limité à 5% du prix de vente. Les parties sont donc tenues de se conformer au plafond légal. Leur volonté pourra toutefois s'exprimer à deux égards. Tout d'abord, elles pourront ou non convenir du versement d'une indemnité d'immobilisation. Ensuite, elles auront la possibilité de choisir un montant compris entre 0 et 5%. Le sérieux de l'engagement du débiteur de l'entrée payante peut notamment s'exprimer à ce niveau puisque le choix d'un pourcentage élevé peut être regardé comme un gage de sérieux. La volonté des parties peut, par conséquent, se manifester quoique de manière encadrée. Par ce texte, le législateur accorde un traitement préférentiel et une protection aux acquéreurs immobiliers d'un lot à bâtir. Il s'agit d'un compromis entre le respect de l'expression de la volonté des parties et la nécessité de protéger la partie faible contre d'éventuels abus ou excès des lotisseurs.

129. - En droit des baux d'habitation, il est donné de rencontrer un exemple classique de la détermination légale du montant de l'entrée payante, à savoir le dépôt de garantie. Fixé initialement à deux mois de loyer, le montant du dépôt de garantie a été réduit à un mois maximum de loyer par la loi de 2008 pour le pouvoir d'achat²⁸⁷. Depuis son adoption, l'alinéa 1 de l'article 22 de la loi de 1989 dispose que « *Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, il ne peut être supérieur à un mois de loyer en principal. Au moment de la signature du bail, le dépôt de garantie est versé au bailleur directement par le locataire ou par l'intermédiaire d'un tiers.* »

130. - Il importe de préciser encore que la loi impose une option entre le paiement d'avance du loyer et le versement du dépôt de garantie. Autrement dit, le bailleur ne peut exiger de son cocontractant le paiement concomitant d'un loyer d'avance et d'un dépôt de garantie :

²⁸⁵ C. urb., art. R. 442-12 : « *Lorsque le lotisseur demande, en application du troisième alinéa de l'article L.442-8, une indemnité d'immobilisation en contrepartie de l'immobilisation d'un lot prévue par une promesse unilatérale de vente, cette indemnité ne peut excéder 5 % du prix de vente.* »

²⁸⁶ Ce sujet sera traité de manière plus complète dans la section 2 du chapitre 2 consacrée à l'indemnité d'immobilisation et au dépôt de garantie dans le contrat de réservation d'un immeuble à construire.

²⁸⁷ Loi n° 2008-111 du 8 février 2008 modifiant l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs dite loi MERMAZ. Cette nouvelle disposition est applicable aux contrats de location conclus à compter de la publication de la loi de 2008. À noter que l'article 22 a été ensuite complété par la loi du 25 mars 2009, puis par la loi du 24 mars 2014.

« Un dépôt de garantie ne peut être prévu lorsque le loyer est payable d'avance pour une période supérieure à deux mois ; toutefois si le locataire demande le bénéfice du paiement mensuel du loyer, par application de l'article 7, le bailleur peut exiger un dépôt de garantie. »

131. - Enfin, reste à rappeler que le montant du dépôt de garantie est intangible²⁸⁸. Le bailleur ne peut exiger son augmentation lors du renouvellement alors même que son montant initial était inférieur au montant légal²⁸⁹.

132. - Si les textes n'imposent pas le versement d'un dépôt de garantie, force est de constater qu'il est très régulièrement exigé par le bailleur. Pour ce qui est de son montant, il ne peut excéder un mois de loyer puisque l'article 22 fait mention d'un montant ne pouvant « être supérieur à un mois de loyer ». On relèvera non sans intérêt, à ce propos, que ce montant n'a pas à être égal à un mois de loyer. L'application *stricto sensu* du texte autorise, par conséquent, à payer moins qu'un mois de loyer (par exemple un demi-mois de loyer, un tiers de mois etc.). Dans ce cas, l'engagement du locataire sera nécessairement regardé comme moins sérieux que celui versant un mois de loyer. Dans la pratique, cette possibilité est rarement (sinon jamais) envisagée et peut être source de complications²⁹⁰. Quoi qu'il en soit, le montant du dépôt de garantie est supposé couvrir les éventuelles dégradations survenant pendant la durée du bail. Le versement est donc une garantie, un gage du sérieux du locataire. D'ailleurs, le sérieux dans l'exécution de ses obligations locatives sera récompensé par la restitution de la somme en fin de bail.

133. - Les exemples précités des indemnités d'immobilisation²⁹¹ et du dépôt de garantie permettent de livrer une appréciation générale sur le lien entre la détermination légale du montant de l'entrée payante et le sérieux de l'engagement du débiteur. L'intervention législative inhibe sans conteste la manifestation pleine et entière de la volonté des parties en encadrant le versement de l'entrée payante, signe du sérieux de l'engagement. Ce ne sont pas les parties mais le législateur qui fixe les bases du sérieux en prédéfinissant le montant de l'entrée payante.

²⁸⁸ Loi du 6 juillet 1989, art. 22, al. 6 : « [...] Il ne doit faire l'objet d'aucune révision durant l'exécution du contrat de location, éventuellement renouvelé. »

²⁸⁹ CA Paris, 10 mai 1990, Loyers et copr. 1990, n° 287.

²⁹⁰ V. notamment pour le calcul de la majoration en cas de défaut de restitution du dépôt de garantie dans le délai prévu. Selon la loi, la majoration est égale à 10% du loyer mensuel en principal, pour chaque période mensuel commencée en retard. V. aussi en cas de dégradation du local ou de sommes restant dues par le locataire d'un montant supérieur à la somme versée à titre de garantie.

²⁹¹ Nous faisons référence à la fois à l'indemnité d'immobilisation dans la promesse unilatérale de vente consentie par une personne physique (CCH, art. L. 290-2) et à l'indemnité d'immobilisation dans la promesse portant sur un lot (C. urb., L. 442-8).

134. - Cette faible marge de manœuvre dont disposent les parties est-elle pour autant regrettable ? Il convient pour y répondre de se référer aux motivations du législateur, autrement dit, à l'esprit de la loi.

D'emblée, il apparaît que l'intervention légale est ciblée. Les raisons de cette immixtion résultent de la volonté politique clairement affichée de favoriser l'accès à l'habitat, au logement²⁹² et à la propriété. De fait, le législateur accorde une place prépondérante aux droits au logement et à l'habitat à travers l'adoption de nombreux textes. Ainsi, la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion évoquée précédemment s'inscrit dans le contexte du chantier national prioritaire 2008-2012 pour les personnes sans abri ou mal logées prolongé par le CNPHL (Chantier National Prioritaire pour l'Hébergement et le Logement)²⁹³.

De même, la réduction du montant du dépôt de garantie opéré par la loi de 2008 pour le pouvoir d'achat a « *pour objectif d'éviter au locataire « d'immobiliser » une somme trop importante au début du bail, moment où il doit souvent faire face à de nombreuses dépenses* »²⁹⁴. On a relevé, en effet, que l'exigence d'un versement de deux mois de loyer avait pour conséquence de freiner l'accès au contrat des personnes aux revenus modestes²⁹⁵.

À côté de ces dispositions éparses, le législateur a reconnu plus généralement le droit à l'habitat et le droit au logement. La reconnaissance du droit au logement en tant que droit fondamental figure en disposition liminaire du régime des baux d'habitation de la loi du 22 juillet 1989. De plus, la loi Besson du 31 mai 1990 proclame dans son article 1^{er} : « *Garantir le droit au logement constitue un devoir de solidarité pour l'ensemble de la nation* ». La consécration de ce droit trouve sans doute son origine dans le fait que le logement présente une

²⁹² Sur la distinction logement/habitat : « *L'habitat, c'est le logement dans son environnement. La notion d'habitat excède celle de logement dont elle comprend l'espace de vie aux alentours et le voisinage. Elle désigne l'implantation géographique et la répartition spatiale des habitations, le paysage et les caractéristiques des formes – groupées ou dispersées, les équipements et espaces urbains, la population et le genre de vie* » (M. BARRÉ-PÉPIN, *La protection du logement en droit privé*, coll. Litec Professionnels, LexisNexis, 2009, n° 14, p. 8).

²⁹³ Il convient de préciser à ce propos que cette loi récente est venue mettre un terme au vide juridique qui existait jusqu'alors, vide cependant comblé par une jurisprudence abondante qui sanctionnait le montant excessif stipulé notamment par la requalification du contrat en promesse synallagmatique de vente. À travers ces décisions, transparait là encore la volonté de protéger la partie faible du contrat et de limiter les abus nés de la fixation conventionnelle.

²⁹⁴ Avis AN n° 503 de M. Jérôme CHARTIER du 12 décembre 2007 sur le projet de loi pour le pouvoir d'achat (n° 498), p. 123 ; (v. <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0503.asp>).

²⁹⁵ Rapport AN n° 504 de M. Pierre MORANGE du 12 décembre 2007 sur le projet de loi pour le pouvoir d'achat (n° 498), p. 74 ; (v. <http://www.assemblee-nationale.fr/13/rapports/r0504.asp>) : « *Le versement de deux mois de loyer peut constituer une avance en trésorerie importante – il suffit de penser au cas des jeunes cherchant à louer un appartement dans les grandes villes et les villes moyennes pour suivre leurs études ou démarrer leur vie professionnelle –, qui dès lors freine l'accès au logement.* »

« *dimension patrimoniale, personnelle et familiale* »²⁹⁶. Pour ce qui est du droit à l'habitat, il a été reconnu dès 1982 par la loi Quilliot²⁹⁷.

135. - Il ressort des précédents développements que l'intervention de la loi, quoique portant atteinte au plein exercice de la liberté contractuelle, est justifiée par la volonté de protéger la partie faible. L'action du législateur a pour visée la fixation d'un montant juste de l'entrée payante, surtout dans le domaine si sensible du logement. Pour autant, si l'une des parties bénéficie d'une législation protectrice, l'autre n'en est pas pour autant lésée. Il s'agit plutôt d'instaurer un équilibre là où il faisait gravement défaut.

136. - La détermination légale comporte, en outre, d'autres avantages qu'il convient de relever. Sur le plan de la sécurité juridique, lorsque que la détermination du prix est le fait de la loi, une harmonisation est opérée quant aux règles applicables à l'ensemble d'une catégorie de sujets de droit. Par conséquent, les débiteurs d'entrées payantes se trouvent sur un pied d'égalité. Par ailleurs, il ne saurait être perdu de vue que la loi étant accessible à tous, les parties sont en mesure de contracter en connaissance de cause.

137. - Si la détermination légale est à, maints égards, louable, elle peut cependant donner lieu à des comportements en parfaite antinomie avec l'esprit du texte. S'agissant par exemple du dépôt de garantie réduit à un mois, si cette mesure présente un avantage indéniable pour les locataires dont les ressources sont faibles, elle peut entraîner des dérives. Certains bailleurs peuvent être tentés de réclamer un versement en espèces ; d'autres bailleurs verront dans cette mesure une amputation de leur trésorerie, peu incitative à l'offre de logement en location.

Tout comme la détermination légale, la détermination du montant de l'entrée payante découlant des usages ne permet pas de prendre toute la mesure du sérieux de l'engagement du débiteur.

²⁹⁶ M. BARRÉ-PÉPIN, *La protection du logement en droit privé*, coll. Litec Professionnels, LexisNexis, 2009, n° 10 et 11, p. 6 et 7.

²⁹⁷ Loi n° 1982-526 relative aux droits et aux obligations des locataires et des bailleurs dite loi Quilliot.

§2. La détermination par les usages ²⁹⁸

138. - La détermination du montant de l'entrée payante peut découler d'usages professionnels plus ou moins anciens. Plutôt qu'une véritable règle de droit, les usages désignent souvent une pratique particulière à une profession (usages professionnels), à une région (usages régionaux), ou à une localité (usages locaux) et dont la force obligatoire est variable²⁹⁹. Contrairement à la loi, les usages sont difficiles à saisir dans leur étendue et leur sanction. Par là même, ils ne sont pas gage de sécurité pour les justiciables. Les usages sont d'ailleurs supplantés par les lois d'ordre public³⁰⁰. Cette règle devant sans nul doute être étendue à la loi impérative³⁰¹.

139. - On trouve des exemples résiduels de la fixation du montant d'une entrée payante par les usages. Ainsi, dans le contrat d'hôtellerie³⁰², certains établissements réclament à leur clientèle une somme d'argent lors de la réservation. Cette somme peut être librement qualifiée soit d'arrhes ou d'acompte, étant précisé qu'en l'absence de stipulations particulières, la qualification d'arrhes sera retenue³⁰³. Généralement, l'usage semble privilégier la qualification d'acompte³⁰⁴. Le montant exigé peut varier suivant la localité et le standing de l'hôtel. En pratique, il correspond ordinairement à deux ou à trois nuitées lorsque le séjour est supérieur à une semaine ou encore à un montant correspondant à 30 % du séjour par chambre réservée³⁰⁵.

²⁹⁸ Sur la distinction entre usage et coutume : V. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2012, n° 388, p. 320 : « *En l'absence de lois, les règles de droit se forment par les usages : quand un usage est devenu suffisamment constant et régulier, les hommes en viennent à considérer qu'il doit être obligatoirement suivi ; on est en présence de ce qu'on appelle une coutume.* » ; « *Les usages ne se confondent pas avec la coutume [...]. Si un simple usage peut acquérir force obligatoire, tout usage ne constitue pas une coutume. L'usage fixe la conduite à tenir dans certaines circonstances. Cet élément, qui est à la base de la coutume ne suffit pas à la constituer (...)* »

²⁹⁹ G. CORNU, *op. cit.*, p. 1053, v° *Usage*.

³⁰⁰ Une jurisprudence constante décide que l'usage ne peut écarter une loi d'ordre public. Ex : Civ. 1^{re}, 19 novembre 1957, *Gaz. Pal.* 1958. I. 117.

³⁰¹ H., L., J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, Tome 1, 1^{er} vol., Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd. (par F. CHABAS), Montchrestien, 2000, p. 154, n° 87.

³⁰² Sur ce sujet : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER (avec la collab.), *Traité de Droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 32486 et s., p. 1504 et s. ; S. BERNHEIM-DESVAUX, *Rép. civ.*, sept 2009 (mis à jour mars 2014), v° *Hôtelier* ; W. CZAPSKI, *Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages*, in *Etudes offertes à Barthélemy MERCADAL*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p. 429 et s. .

³⁰³ C. consom., art. L 214-1 (créé par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016) : « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil. / Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double.* » V. anciennement C. consom., art. L. 131-1, I.

³⁰⁴ S. BERNHEIM-DESVAUX, *op. cit.*, n° 18.

³⁰⁵ Cf. cet usage avec la somme versée d'avance en matière de locations saisonnières proposées par des agents immobiliers qui est strictement régie par l'article 68 du décret n°72-678 du 20 juillet 1972 disposant que « *Les versements accompagnant une réservation de location saisonnière au sens de l'article 1er de la loi du 2 janvier 1970 susvisée ne peuvent intervenir plus de six mois avant la remise des clés ni excéder 25 % du montant total du*

Tout comme le montant, la restitution de la somme est régie par les usages professionnels. Cependant, dans le cas d'une annulation effectuée par le client, la jurisprudence considère que le remboursement est exigible dès lors qu'elle a été faite en temps utile³⁰⁶. Selon des auteurs, un remboursement partiel est également envisageable³⁰⁷.

En exigeant un paiement anticipé pour effectuer une réservation, l'hôtelier tient à s'assurer du sérieux de l'engagement de son cocontractant. En effet, l'existence et le montant de l'entrée payante sont généralement de nature à dissuader ce dernier d'une annulation abusive. Par ailleurs, le sérieux de l'engagement sera plus ou moins avéré selon la qualification retenue par les parties. En stipulant des arrhes, les parties se réservent une faculté de dédit alors que le paiement d'un acompte traduit un engagement ferme de contracter³⁰⁸. Il n'est donc pas remboursable sauf si le client procède à une annulation rapide comme évoqué précédemment. On observera ici que l'intervention jurisprudentielle atténue l'intensité de l'engagement du client, ce qui rend, à première vue, l'intérêt de la distinction des arrhes et de l'acompte moins flagrant. Néanmoins, l'obligation de faire diligence pour obtenir le remboursement de la somme le restaure.

140. - Dans le domaine de la vente immobilière, le montant de l'indemnisation d'immobilisation a pendant longtemps fait l'objet d'une fixation uniquement issue des usages. Il était admis que le montant de cette entrée s'élevait à 10% du prix total de la vente d'immeuble³⁰⁹. La jurisprudence est ensuite intervenue pour contrôler la pratique et notamment pour sanctionner les abus. Il a ainsi été jugé que le montant manifestement excessif de l'indemnité d'immobilisation³¹⁰ entraîne la requalification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique de vente. En outre, la jurisprudence considère que l'indemnité d'immobilisation est susceptible d'être judiciairement réduite en cas de renonciation anticipée

loyer. Le solde ne peut être exigé qu'un mois, au plus tôt, avant l'entrée dans les lieux. Avis de ces versements est donné au propriétaire ou au bailleur dans les conditions stipulées au mandat. »

³⁰⁶ Cass. com., 3 mai 1965, n° 60-11866, Bull. civ., IV, n° 280 : Rejet du pourvoi au motif que « la cour d'appel a souverainement apprécié que les parties n'avaient pas entendu se soustraire à l'usage selon lequel, en matière d'hôtellerie, les arrhes ne sont que des acomptes, et spécialement à l'usage consacré par la convention conclue entre l'association internationale de l'hôtellerie et la fédération internationale des agences de voyages, par application duquel la somme déposée lors de la réservation (deposit) n'avait que le caractère d'un acompte dont le remboursement devient exigible si, comme en l'espèce, l'annulation a été faite en temps utile ». V. avant cet arrêt et dans le même sens : Cass. com., 20 octobre 1960, Bull. civ., IV, n° 901.

³⁰⁷ J. HUET *et al.*, *op. cit.*, n° 32486, p. 1505.

³⁰⁸ V. *infra* n° 171 et s. nos développements sur les enjeux de la distinction des arrhes et de l'acompte.

³⁰⁹ A. DE BISSY, *L'indemnité d'immobilisation*, RDI 2000 p.287; CA Paris, 20 mars 2008, n° 06/14270 ; Cass. 3° civ., 1^{er} mars 2000, RDI 2000 p. 251 note COLLART-DUTILLEUL ; D. 2001, Centre de recherche de droit privé de Nancy II, p. 173.

³¹⁰ Cass. com., 13 février 1978, n° 76-13429, Bull. n° 60, p. 49; Cass. com., 20 novembre 1962, CA Paris, 22 octobre 1991, D. 1993 somm. p.234.

du bénéficiaire de la promesse lorsqu'elle a été fixée par les parties en fonction de la durée d'immobilisation de l'immeuble³¹¹.

141. - Par le versement de l'indemnité d'immobilisation, le sérieux du bénéficiaire de la promesse se matérialise. Il s'engage notamment à mener une réflexion poussée sur l'éventuelle acquisition du bien immobilier. Le contrôle du montant issu des usages opéré par les juges pose cependant de nécessaires limites permettant la protection de la partie faible contre les dérives. Le sérieux des engagements est de ce fait doublement encadré : par les usages puis par la jurisprudence. À ce titre, la détermination du montant par les parties est celle qui permet la meilleure prise en considération de leur volonté et du sérieux de leurs engagements.

§3. La détermination par les parties

142. - Lorsque la fixation de l'entrée payante n'est pas enfermée dans un carcan législatif, elle peut être le fruit d'un consensus faisant la démonstration de l'expression de la liberté contractuelle des parties. En application de l'article 1103 nouveau du Code civil³¹², les parties peuvent par un accord de volonté librement convenir du montant de l'entrée payante, en l'absence de dispositions spécifiques.

143. - Cet accord sur le montant peut intervenir dans deux hypothèses. Tout d'abord, le législateur peut avoir posé des restrictions dans la libre fixation du montant en imposant soit un montant minimal soit un montant maximal. Pour exemple, l'article L. 290-2 du Code de la construction relatif au montant de l'indemnité d'immobilisation, fait référence à un montant a minima équivalent à 5% du prix de vente. Il est donc loisible aux parties d'aménager conventionnellement un prix excédant 5%. Inversement, la loi de 2008 limite certes le montant du dépôt de garantie à un mois mais les parties peuvent librement convenir de se dispenser de ce versement³¹³ ou d'opter pour une somme inférieure à celle indiquée par le plafond légal.

144. - Ensuite, les parties, parce que confrontées à une absence de textes ou à des dispositions légales lacunaires, auront la possibilité d'exercer une réelle emprise sur leurs engagements respectifs en fixant elles-mêmes le montant de l'entrée payante. De là, le montant

³¹¹ Cass. 3^e civ., 5 déc. 1984, n° 83-12895, Bull. civ., III, n° 208.

³¹² V. anciennement, C. civ., art. 1134.

³¹³ Cette circonstance est d'ailleurs prévue par les textes (article 22 de la loi de 1989 modifié par l'article 10 de la loi de 2008).

choisi reflètera fidèlement leur volonté et l'intérêt porté à l'opération. Plus encore, il sera le témoin patent du sérieux de leurs engagements réciproques. Déterminés par les parties, les arrhes, l'acompte et le gage-espèces en sont des illustrations. En effet, ces entrées payantes, rencontrées couramment, offrent un intéressant champ d'expression aux parties lorsqu'elles ne découlent pas de la loi ou des usages.

145. - Conventionnel, le mode de fixation de l'entrée payante s'avère toutefois plus délicat. À première vue, autoriser les parties à évaluer puis à fixer le coût de l'entrée payante va dans le sens d'une responsabilisation de ces dernières et s'ancre dans le droit fil du principe de la liberté contractuelle. Néanmoins, il serait utopique de prêter aux parties et plus particulièrement au créancier de l'entrée payante un complet désintéressement quant à la somme à verser. En effet, sauf à considérer qu'elles sont magnanimes, les parties tenteront dans la mesure du possible de privilégier leurs intérêts ou à tout le moins de les sauvegarder. D'ailleurs, le montant sera généralement fixé par la partie la plus forte. Dans la pratique, il s'agit du créancier de l'entrée payante³¹⁴. Le *solvens* n'est cependant pas totalement impuissant puisqu'il peut soit négocier le montant à la baisse, soit renoncer à conclure le contrat et envisager de traiter avec un nouveau partenaire. Il est vrai que pour que cette deuxième option soit envisageable, il faut encore que le débiteur ne soit pas dans une situation d'urgence.

146. - Comme la fixation légale ou issue des usages, la fixation conventionnelle peut être le terrain de versements occultes. Plus la liberté contractuelle peine à s'exprimer, plus ce risque est accru. Il apparaît par conséquent que la fixation conventionnelle est plus propice aux abus qu'aux « dessous-de-table ». Quoi qu'il en soit, les deux pratiques sont inacceptables et peuvent être sanctionnées grâce à divers instruments juridiques³¹⁵.

Conclusion du chapitre

147. - En conclusion, la mesure du sérieux de l'engagement, une fois définie la notion d'engagement sérieux, se conçoit en référence à l'importance et à la détermination du montant de l'entrée payante.

³¹⁴ V. *infra* notre étude détaillée n° 148 et s. et n° 321 et s.

³¹⁵ V. *infra* n° 510 et s.

L'importance du montant examinée à l'aune de critères objectifs et subjectifs est un premier indice permettant d'évaluer le sérieux de l'engagement, mais ce seul élément n'est pas suffisant à caractériser cette obligation. Il s'avérerait fondamental alors de rechercher les modalités de la détermination de l'entrée payante pour parachever l'étude du « sérieux » induite par ce versement. D'où mis ensemble, ces deux indices permettent de vérifier réellement le caractère sérieux de l'entrée payante qu'il conviendra de développer en s'attachant aux manifestations des entrées payantes « engagement » (chapitre 2).

CHAPITRE 2 - MANIFESTATIONS DES ENTRÉES PAYANTES ENGAGEMENT

148. - Préludes à la conclusion du contrat, les entrées payantes « engagement » sont les témoins patents de la volonté de contracter et se caractérisent par un impact modéré sur le patrimoine du *solvens*. Polymorphes, elles constituent une avance sur le prix, une garantie (Section 1) ou encore, elles sont la nécessaire contrepartie d'une prestation : la réservation d'un immeuble (section 2).

SECTION 1 - LES ENTRÉES PAYANTES, AVANCE SUR LE PRIX OU GARANTIE

149. - Si l'expression d'entrée payante peut sembler déroutante au premier abord, les formes qu'elles peuvent prendre sont bien connues des juristes et même des individus moins avertis. Utilisées fréquemment, elles constituent pour certaines d'entre elles la base de la vie des affaires. Ainsi, les arrhes et l'acompte, avances sur le prix sont des entrées payantes communément utilisées dans les contrats de vente ou de prestation de services (sous-section 1). Autres figures courantes de la vie contractuelle entrant dans la catégorie d'entrée « engagement », le dépôt de garantie et le gage-espèces sont eux synonymes de garantie pour le créancier (sous-section 2).

Sous-section 1 - Les arrhes et l'acompte

150. - L'accord de volonté donnant naissance à des obligations est occasionnellement accompagné du versement d'une somme d'argent. Dénommée « arrhes » ou « acompte »¹ dans les contrats de vente et de prestation de services, la qualification de cette somme est à l'origine de difficultés notamment lorsqu'elle n'est pas clairement appréhendée par les profanes. S'attarder sur la distinction des arrhes et de l'acompte n'est, de ce fait, pas superflu (§1). De plus et surtout, cette distinction emporte des enjeux sur le plan de la qualification d'entrée payante (§2).

¹ Voir sur le sujet : J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER (avec la collab.), *Traité de droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 11171 et s., p. 123 et s. ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015, n° 80, p. 92, n°96, p. 105 et n° 338, p. 322 ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat Droit privé, LGDJ/ Lextenso éd., 2013, n° 164, p. 85 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd. (par J RAYNARD), coll. Manuel, LexisNexis, 2013, n° 68, p. 71-72 ; n° 94, p. 86-87 ; n° 243, p. 213-214 ; F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., coll. Manuel, LGDJ/ Lextenso éd., 2012, n° 129, p. 87-88; n° 387, p. 241-242; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013, n° 481, p. 532 et n° 1326, p. 1378-1379 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ/ Lextenso éd., 2014, n° 69, p. 55 et n° 306, p. 245 ; B. FAGÈS, *Droit des obligations*, 4^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2013, n° 98, p. 91 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6^e éd., coll. Droit civil, LGDJ/ Lextenso éd., 2013, n° 1080 et s., p. 586 et s. V. aussi : J. DJOUDI, v° *Arrhes*, Rép. civ., octobre 2008, (mise à jour mars 2014).

§1. La délicate distinction entre arrhes et acompte

151. - Cette distinction n'est pas toujours aisée car à certains égards, les arrhes s'apparentent à un acompte. L'évolution du droit contemporain a cependant atténué l'intérêt de la distinction entre ces notions « voisines » (I). De plus, des dispositions récentes ont proposé un palliatif des difficultés nées de la qualification en posant une présomption d'existence d'arrhes dans certains cas (II).

I. Des notions « voisines »

152. - Les arrhes et les acomptes ont pour point commun le fait qu'ils constituent tous deux des avances sur le prix. Traiter de leurs caractères distinctifs (A) permettra de mettre en relief l'intérêt et les difficultés de la distinction de ces deux entrées payantes (B).

A. Les caractères distinctifs

153. - Rencontrées surtout en matière de vente de biens mobiliers et notamment dans les rapports entre un commerçant et un particulier², les arrhes offrent le curieux paradoxe d'être couramment employées alors que leur exacte portée échappe à de nombreux futurs contractants. La raison en est que le terme « arrhes », en provenance du droit grec (*arrhabôn*, le gage³), recouvre des réalités différentes. Regardées comme un moyen de dédit⁴, elles laissent à chacune des parties l'alternative de ne pas conclure le contrat. En ce sens, elles constituent une « *clause de dédit réciproque, rigoureusement symétrique*⁵ ». Si tel n'est pas le cas, les arrhes s'apparentent à un acompte puisque la somme versée a vocation à s'imputer sur le prix. En somme, les arrhes sont « *une somme d'argent (ou autre chose mobilière) qui, remise par une partie contractante à l'autre en garantie de l'exécution d'un marché conclu (secondairement pour preuve de l'accord) est destinée soit à s'imputer sur le prix, comme acompte, en cas d'exécution, soit (dans les cas où le versement d'arrhes vaut moyen de dédit) à être perdue par*

² J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER (avec la collab.), *Traité de Droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n° 11171, p. 123-124.

³ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, T. 1, Le Robert, 2006, p. 211, v° *Arrhes*.

⁴ V. *infra* n° 165 nos précisions sur la clause de dédit.

⁵ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ/Lextenso éd., 2013, n° 164, p. 85.

*celui qui l'a versée, s'il se départit de l'opération ou à lui être restituée au double par l'autre, si le dédit vient de son fait.*⁶ »

154. - Historiquement, l'existence des arrhes remonte à l'ancien droit romain où elles étaient utilisées lors de la conclusion de contrat de vente-achat⁷. Mode de preuve selon les Institutes de Gaius⁸, elles étaient considérées comme un acompte significatif du caractère parfait et définitif de la vente (*arrha confirmatoria*)⁹. Leur fonction de dédit (*arrha poenitentialis*) revient aux Institutes de Justinien qui les concevaient comme la somme que devait perdre celui qui se désistait au contrat¹⁰. Ultérieurement, ces deux acceptions ont été retenues par le droit français¹¹.

155. - Le législateur de 1804 n'a employé le terme « arrhes » qu'à deux reprises et l'ordonnance du 10 février 2016 n'a pas modifié cet état de fait. Dans l'article 1715 du Code civil, la référence est incidente puisque le texte vise à régir en particulier la preuve du bail verbal¹². En revanche, l'article 1590 relatif à la promesse de vente y a traité directement et exclusivement. Ledit article dispose en effet que « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir, / Celui qui les a données, en les perdant, / Et celui qui les a reçues, en restituant le double* ».

Plusieurs observations peuvent être formulées à propos de ce texte. Tout d'abord, les

⁶ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique H. CAPITANT*, 10^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2014, p. 85, v^o *Arrhes*.

⁷ W. CZAPSKI, *Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages*, in *Études offertes à B. MERCADAL*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p. 429.

⁸ Institutes de Gaius, §139 : « *Emptio et venditio contrahitur, quum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit ; nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae* » (*La vente est parfaite lorsqu'on est convenu du prix, quoiqu'il n'ait pas encore été payé, alors même qu'on n'aurait pas donné d'arrhes, car les arrhes ne sont qu'une preuve de la vente*) extrait de M. L. DOMENGET, *Institutes de Gaius* (textes, traduction et commentaires), éd. A. MARESCQ AINE, 1866, p. 387.

⁹ W. CZAPSKI, *op. cit.*, p. 429.

¹⁰ V. sur ce point : W. CZAPSKI, *op. cit.*, p. 429 et les commentaires de M. L. DOMENGET, *op. cit.*, p. 388.

¹¹ Il paraît intéressant de signaler ici que les arrhes ne sont pas une particularité du droit français, elles sont également présentes dans de nombreux pays européens tels l'Allemagne, la Belgique, l'Espagne, l'Italie, la Pologne, le Portugal, la Russie, la Suisse, l'Angleterre. Mais la signification de ce terme diffère selon les pays V. W. CZAPSKI, *op. cit.*, p. 430 à 435.

¹² C. civ., art. 1715 : « *Si le bail fait sans écrit n'a encore reçu aucune exécution, et que l'une des parties le nie, la preuve ne peut être reçue par témoins, quelque modique qu'en soit le prix, et quoiqu'on allègue qu'il y a eu des arrhes données. / Le serment peut seulement être déféré à celui qui nie le bail.* »

dispositions de l'article 1590 du Code civil sont supplétives de la volonté des parties¹³. Elles peuvent par conséquent librement se dispenser de la stipulation d'arrhes¹⁴. Ensuite, cette clause induit une conclusion asynchrone de la convention puisque les parties sont, au préalable, liées par une promesse de vendre et d'acheter puis, dans un second temps, intervient soit la confirmation de l'accord, soit la renonciation à l'accord par l'exercice de la faculté de dédit¹⁵. Par ailleurs, il importe de souligner que l'article 1590 aménage un droit de repentir onéreux¹⁶ pour chacun des contractants. Si le vendeur se rétracte, il doit rembourser le double de la somme reçue à son client et si l'acheteur se ravise, il ne peut réclamer le remboursement de la somme versée. Lorsque l'acquéreur n'utilise pas de son droit au dédit, la somme versée à titre d'arrhes va s'imputer sur le prix total. Deux types d'arrhes coexistent ainsi : « *l'acompte qui marque le caractère définitif de l'accord des parties et le dédit qui leur permet de « sortir » du lien obligatoire*¹⁷. » Bien évidemment, les parties peuvent se dégager du lien contractuel en cas de nullité du contrat. Le cas échéant, la nullité du contrat emporte nullité de la clause d'arrhes stipulée¹⁸.

156. - De manière générale, la stipulation d'arrhes durant la période précontractuelle laisse entrevoir que les parties se trouvent encore dans « *une situation réversible*¹⁹ ». L'option offerte aux parties est appréciable en ce qu'elle leur donne la possibilité de se libérer de leurs engagements à peu de frais. En ce sens, « *La vente avec arrhes est celle qui confère à chacune des parties la faculté de reprendre sa liberté*²⁰ ». Lorsque la faculté de dédit n'est pas exercée, les arrhes sont « *un moyen de confirmer un accord de volonté, elles contribuent au renforcement de l'exécution d'une convention, sans revêtir le caractère d'une clause pénale, avec un rôle probatoire*²¹. »

¹³ Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1956, D. 1956, p. 609 ; CA Orléans, 26 octobre 1967, D. 1968, p. 210.

¹⁴ Rappelons qu'elles font l'objet d'une convention accessoire, de nature réelle.

¹⁵ V. en ce sens : J. HUET et al., *op. cit.*, n° 11171, p. 124.

¹⁶ À noter que la clause de dédit peut être gratuite. V. *infra* n° 165.

¹⁷ J. DJOUDI, v° *Arrhes*, Rép. civ., octobre 2008 (mise à jour mars 2014), n° 2.

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 27 juin 1978, Bull. I, n° 241, p.191(Nullité du contrat pour violation des dispositions de l'article 1427 du Code civil).

¹⁹ M.-L. IZORCHE, *Contrats conditionnels et définitifs*, RTD com. 1998, p. 521 et s., n° 22.

²⁰ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd. (par J. RAYNARD), coll. Manuel, LexisNexis, 2013, n° 68, p. 72, note 240.

²¹ A. TRICLIN, *La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992)*, JCP G. 1994. I. 3732, p. 33.

157. - Il apparaît ainsi que l'existence d'un droit de dédit²² est le principal trait caractéristique des arrhes mais également ce qui les distingue de l'acompte. Connue depuis longtemps à travers la pratique des arrhes mais ignorée par le Code civil²³, le dédit est « *une faculté accordée à un contractant de ne pas exécuter son obligation, de s'en délier sous les conditions légalement ou conventionnellement prévues (délai d'option, abandon ou versement d'une somme)*²⁴ ». Il s'apparente à « *un droit d'option*²⁵ » : le ou les bénéficiaires peuvent préférer se défaire de leurs obligations en usant de cette faculté ou ils peuvent décider de réitérer leur accord en ne l'exerçant pas. Il ne faut cependant pas confondre les notions d' « arrhes » et de « dédit » quoique traditionnellement associées par la doctrine et la jurisprudence²⁶. Car, à la différence des arrhes²⁷, la faculté de dédit peut être exercée par un²⁸ ou tous les contractants en vertu des stipulations contractuelles²⁹. De plus, le dédit peut n'être versé qu'au moment où l'on y a recours³⁰ alors que le paiement des arrhes intervient dès la conclusion du contrat. Outre ces caractéristiques, le dédit peut être gratuit³¹. Il présente aussi un caractère discrétionnaire³² : les parties ont pleine liberté pour en user et ce, peu importe leurs mobiles. Il doit toutefois être exercé de bonne foi³³.

²² Sur le dédit : L. BOYER, *La clause de dédit*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 42 et s. ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien/Lextenso éd., 2003, n° 69, p. 55 ; C. WILLMANN, note sous Cass. com., 14 octobre 1997, Peuchet c/ Société Nicolas, D. 1999, p. 103 ; C. HUMANN, *La spécificité de la clause de dédit*, RDI 1997, p. 169 ; L. BOYER, v^{is} *Contrats et conventions*, Rép. civ., août 1993, (mise à jour : avril 2015), n° 214 et 215.

²³ L. BOYER, *La clause de dédit*, in *Mélanges offerts à P. RAYNAUD*, Dalloz/Sirey, 1985, p. 44

²⁴ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique H. CAPITANT*, 10^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2014, p. 306, v° *Débit*.

²⁵ L. BOYER, *op. cit.*, p. 53.

²⁶ J. DJOUDI, *op. cit.*, n° 11.

²⁷ Pour rappel, la stipulation d'arrhes confère à **toutes** les parties le droit de se libérer de leur engagement. V. lettre de l'art. 1590 C. civ et pour une illustration jurisprudentielle : Cass. 1^{re} civ., 15 février 2006, n° 04-17595, Bull. civ. III, n° 43, p. 34 : « *Ayant relevé que l'acte de vente précisait que l'acompte sur le prix versé par les acquéreurs resterait la propriété du vendeur en cas de renonciation de leur part, ce dernier étant tenu, en cas de renonciation lui incombant, d'en payer le double (...)* »

²⁸ Il a été jugé que la somme versée représente un dédit pour l'acheteur mais non pour le vendeur qui s'est irrévocablement engagé dès la promesse : v. l'arrêt précité : Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1956, D. 1956, p. 609 : absence de faculté de dédit pour le vendeur (vente d'immeuble).

²⁹ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015, p. 93, note 3.

³⁰ *Ibid.*

³¹ « *Rien n'interdit qu'une partie s'engage envers une autre avec une faculté de dédit gratuite* » : Cass. com., 20 octobre 2000, D. 2001, Somm., p. 3241, obs. D. MAZEAUD ; CCC 2001, n° 21, note LEVENEUR.

³² L. BOYER, *op. cit.*, p. 54.

³³ Cass. 3^e civ., 11 mai 1976, D. 1978 p. 269, note J.-J. TAISNE ; Defrénois, 1977 p. 476, note J.-L. AUBERT ; Cass. 3^e civ., 15 février 2000, RTD civ., 2000, p. 564, obs. J. MESTRE et B. FAGÈS. On ne manquera pas de rappeler, à ce propos, que le contrat, de manière générale, est désormais soumis au principe d'ordre public de bonne foi, tant pour sa négociation, que pour sa formation et son exécution (C. civ., art. 1104

La clause de dédit connaît un certain engouement dans des secteurs autres que la vente. Pour preuve, le législateur a instauré un droit de rétractation, véritable dédit légal dans certains domaines. Sont notamment concernés le droit du travail³⁴, le droit de l'assurance³⁵, surtout le droit de la consommation³⁶. Il n'est pas à exclure que cette faculté soit octroyée encore plus largement qu'aujourd'hui, ce vers quoi notre droit semble s'orienter avec le nouvel article 1122 du code civil. D'ailleurs, un auteur³⁷ tire le constat qu'elle peut être utilisée en toutes matières³⁸ sous réserve que le contrat ne soit pas encore exécuté. En effet, l'exécution de l'obligation anéantit le recours au dédit. Selon une jurisprudence constante, l'exécution de l'obligation doit être considérée comme une renonciation à son exercice³⁹.

158. - À l'instar du dédit, les arrhes ont vu leur champ d'application s'accroître alors qu'elles étaient à l'origine essentiellement stipulées en matière de vente. Cette évolution a été amorcée par une jurisprudence ancienne qui a admis la stipulation d'arrhes dans d'autres promesses de contrats⁴⁰. La loi et la pratique ont encore étoffé le nombre de ces contrats. Ainsi, il est désormais d'usage, dans le domaine de l'hôtellerie et de l'organisation du voyage, de demander au client une somme lors de la réservation⁴¹ qui sera imputée sur la note ou conservée à titre de dédit au cas où l'annulation n'aurait pas été faite « *en temps utile* »⁴². Auparavant, cette

nouv.). Par voie de conséquence, le dédit, accessoire du contrat y est assujéti également (*accessorium sequitur principale*).

³⁴ C. trav., art. L. 1237-13 (en matière de rupture conventionnelle) ; C. trav., art. L. 6353-5 (droit de rétractation du stagiaire).

³⁵ V. notam. C. assur., art. L. 112-10 (droit de renonciation de l'assuré). À noter qu'en droit des assurances, la formule « *droit de renonciation* » est préférée à celle de « *droit de rétractation* ».

³⁶ Le droit de la consommation offre aux consommateurs de nombreuses possibilités de se rétracter : v. par exemple : C. consom., art. L. 121-21 (contrats conclus à distance et hors établissement) ; C. consom., art. L. 121-29 (contrats conclus à distance portant sur des services financiers) ; C. consom., art. L. 121-87 (contrats de fourniture d'électricité ou de gaz naturel) ; C. consom., art. L. 311-12 (contrat de crédit) ; etc.

³⁷ L. BOYER, *op. cit.*, p. 48.

³⁸ Hormis les cas particuliers et évidents du contrat réel, du contrat à exécution successive et de la donation selon l'auteur.

³⁹ Cass. 1^{re} civ., 15 juillet 1961, Bull. civ., I, n° 318, p. 252 ; Cass. 3^e civ., 30 octobre 1962, Bull. civ., III, n° 401, p. 309 ; Cass. 3^e civ., 6 juin 1974, Bull. civ., III, n° 232, p. 175.

⁴⁰ V. en matière d'échange : CA Lyon, 2 juillet 1875, DP 1876, 2, p. 176 ; pour une promesse d'apport à une société : CA Lyon, 13 février 1951, D. 1951, p. 502 ; pour une promesse de sous-location avec arrhes dans un acte intitulé « pré-bail » : Cass. 3^e civ., 1^{er} octobre 1978, D. 1979, IR p. 55. V. également pour une promesse de bail avec arrhes : Cass. 3^e civ., 24 septembre 2002, n° 01-03.490.

⁴¹ W. CZAPSKI, *Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages*, in *Études offertes à B. MERCADAL*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p. 429 et s ; V. aussi Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2014, n° 109, p. 68 ; S. BERNHEIM-DESVAUX, v° *Hôtelier*, Rép. civ., septembre 2009, (mise à jour : mars 2014), n°^S 16-18.

⁴² Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, CCC 2000, n° 1, note LEVENEUR.

somme était regardée par la jurisprudence comme des acomptes et non des arrhes⁴³ dans le silence du contrat. L'évolution de la jurisprudence, puis les textes ont été favorables au débiteur puisque la somme versée d'avance est réputée être des arrhes depuis la loi du 18 janvier 1992⁴⁴. On relèvera, non sans intérêt, qu'il ressort de cette loi que la stipulation d'arrhes n'est plus uniquement réservée aux seuls avant-contrats. Une grande variété de contrats de consommation est par conséquent visée par le texte.

159. - Contrairement aux arrhes, l'acompte est un versement anticipé à valoir sur le paiement final qui ne confère à aucune des parties la possibilité de se dédire. « *En effet, si les arrhes sont toujours un acompte en ce sens qu'elles viendront en déduction du prix lors du règlement définitif, l'inverse n'est pas un vrai : l'acompte sans la faculté de dédit ne vaut pas arrhes*⁴⁵. » Parce que l'acompte n'est qu'« *un paiement partiel imputé sur le montant de la dette* »⁴⁶, une vente avec acompte est une vente ferme. En conséquence, l'acompte suppose un engagement définitif. Dès lors, on l'aura compris, une rétractation ne saurait être envisagée par l'une des parties. Du fait de la force obligatoire des conventions, le débiteur de l'acompte ne peut espérer se soustraire à ses obligations en abandonnant la somme remise. Par conséquent, faute de résolution judiciaire, l'acompte reste entre les mains du créancier et le débiteur doit lui verser le solde du prix⁴⁷. Toutefois, il doit être procédé à la restitution lorsque l'inexécution est due à un cas fortuit ou à une force majeure, l'obligation du débiteur n'ayant alors plus de cause⁴⁸. En dehors de ces circonstances, la responsabilité du débiteur peut être engagée sur le fondement du nouvel article 1217 et suivants du Code civil⁴⁹ et des dommages et intérêts, attribués à son cocontractant⁵⁰. Reste à préciser enfin que l'acompte a vocation à s'imputer sur les dommages

⁴³ Cass. 3^e civ., 3 mai 1965, Maison du pèlerin, Bull. civ III, n° 280 : « *L'article 1590 du code civil ne présente pas un caractère impératif, en matière d'hôtellerie, les sommes versées d'avance sont considérées comme des acomptes et non des arrhes, susceptibles d'être remboursées si l'annulation de la réservation intervient en temps utile.* »

⁴⁴ Présomption posée par la loi n° 92-60 de 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs. Depuis la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, elle est inscrite à l'article L. 131-1, I du Code de la consommation. V. *infra* n° 173 nos développements.

⁴⁵ J. DJOUDI, *op. cit.*, n° 8.

⁴⁶ G. CORNU, *op. cit.*, p. 16-17, v° *Acompte*.

⁴⁷ CA Colmar, 2 juillet 1971, D. 1973, IR p. 206.

⁴⁸ J. DJOUDI, *op. cit.*, n° 8.

⁴⁹ À noter que l'article 1217 nouveau évoque un panel de sanctions en cas d'inexécution : exception d'inexécution, exécution forcée en nature de l'obligation, demande de réduction de prix, action en résolution du contrat ou demande de réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat. Ces différentes sanctions peuvent être cumulées lorsqu'elles ne sont pas incompatibles et des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. Comp. anciennement, art. 1142 anc., art. 1147 anc., art. 1184 anc.

⁵⁰ C. civ., art. 1231 nouv. et s.

et intérêts dus au créancier et solde la créance de réparation dans la mesure où le préjudice n'est pas supérieur à la somme reçue d'avance. Dans le cas contraire, des dommages et intérêts complémentaires peuvent être accordés⁵¹.

Tout comme le débiteur de l'acompte, le créancier ne dispose pas de la faculté de revenir sur son engagement. Il ne peut refuser d'exécuter le contrat en restituant l'acompte ou même le double de la somme versée car « *il est déjà débiteur de l'exécution du contrat* »⁵². Dès lors, il appartiendra à son cocontractant de saisir le juge afin que soit prononcée l'exécution forcée du contrat⁵³ ou encore sa résolution⁵⁴ avec l'octroi de dommages-intérêts⁵⁵. Là-encore, les dommages-intérêts doivent correspondre au préjudice réel⁵⁶ et non pas au montant de l'acompte⁵⁷. L'acompte sera donc restitué et des dommages et intérêts peuvent être attribués en sus⁵⁸.

B. Difficultés et intérêt de la distinction

160. - Si la distinction entre arrhes et acompte semble limpide dans son principe, elle est délicate à mettre en œuvre en l'absence de stipulations ou lorsque celles-ci sont insuffisantes ou confuses⁵⁹. Dans ces hypothèses, la détermination du véritable caractère du versement anticipé s'avère, de fait, ardu. Parce que la qualification de la somme découle malgré tout de la volonté des parties⁶⁰, les juges seront tenus de procéder à la recherche de leurs intentions réelles.

⁵¹ J. DJOUDI, *op. cit.*, n° 8.

⁵² *Id.*, n° 9.

⁵³ C. civ., art. 1221 nouv. et art. 1222 nouv.

⁵⁴ C. civ., art. 1224 nouv. et s.

⁵⁵ C. civ., art. 1231 nouv. et s.

⁵⁶ A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux, civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat Droit privé, LGDJ/Lextenso éd., 2013, n° 164, p. 85. V. aussi Cass. 1^{re} civ. 23 mars 1966, Bull. civ., I, n° 210, D. 1966, p. 397, RTD civ. 1967, p. 183, obs. G. CORNU ; Cass. 1^{re} civ., 12 février 1975, D. 1975, IR, p. 110.

⁵⁷ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1966, D. 1966, p. 397 ; RTD civ. 1967, p. 183, obs. G. CORNU : le bénéficiaire de l'acompte ne peut imposer que la somme versée à titre de dommages et intérêt coïncide au montant de l'acompte.

⁵⁸ CA Paris, 25 octobre 1995, D. 1996, IR p. 20.

⁵⁹ Sur les problèmes nés de l'absence ou d'une mauvaise qualification : Cass. 1^{re} civ., 21 juin 1968, Bull. civ., III, n° 296 (absence de qualification) ; CA 15 décembre 2003, n° 2002-04408 (mésentente des parties sur la qualification de la somme versée) ; dans le même sens Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2006, n° 04-18.638 (cassation au visa de l'article L. 114-1 du Code de la consommation notamment), CAA, 25 octobre 2007, n° 04BX01631, inédit, recueil Lebon ; Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1997, n° 95-18.455.

⁶⁰ Cass. com., 27 février 1967, Bull. civ., IV, n° 93 ; Cass. com., 19 décembre 1989, Bull. civ., IV, n° 322, p. 216, RTD com. 1990, p. 456, obs. B. BOULOC ; Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, Bull. civ., I, n° 285, p. 185.

Forts de leur pouvoir souverain d'appréciation⁶¹, ils détermineront la nature juridique de la somme en recherchant puis en analysant l'intention commune des parties et les circonstances de la cause. Par ailleurs, afin de restituer ou de donner au versement une véritable qualification, les magistrats peuvent préférer tenir compte des usages. Par exemple, en se référant à ceux en vigueur dans l'hôtellerie, les juges ont pu décider que la somme versée d'avance était un acompte remboursable en cas d'annulation effectuée en temps utile⁶². Dans le même sens, ils ont considéré, dans une espèce du 19 octobre 1999, que la communication du numéro de carte bancaire valait ordre de paiement selon la volonté des parties et entraînait la perte de l'acompte pour son auteur qui n'avait pas pu prouver qu'il avait procédé en temps utile à l'annulation⁶³.

Les pouvoirs d'investigation et d'appréciation des juges du fond connaissent cependant des limites. Il ne leur est pas permis de dégager de l'article 1590 une présomption en faveur de la faculté de dédit⁶⁴. De même, ils ne doivent pas dénaturer une stipulation conventionnelle claire et précise⁶⁵ sous peine d'être censurés par la Cour de cassation⁶⁶.

161. - En dépit des difficultés sus-énoncées, la distinction de ces versements anticipés présente un réel intérêt. Il tient surtout à la portée de l'engagement et aux conséquences de sa qualification. Si un acompte a été stipulé, l'engagement est regardé comme ferme. En conséquence, la responsabilité contractuelle de l'une des parties peut être engagée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution du contrat⁶⁷. Inversement, les arrhes sont assorties d'une faculté de dédit permettant à chacune des parties de revenir sur son engagement⁶⁸. Si les parties sont logiquement les premières concernées par le choix de la qualification, il n'en reste pas moins que les tiers peuvent aussi en subir les conséquences. Par exemple, le dépôt de

⁶¹ Sur l'appréciation souveraine des juges du fond : Cass. com., 20 novembre 1973, n° 72-11.029, Bull. civ., IV, p. 299, n° 366 ; Cass. 3^e civ., 15 décembre 1976, n° 75-12.518, Bull. civ., III, p. 356, n° 468 ; Cass. com., 20 novembre 1973, Bull. civ., IV, p. 299, n° 336 ; Cass. 3^e civ., 15 décembre 1976, Bull. civ., III, n° 468, p. 356.

⁶² V. l'arrêt précité *supra* n° 158. : Cass. com. 3 mai 1965.

⁶³ Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, n° 97-10556, Tiffreau c/ Sté Le Dauphin, RTD civ. 2000, p. 354, note P.-Y. GAUTIER ; RTD com. 2000, p. 159, note M. CABRILLAC ; RTD civ. 2000, p. 116 note J. MESTRE.

⁶⁴ Cass. 1^{re} civ., 16 juillet 1956, D. 1956, p. 609 : « *Les dispositions de l'article 1590 ne sont que supplétives de la volonté des parties* ».

⁶⁵ Cass. 3^e civ., 3 avril 2002, n° 01-01120 : rejet du pourvoi car la clarté des actes ne requérait pas une interprétation des juges du fond.

⁶⁶ Cass. 1^{re} civ., 23 mars 1966, Bull. civ., I, n° 210, D. 1966 p. 397, RTD civ. 1967, p. 183, obs. G. CORNU (Cour d'appel censurée sur le fondement de l'ancien article 1134 du Code civil en raison de la dénaturation du sens et de la portée de la convention).

⁶⁷ V. *supra* n° 159.

⁶⁸ V. *supra* n°^S 156-157.

garantie contenu dans une promesse de vente d'immeuble ayant valeur d'arrhes au sens de l'article 1590 du Code civil, le dédit de l'acheteur prive l'agent immobilier de son droit à rémunération⁶⁹. Au vu de ces diverses considérations, il appert que les parties doivent porter un soin tout particulier à la rédaction de stipulations claires et précises lorsqu'elles conviennent d'une somme versée à l'avance afin d'éviter toute contestation ultérieure débouchant parfois sur une requalification par les tribunaux.

162. - L'intérêt de la distinction réside également dans le régime fiscal applicable à la somme versée d'avance. La question du régime fiscal des arrhes conservées par le vendeur posait problème au point que le Conseil d'état a saisi la CJCE⁷⁰. Cette dernière a finalement retenu que les arrhes conservées par l'hôtellerie à titre d'indemnité forfaitaire en cas de dédit du client sans lien direct avec une quelconque prestation de services, ne sont pas soumises à la TVA⁷¹.

163. - La dualité de régime entre les acomptes et les arrhes tend aujourd'hui à s'estomper notamment par l'élaboration de dispositions régissant ces versements indistinctement. La loi du 5 décembre 1951 « *tendant à régler la pratique des arrhes en matière de ventes mobilières* »⁷², a amorcé un amoindrissement de la distinction des arrhes et de l'acompte dans des dispositions figurant désormais aux nouveaux articles L. 214-1 à L. 214-3 du Code de la consommation⁷³. Le nouvel article L. 214-2 du Code de la consommation prévoit que toute somme versée d'avance, quels que soient sa nature et le nom qui lui est donné dans l'acte, portera intérêt au taux légal à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement

⁶⁹ Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1997, Bull. civ. I, n° 100, p. 66, D. 1997, IR. p. 120, note D. TOMASIN.

⁷⁰ CE, 18 mai 2005, n° 263653.

⁷¹ CJCE 18 juillet 2007, n° C-277/05 : JCP 2007. II. 10185, note Ortscheidt. Comp. avec : CE, 23 décembre 1981, n° 24756, Recueil Lebon 1981 p. 000 : « *Les arrhes doivent être regardées comme des recettes commerciales procédant d'opérations autres que des ventes et leur montant définitivement acquis est dès lors passible de la TVA* ». Cette décision a été reprise par la suite dans un arrêt postérieur du CE rendu en matière d'hôtellerie : CE, 30 novembre 2007, n° 263653, Recueil Lebon 2007 p. 000.

⁷² Loi n° 51-1393 abrogée par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 et retranscrite aujourd'hui dans le Code de la consommation. A noter que la loi de 1951 ne concernait que la vente de choses mobilières. Le champ d'application a été étendu aux prestations de service par la loi de 1993.

⁷³ Numérotation issue de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 (entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016). Anciennement, ces dispositions figuraient aux articles L. 131-1 et L. 131-2 du Code de la consommation

jusqu'à la livraison⁷⁴ pour les ventes mobilières⁷⁵ et jusqu'à l'exécution de la prestation pour les services⁷⁶. Le texte précise également que les intérêts sont déduits du solde à verser au moment de la livraison du bien mobilier ou de l'exécution de la prestation de services⁷⁷.

Il apparaît ici que la règle posée par le nouvel article L. 214-2 a vocation à s'appliquer indifféremment à toutes les sommes versées d'avance (arrhes, acompte ou autre). De plus, la loi ne différencie pas selon que les sommes versées l'ont été à la demande du vendeur ou à l'initiative de l'acquéreur⁷⁸. Reste encore à préciser que ces dispositions d'ordre public⁷⁹ ne sont pas applicables aux commandes spéciales sur devis ni aux ventes de produits dont la fabrication est entreprise sur commande spéciale de l'acheteur⁸⁰. Enfin, la production d'intérêts visée à l'article L. 214-2 n'exclut pas l'octroi de dommages et intérêts compensatoires dans les conditions fixées par le nouvel article 1231-6 du Code civil⁸¹ en cas de préjudice distinct causé par le retard.

164. - Outre ces règles légales, on relèvera que la recommandation n° 81-01 « *relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats* »⁸² de la Commission des clauses abusives vise tout autant les arrhes que les acomptes. Elle relève que les sommes payées d'avance par les consommateurs, et ce quelle que soit leur nature, restent généralement acquises au professionnel en cas d'inexécution des premiers alors qu'en cas d'inexécution du professionnel, le droit à indemnité n'est pas équivalent. Elle prône, en conséquence, « *que soient éliminées des contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs les clauses ayant pour effet de mettre à la charge du consommateur une*

⁷⁴ On observera qu'outre la numérotation, l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 a opéré une modification rédactionnelle. Jusqu'alors, il était fait référence à « *la réalisation de la vente* ». V. avant la refonte de la partie législative opérée par ladite ord. : C. consom., art. L. 131-1 anc. dans sa rédaction issue de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 qui avait, par ailleurs, supprimé la mention selon laquelle la somme est également productive d'intérêts en cas de restitution de la somme intervenant plus de trois mois après son versement (comp. C. consom., art. L. 131-1 dans sa version issue de la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993).

⁷⁵ C. consom., art. L. 214-2 nouv., al. 1 (v. anciennement, art. L. 131-1, II, al. 1).

⁷⁶ C. consom., art. L. 214-2 nouv., al. 2 (v. anciennement, art. L. 131-1, II, al. 2).

⁷⁷ C. consom., art. L. 214-2 nouv., al. 3 (v. anciennement, art. L. 131-1, II, al. 3). La lettre de cet alinéa a été modifiée et est désormais plus explicite. Mention était faite antérieurement « *au moment de la réalisation* ».

⁷⁸ TI Autun, 30 juin 1977, Gaz. Pal. 1978, I, som. p.128.

⁷⁹ C. consom., art. L. 214-4 nouv.

⁸⁰ C. consom., art. L. 214-3 (anciennement, art. L. 131-2).

⁸¹ Comp. C. civ., article 1153 anc.

⁸² Recommandation n° 81-01 du 25 novembre 1980 relative à l'équilibre des obligations en cas d'inexécution des contrats (BOSP du 16/01/1981).

indemnité lorsqu'il renonce au contrat, sans prévoir, en contrepartie, une indemnité égale, à la charge du professionnel responsable de l'inexécution du contrat. »

Quoique les dissemblances entre arrhes et acompte semblent atténuées notamment en raison de l'élaboration de règles destinées à leur être appliquées indifféremment, les difficultés persistantes liées à la qualification de la somme ont conduit le législateur à instaurer une présomption.

II. Palliatif aux difficultés nées de la qualification : présomption de l'existence d'arrhes posée par le législateur

165. - « *Le droit de la consommation est tout entier bâti sur une méfiance à l'égard du consentement du consommateur*⁸³. » Témoigne, en ce sens, la loi n° 92-60 de 18 janvier 1992⁸⁴ qui s'inscrit dans une logique de protection accrue des consommateurs. Pour préserver la faculté de dédit, l'article 3 de la loi, en son quatrième alinéa (dont le texte est aujourd'hui reproduit au nouvel article L. 214-1 du Code de la consommation⁸⁵) prend position en faveur de la qualification d'arrhes pour tout contrat ayant pour objet la vente d'un bien meuble ou la fourniture d'une prestation de services à un consommateur. La règle, saluée par la doctrine⁸⁶, précise aujourd'hui que « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil. / Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double* »⁸⁷.

166. - Avant de préciser le champ d'application de cette disposition, il y a lieu de relever

⁸³ A. TRICLIN, *La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992*, JCP G., n° 3, 1994, 3732, p. 34.

⁸⁴ V. entre autres sur cette loi : J.-P. PIZZIO, *La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, D. 1992 p. 181 ; F. AUQUE, *Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs* (JO 21 janvier 1992). Cons. const., décision n° 91-303 DC du 15 janvier 1992, JO du 18 janvier 1992, RTD civ. 1992, p. 456.

⁸⁵ V. avant l'ord. de 2016 : C. consom., art. L. 131-1, I anc. modifié par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

⁸⁶ V. par exemple : P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd. (par J. RAYNARD), coll. Manuel, LexisNexis, 2013, n° 243, p. 213.

⁸⁷ C. consom., art. L. 214-1 nouv., al. 1 (texte reproduit antérieurement à l'art. L. 131-1).

que les récentes renumérotations⁸⁸ du Code de la consommation l'ont particulièrement mise en exergue. Avant la loi du 17 mars 2014, la règle était transposée au quatrième alinéa de l'article L. 114-1 relatif à l'information sur les délais de livraison⁸⁹. Cet ordonnancement laissait indubitablement à désirer puisqu'il privait la norme de toute visibilité. La loi de 2014 a, en premier lieu, pallié ce défaut en la déplaçant à l'article L. 131-1 *in limine* (aujourd'hui abrogé et remplacé par l'article L. 214-1), en tête du chapitre 1^{er} intitulé « *Arrhes et acompte* » du titre II « *Des conditions générales des contrats* » du livre 1^{er} portant sur l'« *Information des consommateurs et (la) formation des contrats.* » Puis, la refonte législative intervenue récemment a parachevé la mise en valeur de cette disposition en la plaçant dans le nouveau livre II nommé « *Formation et exécution des contrats* »⁹⁰. Ces modifications successives ne peuvent être qu'approuvées puisque qu'elles favorisent l'accessibilité et la clarté de la mesure. On notera, au demeurant, que l'accessibilité et la cohérence de l'ensemble du dispositif relatif aux arrhes et acompte s'en trouvent améliorées. Ces évolutions législatives vont, de ce fait, dans le sens du renforcement de la protection des consommateurs.

167. - Ces précisions apportées, il convient d'étudier plus avant la lettre de l'article L. 214-1. En premier lieu, il régit les rapports entre professionnels et consommateurs. Dès lors, les professionnels ne peuvent s'en prévaloir entre eux. Quant au champ d'application de la règle, depuis la loi du 17 mars 2014⁹¹, la présomption d'arrhes est applicable à tous les contrats de vente ou de prestation de services et ce, quel que soit leur prix. La législation a évolué sur ce dernier point car l'ancien article R. 114-1, depuis abrogé⁹², limitait l'application de la règle aux seuls contrats d'un prix supérieur à 500 euros. Le champ d'application de la présomption a été, de la sorte, étendu, ce qui est, évidemment, très favorable aux consommateurs. L'on n'aura de cesse de rappeler, de plus, que cette présomption est supplétive de volonté. Autrement dit,

⁸⁸ Renumérotations opérées par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014, puis par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 qui a refondu intégralement la partie législative du Code de la consommation.

⁸⁹ Après trois alinéas consacrés au délai de livraison, la règle relative à la présomption faisait l'objet, inopinément, du dernier alinéa de l'article L. 114-1.

⁹⁰ Il existe une vraie corrélation entre la disposition et son nouvel emplacement au sein de ce livre créé par l'ordonnance de 2016. Sans doute n'est-il pas vain de préciser, par ailleurs, qu'en dépit du changement de numérotation et du réagencement des dispositions, les intitulés des chapitre et titre comprenant le nouvel article L. 214-1 n'ont pas été modifiés, ce qui est, somme toute, logique. La règle anciennement inscrite à l'article L. 131-1 a été déplacée dans le quatrième chapitre renommé « *Arrhes et acompte* » du nouveau premier titre « *Conditions générales des contrats* » du nouveau livre II.

⁹¹ Comp. la lettre de l'anc. art. L. 131-1 issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 et celle de l'anc. art. L. 114-1, al. 4 dans sa version en vigueur du 27 juillet 1993 au 14 juin 2014.

⁹² Cet article a été abrogé par l'article 7 du décret n° 2014-1061 du 17 septembre 2014 relatif aux obligations d'information précontractuelle et contractuelle des consommateurs et au droit de rétractation, JORF n°0217 du 19 septembre 2014, p. 15331.

les parties peuvent l'écartier en exprimant une volonté contraire. Partant, la liberté contractuelle peut donc pleinement s'exprimer puisque la présomption ne pallie en fait que l'absence de stipulations.

Aussi, deux situations sont envisageables : soit les parties ont pris le soin de qualifier précisément la somme versée d'avance, soit elles s'en sont abstenues ou l'ont fait maladroitement.

Dans le premier cas, les contractants ont pris le parti d'avoir une emprise réelle sur les engagements et par là-même d'assumer les conséquences économiques et juridiques de leurs choix. Il demeure toutefois qu'une stipulation abusive ne saurait profiter à son auteur car encourant la nullité⁹³.

Dans le second cas, faute d'avoir clairement manifesté leur choix, les parties sont soumises au dispositif légal du nouvel article L. 214-1. Cette intervention du législateur, rendue nécessaire par l'absence ou l'insuffisance de la qualification, profite surtout au consommateur quoique ce « *droit au désengagement* »⁹⁴ soit ouvert à toutes les parties. Moins informé et inexpérimenté, le consommateur est plus enclin au doute et donc au revirement. Il est regardé classiquement par le législateur comme un être particulièrement vulnérable, inapte à assurer lui-même la défense de ses intérêts. Le Professeur ROUHETTE expose pertinemment en ce sens que « *l'image du consommateur qui apparaît en contrechamp des divers textes et que dessinent les travaux préparatoires, est celle d'un individu impuissant à résister aux sollicitations trop habiles ou trop pressantes, ou aux abus de puissance économique et de toute façon inapte à apprécier sainement ses besoins, à en proportionner la satisfaction à l'étendue de ses ressources, à mesurer la portée de ses engagements* »⁹⁵. De là, il appert que le droit de la consommation tend tout entier à protéger le consommateur contre son cocontractant mais aussi de lui-même.

Rédigé dans le même esprit, le nouvel article L. 214-1 gratifie le consommateur d'un

⁹³ V. pour une illustration : CA, Paris, 30 novembre 2007, n° 05/21166 : Les juges du fond ont estimé qu'il y avait un déséquilibre significatif en défaveur du consommateur souhaitant annuler la réservation et récupérer les arrhes et ont en déduit l'existence d'une clause abusive.

⁹⁴ A. TRICLIN, *op. cit.*, p. 34, n° 7.

⁹⁵ G. ROUHETTE, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, in *Études offertes à R. RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 254, n° 10.

délai de réflexion a posteriori en lui permettant de revenir sur son engagement. Ce délai supplémentaire peut être utilement mis à profit pour mener une réflexion plus poussée sur la pertinence de la convention. D'ailleurs, rien n'interdit à cet effet que le consommateur sollicite les conseils de tiers plus avisés.

168. - S'il est indéniable que la mesure est édictée en faveur des consommateurs, il n'en demeure pas moins que la faculté de dédit comporte cependant une contrepartie à savoir la perte des arrhes en cas de rupture de l'engagement, créant ainsi un équilibre et une certaine « *réciprocité* »⁹⁶ entre les parties. Dans le même sens, M. TRICLIN considère que la naissance d'un droit de repentir onéreux révélerait une tendance à une responsabilité contractuelle et précontractuelle accrue⁹⁷. Il souligne également que « *si l'objectif initial du législateur tendait à sanctionner le professionnel défaillant ou peu diligent, la loi pénalisera également l'engagement intempestif du consommateur* »⁹⁸.

169. - Par ailleurs, outre la faculté de dédit, il nous souviendra que les arrhes, en tant que somme versée d'avance, sont productives, au taux légal en matière civile, d'intérêts qui commencent à courir à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à la livraison, sans préjudice de l'obligation de livrer, qui reste entière⁹⁹. S'agissant des prestations de services, ce délai court à compter du versement jusqu'à l'exécution de la prestation et ce, sans préjudice de l'obligation d'exécuter la prestation¹⁰⁰. Par ce dispositif clairement protecteur, le professionnel est incité à faire diligence. Là encore, le législateur fait montre de sa volonté de protéger la partie faible en éradiquant les abus liés à l'absence de restitution ou aux restitutions très tardives.

170. - Les développements précédents ont mis l'accent sur les particularités et traits distinctifs des arrhes et de l'acompte. Il était impératif de les rappeler afin de mieux cerner les enjeux liés à la qualification d'entrée payante de ces sommes versées d'avance.

⁹⁶ J.-P. PIZZIO, *La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, D. 1992, p. 181 et s., n° 31.

⁹⁷ A. TRICLIN, *op. cit.*, p. 34, n° 8.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ C. consom., art. L. 214-2 nouv., al. 1.

¹⁰⁰ C. consom., art. L. 214-2 nouv., al. 2.

§2. Les enjeux de la distinction dans la qualification d'entrée payante

171. - En tant qu'avances sur le prix, les arrhes et l'acompte sont des entrées payantes dans les contrats de vente ou de prestation de services. Ils présentent tous deux, plus précisément, le caractère d'entrée payante « engagement » du fait de leur nature et de leur régime juridique (I). En dépit de ce point commun, il reste que le degré de l'engagement diffère selon que l'on est en présence d'arrhes ou d'un acompte. De fait, les arrhes, par la faculté de dédit qu'elles comportent, manifestent un engagement ténu. Inversement, parce qu'il est la marque d'une volonté ferme de s'engager, l'acompte est significatif d'un engagement accru (II).

I. Les arrhes et l'acompte, des entrées « engagement »

172. - Sollicités tous deux durant la phase précontractuelle, les arrhes et l'acompte sont des entrées payantes. Ils impliquent un versement préalable à la conclusion du contrat et constituent, par-là, un premier pas dans la vie contractuelle. Ils font figure d'engagement et manifestent en particulier le sérieux du *solvens* de l'entrée payante. Fruits de la volonté des parties, les arrhes et l'acompte sont le signe explicite et tangible du désir de se lier. Le versement de la somme d'argent scelle sans équivoque l'engagement des parties. C'est d'ailleurs pour cette raison, que les arrhes et l'acompte ont une fonction probatoire. Ils sont l'assurance de l'existence d'une convention.

173. - De plus, « *les arrhes constituent une sorte de certificat de solvabilité* »¹⁰¹, il en est de même a fortiori pour l'acompte. Le versement préalable constitue indéniablement un gage de sécurité pour le cocontractant. « *Remises par l'acheteur, elles (les arrhes) renforcent le crédit du vendeur* »¹⁰². Cette affirmation se retrouve avec plus de force encore dans le cas de l'acompte qui s'inscrit dans un contrat définitif. Arrhes ou acompte, le versement préalable influe nécessairement sur l'expression du consentement du *solvens* et plus généralement sur la conclusion du contrat final¹⁰³. En effet, même si la somme versée à titre d'arrhes est minime,

¹⁰¹ P.-Y. GAUTIER, note sous Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, RTD civ. 2000, p. 354.

¹⁰² A. TRICLIN, *La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992*, JCP G., n° 3, 1994. 3732, p. 33, n° 2.

¹⁰³ En ce sens : A. TRICLIN, *op. cit.* p. 35, n° 17 : « *Dans la pratique, il est possible que le versement anticipé d'une somme, avant l'expiration du délai (de réflexion), engendre des problèmes de restitution. La somme*

l'on peut aisément comprendre que le débiteur soit réticent à l'abandonner. S'agissant de l'acompte, les parties sont engagées et une rétractation ne saurait être envisagée.

Un arrêt rendu le 8 juin 1966 par la Cour de cassation¹⁰⁴ est on ne peut plus à propos pour en témoigner. En l'espèce, le sieur M. s'est engagé à vendre une parcelle de terre à B. Ce dernier lui a remis à cet effet la somme de 3 000 francs après avoir vendu un immeuble lui appartenant. Toutefois, la vente de la parcelle n'ayant pu être réalisée en raison de l'absence de qualité de propriétaire de M., B. a requis la restitution de la somme versée d'avance ainsi que la réparation du préjudice subi. Sa requête a été favorablement accueillie par les juges du premier degré puis par la Cour d'appel. S'estimant lésé, M. se pourvoit alors en cassation en arguant, dans un premier moyen, que la Cour d'appel avait considéré à tort que B. avait vendu son immeuble dans le but de se procurer les fonds nécessaires à l'achat de la parcelle alors que cette vente, antérieure à la promesse de vente portant sur la parcelle n'avait pas pu être déterminée par elle. Il ajoute, de plus, que les juges du fond ont pris en considération des éléments futurs et incertains en admettant que B. convoitait ladite parcelle pour reconstituer un domaine divisé par une autoroute encore à l'état de projet. Enfin, dans un second moyen, il fait grief à l'arrêt d'avoir alloué à l'acheteur des dommages-intérêts supplémentaires, alors que, suivant l'article 1590 du Code civil, en l'absence de manifestation expresse de la volonté des parties quant au caractère du versement que B. avait fait, c'est nécessairement la signification de moyen de dédit qui devait lui être attribuée, de sorte qu'il ne pouvait être tenu qu'au double de la somme versée. Ces divers arguments n'ont pas convaincu les juges du droit. Le pourvoi est rejeté, d'une part, aux motifs que les juges du fond ont pu constater que M. a commis une faute en entrant en pourparlers avec B. et en recevant de lui la somme de 3 000 francs alors qu'il savait qu'il ne pourrait pas tenir son engagement, les propriétaires de la parcelle lui ayant, dès avant cette date, signifié leur refus de la lui vendre. Sur la base de ce constat, la Cour de cassation relève que la Cour d'appel a pu souverainement apprécier que la faute de M. a causé un préjudice à B. en le privant de la possibilité d'acquérir une terre sur laquelle il pouvait légitimement compter. D'autre part, la Cour de cassation a validé l'interprétation de la Cour d'appel ayant écarté l'application de l'article 1590 aux motifs que le libellé du reçu remis par M. à B. était indiscutable et constituait la preuve d'une convention de vente pure et simple « avec versement d'un acompte ».

consignée entre les mains du vendeur pourrait influencer sur l'expression d'un consentement libre et éclairé de l'acheteur, ce qui peut amener la jurisprudence sinon le législateur, à encadrer ces usages. »

¹⁰⁴ Cass. 1^{er} civ., 8 juin 1966, Bull. civ., I, n° 353.

Cet arrêt est de nature à susciter quelques réflexions. On remarquera que le *solvens* est ici particulièrement sérieux et déterminé à conclure la vente de la parcelle puisqu'il a vendu l'un de ses biens pour ce faire. Il n'en est clairement pas de même pour son cocontractant qui a fait preuve au mieux d'une légèreté fautive en proposant à la vente un terrain ne lui appartenant pas. Le versement préalable est indiscutablement significatif de la volonté de s'engager du débiteur et son acceptation par le créancier a pu légitimement lui laisser penser qu'il s'était pareillement lié. L'entrée payante est donc synonyme d'engagement présent et à venir. Elle peut être utilisée, de plus, comme une preuve. Partant, contrevenir à ses obligations emporte nécessairement des conséquences. En l'espèce, le clair libellé du reçu a permis aux juges du fond de se prononcer en faveur de la qualification d'acompte. Le créancier est donc logiquement condamné à payer des dommages et intérêts en fonction du préjudice réellement subi. A contrario, si des arrhes avaient été stipulées, le créancier aurait pu se libérer de son engagement en restituant le double de la somme versée.

174. – Aux termes de ce qui précède, il apparaît que les arrhes et l'acompte, quoique présentant tous deux le caractère d'entrée « engagement », restent distincts quant à l'intensité du lien créé. L'engagement est effectivement accru lorsque le versement est un acompte.

II. Un engagement accru en cas d'acompte

175. - Dans l'évaluation du sérieux de l'engagement, l'acompte l'emporte sans conteste sur les arrhes. Ces dernières sous-entendent une faculté de dédit donc la possibilité pour les parties de se défaire de leurs engagements, soit pour l'un, en abandonnant la somme préalablement versée, soit pour l'autre, en restituant le double de la somme remise. En les stipulant, les parties ont voulu se ménager la possibilité d'une sortie du contrat aisée, simple et à peu de frais. En raison de ces particularités, les arrhes sont assimilables à un engagement à l'état embryonnaire amené à se développer ou non. Elles sont par excellence l'entrée payante des indécis.

176. - À l'inverse, l'acompte est une fraction du prix payé d'avance qui s'inscrit dans une vente ferme et définitive. Il ne laisse pas de place au doute. Celui qui consent à payer un acompte renonce d'emblée à la faculté de se désengager. Par son versement, les parties sont d'ores et déjà liées et ne peuvent se départir de leurs obligations sans mettre en jeu leur

responsabilité. En cas d'inexécution, elles s'exposent à des sanctions dans les conditions du droit commun¹⁰⁵. Par conséquent, l'impossibilité de dédit en matière d'acompte amplifie la portée du versement. Contrairement aux arrhes, l'acompte implique une véritable contrainte pour les contractants. Partant, le versement effectué par le débiteur d'arrhes paraît moins convainquant, moins fiable que celui dû par le débiteur d'un acompte¹⁰⁶.

177. - D'ailleurs, le choix de stipuler un acompte plutôt que des arrhes donne une indication sur l'état d'esprit des contractants. On peut affirmer, sans crainte de se tromper, que la stipulation d'un acompte est révélatrice de la ferme détermination des parties à contracter et l'on peut légitimement supposer que leur décision a été mûrement réfléchie en amont. Cette stipulation peut, du reste, être proposée par celui des contractants qui est assuré de vouloir contracter.

Lorsque l'initiative émane du débiteur, elle ne peut que marquer favorablement son cocontractant. Cela le sera encore davantage si le débiteur, confronté à la concurrence, est le seul à la prendre. L'entrée payante peut, de la sorte, représenter un argument de poids afin d'être préféré à d'autres candidats au contrat.

S'agissant du créancier, son initiative de stipuler un acompte à la charge du débiteur peut être perçue comme une mise à l'épreuve. Par-là, le créancier entend éprouver le sérieux de son partenaire. Si ce dernier émet des doutes quant au choix de la qualification de la somme versée d'avance, il est patent qu'il n'est pas disposé à s'engager sérieusement. Dans ce dernier cas, mieux vaut convenir d'arrhes qui confèrent, nous l'avons souligné précédemment, un véritable « droit à l'indécision ». Si au contraire, le débiteur retient cette qualification, le créancier en sera rasséréiné.

Enfin, l'inclination commune des parties envers la stipulation d'un acompte traduit une volonté mutuelle de se lier sérieusement. C'est un témoignage de leur détermination à sceller un accord définitif.

¹⁰⁵ C. civ., art. 1217 nouv. et s.

¹⁰⁶ Grâce à la faculté de dédit, le droit de se rétracter est acquis, « *les parties, en stipulant les arrhes, ayant voulu souligner le caractère non définitif de l'engagement.* » : M.-L. IZORCHE, *Contrats conditionnels et définitifs*, RTD com. 1998, p. 521 et s., n° 22.

178. - Ainsi, partant de ces diverses considérations, on relèvera que, sur l'échelle du sérieux de l'engagement, l'acompte prime sur les arrhes. Sa stipulation, signe d'un engagement fort, est propice à l'instauration d'un climat de confiance. Dans le même esprit, le dépôt de garantie dans les baux, le gage-espèce et la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques (sous-section 2), tous exigés en guise de garantie, sont des entrées payantes vectrices de confiance.

Sous-section 2 : Le dépôt de garantie dans les baux, le gage-espèces et le versement d'avance dans le contrat de communications électroniques

179. – Parfois avance sur le prix, l'entrée payante peut également présenter le caractère de garantie. Il s'agit, à vrai dire, d'un cas fréquemment rencontré. Peuvent être invoqués, à ce titre, le dépôt de garantie dans les baux, le gage-espèces et la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques. Exigées en guise de garantie, ces entrées payantes dénotent du sérieux de l'engagement du débiteur (§1) ; sérieux qui, d'ailleurs, se verra récompensé par la restitution de la somme en fin de contrat (§2).

§1. Un engagement sérieux manifesté par le versement à titre de garantie

180. - Institutions voisines, le dépôt de garantie, le gage-espèces et la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques sont des mécanismes permettant à l'un des contractants d'affecter une somme d'argent en garantie de l'exécution de son obligation. Parce qu'ils sont versés concomitamment à la conclusion du contrat, le dépôt de garantie (I), le gage-espèces (II) et la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques (III) sont tous des entrées payantes « engagement ».

I. Le dépôt de garantie

181. - Il serait assurément malvenu d'aborder la stipulation du dépôt de garantie sans au préalable évoquer les particularités du contrat la prévoyant. Pour prendre la pleine mesure de

cette entrée payante, il est fondamental, en effet, de se livrer à une étude circonstanciée et contextuelle. Ainsi, avant de traiter, à proprement parler, du dépôt de garantie dans les baux d'habitation et commerciaux (B), on procèdera à un bref rappel de l'évolution du bail propre à mieux faire connaître ces contrats et subséquemment leurs entrées payantes (A).

A. L'évolution du bail

182. - Le bail, appelé encore louage de choses¹⁰⁷, est un contrat quasi-incontournable. Son entrée payante, le dépôt de garantie l'est tout autant. La stipulation d'un dépôt de garantie, si elle n'est nullement obligatoire, est effectivement d'un usage très répandu lors de la conclusion d'un bail. Son versement est destiné à assurer le paiement de tout ce qui pourra être dû au bailleur lors de la restitution des lieux. Autrement dit, il a vocation à couvrir les éventuels manquements du locataire nés d'un abus de jouissance. Versé lors de la signature du bail, le dépôt de garantie revêt le caractère d'entrée payante. Cette somme, lorsque le contrat se déroule sans accroc, a vocation à être restituée au preneur¹⁰⁸. Le dépôt de garantie constitue, de ce fait, « un gage au sens de l'article 2333 du Code civil¹⁰⁹ ».

183. - Le contrat de bail a évolué au fil du temps, ce qui a influé, notamment en matière de bail d'habitation, sur le dépôt de garantie. En droit romain, le louage, contrat consensuel présente « deux visages »¹¹⁰: *locatio rerum* (louage de choses) et *locatio operis* (louage d'ouvrage). Le Code civil reprend la locution « louage de chose » tiré du droit romain. Dans la pratique, toutefois, et dans le Code lui-même, il est plus souvent fait usage du mot « bail » lorsque l'acte porte sur un immeuble. Historiquement, le bail a fait son apparition après les contrats de vente et de prêt, les propriétaires disposant de leurs propres biens à titre onéreux ou les prêtant gratuitement à leur entourage. Comme l'a souligné le Professeur HUET, le louage

¹⁰⁷ Le bail ou louage de chose est défini par l'article 1709 du Code civil : « *Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer* ». Sur le bail : v. F. LECLERC, *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2007, n^{os} 521 et s., p. 302 et s. ; D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, 10^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2016, n^{os} 295 et s., p. 281 et s. ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd. (par J. RAYNARD), LexisNexis Litec, 2013, n^{os} 259 et s., p. 235 et s.

¹⁰⁸ V. *infra* n^o 210.

¹⁰⁹ J.-P. BLATTER et W. BLATTER HODARA (avec la collab.), *Traité des baux commerciaux*, 5^e éd., coll. Référence juridique, Ed. Le Moniteur, 2012, n^o 427, p. 257.

¹¹⁰ J. HUET *et al.*, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, sous la dir. de J. GHESTIN, 3^e éd., LGDJ, 2012, n^o 21000, p. 671.

nécessite une société déjà fort développée car il « *suppose qu'on ait assez de propriété pour vouloir en faire profiter autrui, et que l'utilisateur soit étranger aux proches, pour qu'on le fasse payer*¹¹¹ ». L'apparition du bail s'avérait pourtant inéluctable puisque selon le mot de TROPLONG « *le louage aime le soleil de la civilisation*¹¹² ».

Après son émergence, le bail s'est formidablement développé. Cet essor se justifie par le fait qu'il joue un rôle moteur dans l'économie et dans la société : « [...] *en dissociant propriété et jouissance, le bail permet une utilisation rationnelle des richesses : au locataire, il procure l'usage du bien ; au bailleur, ses fruits*¹¹³ ». Le succès du bail tient également au fait qu'il puisse porter sur une grande diversité de biens. L'article 1713 du Code civil énonce, en effet, qu'« *on peut louer toutes sortes de biens meubles ou immeubles* ». Si, dans la pratique, les locations portaient principalement sur les immeubles à destination agricole au début du XIX^e siècle, la gamme des biens à louer s'est, depuis, diversifiée¹¹⁴. Or, cette diversification des biens loués s'accompagne d'une diversification des baux eux-mêmes. À côté des règles du Code civil régissant le contrat de bail, s'est multiplié un certain nombre de statuts spécifiques (baux ruraux, baux d'habitation et à usage mixte, baux commerciaux, baux professionnels etc.), dérogeant ponctuellement au régime commun du bail créant un « *phénomène de superposition* » et une difficulté d'identification des règles de droit applicables à telle ou telle catégorie de bail. De là, « *il n'y pas un bail, il y a des baux*¹¹⁵ ». Il en résulte une impression de fouillis et ce capharnaüm juridique n'est d'ailleurs pas toujours correctement appréhendé par les usagers concernés. Pourtant, l'intention du législateur est louable. La superposition de régimes des baux et les interventions du législateur dans ce domaine par touches successives se comprennent au regard de l'« *évolution interventionniste du droit privé de la fin du XIX^e siècle et du XX^e siècle* » qui est venu mettre un terme au « *libéralisme contractuel antérieur* »¹¹⁶. On est bien loin aujourd'hui

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² TROPLONG, *Droit civil expliqué, De l'échange et du louage*, 1840, intro p. XIV : « *...le louage aime le soleil de la civilisation ; il se développe et grandit sous son influence. Tandis que la nuit des temps barbares le rapetisse. Si vous descendez au degré le plus bas de la civilisation, vous ne lui voyez jouer aucun rôle dans la vie civile.* » cité par Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2009, p. 333, note 1 et P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, p. 235, note 1.

¹¹³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 600, p. 331.

¹¹⁴ F. LECLERC, *op. cit.*, n° 404, p. 256.

¹¹⁵ P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 261, p. 236.

¹¹⁶ D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 295, p. 281.

du bail tel qu'il avait été conçu par les rédacteurs du Code civil en 1804¹¹⁷ du fait de l'actuelle recherche d'un équilibre entre les obligations respectives des parties. Se pose par conséquent la question de l'intérêt du maintien des textes anciens qui paraissent désormais désuets et inappropriés¹¹⁸.

184. - À l'occasion de la réforme de certains baux, le législateur a modifié, entre autres, les règles relatives au dépôt de garantie dans un sens favorable au locataire¹¹⁹. Il n'a jamais été question, néanmoins de prohiber cette pratique. La raison en est que le dépôt de garantie tire sa légitimité de la nécessité, pour le bailleur, de se prémunir des abus de jouissance d'un locataire peu soigneux ou imprudent¹²⁰. En concluant le contrat, le bailleur renonce temporairement à la jouissance de son bien. Partant, il s'expose au risque de le voir dégradé durant ce laps de temps ou de pâtir de divers manquements contractuels. Le versement constitue, dès lors, une nécessaire garantie. Il sait qu'il pourra conserver la somme en tout ou partie en cas de manquements du locataire. En cela, le dépôt de garantie constitue un moyen de pression. Aspirant logiquement à sa restitution intégrale, le preneur se montrera plus attentif au respect de ses obligations. Le dépôt de garantie est également une manifestation du sérieux de l'engagement du locataire. Versé de plein gré, il est l'assurance de son sérieux et de sa détermination.

Les règles relatives au dépôt de garantie diffèrent selon le bail concerné. L'essentiel de notre étude portera sur la stipulation du dépôt de garantie dans les baux d'habitation et commerciaux qui sont les plus communément conclus¹²¹.

¹¹⁷ En ce sens : « *Le bail, au sens moderne du terme, n'a plus guère à voir avec le louage de chose du Code civil, un code physiocrate, un code de propriétaires fonciers fondé sur la liberté contractuelle* ». D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 295, p. 272.

¹¹⁸ « *Ce caractère d'ordre public (des règles spéciales) ajoute encore à la désuétude relative des règles du code civil qui pourrait être envisagées par les optimistes comme un droit commun du bail ou par les pessimistes comme un droit résiduel du bail réservé à tous les baux qui ne portent sur des immeubles ni ruraux ni commerciaux ni d'habitation ce qui fait quand même beaucoup*. » : D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 295, p. 282.

¹¹⁹ V. *infra* n° 186 et s. nos développements sur les baux d'habitation régis par la loi du 6 juillet 1989. À noter que cette loi s'applique également au bail à usage mixte professionnel et d'habitation.

¹²⁰ V. *infra* n° 188 et s.

¹²¹ Selon une publication de l'INSEE (Tableaux de l'économie française, 2010), en 2007, 6,5 millions de ménages sont logés dans le parc locatif privé et 5 millions sont locataires dans le parc social et celui des collectivités locales. Toujours, selon le même article, 42,5 % des Français sont locataires de leur logement, un chiffre largement supérieur à celui de la moyenne des pays de l'Union Européenne (article consultable sur http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=T10F072). S'agissant des baux commerciaux, si leur nombre exact nous est inconnu, un rapport de l'INSEE intitulé « *La situation du commerce en 2013* » a révélé l'existence de 790 000 entreprises en France (téléchargeable sur le site : <http://www.insee.fr/fr/themes/document>).

B. La stipulation d'un dépôt de garantie dans les baux d'habitation et commerciaux

185. - Les règles applicables au dépôt de garantie divergent sensiblement selon que son débiteur est un particulier, partie à un bail d'habitation ou un commerçant. Le dépôt de garantie dans le bail d'habitation (1) est, en effet, nettement plus encadré que celui exigé en matière de baux commerciaux (2).

1. Le dépôt de garantie dans les baux d'habitation

186. - De 1804 à 1918, le bail a été régi par les seules dispositions du Code civil qui offraient aux parties une large marge de manœuvre¹²². Puis, en raison de la crise du logement, une législation d'ordre public s'est développée afin de rétablir l'équilibre rompu entre les intérêts respectifs des propriétaires et des locataires. Cette législation a été motivée par un souci de protection du locataire, s'exprimant par une volonté de lui garantir une stabilité suffisante ainsi que par un contrôle relatif des loyers (à savoir juguler les hausses excessives). L'équilibre à trouver était et demeure délicat. Comme l'ont exposé des auteurs, « *l'intervention législative [...] doit concilier la protection des locataires, afin qu'ils ne soient pas soumis à l'arrogance de l'argent, et l'incitation à la construction de logements locatifs, qui dépend de leur rendement*¹²³. » Et de fait, les différentes lois¹²⁴ qui se sont succédé, témoignent incontestablement d'une volonté accrue de protéger le locataire¹²⁵. On citera notamment la loi du 1^{er} septembre 1948¹²⁶, la loi Quilliot du 22 juin 1982¹²⁷ abrogée par la loi du 23 décembre

asp?reg_id=0&ref_id=E201404, v. plus précisément p. 6). S'il n'est point possible de déduire de ce résultat, le nombre, même approximatif, de baux commerciaux, cela suffit à nous convaincre de l'intérêt de leur étude.

¹²² V. en ce sens, P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Hypercours, 6^e éd., Dalloz, 2015, n° 554, p. 440.

¹²³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 603, p. 333.

¹²⁴ Sur les lois en matière d'habitation : V. entre autres J. GATSI, *Les contrats spéciaux*, Armand Colin, 1998, p. 105 ; D. MAINGUY, *op. cit.*, n° 347, p. 326

¹²⁵ Précisons cependant que la loi Méhaignerie du 23 décembre 1986 est la moins favorable aux locataires.

¹²⁶ La loi de 1948 confère un droit au maintien dans les lieux au locataire, régleme les loyers et prévoit les modalités du droit de reprise par le propriétaire de l'usage de son bien. De nombreux baux demeurent régis par cette loi puisque les lois lui étant postérieures ne l'ont pas abrogé, ce qui est source de contentieux (quant aux conditions de la libération du loyer, du classement de l'immeuble en vue du calcul du prix à la surface corrigée, des conditions de la reprise pour habiter, du droit au maintien dans les lieux).

¹²⁷ Loi n° 82-526 du 28 juin 1982 dite « Loi Quilliot ». Cette loi consacre un droit à l'habitat pour la première fois en tant que droit fondamental, assure un contrôle réglementaire des prix de location, et une stabilité du locataire (durée de bail de 3 à 6 ans, droit au renouvellement, droit de préemption en faveur du locataire en cas de vente du local qu'il occupe). Sur l'esprit de la loi : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 603, p. 335-336 : « *La loi Quilliot avait plus sacrifié à l'idéologie qu'aux nécessités économiques : elle n'était pas une*

1986¹²⁸, elle-même remplacée par la loi du 6 juillet 1989. Aujourd'hui applicable, cette dernière a fait l'objet de modifications récentes qui ont encore renforcé la protection du locataire. La première de ces lois, promulguée le 24 mars 2014¹²⁹ a pour objectif clair de favoriser l'accès au logement au plus grand nombre ; la deuxième, du 6 août 2015¹³⁰ présente à la fois un aspect social et économique¹³¹. Si l'apport de ces textes est incontestable, il ne saurait faire oublier que la loi de 1989 a également repris certains acquis de la loi de 1982 tels que le droit au logement. Ce faisant, en combinant des textes anciens et récents, la loi de 1989 est actuellement significative de la constance des efforts déployés par le législateur en faveur des locataires.

187. - Au nombre des dispositions majeures de la loi de 1989¹³², on retiendra particulièrement l'article 1^{er} consacrant le droit au logement qui se traduit par une facilité d'accès au logement (dépôt de garantie d'un montant moindre) et une stabilité de ce droit (durée minimale de location). Dans l'optique d'équilibrer la relation contractuelle, la loi organise de plus un formalisme protecteur du locataire en imposant et en écartant certaines clauses¹³³. Par

législation d'exception liée à la pénurie momentanée, mais, à bien des égards, un manifeste, dont les effets psychologiques avaient accentué la pénurie de logements. »

¹²⁸ Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 dite « Loi Méhaignerie ». D'inspiration plus libérale, la loi Méhaignerie a rétabli la liberté contractuelle dans l'optique de mettre fin à la crise de construction mais sans pour autant porter atteinte aux droits des locataires. Elle revient sur les acquis de la loi Quilliot notamment par la suppression du droit à l'habitat, par la réduction de la durée minimum du bail. Par ailleurs, cette loi donne au bailleur le droit de donner congé et de récupérer les lieux à son gré. Elle maintient cependant le contrôle des loyers.

¹²⁹ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové (loi ALUR dite aussi loi Duflot). Les articles 1 à 6, 7, 8 et 43 de la loi de 1989 ont été modifiés, et ont été créés les articles 3-3, 7-1 et 8-1. Cette loi, diversement apprécié, instaure notamment un mécanisme d'encadrement des loyers, met fin à l'automatisme de la clause d'indexation, modifie les règles relatives au renouvellement du bail, à la prescription de l'action en révision des loyers, au dépôt de garantie. Elle crée aussi le dispositif de « garantie universelle des loyers » (GUL), intègre à la loi de 1989 les dispositions relatives aux logements meublés, etc.

¹³⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques dit Loi Macron. Elle a modifié les articles 3, 3-2, 8-1, 11-2, 15, 24, 25-3, 25-8, 25-9 et 40 de la loi de 1989. Ce texte d'inspiration comporte plusieurs volets. S'agissant du bail d'habitation, on retiendra surtout qu'il retouche la loi ALUR en ouvrant le bénéfice du préavis réduit à un mois à tous les locataires d'un logement loué vide situé en zone tendue et ce, quelle que soit la date de signature de leur bail. Pour rappel, la loi ALUR n'offrait ce droit qu'au locataire, partie à un bail signé à compter du 27 mars 2014, date de son entrée en vigueur.

¹³¹ Une troisième loi en date du 26 janvier 2016 (loi n° 2016-41) a modifié la loi de 1989 en créant l'article 14-2 relatif aux conditions de la résiliation du bail prononcée par le bailleur établissement public de santé. Cette disposition relative à une catégorie bien particulière de locataires ne sera pas abordée ceans en raison précisément de cette spécificité. On signalera toutefois qu'elle vise à augmenter le nombre de logements à disposition du personnel de quelques établissements publics de santé prédéterminés (Assistance publique-hôpitaux de Paris, Hospices civils de Lyon et Assistance publique-hôpitaux de Marseille).

¹³² Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 dite loi Mermaz (dernière modification : loi n°2016-41 du 26 janvier 2016). À noter que l'article 22 a vocation à s'appliquer également au bail de logement meublé avec une dérogation toutefois quant au montant exigé qui est de deux mois de loyer (au lieu d'un pour les baux d'habitation et à usage mixte) ; v. sur ce point : loi 1989, art. 25-3 et 25-6). Cette dérogation est parfaitement logique eu égard au risque accru de dégradations. Tant le local que les meubles sont susceptibles en effet d'être endommagés.

¹³³ Loi de 1989, art. 3 et 4.

ailleurs, le loyer, la durée du bail, le montant et la restitution du dépôt de garantie sont, entre autres, encadrés. Enfin, il importe de souligner, que les dispositions du titre 1^{er} ainsi que celles du titre 1^{er} bis sont d'ordre public¹³⁴. Il s'agit toutefois d'un ordre public de protection institué pour la protection des parties au contrat et non des valeurs fondamentales de la société¹³⁵. En conséquence, la renonciation à ces dispositions est envisageable mais sous conditions. Elle doit être certaine, sans équivoque et prise en connaissance de cause. En outre, la renonciation ne peut valablement intervenir que si elle est postérieure à la naissance du droit auquel la partie entend renoncer (c'est-à-dire après la signature du contrat)¹³⁶.

188. - Outil de protection à côté d'autres, l'encadrement légal du dépôt de garantie participe de la préservation des intérêts du locataire sans pour autant que soit spolié le bailleur. Le législateur de 1986 avait attribué une double vocation au dépôt de garantie. Il avait été avancé que « *cette somme est versée entre les mains du bailleur en garantie du non-paiement éventuel du loyer ou des charges*¹³⁷ » mais aussi qu'elle a pour fonction de « *couvrir les dépenses du bailleur lorsque celui-ci est obligé de remettre en état le logement après le départ du locataire*¹³⁸ ». Ces rôles dévolus au dépôt de garantie n'ont pas été modifiés par la suite et notamment par les articles 3 et 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 qui constituent leurs assises textuelles¹³⁹. Cette somme est effectivement regardée, de nos jours, comme une garantie contre d'éventuelles dégradations causées au logement¹⁴⁰ ou d'autres manquements¹⁴¹ dont la responsabilité incombe au preneur.

Versé, en principe, lors de la conclusion du bail par le locataire lui-même ou par

¹³⁴ Loi de 1989, art. 2 (titre 1), art. 25-3 (titre 1 bis).

¹³⁵ J.-P. BLATTER, v^{is} *Bail d'habitation - Locations soumises à la loi du 6 juillet 1989- Caractère d'ordre public*, Art. 1708 à 1762, Fasc. 110, J.-Cl. Civ. Code, novembre 2008, n° 6 et s.

¹³⁶ *Id.*, n° 11.

¹³⁷ Déclaration de M. René BEAUMONT, rapporteur de la loi, AN, 2^e séance, 18 juillet 1986, JOAN CR, p. 3520 (disponible également sur le site : <http://archives.assemblee-nationale.fr/8/cri/1985-1986-extraordinaire/1/026.pdf>).

¹³⁸ Déclaration de M. Jean-Pierre SCHENARDI, AN, 2^e séance, 18 juillet 1986, JOAN CR, p. 3521, (disponible sur le site des archives de l'Assemblée nationale, v. lien précité).

¹³⁹ L'alinéa 1 de l'article 22 de la loi de 1989 reprend les termes de l'alinéa 1 de l'article 17 de la loi Méhaignerie, qui reproduisait l'article 22 de la loi Quillot.

¹⁴⁰ Pour rappel, le locataire est responsable des dégradations lorsqu'il en l'auteur ou s'ils sont causés par les personnes qui résident habituellement avec lui dans le logement, les personnes qu'il héberge ou invite, les personnes intervenant à sa demande (ex : professionnel réalisant des travaux) et ses sous-locataires.

¹⁴¹ Ex : impayés de loyers, de charges, travaux à la charge du preneur et non effectués.

l'intermédiaire d'un tiers¹⁴², le dépôt de garantie peut faire l'objet d'un paiement différé si les parties en conviennent. Remis au bailleur sous la forme d'une somme d'argent¹⁴³, il peut être encaissé¹⁴⁴ et conservé jusqu'à la fin de la location. Il n'est pas obligatoire, seulement « *autorisé formellement* »¹⁴⁵ par les textes. Ce caractère optionnel découle de la rédaction des articles 3 et 22 de la loi de 1989¹⁴⁶. Les parties peuvent donc librement s'en dispenser même si, dans la pratique, il est quasi-systématiquement demandé au preneur¹⁴⁷. Quand il est stipulé, le dépôt de garantie est, depuis la loi du 8 février 2008¹⁴⁸, équivalent au montant d'un mois de loyer. En cas de difficultés financières, le locataire peut bénéficier d'aides pour le paiement du dépôt de garantie¹⁴⁹. Il faut préciser que le non versement du dépôt de garantie peut entraîner la résiliation du contrat lorsque ce dernier contient une clause résolutoire. Par ailleurs, sa stipulation est seulement envisageable dans l'hypothèse où le loyer n'est pas payable d'avance¹⁵⁰ pour une période supérieure à deux mois¹⁵¹. En édictant cette disposition, le législateur a souhaité modérer l'impact des frais locatifs sur le patrimoine des locataires¹⁵².

¹⁴² Loi du 6 juillet 1989 modifiée par la loi n° 2008-111 du 8 février 2008, art. 22, al. 1 *in fine*.

¹⁴³ Un dépôt de garantie sous une autre forme (bien meuble par exemple) n'est pas envisageable pour des raisons pratiques. On pense notamment à une remise partielle du dépôt de garantie suite à une défaillance du locataire. Il s'avère alors indispensable d'imputer les frais sur une chose divisible.

¹⁴⁴ Si le versement d'espèces ou un virement entraîne la dépossession immédiate au profit du bailleur, il n'en est pas de même en cas de remise d'un chèque. Dans ce dernier cas, la dépossession intervient lorsque le chèque est remis à l'encaissement avec succès.

¹⁴⁵ B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, coll. Thémis, 2^e éd., PUF, 2002, p. 487, n° 659.

¹⁴⁶ V. la rédaction de l'article 3 « *Le contrat de location précise : [...] 10° Le montant du dépôt de garantie, si celui-ci est prévu [...]* » et de l'article 22 de la loi de 1989 : « *Lorsqu'un dépôt de garantie est prévu par le contrat [...]* » indiquant le caractère facultatif du versement.

¹⁴⁷ La stipulation de dépôt de garantie constitue une « *pratique courante* ». V. en ce sens : B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, coll. Thémis, 2^e éd., PUF, 2002, n° 659, p.487.

¹⁴⁸ Loi n° 2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat, art. 10. V. nouvelle rédaction de l'art. 22 de la loi de 1989.

¹⁴⁹ Avance LOCA-PASS (prêt à taux 0% destiné à couvrir en tout ou partie le dépôt de garantie, accordé sous certaines conditions) ou fonds de solidarité pour le logement (FSL). L'avance LOCA-PASS n'est pas cumulable avec les aides du FSL. À noter que la loi ALUR du 24 mars 2014 a, de plus, mis en place un système de garantie universelle de loyers (GUL) depuis le 1er janvier 2016. Sur la GUL, v. loi de 1989, art. 24-2 ; sur sa mise en œuvre, v. loi de 1989, art. 24-2, V.

¹⁵⁰ Le dépôt de garantie est souvent confondu avec les loyers payés d'avance. Cependant, leurs mécanismes sont distincts et ne connaissent pas le même sort. Les loyers versés d'avance sont une modalité de paiement et ont vocation à s'imputer sur les derniers termes à payer alors que le dépôt de garantie ne peut être employé à cette fin. Cette distinction présente, par ailleurs, un intérêt sur le plan fiscal. Si le dépôt de garantie, restituable en fin de bail, ne constitue pas, dès son versement, une recette perçue par le propriétaire (cf. CE, 8 mai 1981, n° 19.171, Rec. CE, p.217, n° 19.171), il en est autrement du loyer d'avance qui constitue une recette de loyer et qui n'est donc pas restituable.

¹⁵¹ Loi de 1989, art. 22, al. 2.

¹⁵² Lors du vote du texte de l'alinéa 2 de l'article 22, il avait été fait référence au cas d'un locataire payant son loyer par trimestre et dont le bailleur exige un dépôt de garantie. Dans ce cas, le locataire serait amené à s'acquitter en une seule fois du versement de l'équivalent de cinq mois de loyer, outre les frais d'agence, de déménagement,

Lorsque le locataire faillit dans l'exécution de ses obligations locatives, le bailleur est en droit d'effectuer une retenue sur le dépôt de garantie se traduisant par la perte partielle ou définitive de la somme. À cet égard, cette retenue, quelle qu'elle soit, doit être nécessairement motivée. En l'absence de manquements et après apurement des comptes¹⁵³, le dépôt de garantie sera restitué au preneur¹⁵⁴. Le montant restitué sera le même que celui versé initialement car contrairement au droit commercial, le dépôt de garantie ne porte pas intérêt au bénéfice du locataire¹⁵⁵. Il faut encore signaler que le locataire ne peut sans l'accord du bailleur compenser le dépôt de garantie avec le dernier terme du loyer et ce, même s'il a respecté scrupuleusement ses obligations.

189. – Par ailleurs, sans doute n'est-il pas vain de rappeler que le législateur offre aux parties la possibilité de recourir à une garantie autonome en lieu et place du dépôt de garantie¹⁵⁶. Cependant, la garantie autonome ne peut se substituer au dépôt de garantie que dans la limite du montant de celui-ci¹⁵⁷. Celle-ci peut être définie comme l'engagement par lequel le garant s'oblige, en cas de non-respect par le locataire de ses obligations à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues sans pouvoir opposer aucune exception à l'obligation garantie. Elle ne peut pas remplacer le cautionnement, souvent confondu à tort avec le dépôt de garantie¹⁵⁸.

190. - À la lumière de ce qui précède, il apparaît que le dépôt de garantie dans le bail d'habitation, somme exigée à titre de garantie lors de la conclusion du contrat, est strictement encadré légalement. Quoique non imposé par les textes, il demeure dans la pratique une condition *sine qua non* pour qui souhaite se loger, faute, pour le plus grand nombre, de pouvoir accéder à la propriété. En raison de ces caractéristiques, le dépôt de garantie peut être qualifié opportunément d'« entrée payante ». Normalement restitué en fin de contrat, il ne majore pas

d'installation, ce qui est hors de portée de nombreuses familles et conférerait un avantage excessif au bailleur (Propos tenus par M. Michel DARRAS, Sénat, séance du 4 novembre 1986, JO Sénat CR, p. 4314).

¹⁵³ L'apurement des comptes consiste à établir et justifier les créances des parties.

¹⁵⁴ Sur la restitution, v. *infra* n° 211.

¹⁵⁵ Loi de 1989, art. 22, al. 6 *in limine*. À noter toutefois qu'une majoration peut être due en cas de restitution tardive : v. sur ce point nos développements ultérieurs.

¹⁵⁶ Les parties devront impérativement effectuer un choix pour l'une ou l'autre de ces garanties car leur cumul n'est pas autorisé.

¹⁵⁷ Loi de 1989, art. 22-1-1.

¹⁵⁸ Le dépôt de garantie doit être distingué du cautionnement qui est l'acte par lequel une personne (la caution) s'engage envers le bailleur à payer les dettes locatives du locataire en cas de défaillance.

l'obligation principale du locataire à savoir le paiement des loyers. C'est un gage de sécurité offert au bailleur, une manifestation du sérieux du preneur. Ce sérieux s'exprime à maints égards. Tout d'abord, en consentant au versement, le débiteur manifeste de façon tangible et indiscutable son désir de se lier, de contracter. Rien ne l'y oblige en effet¹⁵⁹ et en particulier, dans ces circonstances. Ensuite, le versement s'inscrit dans une volonté de s'impliquer sur le long terme, soit la durée du contrat. Il est à la fois la preuve de la détermination dans la prise de décision de contracter et de la volonté de constance dans l'exécution des obligations locatives. Avec la rédaction et la signature du contrat, la remise du dépôt de garantie entre les mains du bailleur scelle l'engagement des parties. Le sérieux de cet engagement est indéniablement avéré puisque, rappelons-le, aucun délai de rétractation n'est prévu en matière de location¹⁶⁰. Ainsi, le dépôt de garantie fait figure d'un réel engagement d'où le qualificatif retenu d'entrée payante « engagement ».

2. Le dépôt de garantie dans les baux commerciaux

191. - Le bail commercial est le « *bail à loyer de locaux auxquels les parties donnent une destination commerciale, industrielle, ou artisanale et qui est soumis à un statut dérogatoire au droit commun* »¹⁶¹. Il est régi par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce. Tout comme dans le bail d'habitation, le bailleur d'un fonds de commerce peut exiger un dépôt de garantie afin « *de se prémunir contre d'éventuelles défaillances du locataire dans l'une de ses obligations* »¹⁶². Cette somme sera remise au bailleur à l'entrée dans les lieux et restera entre ses mains pendant toute la durée du bail. Il est toutefois possible que le versement du dépôt de garantie soit constitué ultérieurement par avenant au contrat de bail. Une restitution des fonds s'opérera lors du départ du locataire si ce dernier n'a pas failli à ses obligations locatives ou de manière générale, après déduction de tous les frais qui pourraient être dus par le locataire à la sortie des lieux. D'ailleurs, les parties ont la possibilité de déterminer l'objet et la portée du dépôt de garantie et ce, en application du principe de la liberté contractuelle. Les créances

¹⁵⁹ C'est le principe de la liberté contractuelle. Néanmoins, seuls les naïfs se refuseraient à admettre qu'elle est parfois biaisée. V. infra n° 381 et s. nos développements sur l'impact de la stipulation d'une entrée payante « engagement » sur le libre accès au contrat.

¹⁶⁰ Les parties seront dans l'obligation de respecter les règles de congé, exception faite d'un accord à l'amiable.

¹⁶¹ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique H. CAPITANT*, 10^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2014, p. 118, v^{is} *Bail commercial*.

¹⁶² H. KENFACK et J. SCHMIDT, *L'entrée dans les lieux loués : le difficile équilibre entre l'économie et le juridique* in J. MONÉGER (dir.), *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques*, Centre de recherche sur le droit des affaires, Litec, 2010, n° 306, p. 141.

garanties par le dépôt peuvent ainsi couvrir les loyers impayés, les réparations locatives, les charges¹⁶³, les remises en état, l'indemnité d'occupation, ou encore le paiement des impositions dont le bailleur est tenu solidairement avec le locataire à l'égard du Trésor public. Une clause peut prévoir, par ailleurs, que sont couvertes « *toutes les sommes dues au départ par le locataire, pour quelque titre que ce soit*¹⁶⁴ ». De même, les parties peuvent prévoir le montant du dépôt de garantie, ainsi que ses modalités de règlement et de révision en cours de bail ou lors de son renouvellement. S'agissant de la révision du montant du dépôt de garantie, il est fréquent qu'elle s'effectue lors de la modification de loyer afin qu'il conserve sa valeur. En l'absence de stipulations expresses, son montant ne peut être réajusté qu'au moment du renouvellement du bail. Dans la pratique, le montant du dépôt de garantie est calqué sur celui du loyer et correspond à un ou plusieurs termes.

192. - Si le montant du dépôt de garantie reste librement déterminé par les parties, l'article L. 145-40 du Code de commerce¹⁶⁵ prévoit cependant que « *Les loyers payés d'avance, sous quelque forme que ce soit, et même à titre de garantie, portent intérêt au profit du locataire, au taux pratiqué par la Banque de France pour les avances sur titres, pour les sommes excédant celle qui correspond au prix du loyer de plus de deux termes*¹⁶⁶. »¹⁶⁷ De fait, la lettre de l'article ne distingue pas selon que la somme versée d'avance soit un loyer, un dépôt de garantie ou un versement effectué sous une autre forme. Toutes ces sommes sont indifféremment productives d'intérêts au-delà de deux termes. Par-là, le législateur a entendu appréhender l'ensemble des sommes versées d'avance au bailleur afin de limiter les abus. Le champ d'application de l'article est, par conséquent, très large, ce qui profite sans nul doute au locataire. La règle est, en sus, d'ordre public et toutes les clauses, stipulations ou arrangements contraires sont réputés non écrits¹⁶⁸.

¹⁶³ Le bailleur ne peut déduire du dépôt de garantie les charges récupérables qu'à la condition que les parties en soient convenues : Cass. 3^e civ., 3 octobre 2012, n° 11-21108, Bull. civ., III, n° 135.

¹⁶⁴ H. KENFACK et J. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 306, p. 141.

¹⁶⁵ Les dispositions de l'article 24 du décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 sont reproduites dans le Code de commerce à l'article L. 145-40. Ces dispositions concernent en sus du dépôt de garantie et du montant du premier loyer stipulé payable à l'avance, le droit d'entrée ou pas-de-porte s'il correspond à un supplément de loyer.

¹⁶⁶ Le terme est « *la somme correspondante à la jouissance de la chose louée [...] pendant un laps de temps déterminé (mois, trimestre, année)* ». V. G. CORNU, *op. cit.*, p.1019, v° Terme.

¹⁶⁷ En revanche, si les garanties exigées par le bailleur ne sont pas une somme d'argent versée entre ses mains, elles ne sont pas productives d'intérêts. C'est par exemple le cas lorsque le locataire dépose sur un compte bloqué une somme destinée à garantir le paiement des loyers à venir : CA Paris, 13 octobre 1995, n° 94-4516 cité par Mémento F. LEFEBVRE, *Baux commerciaux 2009-2010*, n° 36085, p. 362.

¹⁶⁸ C. com., art. L. 145-15, modifié par la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 : « *Sont réputés non écrits, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements qui ont pour effet de faire échec [...] aux dispositions*

La mise en œuvre de l'article L. 145-40 requiert que l'on tienne compte de la périodicité du loyer (mensuel, trimestriel, semestriel, annuel) et ses modalités de paiement (loyer payé d'avance ou à terme échu). Si le loyer est mensuel, c'est le mois qui constitue le terme. Dès lors, pour se soustraire à la règle, le bailleur peut réclamer un mois de loyer d'avance et un mois de dépôt de garantie ou deux mois de dépôt de garantie si le loyer est payable à terme échu¹⁶⁹. De même, dans l'hypothèse d'un loyer payé trimestriellement, le terme est un trimestre. Par conséquent, le bailleur peut exiger le paiement d'un trimestre de loyer d'avance et d'un trimestre de dépôt de garantie ou deux trimestres de dépôt de garantie si le loyer est payable à terme échu.

Si au contraire, le bailleur décide de réclamer au locataire le versement d'un dépôt de garantie excédant la limite fixée par l'article L. 145-40¹⁷⁰, il sera alors dans l'obligation de lui payer des intérêts sur les sommes excédant les deux termes, au taux des avances sur titres de la Banque de France¹⁷¹, soit 2,25% au 20 avril 2016¹⁷². On ne manquera pas de relever que la faiblesse actuelle du taux n'est pas pour décourager les bailleurs de passer outre la limite légale. De plus, ayant la libre disposition de ces fonds, il leur est loisible de les placer pendant toute la durée du bail afin de couvrir l'intérêt versé au locataire¹⁷³.

193. - Toutefois, il reste rare, en pratique, que le dépôt de garantie porte intérêt car le bailleur se limite habituellement à exiger deux termes de loyer. Il n'est pas dit cependant que cet usage perdure. De fait, une réponse ministérielle¹⁷⁴ recommande un alignement du montant du dépôt de garantie du bail commercial sur celui du bail d'habitation (mais toujours dans le cadre des négociations contractuelles), ce qui aurait pour conséquence de le réduire à un mois de loyer. Cette recommandation n'a pas, à notre connaissance, rencontré pour l'instant un écho favorable. Une modification de l'article L. 145-40 serait, selon nous, une solution clairement

des articles L. 145-37 à L. 145-41, [...]» Antérieurement, l'article prévoyait leur nullité. Par cette modification, la protection des locataires est encore renforcée.

¹⁶⁹ Cass. 3^e civ., 6 mai 1985, n° 83-11840, Bull. civ., III, n° 78, p. 61 : « *Viole l'article 24 du décret du 30 septembre 1953 (C. com., art. L. 145-40), selon lequel les loyers payés d'avance portent intérêt au profit du locataire pour les sommes excédant celle qui correspond au prix du loyer de plus de deux termes, la Cour d'appel qui rejette une demande formée pour les intérêts des sommes payées d'avance excédant deux mois de loyers tout en constatant que le loyer était stipulé payable par terme mensuel.* »

¹⁷⁰ Par exemple, un trimestre de loyer payé d'avance et deux trimestres de dépôt de garantie.

¹⁷¹ Pour une illustration, v. par exemple : Cass. 3^e civ., 7 mai 2014, n° 12-22637.

¹⁷² Site de la Banque de France, v. plus précisément : https://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Economie_et_Statistiques/Tx_Avances_titres.pdf

¹⁷³ Mémento F. LEFEBVRE, *Baux commerciaux 2009-2010*, n° 36095, p. 363.

¹⁷⁴ Rép. min. n° 25087, JOAN Q 28 octobre 2008, p. 9282, JCP éd. E 2008, 2393.

plus incitative¹⁷⁵. Il suffirait d'imposer aux bailleurs de verser des intérêts à leurs locataires pour les sommes excédant un terme de loyer et non plus deux. Il y a fort à parier que cette réécriture minimaliste¹⁷⁶ dissuaderait, à tout le moins en partie, les bailleurs de stipuler un terme de loyer payé d'avance et un terme de dépôt de garantie ou deux termes de dépôt de garantie (si le loyer est à terme échu).

194. - Bien évidemment, au même titre que le dépôt de garantie dans le bail d'habitation, le dépôt de garantie dans le bail commercial est une « entrée payante engagement ». La différence entre ces deux garanties réside en ce que l'engagement du locataire commercial est plus important et plus risqué en raison du montant de son dépôt de garantie. Limité à un mois de loyer en matière de baux d'habitation, il est habituellement de deux termes dans les baux commerciaux ; terme qui, rappelons-le peut correspondre aussi bien à un mois qu'à un semestre de loyers. L'importance dudit montant laisse supposer, en conséquence, que le locataire ait au préalable mûri la décision de contracter. Ce paiement témoigne du sérieux de l'engagement du locataire, de sa volonté de se soumettre à ses obligations locatives et de les respecter. Le bailleur, pour sa part, sera conforté par ce versement, si essentiel pour certains qu'il fait l'objet d'une clause résolutoire¹⁷⁷.

À côté du dépôt de garantie dans les baux, notre droit met en place d'autres mécanismes par lesquels une somme d'argent est affectée à la garantie de l'exécution d'une obligation et qui revêtent le caractère d'entrée payante. Dans cet esprit, sera envisagé le gage-espèces.

¹⁷⁵ Les réformes récentes opérées, et en particulier la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 dite loi PINEL, n'ont malheureusement pas modifié cet état de fait. L'occasion était belle pourtant ! Rappelons en effet que l'un des objectifs de la loi PINEL était précisément de favoriser le développement des très petites entreprises. Il est patent qu'une mesure relative à l'encadrement du dépôt de garantie irait dans ce sens.

¹⁷⁶ Puisqu'il suffirait de substituer au mot « deux », « un ».

¹⁷⁷ Cass. 2^e civ., 23 juin 1976, n° 75-11473, Bull. civ., II, n° 206, p. 161 : résiliation du bail par application d'une clause résolutoire suite au défaut de paiement total du dépôt de garantie.

II. Le gage-espèces¹⁷⁸

195. - La nature particulière du gage-espèces, les diverses réalités qu'il recouvre, bref sa spécificité (A) imposent un éclaircissement préalable de la notion. Cette étude accomplie, on s'attachera à établir dans quelle mesure le gage-espèces est une entrée payante « engagement » (B).

A. La spécificité du gage-espèces

196. - Parce que l'assiette de la garantie ne porte pas toujours sur des espèces, autrement dit la monnaie fiduciaire, la dénomination même de « gage-espèces » est critiquée. Le gage-espèces, le mal nommé (1) obéit, du fait de ses spécificités, à un régime particulier (2).

1. *Le gage-espèces, le mal nommé*

197. - Le Code civil connaît quatre types de sûretés sur les meubles : les privilèges mobiliers, le gage de meubles corporels, le nantissement de meubles incorporels et la propriété retenue ou cédée à titre de garantie¹⁷⁹. Néanmoins, au sein de ces dispositions, aucune référence n'est faite expressément au gage-espèces ni aux garanties sur la monnaie. Certes, l'article 2360 du Code civil est relatif au nantissement de compte et l'article 2341¹⁸⁰ fait référence au gage ayant pour objet des choses fongibles¹⁸¹ mais ces textes ne font nulle mention du gage sur l'argent. Cette absence dans les textes que l'on peut déplorer¹⁸², ne se retrouve pas dans la pratique. Bien au contraire, l'utilisation de sûretés sur l'argent est fort courante, qu'elles portent sur des espèces ou des instruments de paiements. Au reste, la sûreté peut aussi bien porter sur

¹⁷⁸ D. R. MARTIN, *Du gage-espèces*, D. 2007, p. 2556, S. BROS, *Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mai 2006*, RLDA 2007/14, p. 86, G. CUNIBERTI, *Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire)*, LPA 1999, n° 221, p. 4 ; M. CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent in Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ*, Litec, 1991, p. 336, S. ALAMOWITCH, *Le gage-espèces*, LPA, 26 août 1994, p. 4, D. LEGEAIS, *Sûretés et garantie du crédit*, 8^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2011, n° 457, p. 400 et s ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, 6^e éd., coll. Objectif droit -cours, LexisNexis, 2011, n° 298, p. 147-148 et n° 496, p. 228. M. CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent in Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ, Les activités et les biens de l'entreprise*, GLN Joly Editions, Litec, 1991, p. 333-342.

¹⁷⁹ C. civ., art. 2329.

¹⁸⁰ C. civ., art. 2341 dans sa rédaction issue de l'ord. n° 2006- 346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

¹⁸¹ Sur les interrogations suscitées par les dispositions de l'article 2341 C. civ : L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2011, n° 505, p. 229-230.

¹⁸² V. en ce sens, D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 6 février 2007, Lamy Droit civil, 2007, n° 39.

la monnaie que sur des comptes ou encore intéresser des comptes bloqués ou en cours de fonctionnement, ouverts au nom du constituant ou au nom de la banque¹⁸³. Fort de son succès, le gage-espèces est employé dans le domaine bancaire sous des appellations variées (compte bloqué, compte de garantie, provision, etc.)¹⁸⁴ mais aussi dans le secteur de la construction (retenue de garantie) ou dans le secteur de la consommation¹⁸⁵, des affaires¹⁸⁶ (contrats mark-to-market dans les contrats de swap¹⁸⁷), ainsi que dans les couvertures dans le cadre d'opérations de bourse, d'escompte, de crédit documentaire¹⁸⁸, etc.

198. - Plus ou moins identifiables, les sûretés sur l'argent abondent d'où une certaine confusion en la matière. En ce sens, le Professeur CABRILLAC constatait que : « *L'ampleur de l'utilisation des sûretés sur l'argent est masquée par les étiquettes très diverses sous lesquelles ces dernières accèdent à la vie juridique, étiquettes qui ne me permettent pas toujours de les identifier comme telles ou qui, parfois, jettent le doute sur leur véritable nature juridique : cautionnement, dépôt de garantie, couverture, retenue de garantie, etc. ; outre l'expression fallacieuse de gage-espèces, qui est la plus générale et qui bénéficie des faveurs de la littérature juridique.*¹⁸⁹ » En dépit de la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance de 2006, les hésitations demeurent nombreuses et certains auteurs considèrent même que l'ordonnance n'a fait que les accentuer¹⁹⁰. L'avant-projet de réforme du droit des sûretés dit GRIMALDI¹⁹¹ comportait, pourtant, une section consacrée au nantissement de monnaie scripturale. De fait, lors de la discussion de la commission, il est apparu que quatre figures pouvaient nettement être distinguées, selon l'objet de la garantie : le transfert de monnaie fiduciaire à titre de garantie, la remise de monnaie scripturale par le constituant au créancier, l'affectation du solde d'un compte en cours de fonctionnement et l'affectation de sommes isolées sur un compte bloqué. Mais, cette distinction n'a pas été reprise par l'ordonnance de 2006. En somme, le gage-espèces n'a pas été traité par la réforme et il n'existe pas, à ce jour,

¹⁸³

Ibid.

¹⁸⁴

Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 6^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2012, n° 651, p. 580.

¹⁸⁵

M. CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent* in Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ, *Les activités et les biens de l'entreprise*, GLN Joly Editions, Litec, 1991, p. 333, n° 1.

¹⁸⁶

Ibid.

¹⁸⁷

S. ALAMOWITCH, *Le gage-espèces*, LPA, 26 août 1994, p. 4, n° 102.

¹⁸⁸

S. BROS, *Le gage-espèces*, Droit et patrimoine, 2007, n° 161.

¹⁸⁹

M. CABRILLAC, *op. cit.*, p. 334 n° 2.

¹⁹⁰

D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 6 février 2007, n° 05-16.649, Lamy Droit civil 2007, n° 39.

¹⁹¹

V. le rapport relatif à la réforme du droit des sûretés du 28 mars 2005, remis au garde des sceaux par le groupe de travail présidé par M. GRIMALDI et l'avant-projet de texte issu du rapport.

une conception unitaire de cette sûreté¹⁹². Partant, de la multiplicité des sûretés sur l'argent découle une pluralité de régimes juridiques, pluralité accentuée par le fait que notre droit admette aussi bien des gages avec et sans dépossession. Mais, quelles que soient leurs appellations, ces sûretés présentent une similitude en ce qu'elles sont synonymes d'une affectation de sommes d'argent à un créancier dans l'optique d'un paiement préférentiel¹⁹³. Quant à l'instigateur du gage, il peut être aussi bien le créancier que le débiteur lui-même ou encore un tiers garant.

199. - La grande particularité du gage-espèces est incontestablement l'assiette de la garantie à savoir une somme d'argent. Cette spécificité est à la source de bon nombre d'interrogations et de controverses. L'appellation « gage-espèces » est, tout d'abord, décrite par certains auteurs du fait que la garantie ne porte pas toujours sur des espèces à savoir des billets de banque et de la monnaie métallique¹⁹⁴. Certains auteurs préfèrent parler, d'ailleurs, de sûretés sur l'argent¹⁹⁵, terme plus général, permettant d'englober l'ensemble de ces garanties. Ensuite, si le caractère de bien corporel de la monnaie fiduciaire, « *bien fongible par excellence* »¹⁹⁶, ne fait aucun doute, les choses se compliquent lorsque l'objet du gage prend une forme scripturale. Le caractère de la monnaie scripturale est, en effet, discuté par la doctrine. Pour certains auteurs, elle serait un bien d'une nature particulière auquel s'appliquerait le régime de meubles corporels¹⁹⁷. Pour d'autres, « *la monnaie scripturale est nécessairement une chose incorporelle* »¹⁹⁸. Enfin, un auteur de la théorie de la scripturalisation considère

¹⁹² V. en ce sens : S. BROS, *Le gage-espèces*, Droit et patrimoine, 2007, n° 161 et s. : « *En conclusion, le gage-espèces ne bénéficie pas d'apports majeurs par l'ordonnance réformant le droit des sûretés. Il n'existe pas de conception unitaire de cette sûreté, et les doutes concernant son régime subsistent en grande partie. La jurisprudence rendue sous l'empire des textes anciens conserve son actualité.* »

¹⁹³ V. la définition du gage donnée à l'alinéa 1 de l'article 2333 du Code civil : « *Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.* »

¹⁹⁴ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., précis, Dalloz, 2009, n° 651, p. 564.

¹⁹⁵ M. CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent* in *Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ*, Les activités et les biens de l'entreprise, GLN Joly Editions, 1991, Litec p. 333 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2009, n° 651, p. 564.

¹⁹⁶ D. LEGEAIS, *L'avenir du gage-espèces*, note sous Cass. com., 6 février 2007, Lamy Droit civil, 2007, p. 25, n° 39.

¹⁹⁷ J.-L. RIVES-LANGE, *La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique)*, in *Études de Droit commercial à la mémoire de Henry CABRILLAC*, Librairies techniques, 1968, p. 405-422.

¹⁹⁸ S. BROS, *Le gage-espèces*, Droit et patrimoine, 2007, n° 161. Selon l'auteur, la sûreté qui prend pour objet la monnaie scripturale est donc un nantissement, dorénavant régi par les articles 2355 et suivants du Code civil. Pour les autres biens incorporels, c'est le droit du gage de choses corporelles qui s'applique. Par assimilation, le gage-espèce portant sur la monnaie scripturale et le gage-espèces portant sur la monnaie fiduciaire sont soumis à

qu'elle est un bien corporel¹⁹⁹.

La détermination de la nature de la monnaie scripturale n'est pas sans intérêt au regard des nouvelles dispositions issues de l'ordonnance de 2006. Pour rappel, cette ordonnance distingue selon que la sûreté réelle porte sur un bien corporel ou incorporel. La dénomination de « gage » est réservée aux sûretés portant sur des biens corporels présents ou futurs alors que le nantissement concerne les meubles incorporels. Appliqué au gage-espèces, le même mécanisme porterait le nom de nantissement ou de gage selon que l'assiette de la garantie porte sur de la monnaie scripturale ou fiduciaire, sauf à considérer comme Monsieur MARTIN, que la monnaie scripturale est un bien corporel. Ce dernier relève et critique cette situation en ces termes : « *Etonnant paradoxe en effet que l'affectation en garantie d'une somme d'argent devrait, légalement, être dénommée gage ou nantissement selon que la remise de la somme, du constituant au créancier bénéficiaire, a lieu en espèces fiduciaires ou scripturales. On doit cette bizarrerie - où perce évidemment une erreur d'analyse - à l'opinion dominante qui tient la monnaie scripturale pour chose incorporelle, par opposition au caractère corporel incontestable des signes monétaires officiels. De là qu'une même chose - l'argent - sans changer de nature, ne serait pas égale à elle-même dans l'une ou l'autre de ses modalités de représentation !*²⁰⁰ »

En bref, objet de critiques, la dénomination « gage-espèces », quoique fréquemment utilisée, ne fait pas l'unanimité parmi les auteurs. Il en est de même pour la nature de la monnaie scripturale. Hormis le problème de qualification de la garantie, la nature même du gage-espèces prête à débat. Peut-il être qualifié de gage, de gage irrégulier, de nantissement de créance, de nantissement de bien incorporel ou de transfert fiduciaire ? La doctrine, est, là encore, divisée. Pour exemple, certains auteurs²⁰¹ estiment qu'il s'agit d'un gage particulier du fait de son objet

un régime identique. V. également en ce sens D. LEGEAIS, *Sûretés et garantie du crédit*, 8^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2011, n° 457, p. 401 ; Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 5^e éd., coll. Hypercours, Dalloz, 2015, n° 430, p. 309.

¹⁹⁹ D. R. MARTIN, *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, Dalloz, 1996, p. 47 ; D. R. MARTIN, *De l'inscription en compte d'actifs scripturaux*, Dalloz 1998, p. 15 ; D. R. MARTIN, *De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi)*, RD bancaire et fin. 2006, p. 43.

²⁰⁰ D. R. MARTIN, *Du gage-espèces*, D. 2007, p. 2556 et s.

²⁰¹ *Ibid* ; Ch. ALBIGES et M.-P. DUMONT-LEFRAND, *Droit des sûretés*, 5^e éd., coll. Hypercours, Dalloz, 2015, n° 430, p. 309 : « bien que translatif de propriété, le gage-espèces n'en reste pas moins un gage ». L'auteur emploie également l'expression de « gage spécifique ».

fongible et consommable alors que d'autres estiment qu'il s'agit d'une aliénation fiduciaire²⁰². L'intérêt de la qualification n'est pas anodin car cette dernière entraîne, de fait, des conséquences pratiques²⁰³. De manière générale, les règles spécifiques du gage n'ont pas vocation à s'appliquer lorsque le mécanisme ne répond pas aux caractéristiques de ce type de garantie. L'analyse des stipulations contractuelles donne des indications au juge sur la qualification à retenir. À titre d'exemple, dans le cas du solde d'un compte affecté à titre de garantie, il faut analyser avec précision la convention ainsi que la nature dudit compte afin de qualifier pertinemment la sûreté. Si le créancier ne peut retirer aucune somme d'un compte ouvert à son nom ou lorsque le compte est dit « impersonnel » à savoir sans indication nominative, on peut considérer que les parties ont convenu d'un gage-espèces. Il en est de même lorsque le nantissement porte sur un compte bloqué ouvert au nom du constituant pour la seule commodité des écritures²⁰⁴. En revanche, si la partie peut procéder à des retraits, cette qualification n'est pas appropriée. Le gage-espèces « *suppose, en effet, que les sommes nanties deviennent indisponibles, comme spécialement affectées à la garantie d'une dette*²⁰⁵ ». En outre, si la sûreté porte sur un compte en cours de fonctionnement ouvert au nom du constituant, il s'agit d'un nantissement de compte régi par l'article 2360 du Code civil issu de l'ordonnance de 2006.

200. - Le succès du gage-espèces se comprend au regard de nombreux avantages qu'il procure aux parties. Lorsqu'il porte sur des sommes modiques, le sacrifice financier du débiteur est tout relatif et le créancier a une emprise sur ces sommes. Le gage-espèces a, du reste, une fonction libératoire²⁰⁶ et assure, par-là, une garantie immédiate quant au paiement d'une créance

²⁰² V. par ex : P. ANCEL, *Droit des sûretés*, 6^e éd., coll. Objectif droit cours, LexisNexis, 2011, n° 298, p. 148 : « *le dépôt de garantie d'une somme d'argent est parfois présenté comme un gage (...) mais la réglementation du gage s'y applique malaisément ; il vaudrait mieux y voir un transfert de propriété à titre de garantie.* »

²⁰³ Ces conséquences sont toutefois moins prégnantes depuis la réforme de 2006 puisque l'ordonnance prévoit que le gage avec dépossession, emporte, si la convention le stipule, transfert de propriété au gagiste et obligation de restituer l'équivalent. Le gage n'est donc plus incompatible avec cet effet (v. c. civ., art. 2341, al. 2 et nos développements : *infra* n°s 201-202. Avant cette réforme, certains auteurs dont le Professeur M. CABRILLAC considérait que le transfert de propriété était impossible en matière de gage : « *Le fait que le constituant ne se dépouille pas seulement de la possession mais aussi de la propriété élève (...) un obstacle incontournable à la qualification de gage* » (v. sa participation intitulée : *Les sûretés conventionnelles sur l'argent in Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ, Les activités et les biens de l'entreprise*, GLN Joly Editions, Litec, 1991, p. 335, n° 7).

²⁰⁴ Exemple : Cass. com., 6 février 2007, n° 05-16649, RTD civ. 2007, p. 373, obs. P. CROCQ ; RDC 2008, p. 425, obs. A. AYNÈS, JCP 2007. I. 212, n° 20. Nantissement sur un compte impersonnel interne à la banque, créancière gagiste et ouvert au nom des constituants pour « *la seule commodité des écritures* ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation considère que la garantie porte sur des espèces et non une créance.

²⁰⁵ S. ALAMOWITCH, *Le gage-espèces*, LPA, 26 août 1994, p. 4 et s., n° 102.

²⁰⁶ G. CUNIBERTI, *Le gage-espèces (De l'accession en matière monétaire)*, LPA, 5 novembre 1999, p. 4, n° 221.

non encore exigible²⁰⁷. La fongibilité et la consomptibilité de la monnaie en font une sûreté appréciée²⁰⁸ car il n'est pas nécessaire de vendre la chose, objet du gage ni de la convertir en argent. Les espèces présentent, en effet, l'avantage d'avoir une valeur certaine contrairement à un quelconque bien gagé qui nécessite l'intervention d'un expert pour son évaluation. Partant, le recours au gage-espèces anéantit les contestations pouvant découler de l'estimation de l'objet du gage²⁰⁹.

Par ailleurs, si le gage ne transfère pas la propriété, le créancier gagiste, par la remise entre ses mains des « espèces », devient titulaire d'un droit de rétention efficace, opposable aux tiers sans formalités ni procédure d'aucune sorte²¹⁰. Ce droit sera exercé dès lors que le constituant n'exécute pas son obligation et se traduit par la faculté d'affecter les sommes retenues à son remboursement. La Cour de cassation autorise la compensation entre la dette du débiteur et les espèces retenues, par priorité aux droits de tout autre créancier (chirographaire, privilégié ou super privilégié). La chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu une décision en ce sens le 29 mars 1989²¹¹. Sur le plan pratique, on ne manquera pas de rappeler qu'en matière de gage-espèces, la compensation peut être obtenue sans le recours à l'estimation d'un expert ni mise aux enchères, indispensables pour les autres gages de choses corporelles afin de protéger le débiteur selon l'article 2348 du Code civil. En outre, lorsque les parties ont convenu que le créancier acquerrait la propriété des espèces à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes, ce dernier bénéficie d'une « priorité absolue »²¹² sur les autres créanciers. Le gage-espèces permet ainsi au créancier chirographaire de s'armer d'un « privilège »²¹³.

²⁰⁷ S. BROS, *Le gage-espèces*, Droit et patrimoine, 2007, n° 161.

²⁰⁸ « Aussi le gage-espèces, parce qu'il porte sur le moyen de paiement idéal, apparaît comme une sûreté recherchée, idoine » selon S. BROS, *op. cit.*, n° 161.

²⁰⁹ G. CUNIBERTI, *Le gage-espèces (De l'accession en matière monétaire)*, LPA, 5 novembre 1999, p. 4, n° 221.

²¹⁰ C. civ., art. 2286, 1° et 3°.

²¹¹ Cass. com., 29 mars 1989, D. 1989, p. 457, note D. MARTIN : Le gage-espèces d'une banque (pourcentage des avances consenties) confère à sa créance, produite à la liquidation des biens du débiteur, un caractère privilégié, même si, dans le cas où le montant des sommes données en gage se révèle inférieur au montant de la créance garantie, le créancier doit être colloqué pour le surplus à titre de créancier ordinaire.

²¹² V. en ce sens, pour une jurisprudence antérieure à 2006: S. PIEDELIÈVRE, note sous Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998, p. 104 : « L'avantage de cette sûreté tient à ce qu'elle confère au créancier, devenu propriétaire, un droit exclusif et non un droit réel accessoire, lui conférant une priorité absolue. »

²¹³ M. BANDRAC, *Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés*, RTD Civ. 1993, p. 49.

2. Le régime du gage-espèces

201. – Les conditions de validité et d’opposabilité du gage obéissent à un certain nombre d’impératifs. Selon les dispositions de l’article 2336 du Code civil, il est nécessaire d’établir un écrit, à titre de validité du gage, comportant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature²¹⁴. Puis, le gage doit être publié par une inscription sur un registre spécial afin d’être opposable aux tiers. Son opposabilité peut aussi résulter de la dépossession entre les mains du créancier ou d’un tiers convenu. La dépossession d’espèces, du fait de la nature fongible et consommable de la monnaie, pose le problème de l’identification des sommes versées à titre de garantie. Ce problème est solutionné, en théorie, grâce aux dispositions du premier alinéa de l’article 2341 du Code civil²¹⁵ qui fait obligation au créancier de dissocier les choses fongibles reçues en gage des choses de même nature lui appartenant. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par la remise du bien gagé et l’octroi de dommages et intérêts. L’obligation de conservation du créancier peut, cependant, être écartée conventionnellement sous certaines conditions²¹⁶.

202. - Excepté le problème de l’identification, la fongibilité des espèces fait naître un questionnement sur la réalisation de la sûreté. Parce qu’elles sont fongibles, l’on peut penser que la remise des fonds est translatrice de propriété en faveur du créancier. De fait, dans le cas du gage-espèces, « *le gage se distingue difficilement du transfert de propriété fiduciaire*²¹⁷. » Qu’en est-il réellement ? Le créancier gagiste peut-il s’approprier les espèces ? Ou doit-il les conserver sans se les approprier ? L’article 2341 du Code civil précédemment cité a vocation à s’appliquer au gage-espèces car il est relatif aux choses fongibles. En application de ce texte, le créancier gagiste doit dissocier les espèces données en gage de ses propres fonds. Afin d’éviter toute confusion, le créancier peut placer les espèces remises dans une enveloppe, un coffre ou les verser sur un compte spécial²¹⁸ etc. Le fait d’isoler ces sommes permet de les identifier ; le

²¹⁴ Comp. avant l’ordonnance de 2006, la jurisprudence rendue en application de l’ancien article 2074 du Code civil imposant un écrit comme condition d’opposabilité aux tiers : Cass. com., 23 avril 2003, JCP 2003. II. 10140, note D. SCHMIDT et M. DELESPAUL ; *ibid.* I. 176, n° 19, obs. Ph. DELEBECQUE : La dépossession, réalisée au moyen de l’inscription sur un compte spécial des sommes affectées à la garantie de la créance, n’est pas opposable aux tiers en l’absence d’écrit ayant date certaine.

²¹⁵ C. civ., art. 2341 al. 1 : « *Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l’article 2344.*

²¹⁶ C. civ., art. 2341 al. 2 V. *infra* n° 219.

²¹⁷ L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, La publicité foncière*, 4^e éd., Defrénois, Lextenso éditions, 2009, p. 227, n° 504.

²¹⁸ V. en ce sens : L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, p. 227, n° 504.

créancier gagiste pourra, dès lors, conserver les fonds sans pour autant se les approprier. L'attribution en propriété des sommes gagées peut cependant être stipulée par les parties à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes en application du second alinéa de l'article 2341²¹⁹. Dans une telle hypothèse, le créancier gagiste devient propriétaire des espèces même si « [...] *il eût mieux valu dire qu'il en acquérait l'abusus, car le constituant conserve une propriété en valeur* »²²⁰.

203. - Avant l'ordonnance de 2006, la remise en gage d'espèces entre les mains du créancier, sans que ces sommes ne soient individualisées, était translatrice de propriété. La jurisprudence décidait que la propriété de la chose était nécessairement transmise au créancier²²¹ et admettait la validité, au regard de la prohibition du pacte comissoire²²², de la clause attribuant au banquier-créancier la somme déposée en garantie jusqu'à due concurrence²²³. Ce principe dégagé par la jurisprudence souffrait d'une exception lorsque la somme gagée n'était ni fongible ni consommable²²⁴. En résumé, deux solutions étaient applicables. Dans certains cas, la remise de l'argent impliquait un transfert immédiat de la propriété de la somme versée. Dans d'autres cas, la somme était conservée à titre de garantie, soit parce que les parties s'étaient entendues sur ce point, soit que la forme de la somme d'argent ne permettait pas son appropriation : monnaie scripturale, somme inscrite à un compte spécial etc.

²¹⁹ C. civ., art. 2341, al. 2 issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 : « *Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes.* »

²²⁰ L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, p. 227, n° 504.

²²¹ Cass. com., 17 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 178 ; D. 1995 p. 124 note Chr. LARROUMET : « *Les sommes déposées à titre de garantie (...) sont devenues, en raison de leur nature fongible la propriété (du créancier) à l'égard de qui (le débiteur) ne disposait plus que d'un droit de créance* » ; Cass. com., 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 165 ; D. 1998, p. 61, note FRANCOIS ; D. 1998, Somm. p. 104, obs. S. PIEDELIÈVRE ; JCP 1997. II. 22891, rapport REMERY.

²²² Le pacte comissoire a été consacré dans le Code civil pour les gages portant sur les meubles corporels à l'article 2348 du Code civil. Cet article dispose cependant que la valeur du bien est déterminé par un expert. Cette règle est d'ordre public, toute clause contraire est réputée non écrite.

²²³ Cass. com. 9 avril 1996, Bull. civ. IV, n° 116 ; p. 310 ; D. 1996. 399, note LARROUMET ; *ibid.* Somm. 385, obs. S. PIEDELIÈVRE ; JCP 1997, I. 3991, n° 18, obs. SIMLER et DELEBECQUE ; RTD civ. 1996. 669, obs. CROCQ : *N'est pas un pacte comissoire prohibé par l'art. 2078 la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement.* A. comp. La jurisprudence a, en ce sens, considéré que la remise de la monnaie constituait un paiement anticipé et non une garantie : Cass. com., 3 novembre 1970, Bull. civ. IV, n° 286, p. 251.

²²⁴ Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 2005, n° 03-14.208, Lamy droit civil, 2006, n° 24 : *Justifie légalement sa décision, la cour d'appel qui décide que la propriété des sommes données en gage au moyen d'une inscription de sommes en espèces sur un plan d'épargne populaire (lequel constituait un compte épargne rémunéré dont la stabilité devait permettre l'obtention d'exonérations fiscales et d'une prime d'épargne) n'avait pas été transférée au créancier, les sommes d'argent déposées n'étant ni consommables ni fongibles.*

Après la réforme des sûretés de 2006, deux analyses de la garantie sont possibles selon le Professeur Dominique LEGEAIS²²⁵. Tout d'abord, il peut s'agir d'un nantissement de biens incorporels autre qu'une créance. Sont alors applicables par renvoi les dispositions relatives au gage de bien incorporel en vertu des dispositions de l'article 2355 dernier alinéa du Code civil²²⁶. D'autre part, s'il s'agit d'un gage portant sur des espèces qui sont des biens corporels, le droit du gage de bien corporel s'applique, à savoir les dispositions relatives aux choses fongibles. Selon cet auteur, le constituant « doit » dispenser le créancier d'isoler les biens gagés dans son patrimoine d'où un transfert de propriété des biens gagés au créancier.

Après ce nécessaire éclairage sur la notion et le régime du gage-espèces, il s'agira de mettre en évidence le caractère d'entrée payante « engagement » de cette garantie.

B. Le gage-espèces : une entrée payante « engagement »

204. - Il est patent que l'on ne saurait qualifier systématiquement le gage espèces d'entrée payante et ce, en raison de la multiplicité des formes qu'il peut prendre. Ainsi, cette qualification est nécessairement exclue lorsque le gage-espèces est constitué en cours de contrat. C'est le cas, par exemple, de la retenue de garantie dans les marchés de travaux dont le versement est échelonné²²⁷. En revanche, la qualification d'entrée payante peut être retenue si le gage-espèces, en sus d'être une *condition sine qua non* du contrat, est constitué avant ou au moment de la conclusion d'un contrat. Par exemple, la somme réclamée en garantie dans une salle de billard contre la remise de boules²²⁸ revête le caractère d'entrée payante. Cette somme a vocation à être restituée au constituant à la fin du jeu dès lors qu'il rend le matériel. Il en est de même de la somme réclamée contre la clef du vestiaire d'un gymnase²²⁹ ou de la pièce de caddie de supermarché. Dans les trois exemples précités, le gage-espèces accordé par le constituant intervient lors de la conclusion du contrat. Dans tous ces cas, la modicité de sommes demandée à titre de garantie conduira, en principe, le constituant à verser une somme d'argent sous forme fiduciaire. L'on se trouve alors dans de véritables hypothèses de « gage-espèces »

²²⁵ D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 6 février 2007, n° 05-16649, Lamy Droit civil 2007, n° 39.

²²⁶ C. civ., art. 2355, al. 5 : « *Celui (le nantissement conventionnel) qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels.* »

²²⁷ V. la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971.

²²⁸ Ex cité par G. CUNIBERTI, *Le gage-espèces (De l'accession en matière monétaire)*, LPA, 5 novembre 1999, n° 221, p. 4 et s., note n° 1.

²²⁹ *Ibid.*

puisque la garantie porte sur des espèces. Mais, l'on ne saurait résumer les gages-espèces « entrées payantes » qu'à ces pratiques. Le gage-espèces portant sur la monnaie scripturale peut, tout aussi bien, être qualifié d'entrée payante s'il est constitué lors de la conclusion du contrat et à la disposition du créancier gagiste²³⁰.

205. – La nature et le régime juridique du gage-espèces en font indubitablement une entrée « engagement ». La remise de la monnaie au créancier en guise de garantie est une claire manifestation de la volonté de se lier. De plus, constitué pour garantir l'exécution de l'obligation du constituant, le gage-espèces est, *de facto*, un gage de son sérieux. Ce sérieux sera d'autant plus grand que la restitution de la somme est conditionnée à l'exécution de l'obligation pesant sur le constituant. Ainsi, ce dernier est contraint de satisfaire à ses obligations sous peine de ne pas recouvrer ses fonds. Sa constitution permet de rassurer notamment les gros investisseurs ou entrepreneurs car, en cas de faillite du constituant, ils pourront se faire payer par préférence aux autres créanciers. À ce titre, le gage-espèces offre, du point de vue du créancier, une sécurité appréciable. Mais c'est également un bon compromis entre les intérêts du créancier et ceux du constituant qui ne sera pas, en définitive, sujet à des frais supplémentaires. C'est sans doute l'une des raisons qui explique son succès dans le monde des affaires. Ses divers avantages et la multiplicité des formes qu'il peut prendre contribuent, en sus, à en faire aujourd'hui un instrument indispensable de la vie contractuelle.

Au même titre que le gage-espèces, la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques est une entrée payante fort employée, qui s'inscrit, en revanche, dans le domaine particulier du droit de la consommation.

²³⁰ Virement de la somme sur un compte bancaire spécial du créancier ou sur un compte impersonnel, remise d'un chèque encaissable. Les parties peuvent soit stipuler que la somme sera tenue séparée des fonds propres du créancier, soit opter pour l'attribution en propriété des sommes gagées en application de l'alinéa 2 de l'article 2341 du Code civil.

III. La somme versée d'avance dans le contrat de services de communications électroniques

206. - La fulgurante croissance du secteur des communications électroniques²³¹, ses importantes mutations et la nécessité de faire jouer la concurrence ont conduit le législateur à transposer un ensemble de directives européennes communément dénommées « paquet télécoms »²³² par le biais de la loi du 9 juillet 2004²³³. Cette loi a profondément modifié le Code des postes et des télécommunications, ainsi que la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication et a intégré de nouvelles dispositions au sein du Code de la consommation. Il a été ainsi créé une nouvelle section consacrée aux « Contrats de services de communications électroniques »²³⁴, laquelle a été modifiée, complétée par touches successives²³⁵ puis réagencée récemment²³⁶.

207. - Parmi ces mesures, l'article L. 224-35 issu de l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016²³⁷ retiendra particulièrement notre attention en ce qu'il apporte des précisions sur les

²³¹ L'article L. 32, 1° du Code des postes et des communications électroniques définit ces communications comme étant « *les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique.* »

²³² La transposition concerne les quatre directives européennes du 7 juillet 2002 « cadre, autorisation, accès et service universel », la directive du 12 juillet 2002 « données personnelles » et la directive du 16 septembre 2002 « concurrence ». V. sur ce point, L. RICHER, P.-A. JEANNENEY et N. CHARBIT, *op. cit.*, AJDA, 2004, p. 1508 et s.

²³³ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communications audiovisuelles. Cette loi s'articule autour de trois grands principes : la convergence entre les télécommunications et l'audiovisuel, une régulation effectuée par le CSA et l'ART dans un cadre rénové et un régime de liberté en faveur de la concurrence (communiqué du Conseil des ministres du 31 juillet 2003 relatif aux communications électroniques et services de communication audiovisuelle).

²³⁴ Avant la refonte législative du Code de la consommation par l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, cette section était la onzième du premier chapitre (*Pratiques commerciales réglementées*) du titre II (*Pratiques commerciales*) du livre 1^{er} intitulé « *Informations des consommateurs et formation des contrats* ». Désormais, les dispositions relatives à ces contrats figurent dans la section 3 du chapitre IV (*Règles spécifiques à des contrats ayant un objet particulier*) du titre II (*Règles de formation et d'exécution de certains contrats*) du livre II (*Formation et exécution des contrats*).

²³⁵ V. déjà avant l'ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011, l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011 relative aux communications électroniques et la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

²³⁶ Mis à part la renumérotation des articles, l'ordonnance de 2016 a réorganisé l'ensemble des dispositions en créant des subdivisions à savoir trois sous-sections consacrées à l'information du consommateur, la formation du contrat et l'exécution du contrat. Par ailleurs, plusieurs articles ont été déplacés et/ou réécrits à cette occasion.

²³⁷ V. antérieurement, C. consom., art. L. 121-84-1 anc. issu de la loi du 3 janvier 2008. L'ordonnance a conservé en substance la règle anciennement posée par l'anc. art. L. 121-84-1, seuls ont été supprimés les renvois à l'article 32, 6° du Code des postes et des télécommunications électroniques. Pour mémoire, cet alinéa donne la définition des services de communications électroniques : « *On entend par services de communications électroniques les prestations consistant entièrement ou principalement en la fourniture de communications*

modalités de restitution de la somme versée d'avance au fournisseur de services de communications électroniques²³⁸. Précisément, il dispose, en son premier alinéa que « *Toute somme versée d'avance par le consommateur à un fournisseur de services de communications électroniques lui est restituée, sous réserve du paiement des factures restant dues, au plus tard dans un délai de dix jours à compter du paiement de la dernière facture.* » Quant au second alinéa, il a trait spécifiquement au point de départ de la restitution de la somme versée d'avance à titre de garantie²³⁹.

Cet article appelle plusieurs remarques et précisions. Tout d'abord, on relèvera que bien que le législateur admette explicitement l'existence de ce type de versements, il n'entend les encadrer que sobrement. L'article L 224-35 est en effet la seule mesure relative aux sommes versées d'avance dans la troisième section²⁴⁰. Qui plus est, elle ne concerne que la restitution de ces sommes. Le législateur ne se prononce ni sur la qualification de la somme, ni sur sa cause, ni sur son montant. Par conséquent, les parties ont pleine latitude pour déterminer ces éléments²⁴¹. Cette retenue du législateur ne saurait faire préjuger de la rareté de la pratique. Loin de là, les consommateurs sont fréquemment tenus à cette obligation lors de la conclusion d'un contrat de services de communications électroniques. Ladite somme peut être réclamée notamment pour couvrir les éventuels dommages liés à la mauvaise utilisation du matériel remis par le fournisseur (box, décodeur, câbles et autres) et le défaut de paiement de l'abonnement. Dans de pareils cas, les sommes versées d'avance s'apparentent à une garantie. Bien évidemment, d'autres motifs peuvent être valablement évoqués par le fournisseur, sur le fondement de la liberté contractuelle, pour justifier le paiement de cette somme.

208. - La « somme versée d'avance », ne serait-ce que par son appellation, semble appartenir à la catégorie des entrées payantes. Cette première impression est confortée par l'analyse des caractéristiques de ce versement. Non seulement, le paiement doit être effectué avant ou lors de la conclusion du contrat mais il en conditionne aussi la conclusion. De plus,

électroniques. Ne sont pas visés les services consistant à éditer ou à distribuer des services de communication au public par voie électronique. »

²³⁸ V. nos développements détaillés sur ce point *infra* n° 417 et s.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ V. dans la section 4, C. consom., art. L. 242-19 nouv. (ex. art. L 121-84-1, al. 3) relatif à la sanction civile du non-respect du délai de restitution des sommes versées d'avance) et C. consom., art. L. 242-20 nouv. relatif à la sanction administrative des manquements aux dispositions des articles L. 224-27 à L. 224-40.

²⁴¹ À vrai dire, cette fonction est généralement assumée par le professionnel avec les conséquences qui en découlent.

parce qu'elle ne majore pas l'obligation du consommateur, elle peut être regardée comme une « entrée payante engagement ». Rappelons, en effet, qu'une obligation de restitution des fonds pèse sur le fournisseur²⁴². Cela dit, on ne manquera pas d'observer que la qualification d'entrée « engagement », telle que nous l'entendons, n'est congruente qu'en raison de l'intervention législative dans ce domaine puisque l'absence de restitution nous aurait conduits à envisager la somme versée d'avance comme un « supplément ».

209. - Après avoir envisagé successivement les dépôts de garantie dans les baux, le gage-espèces et les sommes versées d'avance, il appert que ces entrées payantes ont, toutes, vocation à être restituées aux débiteurs lorsqu'ils ont exécuté leurs obligations conformément aux stipulations contractuelles. Le sérieux de leur engagement est ainsi récompensé.

§2. Le sérieux de l'engagement récompensé par la restitution de la somme

210. – La récompense du sérieux et de l'implication du débiteur se traduit par la restitution des entrées payantes « engagement ». Très souvent exigées à titre de garantie²⁴³, le dépôt de garantie (I), le gage-espèces (II) et la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques (III) sont en effet restitués à ce dernier dès lors qu'il a satisfait à son obligation principale.

I. Le dépôt de garantie

211. - À la fin du bail, le preneur est en droit de prétendre à la restitution du dépôt de garantie lorsqu'il n'a pas failli à ses obligations locatives. Cette restitution vient saluer, de la sorte, le sérieux du preneur durant l'exécution du contrat. Les modalités de celle-ci diffèrent cependant selon qu'il s'agisse d'un dépôt de garantie stipulé en matière de baux d'habitation (A) ou de baux commerciaux (B).

²⁴² Sous réserve, logiquement, des paiements restant dus par le consommateur ou de la restitution effective du matériel fourni.

²⁴³ V. la lettre de l'art. L. 224-35 du C. consom. La somme versée d'avance peut être demandée pour d'autres motifs (ex : avance sur abonnement, etc.).

A. Le dépôt de garantie dans les baux d'habitation

212. - Dans le bail d'habitation, la restitution du dépôt de garantie est explicitement prévue à l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989. Ses alinéas 3 et 4 traitent spécifiquement des délais de restitution. En vertu des dispositions du troisième alinéa, le dépôt de garantie doit être restitué dans un délai maximal de deux mois si l'état des lieux de sortie révèle des différences avec l'état des lieux d'entrée. Si, au contraire, l'état des lieux de sortie est conforme à l'état des lieux d'entrée, l'alinéa 4 impose au bailleur de rembourser le dépôt de garantie dans un délai maximal d'un mois. Dans les deux cas, le délai de restitution court à compter du jour de la remise en mains propres ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, des clés au bailleur ou à son mandataire²⁴⁴. Par ailleurs, le texte précise que le locataire doit indiquer au bailleur ou à son mandataire, lors de la remise des clés, l'adresse de son nouveau domicile afin que ce dernier puisse procéder à la restitution.

Quant au montant à restituer, le dépôt de garantie, équivalent à un mois de loyer²⁴⁵, est, en principe, intégralement reversé au preneur. Toutefois, il peut être déduit de ce montant les sommes restant dues au bailleur et les sommes dont celui-ci pourrait être tenu, en lieu et place du locataire, à la condition qu'elles soient dûment justifiées. L'existence d'impayés de loyers²⁴⁶, de charge, de dégradations ou encore la non-réalisation de travaux locatifs sont communément les causes avancées pour procéder à la retenue. Le bailleur est tenu de justifier le décompte des frais sur le dépôt de garantie²⁴⁷. Cette mesure a pour but de limiter les abus lors de l'établissement des frais restant dus par le preneur. De là, ne peuvent être déduits du dépôt de garantie, des frais fictifs établis sur la base d'une appréciation fantaisiste.

213. - Le décompte des frais sur le dépôt de garantie est une mesure d'équité permettant au bailleur de ne pas pâtir de l'attitude déplacée du locataire. Indéniablement, il serait injuste que le bailleur ait à supporter des dépenses dont la charge incombe normalement au preneur.

²⁴⁴ Il s'agit généralement d'un agent immobilier.

²⁴⁵ Deux mois dans le cas d'un logement meublé (Loi de 1989, art. 25-6) puisque le montant de garantie dans le bail de meublés est, par dérogation à l'article 22, de deux mois de loyers.

²⁴⁶ Pour une illustration : Cass. 2^e civ., 11 septembre 2008, n^o 07-16972 : la demande de restitution du dépôt de garantie est infondée en raison du défaut de paiement de l'arriéré locatif.

²⁴⁷ Il peut, pour ce faire, produire, entre autres, l'état des lieux d'entrée et de sortie, des photos, un constat d'huissier, des factures, des devis, des lettres de réclamation de loyers impayés restées sans réponse. Si le bailleur n'apporte aucun élément justifiant le non-remboursement, il sera tenu de le restituer : v. Juridiction de proximité, 19^e, 3 juillet 2008 et Cass. 3^e civ., 23 mars 2010, n^o 08-19148 (même affaire) ; v. aussi Cass. 3^e civ., 15 février 2012, n^o 11-13014, Bull. civ., III, n^o 28.

La retenue de garantie se fera dans la limite d'un mois de loyer, pour le surplus, il appartiendra au bailleur de poursuivre le preneur (sur le fondement de l'inexécution contractuelle)²⁴⁸.

En revanche, lorsque le preneur s'acquitte fidèlement de ses obligations contractuelles, son sérieux est récompensé par la restitution du dépôt de garantie. Le bailleur doit alors faire diligence et respecter les délais prévus par les textes sous peine de voir majorer le montant du dépôt de garantie « *d'une somme égale à 10 % du loyer mensuel en principal, pour chaque période mensuelle commencée en retard* »²⁴⁹. Le législateur incite, par-là, le bailleur à se montrer sérieux. On peut y voir la volonté d'instaurer un juste équilibre entre les droits et devoirs réciproques des parties.

214. - La question du débiteur de la restitution du dépôt de garantie se pose lorsque le local loué est cédé ou vendu à autrui. La loi de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion du 25 mars 2009²⁵⁰ a mis fin aux incertitudes sur ce point indiquant qu'en cas de mutation à titre gratuit ou onéreux, la restitution du dépôt de garantie incombe au nouveau bailleur²⁵¹. En conséquence, il y a transmission à l'acquéreur de l'immeuble de l'obligation de restitution du dépôt de garantie. Dans la pratique, cela oblige l'acquéreur à convenir avec l'ancien bailleur du reversement de la somme déposée en garantie au jour de la vente. Les stipulations contraires à cette nouvelle règle n'ont d'effets qu'entre les parties à la mutation.

215. - Par ailleurs, en cas du décès du bailleur en cours de bail²⁵², la restitution du dépôt de garantie devra être effectuée par ses héritiers ayants cause à titre universel et non son légataire à titre particulier²⁵³.

²⁴⁸ La loi de 2008 sur le pouvoir d'achat en abaissant le montant du dépôt de garantie à un mois (pour rappel, il était antérieurement de deux mois de loyers) a entendu favoriser le locataire. Cette règle peut se révéler préjudiciable aux bailleurs lorsqu'ils sont confrontés à des preneurs peu scrupuleux. Pour vaincre les éventuelles réticences des premiers à louer, la loi ALUR a mis en place, depuis le 1^{er} janvier 2016, le dispositif de la garantie universelle des loyers (GUL) qui a pour objet de couvrir, sous la forme d'un système d'aides, les bailleurs contre les risques d'impayés de loyer. Cette garantie leur est ouverte sous conditions : v. Loi de 1989, art. 24-2 (créé par la loi du 24 mars 2014). Pour rappel, avant l'entrée en vigueur de cette garantie, les bailleurs avaient la possibilité de souscrire auprès d'une assurance une « garantie des risques locatifs » mais ils devaient, pour ce faire, s'acquitter d'une prime d'assurance.

²⁴⁹ Loi de 1989, art. 22, al. 7.

²⁵⁰ Loi n° 2009-323.

²⁵¹ Loi de 1989, art. 22 al. 8 (créé par la loi de 2009).

²⁵² M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, th. Paris 2, Economica, 1988.

²⁵³ Cass. 3^e civ., 25 février 2004, Bull. civ., III, n° 37, p. 35.

B. Le dépôt de garantie dans les baux commerciaux

216. - La restitution du dépôt de garantie dans le bail commercial²⁵⁴ est gouvernée par le principe de la liberté contractuelle²⁵⁵. En principe, elle interviendra lors du départ du preneur, après déduction des sommes dues au bailleur. En cas de manquement aux obligations incombant au locataire, le bailleur est tenu d'évaluer le préjudice subi. Cette évaluation ne peut prendre la forme d'un forfait car elle doit correspondre au préjudice à réparer²⁵⁶. Le dépôt de garantie devra être remis au locataire qui l'a versé, le créancier de la restitution étant le bailleur originaire ayant reçu la somme. Ce dernier a, de fait, une dette personnelle vis-à-vis de son locataire et le dépôt doit lui être restitué à son départ. Aucun délai maximum n'étant fixé par la loi, les parties sont libres de convenir du moment de la restitution²⁵⁷. On relèvera, à ce propos, que les récents textes²⁵⁸ n'ont pas modifié cet état de fait.

En outre, il importe de préciser que le principe de la restitution du dépôt de garantie peut être contourné par une clause contractuelle expresse telle la clause d'attribution du dépôt de garantie au bailleur²⁵⁹ (exemple : à titre de dommages et intérêts, en cas de résiliation du contrat aux torts du preneur). Cette clause doit être rédigée avec un soin particulier pour éviter toute interprétation erronée de la volonté des parties par le juge²⁶⁰.

217. - Si le bien loué a été cédé ou vendu, le bailleur d'origine devra rembourser le dépôt de garantie, contrairement à la règle appliquée en matière de bail d'habitation²⁶¹.

²⁵⁴ V. H. KENFACK et J. SCHMIDT, *L'entrée dans les lieux loués : le difficile équilibre entre l'économie et le juridique* in J. MONEGER (dir), *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques*, Litec, 2010, p. 141-152, n° 306-328 ; Mémento FRANCIS LEFEBVRE, *Baux commerciaux 2009-2010*, Ed. F. LEFEBVRE ; L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., coll. Expertise notariale, Defrénois/ Lextenso éd., 2015 ; J. MONÉGER, *Dix ans de baux commerciaux*, 1993-2003, Lexisnexis Litec, 2004.

²⁵⁵ L'article L. 145-40 du Code de commerce relatif « *aux loyers payés d'avance, sous quelque forme que ce soit, et même à titre de garantie* » reste parfaitement muet à ce sujet.

²⁵⁶ Cass. 3^e civ., 26 juin 2007, n° 06-16644.

²⁵⁷ Comp. avec bail d'habitation : la loi de 1989 impose de restituer le dépôt de garantie dans un délai de deux mois maximum à compter de la remise des clés (le délai étant d'un mois si l'état des lieux de sortie est conforme à l'état des lieux d'entrée). *Supra* n° 212, v. loi de 1989, art. 22, al. 3 et 4.

²⁵⁸ V. la loi du 4 août 2008 dite LME qui a pourtant modifié quelques délais, notamment celui de restitution des lieux en cas d'éviction du preneur (C. com., art. L. 145-29), la loi n° 2014-626 du 18 juin 2014 relative à l'artisanat, au commerce et aux très petites entreprises et la loi n° 2015-990 du 6 août 2015.

²⁵⁹ Cass. 3^e civ., 5 février 2003, RJDA 2003, n° 471.

²⁶⁰ v. Cass. 3^e civ., 13 mars 1974, Bull. civ. III, n° 115.

²⁶¹ V. *supra* n° 214.

218. – Dans l’hypothèse du décès du bailleur en cours de bail, la solution rendue en matière de bail d’habitation est transposable : ce sont ses héritiers ayants cause à titre universel qui seront tenus de rembourser le montant du dépôt de garantie.

II. Le gage-espèces

219. - « *Quiconque s’est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.*²⁶² » A contrario, celui qui n’est pas obligé ou qui ne l’est plus, en est exempté. Dès lors, si le constituant a exécuté l’obligation garantie, il est en droit de récupérer l’objet de la sûreté. C’est là, la récompense du sérieux de son engagement. La restitution des fonds vient ainsi conclure idéalement la relation contractuelle.

Dans le gage-espèces, la nature spécifique de l’assiette de la garantie impose une distinction. S’agissant de la monnaie fiduciaire, le créancier est tenu de remettre les espèces qu’il avait tenu séparés des choses fongibles de même nature lui appartenant. Par conséquent, il restituera au constituant la somme qu’il avait isolée, lors de la constitution du gage, dans une enveloppe, un coffre etc. Si les parties ont souhaité se dispenser de ce mécanisme d’identification et que, de ce fait, la propriété des sommes a été transférée au créancier ; il appartiendra à ce dernier de remettre une somme équivalente à celle déposée²⁶³ (peu importe le nombre de billets ou de pièces). À titre illustratif, le billet de dix euros mis en gage contre la remise de boules de billard devra, en principe, être restitué à l’identique au joueur à la fin de la partie. Néanmoins, il n’est pas permis de douter que les parties se dispenseront assez naturellement de la règle posée à l’article 2341 pour d’évidentes raisons pratiques. Dès lors, sera remis la somme de dix euros indifféremment en pièces ou billets.

Quant à la restitution de la monnaie scripturale, elle dépendra de la constitution de la sûreté. Pour exemple, si la monnaie scripturale est inscrite sur un compte ouvert au nom du créancier, ce dernier devra transférer la somme correspondante au constituant selon les modalités contractuelles. Si la monnaie est inscrite sur un compte bloqué au nom du constituant, ce dernier pourra alors disposer de ses fonds. De manière générale, les modalités de la

²⁶² C. civ., art. 2284.

²⁶³ C. civ., art. 2341.

restitution seront fixées par les parties sauf cas prévus par la loi.

Dans le cas où l'exécution de l'obligation est partielle ou inexistante, le constituant est en droit d'imputer des espèces le montant correspondant. La nature de la monnaie soustrait le créancier à l'obligation de faire ordonner en justice l'attribution ou la vente de la chose gagée, ce qui constitue un atout non négligeable pour ce dernier.

III. La somme versée d'avance dans le contrat de services de communications électroniques

220. - Le consommateur, s'il n'a pas failli à ses obligations contractuelles, peut prétendre légitimement à la restitution intégrale des sommes versées d'avance y compris celles exigées à titre de garantie. Depuis la loi du 3 janvier 2008²⁶⁴, cette restitution est encadrée. L'existence d'abus en la matière²⁶⁵ a, en effet, rendu nécessaire une intervention législative. L'article L 224-35 du Code de la consommation impose ainsi au fournisseur de restituer les sommes versées d'avance dans un délai bref, soit dix jours avec un point de départ variable.

Lorsque les sommes ont été versées à titre de garantie, le fournisseur doit les restituer « *au plus tard dans un délai de dix jours à compter de la restitution au professionnel de l'objet garanti.* »²⁶⁶ Dans les autres cas, la restitution des sommes versées d'avance doit intervenir, « *sous réserve du paiement des factures restant dues, au plus tard dans un délai de dix jours à compter du paiement de la dernière facture.* »²⁶⁷

Au vu de ces dispositions, il apparaît que le législateur n'accorde pas au consommateur un droit systématique à restitution. Le remboursement des sommes est, en fait, subordonné à l'exécution de ses obligations en cours de contrat et/ou à la restitution du matériel fourni. Partant, le non-paiement de factures, la détérioration ou la perte du matériel autorise le

²⁶⁴ Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs. Cette loi a créé l'ancien article L. 121-84-1 du Code de la consommation, aujourd'hui abrogé et remplacé par l'art. L. 224-35.

²⁶⁵ V. *infra* n° 574.

²⁶⁶ C. consom., art. L. 224-35, al. 2.

²⁶⁷ C. consom., art. L. 224-35, al. 1.

fournisseur à prélever sur le montant des sommes versées d'avance ce qui lui est dû. La règle ainsi posée par le législateur nous semble de bon sens et pleinement justifiée. Le fournisseur ne saurait supporter les conséquences du manque de sérieux de son cocontractant. Parallèlement, le consommateur n'a pas à pâtir de la restitution tardive, voire de l'absence de restitution des sommes versées d'avance et en particulier, s'il s'est montré irréprochable. Sur ce point précisément, le législateur a entendu assurer l'effectivité de la mesure prescrite à l'article L. 224-35 en instaurant deux types de sanctions à l'encontre du professionnel. Tout d'abord, le non-respect des délais de restitution par ce dernier est sanctionné par la majoration de plein droit de la moitié du montant dû²⁶⁸. Puis, il est également passible d'une amende administrative d'un montant maximal de 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale²⁶⁹.

L'article L. 224-35 et les sanctions qui s'y rattachent visent à instaurer un équilibre entre les parties et les invitent également au sérieux : sérieux dans l'exécution des obligations contractuelles pour l'un et sérieux dans la restitution pour l'autre. On pourrait regretter que ce sérieux soit imposé par les textes et ne découle pas de la volonté des parties mais l'intervention législative s'avérait indispensable pour lutter contre les dérives.

221. - Le sérieux de l'engagement du débiteur de l'entrée payante se manifeste également dans le domaine de la vente immobilière. Il existe effectivement en la matière des mécanismes qui présentent les caractères d'une entrée payante « engagement » et qui sont la contrepartie de la réservation d'un immeuble.

²⁶⁸ C. consom., art. L. 242-19 nouv. (v. antérieurement art. L. 121-84-1, al. 3 anc.). Cette sanction civile devrait inciter les professionnels à la diligence. V. *infra* n°575.

²⁶⁹ C. consom., art. L. 242-20 nouv.

SECTION 2 - LES ENTRÉES PAYANTES, CONTREPARTIE DE LA RÉSERVATION D'UN IMMEUBLE

222. – C'est en raison de son polymorphisme que l'entrée payante est à ce point incontournable. Précédemment envisagée comme une avance sur le prix ou une garantie, elle peut aussi prendre la forme d'une somme d'argent exigée en contrepartie de la réservation d'un immeuble déjà construit ou d'un immeuble à construire. Il en est ainsi de l'indemnité d'immobilisation, payée par le bénéficiaire d'une promesse de vente (sous-section 1) et du dépôt de garantie, versé par le réservataire d'un immeuble à construire (sous-section 2) qui manifestent le sérieux, plus ou moins prégnant, de l'engagement du *solvens*.

Sous-section 1 - L'indemnité d'immobilisation dans la promesse unilatérale de vente²⁷⁰

223. - La promesse unilatérale²⁷¹ de vente est l'avant-contrat par lequel une personne, le promettant, s'engage à conclure une vente à des conditions déterminées au profit d'une autre, le bénéficiaire, auquel est conféré le choix d'acheter par la levée d'une option pendant un certain délai. Cet avantage est monnayable et prend la forme d'une indemnité d'immobilisation qui est traditionnellement regardée comme la contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire (§1). Si par son versement, le débiteur manifeste ostensiblement un intérêt marqué pour l'immeuble, il demeure que l'indemnité d'immobilisation est révélatrice de l'incertitude du bénéficiaire quant à la faisabilité effective de l'opération. Pour ces raisons, son sérieux peut apparaître tout relatif (§2).

²⁷⁰ Sur les contrats de promesse : D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz, Série droit privé, Dalloz, 10^e éd., 2016, n° 62, p. 68. Sur les promesses de vente : V. P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd. (par J. RAYNARD), coll. Manuel, LexisNexis, 2013, n°48 et s., p. 55 et s.; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ/Lextenso éd., 2013, n°139 et s., p. 70 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL, *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988 ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015, n°59 et s., p. 66 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, 2014, n° 107 et s., p. 69 et s. ; F. COLLART-DUTILLEUL, B. MAGOIS, C. BLOND et Ph. LAURENT, *Acheter ou vendre un bien immobilier*, 5^e éd., DELMAS, 2009, n° 83 et s., p. 521 et s. ; F. COHET-CORDEY, B. LABORRIER et J. LAFOND, *Ventes d'immeubles*, LexisNexis Litec, 2006 ; Mémento FRANCIS LEFEBVRE, *Vente immobilière 2008-2009*, Ed. F. LEFEBVRE ; O. BARRET, *Promesses de vente*, Rép. immo., janvier 2011 ; F. BÉNAC-SCHMIDT, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris I, LGDJ, 1983 ; B. BOCCARA, *De la notion de promesse unilatérale*, JCP 1970. I. 2357 bis, n° 9.

²⁷¹ Si le Code civil ne comporte pas de définition de la promesse unilatérale de vente, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a, toutefois, récemment complété le Code en y introduisant celle de la promesse unilatérale : v. C. civ., art. 1124 nouv. : « *La promesse unilatérale est le contrat par lequel une partie, le promettant, accorde à l'autre, le bénéficiaire, le droit d'opter pour la conclusion d'un contrat dont les éléments essentiels sont déterminés, et pour la formation duquel ne manque pas le consentement du bénéficiaire.* »

§1. Une entrée payante, contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire

224. - L'indemnité d'immobilisation, par ses caractères, entre dans la catégorie des entrées payantes « engagement ». Les spécificités de cette obligation de somme d'argent, jadis controversée méritent, ne serait-ce que pour cette raison, d'être minutieusement considérées (II). Mais avant de nous livrer à cette étude, sera nécessairement évoquée la promesse de vente qui en est le siège (I) car la nature de cette dernière et l'indemnité d'immobilisation ne sont pas sans s'influencer mutuellement.

I. La promesse de vente, siège de l'indemnité d'immobilisation

225. - Pratiquement ignorée par le Code civil quoiqu'elle précède fréquemment le contrat de vente d'immeuble, la promesse de vente est soit synallagmatique, soit unilatérale. Si la promesse synallagmatique est un accord de volonté par lequel le promettant et le bénéficiaire s'engagent réciproquement et définitivement²⁷², la promesse unilatérale n'engage, elle, que le promettant. Dans ces promesses, fort utilisées dans la pratique, est généralement stipulée une obligation de somme d'argent à la charge du bénéficiaire. Dans la promesse synallagmatique de vente, cette somme a la nature d'un acompte²⁷³ et dans la promesse unilatérale, celle d'une indemnité d'immobilisation. La qualification d'entrée payante peut être retenue à l'égard de ces sommes dans la mesure où elles conditionnent la conclusion du contrat définitif de vente²⁷⁴. Si la nature et le régime de l'acompte ne posent pas de difficultés particulières, il en est tout autre pour l'indemnité d'immobilisation stipulée dans la promesse unilatérale²⁷⁵. Mais avant de creuser plus avant cette problématique, on ne manquera pas d'apporter quelques éclaircissements sur la notion de promesse unilatérale de vente.

²⁷² C. civ., art. 1589, al. 1 : « *La promesse de vente vaut vente, lorsqu'il y a consentement réciproque des deux parties sur la chose et le prix.* »

²⁷³ C. civ., art. 1589, al. 2 et 3 : « *Si cette promesse s'applique à des terrains déjà lotis ou à lotir, son acceptation et la convention qui en résultera s'établiront par le paiement d'un acompte sur le prix, quel que soit le nom donné à cet acompte, et par la prise de possession du terrain. / La date de la convention, même régularisée ultérieurement, sera celle du versement du premier acompte.* »

²⁷⁴ Pour l'indemnité d'immobilisation : v. *infra* n° 223 et s. S'agissant de l'acompte, nous avons précédemment démontré son caractère d'entrée payante (v. *supra* n° 172-175). Nous ne reviendrons pas sur ce point dans la présente section car, outre le fait qu'il ait déjà été traité, il n'est pas propre aux ventes immobilières (v. l'intitulé de notre section) contrairement à l'indemnité d'immobilisation.

²⁷⁵ D'où le choix de la mettre en exergue en lui consacrant des développements détaillés. En revanche, nous ne nous attarderons pas sur l'acompte de la promesse synallagmatique puisqu'il nous a été donné de démontrer précédemment qu'il est, de manière générale, une entrée payante « engagement ». Partant, on ne saurait, sans être redondant, traiter chacune de ses applications.

226. - Pour mémoire, la promesse unilatérale²⁷⁶ est un contrat unilatéral car seul le promettant s'est engagé en accordant une option au bénéficiaire. De là, il ressort que « *le promettant donne un consentement actuel et irrévocable à un contrat dont la réalisation dépend de la seule volonté du bénéficiaire* »²⁷⁷ qui dispose d'un délai pour prendre sa décision.

227. - Une promesse unilatérale et partant, son entrée payante²⁷⁸ ne sauraient être regardées comme sérieuses si les conditions de fond nécessaires à la validité de la convention ne sont pas remplies. Ainsi, la chose et le prix doivent être déterminées et les parties, en capacité de contracter. Sur ce dernier aspect, il importe de préciser que la capacité et le pouvoir du promettant s'apprécient dès la conclusion de la promesse alors que la capacité et le pouvoir du bénéficiaire le sont au moment de la levée de l'option. Sans la réunion de ces diverses conditions, le sérieux des engagements ne peut être avéré²⁷⁹.

S'agissant des conditions de forme, en application de l'article 1589-2 du Code civil²⁸⁰, la promesse unilatérale de vente de l'immeuble doit être enregistrée à peine de nullité absolue²⁸¹. Ces règles impératives astreignent les parties à une certaine rigueur et confèrent une réelle solennité à l'engagement. Selon le Professeur MAINGUY²⁸², l'objectif poursuivi par le texte est la lutte contre la fraude fiscale qui consisterait pour un intermédiaire à se faire consentir une promesse de vente occulte qu'il céderait ensuite à un nouveau bénéficiaire. De là, il apparaît que la règle a pour effet de préserver le sérieux de l'accord en circonscrivant les possibilités d'abus. Toutefois, loin de réaliser cet objectif, cette mesure est utilisée par le bénéficiaire de

²⁷⁶ V. la définition inscrite désormais à l'article 1124 nouv. du C. civ.

²⁷⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, coll. Précis, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 192, p. 210.

²⁷⁸ Du fait de son caractère accessoire, l'entrée payante sera inévitablement affectée par les irrégularités frappant le contrat de promesse. Ainsi, la nullité du contrat entraînera la disparition de l'obligation d'entrée payante.

²⁷⁹ Indubitablement, une vente portant, par exemple, sur une maison que l'on n'a jamais vu ou initiée par un incapable mineur sont manifestes du caractère irréfléchi de l'engagement des parties.

²⁸⁰ Reprenant les dispositions de l'article 1840 A du CGI aujourd'hui abrogé, il prévoit que la promesse unilatérale de vente est nulle et de nul effet lorsqu'elle n'est pas constatée par un acte authentique ou par un acte sous seing privé enregistré dans le délai de dix jours à compter de la date de son acceptation par le bénéficiaire. Le texte précise, de plus, qu'il en est de même pour la cession portant sur la promesse unilatérale.

²⁸¹ V. pour illustration : Cass. 3^e civ., 10 octobre 1968, Bull. civ., III, n° 368 ; Cass. com., 6 janvier 1970, JCP. 1970 II, 16240. Par ailleurs, on notera qu'en vertu des dispositions de l'article 1589-2 *in limine* l'enregistrement concerne également les promesses unilatérales de vente afférentes à un immeuble, à un droit immobilier, à un fonds de commerce, à un droit à un bail portant sur tout ou partie d'un immeuble ou aux titres des sociétés visées aux articles [728](#) et [1655 ter](#) du code général des impôts.

²⁸² D. MAINGUY, *Contrats spéciaux*, Cours Dalloz, Série droit privé, Dalloz, 10^e éd., 2016, n° 66, p. 74.

mauvaise foi qui, désireux de ne plus acheter, chercherait, par la sanction de la nullité absolue, à récupérer l'indemnité d'immobilisation. C'est pourquoi la jurisprudence tend parfois à substituer à la qualification de promesse unilatérale, celle de promesse synallagmatique non visée par l'article 1589-2²⁸³. On relèvera, à ce propos, l'importance d'une qualification appropriée puisqu'elle détermine l'application de cette règle. À titre d'exemple, la promesse de vente incluse dans une transaction ne constituant pas une promesse unilatérale, elle n'est pas soumise à la formalité d'enregistrement²⁸⁴.

228. - Outre le problème de la validité de la promesse examinée à l'aune de sa qualification, se pose la question des répercussions de la stipulation d'une entrée payante dans le contrat. Lorsqu'elle est assortie d'une indemnité d'immobilisation, la promesse de vente fait naître un certain équilibre dans les engagements des parties. D'un côté, le promettant s'engage à ne pas céder son bien à autrui et à maintenir son offre durant un certain délai. Il concède au bénéficiaire, par là même, une exclusivité. De l'autre, ce dernier s'engage à faire un choix à savoir lever ou non l'option dans un délai déterminé, moyennant le versement d'une somme d'argent.

En présence d'une contrepartie, la nature du contrat de promesse est nécessairement modifiée : d'unilatéral, il devient un « *contrat ou [une] convention synallagmatique de promesse unilatérale*²⁸⁵ ». La stipulation d'une indemnité d'immobilisation, contrepartie du maintien de l'offre de vente au seul profit du bénéficiaire, influe, en ce sens, sur la qualification du contrat. Contrat synallagmatique quand l'indemnité est versée, la promesse unilatérale de vente est un contrat unilatéral en l'absence d'indemnité d'immobilisation et donc d'obligations à la charge du bénéficiaire²⁸⁶. Il importe d'insister, néanmoins, sur le fait que l'on demeure, dans tous les cas, en présence d'une promesse unilatérale puisque le promettant est le seul à avoir

²⁸³ Cass. 3^e civ., 12 juillet 1976, D. 1976, p. 657, note POULAINS.

²⁸⁴ Cass. Ass. plén., 24 février 2006, Bull. civ., Ass. plén., I, n° 1. V. en particulier, Ch. JAMIN, note sous cet arrêt, D. 2006 p. 2076. Cass. Ass. plén., 24 février 2006, Bull. civ., Ass. plén., I, n° 1.

²⁸⁵ Selon J.-M. MOUSSERON, (*Technique contractuelle*, éd. Francis Lefebvre, 2^e éd., 1999, n°189, p. 96.), « *Le contrat de promesse unilatérale devient **contrat** synallagmatique de promesse unilatérale, lorsque la promesse est consentie moyennant une contrepartie, ordinairement financière, mise à la charge du bénéficiaire. Ainsi, le vendeur promet de réserver son offre à l'acheteur, lequel lui remettra une somme d'argent appelé indemnité d'immobilisation.* » ; v. également en ce sens : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013, n° 192, p. 211 (convention synallagmatique).

²⁸⁶ À noter que cette dernière hypothèse se rencontre bien plus rarement.

consenti à la vente²⁸⁷. À l'inverse de la promesse unilatérale, la promesse synallagmatique suppose, de fait, une réelle symétrie des engagements des contractants²⁸⁸. La distinction s'avère donc fondamentale car lourde de conséquences²⁸⁹.

229. - Le montant de l'indemnité d'immobilisation emporte également des conséquences non négligeables sur la qualification du contrat de promesse. Si la perte de l'indemnité d'immobilisation ne saurait, en toute hypothèse, être envisagée qu'avec déplaisir par le bénéficiaire, le paiement d'un montant peu élevé n'altère pas sa prise de décision. A contrario, un montant important ne peut qu'influer significativement sur sa décision d'acheter. Plutôt que d'abandonner au promettant une importante somme d'argent, le bénéficiaire préférera opter pour l'achat. Dans cette circonstance, la liberté de décision n'est assurément que théorique. Pour pallier cette iniquité, il a été jugé que si la seule existence d'une indemnité d'immobilisation ne suffit pas à modifier la promesse unilatérale en promesse synallagmatique, le montant élevé de cette indemnité a pour effet de transformer la promesse unilatérale en promesse synallagmatique²⁹⁰. Cette solution, quoique critiquée par une partie de la doctrine²⁹¹, relève d'une jurisprudence constante²⁹².

230. - La nature de la promesse liant les parties a de même une incidence sur la qualification de la somme versée d'avance et par conséquent, sur la portée de ce versement. Quand les parties font montre mutuellement d'une détermination à s'engager, la somme versée d'avance présente la nature d'un acompte. Si, au contraire, le potentiel acquéreur, pour une

²⁸⁷ Le paiement d'une indemnité d'immobilisation n'a pas pour effet de transformer la promesse unilatérale en promesse synallagmatique car les obligations du promettant et du bénéficiaire ne sont pas rigoureusement symétriques, ce dernier n'étant pas obligé d'acheter : v. par ex : Cass. com, 24 avril 1972, Bull. civ., IV, n° 120, p. 120.

²⁸⁸ La promesse synallagmatique se définit comme l'accord de volonté par lequel deux personnes s'engagent réciproquement et définitivement dans les termes d'un contrat dont les conditions essentielles, au moins, sont déterminées et qui équivaut au contrat lui-même. V. G. CORNU, *op. cit.*, p. 816, v^{is} *Promesse synallagmatique de contrat*.

²⁸⁹ On en citera deux particulièrement. Tout d'abord, la preuve de la promesse synallagmatique est soumise à la règle du double original (C. civ., art 1325) alors que la preuve de la promesse unilatérale, à la mention prévue à l'article 1326. Enfin, la nullité de la promesse unilatérale est encourue, comme indiqué précédemment, si elle n'est pas enregistrée dans les dix jours contrairement à la promesse synallagmatique.

²⁹⁰ CA Paris, 16^e ch. A, 22 octobre 1991, Sté Lil Marlow c/ Teliet, D. 1993, p. 234 note G. PAISANT. On notera qu'ici, le versement s'apparente à un acompte et non plus au prix de l'option.

²⁹¹ L. Boyer, *Encycl. Dalloz dr. civil, promesse de vente* n° 49, cité par F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n°192, p.190. Cet auteur avait contesté le bien-fondé de cette solution en objectant que l'intention d'acquérir n'équivaut pas à l'engagement d'acquérir.

²⁹² Cass. com., 13 février 1978, Bull. IV, n° 60 ; CA Paris, 22 octobre 1991, D. 1993, Somm., p. 234, obs. G. PAISANT ; Cass. 3^e civ., 31 mars 1981, Gaz. Pal. 1981, Pan. 308. Rapp. Cass. com., 20 novembre 1962, D. 1963, p. 3.

raison ou une autre, ne peut se décider à conclure d'emblée la vente, cette somme s'apparente à une indemnité d'immobilisation ou à des arrhes. La première hypothèse fait référence, on l'aura compris, à la conclusion d'une promesse synallagmatique assortie du versement d'un acompte et la seconde, à celle d'une promesse unilatérale accompagnée du versement d'arrhes ou d'une indemnité d'immobilisation. En conséquence, la somme versée d'avance selon qu'elle soit stipulée dans une promesse unilatérale ou un compromis de vente ne présente pas le même degré de sérieux. La raison en est que l'entrée payante est, en principe²⁹³, à l'image du contrat qui la stipule. De là, l'acompte revête un caractère autrement plus sérieux que les arrhes. Il en est de même pour l'indemnité d'immobilisation qui marque, entre autres spécificités, peut-être l'indécision du bénéficiaire, et en tout cas l'incertitude de la réalisation effective de l'opération.

II. Les spécificités d'une entrée payante jadis controversée

231. - Née de la pratique et d'usage fréquent, l'indemnité d'immobilisation est la contrepartie pécuniaire de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse²⁹⁴. Cette exclusivité se combine avec un droit d'option lui ouvrant la faculté, soit d'acquérir le bien, soit d'y renoncer. En cas d'acquisition, la somme versée à titre d'indemnité d'immobilisation vient en déduction du prix total de la vente. Dans le cas contraire, elle reste acquise au promettant. Pour exercer son option, le bénéficiaire dispose d'un délai dont la durée est fixée par la promesse. S'il souhaite acheter le bien, il doit impérativement lever l'option durant ce délai. A contrario, s'il ne désire pas conclure la vente, il peut renoncer expressément à lever l'option durant le délai ou le laisser s'écouler sans se manifester. Dans cette hypothèse, la promesse devient caduque et l'indemnité d'immobilisation revient au promettant. Si celle-ci a déjà été versée au titre d'un quelconque dépôt de garantie, le vendeur est en droit de la conserver²⁹⁵. Précisons, par ailleurs, que le moment et le montant du versement font l'objet de stipulations contractuelles en l'absence de textes légaux²⁹⁶.

²⁹³ Le cas contraire relève d'une anomalie. Il peut s'agir par exemple d'une qualification inopportune de la convention ou de l'entrée payante.

²⁹⁴ Sur la validité et la contrepartie de l'indemnité d'immobilisation, v. la solution jurisprudentielle retenue par la Cour de cassation : *infra* n° 224.

²⁹⁵ Cass. 3^e civ., 11 mai 2004, RDC 2004. 972, obs. F. COLLART-DUTILLEUL.

²⁹⁶ Par exemple, pour ce qui est du moment du versement, l'article L. 271-2 du CCH prohibe la remise de fonds, à quelque titre que ce soit, au bénéficiaire par l'acquéreur non professionnel avant la fin du délai de rétractation de dix jours. À noter toutefois que le versement entre les mains d'un mandataire immobilier (disposant d'une garantie financière affectée au remboursement des fonds déposés) reste possible sans considération de ce délai. Sur le montant de l'indemnité d'immobilisation imposé par les textes : v. CCH, art. L. 290-2 (montant minimal de 5% du prix de vente) et C. urb., art. L. 442-8, al. 3 (montant fixé par décret).

232. - L'actuelle prise en considération légale de l'indemnité d'immobilisation ne saurait faire occulter le fait que sa validité a fait, un temps, débat. Il avait été, en effet, soutenu que l'obligation de payer l'indemnité était sans cause puisque le bénéficiaire n'était pas obligé d'acquiescer²⁹⁷. La juridiction suprême n'a pas retenu cette analyse puisqu'elle a affirmé que « *la cause de l'engagement pris par l'acquéreur éventuel de verser un dédit réside dans l'avantage que lui procure le promettant en s'interdisant de céder son fonds de commerce à une tierce personne pendant un délai déterminé* »²⁹⁸. Elle a notamment réitéré sa position dans un arrêt du 5 décembre 1995 en utilisant une formule aujourd'hui consacrée selon laquelle « *l'indemnité d'immobilisation [...] constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse* »²⁹⁹. Rendu au visa de l'ancien article 1134 du Code civil³⁰⁰, cet arrêt de cassation réfute l'argumentation de la Cour d'appel qui avait débouté les promettants de leur demande en paiement de l'indemnité en raison de l'inexistence de préjudice³⁰¹.

233.- Le montant de l'indemnité d'immobilisation a également suscité des questionnements. Si, dans la pratique, le pourcentage de 10 % du prix de vente est traditionnellement réclamé, se pose la question de savoir si une réduction pro rata *temporis* pourrait être envisagée. Pour rappel, ce mode de calcul consiste à diminuer proportionnellement le montant de l'indemnité d'immobilisation en fonction de la durée de la réservation. En conséquence, si le bénéficiaire de la promesse renonce à acheter avant la fin du délai d'option, le montant restitué sera d'autant plus important que la renonciation est rapide. Il apparaît, ainsi,

²⁹⁷ CA Orléans, 2 décembre 1953, (cité in GAJC, T.2, 13^e éd., 2015, p.619) : « *l'insertion dans une promesse unilatérale de vente d'une clause prévoyant le paiement d'une somme déterminée à titre de dédit doit être réputée non écrite, puisqu'elle est sans cause* ». Dans le même sens : CA Orléans, 21 janvier 1948, JCP 1948, II, 4388, obs. BECQUE ; RTD civ. 1948, p. 350, obs. CARBONNIER. Une partie de la doctrine validait cette analyse. Selon Becqué, par exemple, c'est sans cause que le paiement d'un dédit appauvrit le bénéficiaire et enrichit le promettant ; le bénéficiaire paie pour se dégager d'un lien qui n'est pas conclu, le promettant reçoit en ayant déjà obtenu l'avantage de se trouver dégagé d'un lien (BECQUE cité par Ph. MALAURIE, note sous Cass. com., 23 juin 1958, D. 1958, p. 581). Pour RIPERT et BOULANGER, la cause illicite du dédit découle de l'importance de son montant (auteurs cités par Ph. MALAURIE, *op. cit.*).

²⁹⁸ Cass. com., 23 juin 1958, Fisch c./ Bellanger, D. 1958, p. 581, obs. Ph. MALAURIE. Dans le même sens : Cass. com., 8 novembre 1972, n° 71-12459 et 71-12479, Bull. civ., IV, n. 280, p. 264 (*Indemnité « destinée à rémunérer le promettant de l'avantage temporaire consenti au bénéficiaire de la promesse et à compenser l'immobilisation de son bien pendant le délai convenu »*.)

²⁹⁹ Cass. 1^{re} civ., 5 décembre 1995, époux Ireland c./ Mme Torchet, Bull. civ. I, n° 452, p. 315, Defrénois 1996, art. 36354, p. 757, n° 62, obs. D. MAZEAUD; *ibid.*, art. 36358, p. 814, n° 80, obs. A. BÉNABENT, RDI 1996, p. 232, note J.-C. GROSLIÈRE; JCP G. 1996, I, 3981, p. 465, Doctr., obs. Ph. PIERRE.

³⁰⁰ V. aujourd'hui, C. civ., art. 1103 nouv.

³⁰¹ Les juges du fond ont estimé que les promettants ne justifiaient pas du préjudice résultant de l'obligation de rechercher un nouvel acquéreur dans la mesure où ils ont renoncé à vendre.

que cette technique n'est pas sans présenter un intérêt certain pour le bénéficiaire quoiqu'elle ne soit pas exempte de critiques³⁰². La jurisprudence s'est montrée hésitante sur le sujet. Elle a admis, un temps, la réduction pro rata *temporis*³⁰³. Puis, elle a précisé qu'elle ne pouvait pas être opérée si une stipulation prévoit l'attribution de plein droit de l'indemnité au promettant à titre de dommages et intérêts³⁰⁴. Elle a, par ailleurs, rappelé à maintes reprises qu'une réduction du montant de l'indemnité d'immobilisation ne pouvait être effectuée³⁰⁵ sur le fondement du nouvel article 1231-5 du Code civil (ex article 1152) relatif aux clauses pénales³⁰⁶.

Aussi, en raison des possibilités limitées de réduction du montant et du risque de requalification en promesse synallagmatique, il appartient aux parties de déterminer opportunément le montant de l'indemnité. Cela suppose que les créancier et débiteur de l'entrée payante aient tous deux pleinement conscience de l'engagement auquel ils souhaitent se soumettre.

La problématique de la justesse du montant ne se pose pas en cas de fixation légale. On trouve plusieurs exemples de ces interventions législatives prescrivant soit un taux minimum, soit un taux maximum. Citons, entre autres, l'article L. 290-2 du Code de la construction³⁰⁷ qui énonce que la promesse unilatérale de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier doit comporter, à peine de nullité, une indemnité d'immobilisation d'un montant minimal de 5% du prix de vente, faisant l'objet d'un versement ou d'une caution déposés entre les mains d'un notaire. En outre, il ressort, de la combinaison des articles L. 442-8 et R. 442-12 du Code de l'urbanisme, qu'une indemnité d'immobilisation peut être prévue à

³⁰² Sur la critique du principe de la réduction pro rata temporis : v., entre autres, D. MAZEAUD, *La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges)*, JCP 1992, I, Doctr., p. 116, spéc. n° 19. Selon l'auteur, le bénéficiaire est tenu de payer l'indemnité d'immobilisation dès lors que cette obligation avait, au jour de la conclusion de la promesse, une contrepartie à savoir la faculté d'exercer une option. Subséquemment, ce dernier ne pourrait « *se plaindre du déséquilibre économique que son choix a causé à son détriment et invoquer, pour obtenir la modification de son obligation (concrètement la réduction de l'indemnité d'immobilisation), une absence partielle de cause.* »

³⁰³ Cass. 3^e civ., 5 décembre 1984, Bull. civ. III, n° 207 ; D. 1985, p. 544 note BÉNAC-SCHMIDT ; RTD civ. 1985, p. 372, obs. MESTRE.

³⁰⁴ Cass. 3^e civ., 10 décembre 1986, JCP 1987, II, 20857, note G. PAISANT.

³⁰⁵ Jurisprudence rendue sous l'empire de l'anc. art. 1152 du C. civ. : Cass. com., 9 novembre 1971, D. 1972, p. 62, JCP 1972 II 16962; 24 avril 1972, JCP 1972 II 17144; Cass. com., 8 novembre 1972, JCP 1973, II, 17565 ; Paris, 22 oct. 1991, D. 1993, somm., p. 234.

³⁰⁶ C. civ., art. 1231-5 nouv., al. 2 : « *Néanmoins, le juge, peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.* »

³⁰⁷ Article issu de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 dite loi « BOUTIN et modifié par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012.

hauteur maximale de 5% dans les cessions de lots et édification de constructions dans les lotissements.

234. – L'indemnité d'immobilisation compte au nombre de ses spécificités, sa qualité d'entrée payante. Quoique l'accent ne soit généralement pas mis sur cet aspect, c'est l'un de ses caractères les plus marquants. Obligation siégeant au sein d'un avant-contrat, l'indemnité d'immobilisation est la condition indispensable et préalable à la conclusion du contrat définitif de vente. Cette obligation de somme d'argent ne majore pas l'obligation de son débiteur puisqu'elle est imputée en cas de levée de l'option. Dans le cas contraire, elle ne présente pas un surcoût dans la mesure où elle rétribue le sérieux de l'engagement du partenaire consistant en la réservation exclusive du bien assorti d'un droit d'option. Au vu de ces circonstances, il nous est permis d'apporter une précision supplémentaire sur la qualité d'entrée payante de l'indemnité d'immobilisation. Il appert, en effet, qu'elle présente les caractéristiques de l'entrée payante « engagement ». Elle est la manifestation concrète, non pas de la volonté ferme, mais plutôt du désir d'acheter du bénéficiaire. Elle exprime l'intérêt réel et marqué de ce dernier pour le bien, intérêt se matérialisant par le versement d'une somme d'argent. Toutefois, cet engagement demeure moins assuré, moins sérieux que celui du promettant qui lui, s'est engagé fermement. En cela, le sérieux du débiteur de l'entrée payante peut être regardé comme relatif.

§. 2. Une entrée payante, signe du sérieux relatif du bénéficiaire

235. - Le versement de l'indemnité d'immobilisation est symptomatique de l'ambivalence de l'état d'esprit du bénéficiaire de la promesse. D'une part, le fait même de payer révèle que ce dernier songe sérieusement à l'éventualité d'acquérir le bien. Mais, parallèlement, le choix d'être partie à une promesse unilatérale et non à un compromis de vente traduit le caractère indécis de sa volonté. Sur lui, ne repose aucune obligation car la promesse unilatérale ne lui confère que la faculté d'acheter. De ceci, il ressort que le sérieux du bénéficiaire réside en réalité dans la réflexion précédant ce choix (I), l'existence du droit d'option étant révélatrice de l'indécision du bénéficiaire (II).

I. Le sérieux dans la réflexion

236. - Le paiement de l'indemnité d'immobilisation est synonyme de sacrifice financier pour le bénéficiaire de la promesse. En raison de l'importance de la somme due, l'engagement ne saurait être pris à la légère. De fait, le coût même de l'indemnité d'immobilisation invite à la réflexion. Et, parce que la non-levée de l'option emporte la perte de l'indemnité d'immobilisation, le potentiel acquéreur se montrera naturellement circonspect avant de s'engager. En conséquence, la conclusion d'une promesse unilatérale de vente sera nécessairement précédée d'une réflexion *a priori* et plus exactement, d'une introspection. Le bénéficiaire s'interrogera notamment sur la réalité de son désir d'achat et sur l'opportunité d'acquérir le bien, objet de la promesse par préférence à un autre. La réflexion sera d'autant plus poussée que les ressources financières du bénéficiaire sont limitées. S'agissant du promettant, la stipulation d'une indemnité d'immobilisation peut lui laisser espérer une absence, ou à tout le moins un nombre très limité, d'engagements intempestifs. Dans le cas contraire, la conservation de l'indemnité d'immobilisation lui sera acquise.

237. - Une fois convaincu de l'intérêt de conclure une promesse, le bénéficiaire désormais engagé disposera d'un temps de réflexion dont la durée concorde avec le délai de l'option. Ce temps de réflexion *a posteriori* lui permettra de mûrir son choix. Afin que ce processus puisse s'effectuer convenablement, il importe que certaines conditions soient réunies.

Dans un premier temps, le montant de l'indemnité ne doit pas être exagérément élevé sous peine de peser sur la décision du bénéficiaire. Ce dernier peut, effectivement, se sentir contraint d'acheter car la perte de la somme lui apparaît difficilement tolérable. Rappelons, par ailleurs, qu'une entrée payante d'un montant élevé peut révéler que le bénéficiaire a entendu s'engager fermement, auquel cas la promesse encourt la requalification.

La stipulation d'un délai d'option d'une durée raisonnable est également propice à la démarche de réflexion. Il faut entendre par durée raisonnable un temps suffisamment long pour permettre au bénéficiaire d'étudier avec sérieux l'offre de vente. Ce dernier peut, d'ailleurs, pour ce faire, solliciter les conseils de proches ou mieux encore, de professionnels dans le but de nourrir davantage sa réflexion. Quant à la fixation de la durée, elle découle des stipulations

contractuelles, le législateur laissant pleine liberté aux parties sur ce point³⁰⁸.

238. - Parce que la conclusion d'une promesse de vente implique dans tous les cas³⁰⁹ des conséquences financières, le bénéficiaire sera amené à réfléchir sérieusement à l'intérêt et la portée de l'acte³¹⁰. Cette réflexion menée autour de l'opportunité d'acquérir le bien, objet de la promesse aboutira soit à la levée de l'option, soit à la renonciation à l'achat. À ce propos, on aura tôt fait de remarquer que la simple existence de ce droit d'option est révélatrice de l'indécision animant le bénéficiaire.

II. L'indécision dans l'exercice de l'option

239. - Si le promettant a, d'ores et déjà, consenti à vendre le bien au bénéficiaire, le sérieux de son engagement contraste avec celui de son cocontractant. Face à l'exclusivité consentie par le promettant, le bénéficiaire demeure libre de son choix. La conclusion de la vente est suspendue à son consentement concrétisé par la levée d'option³¹¹. D'emblée, il ne peut se résoudre à acquérir le bien, il est indécis. Sa prise de décision requiert du temps. Il s'agit bien là d'une entrave d'ordre mental puisque le bénéficiaire décidé à acquérir peut toujours inclure des conditions suspensives dans un contrat l'engageant fermement³¹². Poussée à son paroxysme,

³⁰⁸ Rappelons toutefois qu'il leur impose des contraintes de forme lorsque le promettant personne physique a consenti une promesse prorogée ou non d'une durée totale de dix-huit mois. V. CCH, art. L. 290-1 : « *Toute promesse de vente ayant pour objet la cession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, dont la validité est supérieure à dix-huit mois, ou toute prorogation d'une telle promesse portant sa durée totale à plus de dix-huit mois est nulle et de nul effet si elle n'est pas constatée par un acte authentique, lorsqu'elle est consentie par une personne physique.* »

³⁰⁹ Dans le cas de la non-levée d'option, il perdra l'indemnité d'immobilisation. Dans le cas contraire, il devra le solde du prix de vente.

³¹⁰ On remarquera, à ce propos, qu'au regard du bénéficiaire d'un compromis de vente, le bénéficiaire de la promesse unilatérale ne s'engage qu'à réfléchir là où le premier s'est lié définitivement.

³¹¹ V. cependant le cas particulier de la rétractation du promettant avant la levée de l'option. Sur ce point, v. *infra* n° 240 nos développements.

³¹² Sûr de son choix mais en proie à des difficultés matérielles ou financières (l'exemple par excellence est l'attente d'autorisation de prêt), le candidat à la vente dispose de la faculté de conclure un compromis de vente ou même une promesse unilatérale d'achat assortis de conditions suspensives. Par ailleurs, l'on ne manquera pas de rappeler que le Code de la consommation impose que les actes écrits portant, entre autres, sur l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, soient conclus sous la condition suspensive du ou des prêts qui en assument le financement (C. consom., art. L. 313-41 nouv.). V., de manière générale, sur la condition de prêt, les explications, entre autres, de Laurent AYNÈS, *La condition d'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente*, D. 1988, Chron. 283 : l'auteur distingue trois hypothèses : tout d'abord, la condition est réalisée par l'acceptation d'un prêt, ensuite la condition est réalisée dès qu'une offre conforme à la demande a été proposée au bénéficiaire, et enfin l'obtention du prêt consiste dans l'acceptation de l'offre par le bénéficiaire et, en cas de refus d'une offre conforme à la demande, la condition est réputée accomplie (dernière hypothèse qualifiée d'opinion transactionnelle).

l'indécision peut déboucher sur une rétractation. Dans certains cas, si elle intervient dans les dix jours à compter de la notification de l'acte³¹³, le bénéficiaire n'est même pas redevable de l'indemnité d'immobilisation.

240. - Dans la promesse unilatérale, l'indécision n'est pas toujours l'apanage du bénéficiaire. Il est effectivement des cas où le promettant la partage et ce, en contradiction avec l'esprit et l'objet de la convention. Pire même, cette indécision peut se traduire par sa rétractation. Le cas échéant, deux positions étaient traditionnellement retenues par la jurisprudence selon que la rétractation du promettant intervienne avant ou après la levée de l'option.

Lorsque le promettant refusait de vendre le bien en dépit de la levée d'option, elle considérait que l'exécution forcée était possible et cela même si le transfert était subordonné à une réitération³¹⁴. Cette solution conforme au droit n'a évidemment pas été remise en cause par la récente réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations³¹⁵. Bien au contraire, cette position a été corroborée par les nouveaux textes³¹⁶.

En revanche, dans l'hypothèse d'une rétractation préalable à la levée d'option, la Cour de cassation jugeait jusqu'alors qu'elle excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquérir³¹⁷. Par conséquent, excepté l'existence d'une clause contraire dont la Cour de

³¹³ CCH, art. L. 271-1. Cet article modifié par la loi du 6 août 2015 est spécifique à l'acquéreur non professionnel, partie à tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation, la souscription de parts donnant vocation à l'attribution en jouissance ou en propriété d'immeubles d'habitation ou la vente d'immeubles à construire ou de location-accession à la propriété immobilière.

³¹⁴ Sur le plan pratique, après avoir levé l'option, le bénéficiaire doit consigner le prix avec les frais. Puis, il devra convoquer le promettant chez le notaire pour procéder à la réitération de la vente par acte authentique, au besoin par assignation. Si le vendeur ne s'exécute pas, un procès-verbal de carence sera dressé. Il conviendra par précaution de le faire publier. Si le bénéficiaire n'obtient pas satisfaction, il lui revient alors la charge d'ester en justice afin d'obtenir la condamnation du vendeur et de que voir dire le jugement vaudra vente et pourra donner lieu à publication. V. ce point par ex. les développements de J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H. LÉCUYER et J. MOREL-MAROGER (avec la collab.), *Traité de Droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012, n°11514, p. 428.

³¹⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³¹⁶ Interprétation a fortiori de l'alinéa 2 du nouvel article 1124 du C. civ : si le contrat est formé alors même que la révocation du promettant est antérieure à la levée d'option, il est patent qu'il l'est en cas de rétractation postérieure à la levée. Sur le nouvel article 1124, v. *infra* ce même paragraphe.

³¹⁷ Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, n° 91-10199, Bull. civ. III, n° 174, p. 115 ; D. 1994, p. 507, note F. BÉNAC-SCHMIDT ; *ibid.*, Somm., p. 230, obs. O. TOURNAFOND ; D. 1995, Somm. p. 87, obs. L. AYNÈS ; JCP G 1995. II. 22366, note D. MAZEAUD. Cette décision, fort décriée par de nombreux auteurs, était motivée de la sorte : «*Mais attendu que la Cour d'appel, ayant exactement retenu que tant que les bénéficiaires n'avaient pas déclaré acquérir, l'obligation de la promettante ne constituait qu'une obligation de faire (...) la levée d'option,*

cassation a admis la validité³¹⁸, la rétractation du promettant avant la levée de l'option venait contrecarrer la conclusion du contrat définitif. Échappant à l'exécution forcée, il n'était tenu qu'au paiement de dommages et intérêts en application de l'ancien article 1142 du Code civil. L'article 1124 nouveau du Code civil a donné un coup d'arrêt à cette solution jurisprudentielle, au demeurant critiquée par de nombreux auteurs³¹⁹. Cette nouvelle règle légale dispose, en son deuxième alinéa, que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* »³²⁰ Cette disposition est, à notre sens, utile et opportune³²¹. Elle opère une revalorisation de l'exécution en nature et participe au respect de la force obligatoire du contrat. Il importe de garder à l'esprit, en effet, que le promettant, en s'engageant sciemment à vendre au bénéficiaire et en lui octroyant une option, a renoncé définitivement à la liberté de disposer de son bien³²². Cet engagement n'est, de plus, pas désintéressé puisque le bénéficiaire est tenu de payer une indemnité d'immobilisation en guise de contrepartie³²³. Dès lors, au regard de l'engagement primitif du promettant et de l'effort

postérieure à la rétractation de la promettante, excluait toute rencontre des volontés réciproques de vendre et d'acquiescer ». Dans le même sens : Cass. 3^e civ., 28 octobre 2003, RDC 2004. 270, obs. D. MAZEAUD.

³¹⁸ Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, n° 07-11721, RTD civ. 2008, p. 475, obs. B. FAGÈS ; JCP 2008. II. 10147, note G. PILLET ; D. 2008, Pan. 2973, obs. S. AMRANI-MEKKI. Les juges du droit ont reconnu explicitement dans cet arrêt que les parties à une promesse unilatérale de vente sont libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente. À noter, qu'en l'espèce, les parties n'ayant pas inséré cette clause dans leur contrat, la demande en exécution forcée en nature des bénéficiaires ne peut prospérer. Si l'intérêt de cet arrêt est incontestable, force est de relever cependant qu'il ne fait que pallier maladroitement les errements de la jurisprudence antérieure. Selon nous, en effet, la seule conclusion d'une promesse unilatérale devrait suffire à rendre inopposable au bénéficiaire la rétractation du promettant, que celle-ci intervienne avant ou après la levée de l'option. L'engagement initial de vendre du promettant vaut renonciation implicite et définitive au droit de se rétracter et ce, en vertu de la force obligatoire des conventions. Ce principe respecté, la clause relative à l'exécution en nature devient superflue.

³¹⁹ V. entre autres : *Promesse de vente et rétractation*, AJPI 1994, p. 351 ; STAPYLTON-SMITH, *La promesse unilatérale de vente a-t-elle encore un avenir ?* AJPI 1996, p. 568 ; TERRASSON DE FOUGERES, *Sanction de la rétractation du promettant avant levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente*, JCP éd. 1995, I, p.194 ; TOMASIN, *La valeur des promesses unilatérales de vente*, Rev. Administrer 1996, n° 282, p.15).

³²⁰ C. civ., art. 1124 nouv., al. 2 issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

³²¹ V. *contra* M. FABRE-MAGNAN, *De l'inconstitutionnalité de l'exécution forcée des promesses unilatérales*, D. 2015, p. 826.

³²² D'ailleurs, s'il est en proie aux doutes, il lui est loisible de conclure par exemple une promesse de vente avec un dédit réciproque.

³²³ Bien évidemment, en cas de rétractation du promettant, l'indemnité d'immobilisation devra être intégralement restituée au bénéficiaire, ce versement devenant sans cause. De même, lorsque le refus de lever l'option est imputable au promettant, l'indemnité d'immobilisation sera restituée au bénéficiaire (ex : travaux non réalisés ou vices limitant substantiellement les conditions d'habitation ou de confort du bien (Cass. 3^e civ., 28 janvier 1987, Bull. civ., III, n° 13. Dans le même sens, CA Paris, 22 novembre 2001 Cts Appert C/ Primault, D. 2002, p. 46) ; bénéficiaire non informé de l'existence d'une servitude (Cass. 3^e civ., 1^{er} juillet 1998, n° 96-20358, Bull. civ., III, n° 155, D. 1999, Somm. p. 13, obs. PAISANT ; JCP, éd. E. 1999, 171 obs. VIALLA). Et, une solution similaire devrait être appliquée lorsque la non-levée de l'option est imputable à un tiers qui a, par exemple, déclaré exercer son droit de préemption.

consenti par son cocontractant, la simple attribution de dommages et intérêts au bénéficiaire n'était pas satisfaisante³²⁴, d'où l'intérêt d'une intervention légale. Celle-ci garantit le sérieux du promettant dans l'exécution de son obligation³²⁵ et légitime par-là, le versement de l'indemnité d'immobilisation. Rassuré sur la pérennité de l'engagement de son cocontractant, le bénéficiaire pourra alors, avec confiance, mener sa réflexion à bien dans le délai prévu à cet effet.

241. - À l'issue de cette réflexion, ses incertitudes seront, a priori, dissipées et sa décision, prise. Il peut, tout d'abord, renoncer à l'acquisition. Nul besoin de motiver sa décision, ses raisons lui appartiennent³²⁶. Par suite, le promettant pourra vendre le bien à un tiers et l'indemnité d'immobilisation lui restera acquise comme le prix de l'exclusivité de l'offre. Sur ce dernier point, il n'est pas vain de rappeler que l'indemnité d'immobilisation ne peut être perçue comme un dédit³²⁷, ni comme une pénalité³²⁸. On observera, néanmoins, que le dédit et les arrhes confèrent, eux aussi, un « droit à l'indécision » monnayable, à l'inverse de l'acompte³²⁹.

La volonté d'acquérir se manifeste nécessairement par la levée d'option. Évidemment,

³²⁴ La solution anciennement retenue par la jurisprudence avait le tort, selon nous, de porter atteinte aux principes de la liberté contractuelle et de la force obligatoire des conventions (*pacta sunt servanda*). L'admission de cette seule sanction revenait, tout bien considéré, à minimiser l'intérêt de conclure une promesse unilatérale de vente sauf à l'assortir de clauses supplémentaires. Dès lors, l'exécution en nature étant subordonnée à l'existence d'une clause (v. *supra* l'arrêt précité du 27 mars 2008), les parties se voyaient donc contraintes d'en rédiger une spécifiquement lorsque le bénéficiaire, conscient du risque encouru, tenait à la réalisation de la vente. On ne manquera pas de relever, sur ce dernier point, que les bénéficiaires moins avertis, parties notamment à une promesse sous seing privé, pouvaient pâtir de l'ignorance de ces deux règles jurisprudentielles. Le nouvel article 1124, al. 2 a, par conséquent, le mérite de restaurer une véritable égalité entre tous les contractants.

³²⁵ La rétractation du promettant dévoile rétrospectivement le manque de sérieux et le peu d'implication de ce dernier lors de son engagement. Par le texte, le législateur rétablit le sérieux là où il n'était que simulacre. Ce faisant, le principe de la force obligatoire connaît un regain de vigueur et l'engagement de vendre du promettant retrouve tout son sens.

³²⁶ La décision de ne pas conclure la vente est en effet purement discrétionnaire. Le sérieux du motif du renoncement importe peu.

³²⁷ Le bénéficiaire ne s'est pas engagé à acheter le bien. Par le versement de l'indemnité d'immobilisation, le bénéficiaire paie la liberté de ne pas acquérir : elle est le « prix de l'indécision ».

³²⁸ De même, l'indemnité d'immobilisation ne peut s'analyser en une pénalité car le bénéficiaire ne commet pas de faute en ne levant pas l'option. Par conséquent, sa responsabilité ne peut être engagée (Cass. 3^e civ., 5 décembre 1984, Bull. civ., n° 207, D.1985.544, note F. BÉNAC-SCHMIDT ; JCP 1986, II, 20555, note G. PAISANT ; RTD civ. 1985.372, obs. J. MESTRE ; 592, obs. Ph. RÉMY : l'indemnité n'est pas une clause pénale dont le juge peut modérer le montant). V. également sur l'impossibilité de réduction judiciaire : CA Paris, 25 mars 1999, Carrasset Marillier c/ Sté Dalecarlie, D. 1999, p.154 : L'indemnité d'immobilisation ne constitue pas une clause pénale ce qui exclut le pouvoir du juge de modérer l'indemnité contractuellement convenue. Dans le même sens : Cass. 3^e civ., 11 mai 2004, Fleau c/ Riocreux Verney.

³²⁹ Il nous a été donné de préciser, en amont, que l'acompte, gage de sérieux incontestable, est un paiement partiel intervenant dans le cadre d'un engagement ferme réciproque.

elle ne peut être exercée si la promesse est caduque³³⁰. De plus, pour être valable, la levée d'option doit intervenir durant le délai d'option³³¹ et selon les formes précisées dans l'acte de promesse³³². Dans la pratique, elle est souvent notifiée par lettre recommandée avec accusé de réception.

Lorsque l'option est levée, la vente est parfaite et le transfert de propriété, immédiat. La somme versée en guise d'indemnité d'immobilisation s'impute, de plus, sur le coût total de la vente à la manière d'un acompte. Elle ne constitue pas, de ce fait, un supplément de « prix » à payer. Force est donc de constater que l'immobilisation n'est pas rémunérée³³³ en tant que telle, sauf à considérer que le prix de la vente comprend une rétribution de l'immobilisation, ce qui n'est généralement pas le cas.

La levée d'option se révèle comme une issue favorable pour toutes les parties. Elle a pour conséquence très concrète la gratuité de la réservation exclusive du bien puisque le bénéficiaire ne supportera que le coût de l'acquisition de l'immeuble. Mais c'est aussi une issue positive pour le promettant car il n'a pas immobilisé son bien en vain. Celui-ci sera vendu sans qu'il procède à la recherche d'un nouvel acquéreur.

242. - Sur plusieurs aspects, l'indemnité d'immobilisation se rapproche du dépôt de garantie stipulé dans le contrat de réservation de la vente d'immeuble à construire.

³³⁰ La caducité, en anéantissant la promesse, fait obstacle à l'exercice de la levée d'option.

³³¹ Lors de la rédaction de l'acte, il est préférable d'indiquer un jour précis (ex : 23 décembre 2018) plutôt qu'un délai (deux ans à compter de la signature de l'acte) et ce, dans le but d'éviter des quiproquos.

³³² Le législateur n'imposant pas de formes particulières, le formalisme de la levée d'option découle de la liberté contractuelle. En l'absence de stipulations, le juge déduit des circonstances la validité de la levée d'option. V. par ex. : Cass. 3^e civ., 19 décembre 2012, n° 08-14225, Bull. civ., III, n° 199 (La levée de l'option n'ayant été soumise à aucune forme ou modalité particulière, l'option d'acquisition est régulièrement levée dans les délais, après que le bénéficiaire ait renoncé à une condition non réalisée et que les promettants aient été informés oralement par leur notaire de cette levée de l'option avant l'échéance prévue.)

³³³ En ce sens, le Professeur STOFFEL-MUNCK (*in L'abus dans le contrat essai d'une théorie*, th. Aix Marseille 3, LGDJ, 2000, p. 555 à 556, n° 761) relevait que « le contrat de promesse ne se présente pas concrètement comme une convention autonome où une prestation d'immobilisation serait acquise pour elle-même ». Il poursuit en ces termes : « Aux yeux des parties, toute l'opération est tendue vers la perspective de la vente future du bien, dont l'immobilisation a pour raison d'être l'incertitude de la décision du bénéficiaire. », « Enfin, si, comme c'est l'usage, l'indemnité est destinée à s'imputer sur le prix de vente en cas de levée de l'option, le bénéficiaire n'y trouve un motif supplémentaire de croire qu'elle n'est qu'une modalité de l'opération et non la rémunération en tant que telle d'un service indépendant du sort de la vente. En somme, il semble que l'indemnité se comprenne comme étant destinée à rémunérer non l'exclusivité initialement envisagée comme nécessaire à la prise de décision du bénéficiaire, mais celle qui lui a effectivement été nécessaire à cet effet (il existait aussi un argument (le libellé « indemnité » pour soutenir que la clause était destinée à réparer la perte d'une chance de vendre à un tiers pendant la durée de l'immobilisation (ce qui permettait de délier le bénéficiaire si aucun tiers acquéreur ne s'était présenté). »

Sous-section 2 - Le dépôt de garantie dans le contrat de réservation

243. - L'accession à la propriété est regardée comme une priorité pour les pouvoirs publics, d'où l'élaboration de règles particulièrement protectrices en faveur des futurs acquéreurs. On en veut pour preuve, le régime du dépôt de garantie, entrée payante du contrat de réservation et prix de la réservation de l'immeuble à construire (§1). Laissant peu de place à la liberté contractuelle, son versement est particulièrement encadré (§2).

§1. Le dépôt de garantie, prix de la réservation de l'immeuble à construire³³⁴

244. - Dans le domaine de la vente d'immeuble à construire, le dépôt de garantie est la contrepartie de la réservation, par le vendeur, d'un immeuble ou d'une partie de celui-ci au profit de l'acheteur. Stipulé dans le contrat préliminaire de réservation de la vente d'immeuble à construire (I), il est sans conteste, eu égard à ses caractères, une entrée payante, signe du sérieux du réservataire (II).

I. Le contrat de réservation de la vente d'immeuble à construire, siège du dépôt de garantie

245.- Le contrat préliminaire de réservation est l'avant-contrat de la vente d'immeuble à construire. L'on ne saurait évoquer le premier sans s'être attardé quelque peu, au préalable, sur la seconde. Un bref examen des spécificités de la vente d'immeuble à construire (A) permet, par le fait, de saisir assez logiquement l'intérêt du recours au contrat de réservation, siège du dépôt de garantie (B).

³³⁴ Sur la vente d'immeuble à construire : M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction, Contrats et responsabilités des constructeurs*, Gualino éditeur, 2007, p. 93 et s. ; O. TOURNAFOND, *Vente d'immeuble à construire*, Dossiers n° 530 in Ph. MALINVAUD (dir.), *Droit de la construction 2014-2015*, 6^e éd., Dalloz action, Dalloz, 2014, p. 1679 et s. ; J.-B. AUBY, H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9^e éd., coll. Domat, Montchrestien, 2012, n° 1483 et s. ; Mémento pratique Francis LEFEBVRE, *Urbanisme, construction, 2008-2009*, p. 1151 et s., n° 21900 et s. ; O. TOURNAFOND, v° *Vente d'immeuble à construire*, Rép. civ., mars 2004 (actualisation juin 2016).

Sur le contrat préliminaire spécifiquement : Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., LGDJ, 2014, n° 139 et s., p. 87 et s. ; P. PUIG, *Contrats spéciaux*, coll. Hypercours, 6^e éd., Dalloz, 2015, n° 143 et s., p. 147 et s.

A. Les spécificités de la vente d'immeuble à construire

246. - Le Code civil consacre un plein chapitre³³⁵ à la vente d'immeuble à construire qui relève également du Code de la construction³³⁶. Légiféré par la loi du 3 janvier 1967³³⁷, ce type particulier de vente consiste à faire édifier par un vendeur, un immeuble sur un terrain dans un délai déterminé par le contrat³³⁸. « *Il s'agit donc d'une vente de chose future dérivée de l' [ancien] article 1130 du Code civil³³⁹ qui permet à un promoteur de vendre des bâtiments ou des locaux qui ne sont pas encore édifiés³⁴⁰ ».*

La vente d'immeuble à construire se distingue du louage d'ouvrage, du contrat de construction de maison individuelle et du contrat de promotion immobilière par le transfert de propriété du terrain sur lequel le vendeur s'engage à édifier un immeuble. Cette obligation de construire peut porter aussi bien sur un bâtiment à édifier, qu'un sous-sol, ou un autre ouvrage immobilier. Il reste encore à préciser que le vendeur est tenu de délivrer un ouvrage conforme aux stipulations contractuelles et dans un délai défini par le contrat³⁴¹.

247. - Le droit commun de la vente d'immeuble à construire figure aux articles 1601-1 et suivants du Code civil. Selon l'alinéa 2 de l'article 1601-1, la vente d'immeuble à construire connaît deux variantes : la vente à terme et la vente en l'état futur d'achèvement. Dans la vente à terme, le délai d'achèvement de la construction est concomitant au délai de sa livraison tandis que l'achèvement est une étape préalable à la livraison dans la vente en l'état futur d'achèvement. Rappelons que l'achèvement est « *l'aptitude générale d'un immeuble à remplir sa destination* »³⁴². L'article R 261-1 du Code de la construction et de l'habitation en précise le sens. En vertu de ses dispositions, l'immeuble est réputé achevé quand les ouvrages sont exécutés et les éléments d'équipement indispensables à son utilisation, installés conformément

³³⁵ V. chapitre III-1 « *De la vente d'immeuble à construire* » du Titre VI « *De la vente* » du livre troisième.

³³⁶ V. Chapitre 1^{er} « *Ventes d'immeubles à construire* » du titre VI du livre II, partie législative (art. L. 261-1 à L. 261-22) et Chapitre 1^{er} « *Ventes d'immeubles à construire* » du titre VI du livre II, partie réglementaire (art. R. 261-1 à R. 261-33).

³³⁷ Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ou en cours de construction et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, JO 4 janvier 1967, p. 103.

³³⁸ Définition issue de la loi précitée de 1967 et codifiée à l'article 1601-1 du Code civil et à l'article L. 261-1 du Code de la construction et de l'habitation.

³³⁹ C. civ., art. 1163 nouv., al. 1: « *L'obligation a pour objet une prestation présente ou future.* »

³⁴⁰ O. TOURNAFOND, *Vente d'immeuble à construire*, Dossier n° 530 in Ph. MALINVAUD (dir.) *Droit de la construction 2014/2015*, Dalloz action, Dalloz, 2014, n° 530-10, p. 1679.

³⁴¹ V. C. civ., art. 1601-1.

³⁴² M. FAURE-ABBAD, *op. cit.*, p. 100.

à sa destination³⁴³. Le secteur libre déroge néanmoins à la règle³⁴⁴ car les parties ont la possibilité de définir l'achèvement comme bon leur semble. Elles peuvent, ainsi, décider que l'achèvement ne suppose pas la réalisation des éléments d'équipement indispensables.

248. - La vente à terme³⁴⁵, peu utilisée dans la pratique à cause de sa complexité³⁴⁶, est un contrat dans lequel la livraison, le transfert de propriété et le prix s'opèrent à l'achèvement de l'immeuble. Aussi, le transfert de propriété coïncide avec l'achèvement de l'immeuble constaté par acte authentique. Ce type de vente se révèle contraignante sur un point de vue financier, tant pour le vendeur que pour l'acquéreur. Pour ce qui est du vendeur, il est tenu de financer l'intégralité de la construction par des fonds propres ou des crédits mais en contrepartie, le prix de l'immeuble est exigible à la livraison. Avant la livraison, tout paiement par l'acheteur est interdit. Cependant, les parties ont la possibilité de stipuler que des dépôts de garantie seront faits, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet. Encore faut-il préciser que ces fonds déposés sont incessibles, insaisissables et indisponibles dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement du prix³⁴⁷. Le prix est payable à la livraison de l'immeuble c'est-à-dire soit à la signature de l'acte authentique d'achèvement soit à la réception de la notification de la déclaration d'achèvement faite devant le notaire par l'expert désigné³⁴⁸.

³⁴³ CCH, art. R. 261-1 *in limine*. Le texte donne, par ailleurs, des indications relatives à l'appréciation de cet achèvement. Il convient de ne pas tenir compte des défauts de conformité avec les prévisions du contrat lorsqu'ils n'ont pas un caractère substantiel ainsi que des malfaçons ne rendant pas les ouvrages ou les éléments d'équipement impropres à leur utilisation. Enfin, le second alinéa de cet article précise que « *La constatation de l'achèvement n'emporte par elle-même ni reconnaissance de la conformité aux prévisions du contrat, ni renonciation aux droits que l'acquéreur tient de l'article 1642-1 du code civil, reproduit à l'article L. 261-5 du présent code, et de l'article L. 242-1 du code des assurances.* »

³⁴⁴ Le secteur libre concerne les ventes d'immeuble à usage professionnel, commercial ou industriel. Pour ces ventes, la loi de 1967 présente un caractère supplétif. Cette différence de traitement entre les secteurs libre et protégé est révélatrice de la volonté du législateur de préserver d'un côté les acquéreurs d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte, et de l'autre, de conférer souplesse et liberté aux professionnels.

³⁴⁵ Elle est définie dans le Code civil : V. art. 1601-2 dont le texte est repris à l'article L. 261-2 CCH : « *La vente à terme est le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, l'acheteur s'engage à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble ; il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente.* »

³⁴⁶ M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction, Contrats et responsabilités des constructeurs*, Gualino éditeur, 2007, p. 100.

³⁴⁷ CCH, art. L. 261-12.

³⁴⁸ CCH, art. R. 261-2 : « *L'achèvement de l'immeuble vendu à terme est constaté soit par les parties, soit par une personne qualifiée. / La constatation par les parties fait l'objet d'un acte du notaire qui a reçu la vente à terme ; cet accord vaut livraison de l'immeuble. / La constatation est faite par une personne qualifiée lorsque l'acte de vente l'a prévu ou lorsqu'il n'y a pas accord des parties. / Cette personne est désignée par ordonnance sur requête, non susceptible de recours, du président du tribunal de grande instance du lieu de l'immeuble, soit parmi celles que le tribunal commet habituellement, soit parmi celles figurant sur une liste établie par arrêté du*

Dans la vente en l'état futur d'achèvement définie à l'article 1601-3 du Code civil³⁴⁹, l'acheteur acquiert immédiatement la propriété du sol et des constructions existantes et devient propriétaire des constructions à venir au fur et à mesure de leur exécution, moyennant paiement. Pour autant, l'acquéreur ne détient aucun pouvoir de décision quant aux choix des entrepreneurs et architectes car le vendeur reste maître de l'ouvrage jusqu'à sa réception³⁵⁰.

249. - En matière de vente immobilière, l'on distingue le secteur libre du secteur protégé. La notion de secteur protégé vise à garantir les intérêts de l'acheteur et concerne les immeubles à usage d'habitation et à usage mixte (habitation et professionnel). L'on oppose au secteur protégé, le secteur libre ou secteur « hors logement » qui intéresse les immeubles à usage commercial, professionnel ou industriel.

Dans le secteur protégé, la conclusion d'une vente est particulièrement encadrée du fait des nombreuses exigences légales pesant sur les parties. Tout d'abord, selon l'article L. 261-10³⁵¹, ces ventes, lorsqu'elles comportent l'obligation pour l'acheteur de verser ou de déposer une somme d'argent avant l'achèvement de la construction, prennent nécessairement la forme d'une vente à terme ou d'une vente en l'état futur d'achèvement. De plus, ce texte impose que le contrat soit conforme aux dispositions des articles L. 261-11 à L. 261-14³⁵². Partant, l'on est conduit à constater que l'application du régime renforcé s'impose dès lors que l'accédant est obligé de verser des fractions du prix (vente en l'état futur d'achèvement) ou des dépôts de garantie (vente à terme). À ce propos, on ne manquera pas de rappeler que le champ de ce statut

ministre de la justice et du ministre chargé de la construction et de l'habitation. / La constatation de l'achèvement fait l'objet par la personne qualifiée ainsi désignée d'une déclaration devant le notaire qui a reçu la vente. / La constatation de l'achèvement est parfaite par la déclaration ainsi faite. / Elle est notifiée par la partie la plus diligente à l'autre par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. La notification vaut livraison de l'immeuble à la date de cette réception. »

³⁴⁹ C. civ., art. 1601-3 : *La vente en l'état futur d'achèvement est le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes. Les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur au fur et à mesure de leur exécution ; l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux. / Le vendeur conserve les pouvoirs de maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux. »*

³⁵⁰ C. Civ., art. 1603 *in fine*.

³⁵¹ CCH, art. L. 261-10, al. 1 *in limine*. Sur la vente à terme : v. C. civ., art. 1601-2. Sur la VEFA: C. civ., art. 1601-3.

³⁵² CCH, art. L. 261-10, al. 1, *in fine*. L'encadrement légal intervient à plusieurs niveaux : CCH, art. L. 261-11 : Forme du contrat (acte authentique) et mentions obligatoires ; CCH, art. L. 261-11-1 : révision du prix ; CCH, art. L. 261-12 : interdiction dans la VEFA de tout versement, dépôt, souscription ou acceptation d'effets de commerce avant la signature du contrat et avant la date de l'exigibilité de la créance ; modalités du versement du dépôt de garantie dans les ventes à terme ; CCH, art. L. 261-13 : effets des clauses de résolution de plein droit ; CCH, art. L. 261-14 : limitation du montant de la clause pénale à 10 %.

impératif de la vente d'immeuble a été étendu au constructeur procurant directement ou indirectement le terrain à l'acquéreur tenu d'effectuer des versements ou des dépôts avant l'achèvement de la construction³⁵³. Cette règle, ajoutée par la loi du 16 juillet 1971, a pour objectif de juguler les mécanismes mis en place pour échapper au statut impératif³⁵⁴. L'utilité de ce texte est moins prégnante depuis la création du contrat de construction de maison individuelle³⁵⁵ et du contrat de promotion immobilière³⁵⁶ qui apportent une protection équivalente³⁵⁷.

250. - Dans le secteur privé, la conclusion d'une vente à terme ou d'une vente en l'état futur d'achèvement est très communément précédée d'un contrat préliminaire de réservation. Cet avant-contrat, facultatif mais d'un intérêt certain, s'est naturellement imposé dans la pratique.

B. L'intérêt du recours au contrat de réservation

251. - Le contrat préliminaire ou contrat de réservation³⁵⁸ est un préalable facultatif aux ventes d'immeuble à construire du secteur protégé³⁵⁹ dans lequel le réservant (futur vendeur) s'engage à retenir au profit du réservataire (futur acquéreur) un immeuble ou une partie d'immeuble à construire en contrepartie du versement d'un dépôt de garantie³⁶⁰.

³⁵³ CCH, art. L. L. 261-10, al. 2. Le texte énonce cependant deux exceptions. La conclusion d'un contrat conforme à l'alinéa 1 de l'article L. 261-10 n'est pas requis si le terrain ou le droit est procuré à une société civile constituée en vue de la vente d'immeuble, à une société constituée en vue de l'attribution d'un immeuble aux associés par fractions divises et ayant pour objet la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou mixte, ou à une société coopérative de construction. La seconde exception s'applique si le droit ou le terrain est procuré par un organisme d'habitation à loyer modéré agissant comme prestataire de services.

³⁵⁴ M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction, Contrats et responsabilités des constructeurs*, Gualino éditeur, 2007, p. 105.

³⁵⁵ V. CCH, art. L. 230-1 et s.

³⁵⁶ V. C. civ., art. 1831-1 et s. ; CCH, art. L. 222-1 à L. 222-7 et art. R. 222-1 à R. 222-14.

³⁵⁷ V. par exemple en matière de promotion immobilière : CCH, art. L. 222-5 : « Avant la signature du contrat, le promoteur ne peut exiger ni même accepter du maître de l'ouvrage aucun versement, aucun dépôt, aucune souscription ni acceptation d'effets de commerce. Aucun paiement ne peut non plus être exigé ni accepté avant la date à laquelle la créance est exigible. »

³⁵⁸ V. entre autres, O. TOURNAFOND, v° *Vente d'immeuble à construire*, Rép. civ., 2004 (actualisation juin 2016) ; J.-L. BERGEL, *Les contrats préliminaires dans les ventes d'immeuble à construire, unité ou dualisme ?* JCP 1974. I. 2669, Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, *Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire*, JCP 1976. I. 2790 ; D. PONTON-GRILLET, *Le contrat de réservation*, D. 1991, chron., p. 26.

³⁵⁹ Pour rappel, il s'agit des ventes d'immeuble à usage d'habitation ou mixte. V. *supra* n° 249.

³⁶⁰ CCH, art. L. 261-15, al. 1 : « La vente [...] peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble [...] »

Il est fondamental d'insister sur le fait que le recours au contrat préliminaire de réservation est purement optionnel. Les parties peuvent donc parfaitement s'en dispenser. Dans le cas contraire, l'avant-contrat sera nécessairement rédigé suivant les formes prescrites par la loi de 1967 car ce modèle s'impose dans le secteur protégé, à l'exclusion de toute autre promesse d'achat ou de vente qui n'en reprendrait pas le contenu obligatoire³⁶¹. Le contrat préliminaire constitue effectivement l'unique contrat préparatoire autorisé par la loi du 3 janvier 1967 dans le secteur protégé. Cette hypothèse expressément visée à l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation concerne spécifiquement les ventes mentionnées à l'article L. 261-10 du même code à savoir les ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA) et les ventes à terme.

252. - Le contrat préliminaire doit répondre à un certain formalisme. Il doit être rédigé par écrit et un exemplaire doit être remis au réservataire avant tout dépôt de fonds³⁶². L'acte doit impérativement reproduire les dispositions des articles R. 261-28 à R. 261-31 relatives au dépôt de garantie et au délai de notification du projet de vente. De plus, le contrat de réservation doit comporter, à peine de nullité, des mentions obligatoires destinées à favoriser le consentement éclairé du réservataire. Ces mentions sont énumérées à l'alinéa 2 de l'article L. 261-15 et articles R. 261-25 et R. 261-26. Elles portent notamment sur la consistance de l'immeuble, la qualité de la construction et les délais d'exécution des travaux ainsi que sur la consistance, la situation, le prix du local réservé, la date de la conclusion de la vente et les modalités de prêt, le cas échéant. Le contrat doit, en outre, reproduire les dispositions des articles R. 261-25 et R. 261-26 relatives au dépôt de garantie.

253. - En dépit de ce formalisme contraignant, le contrat préliminaire de réservation, dont la nature a été, du reste, discutée par la doctrine³⁶³, est intéressant à maints égards. À dire vrai,

³⁶¹ L'alinéa 5 de l'article L. 261-15 précise que toute autre promesse de vente ou d'achat serait frappée de nullité.

³⁶² CCH, art. R. 261-27.

³⁶³ La nature du contrat préliminaire est discutée par la doctrine. Les avis oscillent entre les qualifications suivantes : promesse unilatérale, promesse synallagmatique de vente, pacte de préférence, contrat sui generis. La Cour de cassation s'est prononcée sur la question considérant que le contrat préliminaire est un contrat « *sui generis essentiellement synallagmatique lequel comporte des obligations réciproques, le vendeur s'engageant, en contrepartie d'un dépôt de garantie, à réserver à l'acheteur éventuel un immeuble ou une partie d'immeuble* » (Cass. 3^e civ., 27 octobre 1975, n^o 74-11080, D. 1976, jur., p. 97, note E. FRANCK ; JCP G. 1976, I, p. 2790, chron. Ph. MALINVAUD et Ph. JESTAZ, RTD civ. 1976 p. 363, obs. G. CORNU ; Cass. 3^e civ., 18 décembre 1984, Bull. civ. III, n^o 217 ; Cass. 3^e civ., 3 juin 1987, Bull. civ. III, n^o 114.) Les parties peuvent toutefois apporter quelques aménagements au contenu de l'avant-contrat sans pour autant aller à l'encontre des dispositions légales.

même le strict formalisme de ce contrat est un atout pour le réservataire. En effet, la forme de l'avant-contrat et les mentions obligatoires visent à la protection de ses intérêts en lui assurant un droit à une information claire et détaillée. Ce formalisme permet donc de sécuriser la relation contractuelle et participe à son équilibre. Outre cela, le réservataire bénéficie de la réservation de l'immeuble ou d'une partie de celui-ci, par préférence à tout autre et sans, pour autant, être contraint de l'acheter. Cette faculté lui est offerte, qui plus est, à peu de frais car le montant du dépôt de garantie est limité légalement³⁶⁴.

La conclusion d'un contrat préliminaire de réservation est également avantageuse pour le réservant. Il lui offre la possibilité « *de prospecter et de tester un marché* »³⁶⁵ avant même d'entamer le programme immobilier envisagé. Il présuppose, de plus, la conclusion d'un contrat définitif de vente. Cette conjoncture particulière permettra au réservant d'obtenir plus aisément des prêts bancaires pour financer les travaux. Ce sera notamment le cas si de multiples réservations sont effectuées en amont. Rassurés sur la faisabilité et la pérennité du projet, les banquiers seront nettement moins réticents à consentir des prêts. Dans le cas contraire, si les réservations se font rares, le promoteur peut renoncer au projet en restituant les dépôts de garantie déjà versés. Par ailleurs, si le réservataire se désiste alors même que le projet est viable, le réservant se verra allouer le dépôt de garantie³⁶⁶.

II. Le dépôt de garantie, entrée payante signe du sérieux du réservataire

254. - Le versement du dépôt de garantie manifeste, *ipso facto*, la volonté de se lier du réservataire. C'est un signe indiscutable et tangible de son sérieux. Contrepartie de l'obligation du réservant (A), le dépôt de garantie est aussi et surtout une entrée payante « engagement » (B).

Selon le Professeur TOURNAFOND (*in Vente d'immeuble à construire*, Dossier n° 531 in Ph. MALINVAUD (dir.), *Droit de la construction* 2014/2015 Dalloz action, Dalloz, 2014, n° 531.50, p. 1689.), « *le contrat préliminaire ne constitue un contrat synallagmatique sui generis que dans la mesure où le réservant s'en tient au minimum légal prévu par l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation* ». Il ajoute qu'il n'est pas interdit au réservant « *de s'engager au-delà de ce minimum légal en souscrivant des engagements supplémentaires en faveur du réservataire* ». Pour d'autres auteurs, « *rechercher la nature juridique de ce contrat constitue un faux problème dans la mesure où tout avant-contrat destiné à préparer une vente d'immeuble à construire dans le secteur protégé sera, quelle que soit sa qualification, soumis au régime impératif défini par l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation* ».)

³⁶⁴ V. *supra* n° 243 et s.

³⁶⁵ P. PUIG, *op. cit.*, n° 144, p. 148.

³⁶⁶ Sauf exceptions légales : v. *infra* n° 263 et s.

A. La contrepartie de l'obligation du réservant

255. - Un dépôt de garantie peut être demandé en contrepartie de la réservation d'un immeuble lors de l'établissement du contrat préliminaire de vente d'immeuble à construire. Il s'agit là de l'unique obligation du réservataire qui n'est pas contraint d'acheter le bien. Par ce versement, il apparaît simplement comme un acquéreur potentiel. Excepté les cas où la restitution est due au réservataire³⁶⁷, celui-ci peut renoncer à l'acquisition en perdant son dépôt de garantie. Il dispose donc d'un choix puisqu'il n'est « tenu [que] d'une obligation facultative »³⁶⁸ : soit, il se porte acquéreur et le dépôt de garantie s'impute sur le prix de vente, soit il se libère en abandonnant ce qu'il a versé. Cette faculté offerte au réservataire a conduit des auteurs à comparer le dépôt de garantie à l'indemnité d'immobilisation³⁶⁹. Ces versements ont, du reste, tous deux la particularité de ne pas être révisables³⁷⁰. Cette spécificité prouve, s'il en est besoin, le sérieux de l'engagement. Insusceptible d'être minoré judiciairement, le versement apparaît, de fait, comme une réelle garantie. En ce sens, un auteur l'a assimilé à « une sorte de sûreté réelle, contrepartie de l'obligation de réserver du promoteur »³⁷¹.

256. - Le coût non négligeable du dépôt de garantie³⁷² en fait, de plus, une rétribution intéressante. Contrepartie de la réservation, il constitue un engagement suffisamment sérieux pour que le constructeur s'en prévale auprès de banques pour bénéficier de prêts³⁷³. La raison en est qu'il « est, entre autres un moyen de pression sur le réservataire pour l'obliger à signer le contrat définitif »³⁷⁴. L'importance de la somme a, de ce fait, clairement un impact sur la décision

³⁶⁷ V. n° 263.

³⁶⁸ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, coll. Hypercours, 6^e éd., Dalloz, 2015, p. 148, n° 145.

³⁶⁹ V. P. PUIG, *Contrats spéciaux*, coll. Hypercours, 6^e éd., Dalloz, 2015, n° 145, p. 148, *Contra* R. CABRILLAC, note sous Cass. 3^e civ., 28 mars 1990, Bull. civ. III, n° 86, p. 46, D. 1991 p. 187 : « le terme même d'indemnité d'immobilisation traduirait mal la spécificité de la perte du dépôt de garantie dans le contrat de réservation ». C'est selon lui, un « mécanisme sui generis » dans « un contrat sui generis ». Il poursuit, en ces termes : « Cette appellation serait donc peu adaptée pour désigner un mécanisme obligatoire du contrat de réservation tel que le dépôt de garantie. » « Ainsi, même si le régime du dépôt de garantie est proche de celui de l'indemnité d'immobilisation, l'appellation de prix de l'option rendrait mieux compte de sa fonction. »

³⁷⁰ En cela, ils se distinguent de la clause pénale. Suivant une jurisprudence non contestée, le dépôt de garantie du contrat de réservation ne peut s'analyser en une clause pénale, faute d'obligation d'acquiescer pesant sur le réservataire (Cass. 3^e civ., 28 mars 1990, n° 88-11820, D. 1991, jur. p. 187, note R. CABRILLAC, D. 1991, somm. p. 158, obs. G. PAISANT) ; de telle sorte que le juge ne puisse pas la réviser.

³⁷¹ O. TOURNAFOND, *Vente d'immeuble à construire* in Ph. MALINVAUD (dir.), *Droit de la construction* 2014/2015, 6^e éd., Dalloz action, Dalloz, 2013, n° 531.190, p. 1692.

³⁷² Sur le sérieux de l'engagement induit par le montant du dépôt de dépôt de garantie. V. n° 267.

³⁷³ V. sur ce point, nos précisions antérieures : *supra* n°253.

³⁷⁴ J.-B. AUBY et H. PÉRINET-MARQUET, *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9^e éd., coll. Domat, Montchrestien, 2012, n° 1513, p. 991.

ultérieure d'acquiescer du réservataire. Ainsi, parce qu'il marque l'engagement du réservataire et qu'il est exigé à l'orée du contrat de vente, le dépôt de garantie est une entrée payante « engagement ».

B. Une entrée payante « engagement »

257. - La conclusion d'un contrat de réservation implique principalement, pour le réservataire, le versement d'un dépôt de garantie³⁷⁵. Stipulé dans l'avant-contrat, ce versement intervient donc en amont de la vente définitive. Le dépôt de garantie est, ainsi, le tout premier engagement pécuniaire du réservataire.

Il ressort, par ailleurs que ce primo-engagement conditionne la conclusion de la vente définitive dès lors que le promoteur n'entend pas se dispenser d'un contrat préliminaire. En effet, quoiqu'il ne soit pas imposé par les textes, comme énoncé précédemment, le contrat de réservation est d'usage fréquent. Son succès, auprès des promoteurs particulièrement, s'explique par ses multiples atouts dont sa polyvalence³⁷⁶. Il est ainsi très communément proposé au candidat à l'acquisition qui y consent généralement, de crainte de voir échapper une intéressante opportunité. De fait, se désister impliquerait, pour ce dernier, de nouvelles prospections sans garantie de réussite. Le réservataire n'est effectivement pas assuré de trouver un projet de qualité similaire, qui plus est, non assorti lui-même d'un avant-contrat. Cette conjoncture particulière rend quasi-incontournable³⁷⁷ le dépôt de garantie pour les prétendants à l'acquisition d'un immeuble à construire.

Ces précisions apportées, il apparaît que le dépôt de garantie est une prestation monétaire préalable au contrat définitif qui en conditionne généralement l'existence. En cela, il revête

³⁷⁵ Sur les conditions particulières de la remise des fonds, v. *infra* n° 261.

³⁷⁶ O. TOURNAFOND, *op. cit.*, n° 531.90 et n° 531.100, p. 1690 : Selon cet auteur, outre le fait qu'il permette le versement de fonds et facilite par-là, l'obtention de crédit, le contrat de réservation est polyvalent puisqu'il constitue, à la fois, une manière de tester le marché mais aussi un moyen de pression sur le réservataire (il « fixe le client », selon l'expression de l'auteur, car le réservataire craint de perdre son dépôt de garantie). De plus, le contrat de réservation fait office d'acte préparatoire à la vente si les conditions définitives du projet ont été arrêtées.

³⁷⁷ En tout état de cause, le réservataire demeure libre de verser ou non le dépôt de garantie en vertu du principe de la liberté contractuelle, quitte, pour ce faire, à renoncer au projet. Dans tous les cas, il devra assumer les conséquences de son choix. Il ne pourra pas, ainsi, prétendre à la nullité du contrat de réservation sur le motif fallacieux du non-respect du formalisme alors même qu'il n'a pas usé de son droit de rétractation durant le délai légal (Cass. 3^e civ., 7 avril 2016, n° 15-13064, v. 2^e moyen).

toutes les caractéristiques d'une entrée payante. Reste encore à affiner cette qualification en se référant notamment à son régime juridique.

258. - Le dépôt de garantie, « *contrepartie obligatoire* »³⁷⁸ de l'obligation du réservant, connaît un sort différent selon que le réservataire entend ou non conclure la vente. S'il renonce au projet, le dépôt de garantie reste acquis au réservant, ainsi qu'il a été précédemment indiqué³⁷⁹. On ne saurait considérer, pour autant, que le réservataire est ici tenu de frais supplémentaires puisque le dépôt de garantie rétribue légitimement la réservation. De fait, il existe une juste symétrie entre ces obligations, le versement du dépôt de garantie participant de l'économie même du contrat.

En cas de réalisation de la vente³⁸⁰, le dépôt de garantie s'impute à la manière d'un acompte sur le prix. Cet engagement ne majore donc pas l'obligation principale de l'acquéreur. Autrement dit, il ne constitue pas un « supplément ».

Le dépôt de garantie doit être regardé, en effet, comme une manifestation matérielle du sérieux du réservataire. Par ce versement, il signifie clairement le vif intérêt qu'il porte au projet. Gage du sérieux du réservataire, le dépôt de garantie conforte également la confiance du cocontractant. Partant, ces diverses particularités conduisent à le considérer, en toute logique, comme une entrée « engagement ».

§2. Une entrée payante « engagement », particulièrement encadrée

259. - Outre les spécificités sus-évoquées, le dépôt de garantie du contrat préliminaire de la vente d'immeuble à construire présente la singularité d'être une entrée payante particulièrement encadrée. Il existe, de fait, en ce domaine, un interventionnisme légal très poussé (I). Cela étant, se pose la question de la place de la volonté du réservataire dans cet engagement. Il sera à-propos, dès lors, de relever les répercussions de l'encadrement légal sur

³⁷⁸ CA Versailles, 3^e ch., 17 mars 1994, SCI Impasse des Près Fontainebleau c/ Époux Boissarie et autres, inédit : dans cet arrêt, les juges du fond ont déclaré que « *le contrat de réservation n'est pas une promesse de vente mais "un contrat particulier" dans lequel le dépôt de garantie est la contrepartie obligatoire de l'engagement du réservant.* »

³⁷⁹ *Supra* n° 255.

³⁸⁰ *Ibid.*

l'authenticité du sérieux de ce dernier (II).

I. Un interventionnisme légal très poussé

260. - Le versement du dépôt de garantie est soumis à un ensemble de conditions strictes. Elles sont relatives tant au montant qu'aux modalités du versement (A). Par ailleurs, les textes aménagent un véritable droit de restitution au profit du réservataire (B).

A. Dispositions relatives au montant et aux modalités du versement du dépôt de garantie

261. - Suivant les dispositions de l'article R. 261-28 du Code de la construction et de l'habitation, « *le montant du dépôt de garantie ne peut excéder 5% du prix prévisionnel de vente si le délai de réalisation de la vente n'excède pas un an* »; et « *ce pourcentage est limité à 2% si ce délai n'excède pas deux ans*. ». Le texte interdit, de plus, tout dépôt de garantie lorsque le délai de vente excède deux ans.

Plusieurs remarques peuvent être formulées à ce propos. Tout d'abord, on constate que le législateur impose un plafond aux parties, lequel diffère selon le délai de réalisation de la vente. Le pourcentage établi par les textes est, effectivement, moins élevé lorsque la vente tarde à se réaliser. Il est même nul lorsque le délai de vente est supérieur à deux ans.

Ensuite, on ne manquera pas de relever que le quantum choisi par le législateur est modéré. Suffisamment important pour que l'engagement du réservataire soit pris au sérieux, ce montant n'est pas pour autant contraignant. Il est tel qu'il laisse le choix au réservataire de ne pas conclure la vente. Un montant autrement plus élevé pourrait, en effet, exercer une pression préjudiciable sur la pleine expression de la liberté contractuelle. Il se révélerait comme une contrainte et pèserait inévitablement sur la décision de conclure le contrat de vente. La liberté de choix du réservataire est ainsi heureusement préservée.

262. - S'agissant des modalités du versement du dépôt de garantie, le législateur a tenu là-aussi à les encadrer. L'article R. 261-29 prévoit que le dépôt de garantie est versé sur compte spécial ouvert au nom du réservataire dans une banque, dans un établissement spécialement

habilité à cet effet ou encore chez un notaire³⁸¹. Il importe de rappeler, à ce sujet, que les fonds versés à titre de garantie ne deviennent pas la propriété du vendeur. Déposés sur un compte spécial, ils « *sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente* » selon l'alinéa 3 de l'article L. 261-15. Cette règle n'est pas sans présenter un intérêt pour les deux parties. Le vendeur bénéficie d'une garantie de paiement et l'acheteur, pour sa part, réserve le bien sans pour autant que le dépôt de garantie soit d'emblée acquis au promoteur. En définitive, l'un comme l'autre n'ont prise sur la somme déposée en garantie. L'acheteur en est dépossédé mais le vendeur ne peut en disposer immédiatement. La règle a vocation, de la sorte, à prévenir une appropriation indue de la somme avant la conclusion du contrat de vente. Elle préserve, en cela, tout particulièrement les intérêts du réservataire. Partant, l'on admet la responsabilité du dépositaire des fonds lorsqu'il crédite le compte du promoteur avant la conclusion de la vente³⁸². Par ailleurs, l'article L. 263-1 réprime pénalement³⁸³ toute personne qui exige ou accepte un versement en violation de l'article L. 261-15 précité³⁸⁴.

B. Un droit à restitution aménagé par les textes

263. - Le sort du dépôt de garantie est régi par l'article L. 261-15 qui énonce en son quatrième alinéa que ces sommes sont restituées au déposant dans le délai de trois mois si le contrat n'est pas conclu du fait du vendeur ou si l'acheteur n'obtient pas le ou les prêts assurant le financement de la construction, ou si le contrat envisagé montre une différence anormale eu égard aux prévisions du contrat préliminaire.

264. - L'article R. 261-31 apporte des précisions supplémentaires sur les conditions de ladite restitution. Il énumère une à une les hypothèses dans lesquelles le dépôt de garantie est

³⁸¹ CCH, art. R. 261-29 *in limine*. À noter que cet article dispose, *in fine*, que les dépôts des réservataires des différents locaux composant un même immeuble ou un même ensemble immobilier peuvent être groupés dans un compte unique spécial comportant une rubrique par réservataire. On observera que ladite règle est appréciable pour des raisons pratiques.

³⁸² M. FAURE-ABBAD, *Droit de la construction, Contrats et responsabilités des constructeurs*, Gualino éditeur, 2007, p. 109.

³⁸³ CCH, art. L. 263-1: « *Toute personne qui exige ou accepte un versement en violation des dispositions des articles L. 261-12, L. 261-15 et L. 262-8 est punie d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 9 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement. / Ne sont pas considérés comme des versements au sens du présent article les dépôts de fonds effectués sur un compte bancaire ouvert au nom du déposant et dont celui-ci peut à tout moment disposer sans restriction d'aucune sorte.* »

³⁸⁴ Pour rappel, l'article L. 261-15 du CCH a trait au versement du dépôt de garantie dans le contrat préliminaire. V. *supra* nos développements, n° 251 et ce présent paragraphe.

restitué au réservataire, sans retenue ni pénalité. C'est le cas lorsque le contrat de vente n'est pas conclu du fait du vendeur dans le délai prévu au contrat préliminaire ; ou si le prix définitif excède de plus de 5 % le prix prévisionnel, éventuellement révisé et ce, quelles qu'en soient les causes. C'est encore le cas si le ou les prêts prévus au contrat préliminaire ne sont pas obtenus ou transmis ou si leur montant est inférieur de 10% aux prévisions dudit contrat ; ou en l'absence de réalisation de l'un des éléments d'équipement prévus au contrat préliminaire ; ou si l'immeuble ou la partie d'immeuble ayant fait l'objet du contrat présente dans sa consistance ou dans la qualité des ouvrages prévus une réduction de valeur supérieure à 10%.

La demande de restitution du dépôt de garantie doit emprunter une certaine forme. Le réservataire doit impérativement la notifier au réservant par lettre recommandée avec accusé de réception. Il obtiendra le remboursement dans le délai maximum de trois mois à compter de sa demande dès lors que cette dernière est justifiée.

En pratique, la preuve du droit à la restitution peut, dans certaines circonstances, se révéler ardue à apporter. Ainsi, si le réservataire souhaite se prévaloir du motif tiré de la perte de valeur de l'immeuble réservé, il devra rapporter la preuve qu'une modification dans le projet initial³⁸⁵ a entraîné une réduction de valeur de plus de 10%. Lorsque cette restitution intervient, elle peut être accompagnée de dommages et intérêts en cas d'importantes modifications sans commune mesure avec les « *modifications de détail d'ordre technique* » prévues dans le contrat préliminaire³⁸⁶.

265. - Au travers des précédents développements, il ressort que plusieurs hypothèses de restitution du dépôt de garantie sont prévues par les textes. Cet encadrement légal vient s'ajouter aux dispositions régissant le montant et les modalités du versement du dépôt de garantie. De là,

³⁸⁵ Par exemple, la réduction des espaces verts, le remplacement du parquet par du revêtement stratifié, etc.

³⁸⁶ Cass. 3^e civ., 17 novembre 1993, Bull. 1993 III, n^o 148, p. 97: En l'espèce, suite à une erreur de l'architecte, la fenêtre de la chambre et l'une des fenêtres de la salle de séjour d'un appartement de deux pièces avait été supprimées sans que les réservataires en aient été informés. La Cour de cassation rejette le pourvoi du réservant et accorde aux réservataires, outre la restitution du dépôt de garantie, des dommages et intérêts. Elle motive sa décision en considérant que le réservant « *avait manqué à son obligation de renseignement et d'exécution de bonne foi du contrat* » et avait privé les réservataires « *d'une chance de mise en œuvre d'un nouveau projet compatible à l'époque avec leurs disponibilités financières et une fiscalité avantageuse* ». Dans le même sens, la jurisprudence postérieure considère que l'exécution de bonne foi du contrat implique que des modifications substantielles du projet initial soient justifiées par un motif sérieux et légitime (v. par ex., Cass. 3^e civ., 20 octobre 2004, inédit, n^o 03-10406, RDC 2005, n^o 2, p. 264, obs. D. MAZEAUD (cassation de l'arrêt de la Cour d'appel ayant rejeté la demande de dommages et intérêts des réservataires). Ainsi, s'il est permis au réservant d'ajuster le contrat de vente en fonction des modifications apportées au projet primitif, cette liberté comporte des limites tenant à l'impératif d'une exécution de bonne foi du contrat. Et en cas de manquement à cette obligation, le réservant devra indemniser le réservataire qui renonce au contrat à cause des changements opérés.

c'est tout un ensemble de mesures qui gouverne cette entrée payante. Cet engagement est, de la sorte, très réglementé. Se pose, dès lors, la question des répercussions de l'encadrement légal sur le sérieux de l'engagement.

II. Les répercussions de l'encadrement légal sur le sérieux de l'engagement

266. - L'intervention du législateur, en matière de contrat préliminaire de réservation, est significative, à ce point d'ailleurs que le sérieux porté à l'engagement paraît dicté par les textes (A). On constatera ainsi que le dépôt de garantie est, en définitive, une entrée payante peu contraignante au profit d'un débiteur surprotégé (B).

A. Un sérieux dicté par les textes

267. - Parce que le dépôt de garantie est particulièrement encadré dans le secteur protégé, la volonté de contracter du réservataire et le sérieux qu'il porte à cet engagement sont cloisonnés. Si les sommes engagées demeurent importantes puisqu'elles sont calculées au prorata du prix d'un bien immobilier, l'intervention du législateur jugule l'expression de la liberté contractuelle des parties. Le sérieux de l'engagement est donc dicté par les textes. La liberté contractuelle peut encore s'exprimer, mais ce, dans une moindre mesure. De fait, il est permis au réservant d'accroître ses obligations et au réservataire, de limiter les siennes. Ces contraintes légales se comprennent dans la mesure où elles tendent à protéger les accédants à la propriété d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte. Dans une logique de sauvegarde de leurs intérêts, la loi a réglementé précisément la nature et l'étendue des obligations qui leur incombent. En ce sens, le statut de la vente d'immeuble à construire forme un ordre public de protection.

S'agissant du secteur libre, la réglementation impérative du contrat préliminaire peut être écartée. Par conséquent, le promoteur peut conclure un avant-contrat de droit commun, ou un contrat préliminaire en excluant les règles contraignantes imposées par les textes³⁸⁷. Dans ce cas de figure et contrairement à l'hypothèse précédente, il est permis de penser que la conclusion

³⁸⁷ O. TOURNAFOND, *Vente d'immeuble à construire*, Dossiers n° 531 in Ph. MALINVAUD, *Droit de la construction* 2014/2015, Dalloz action, Dalloz, 2014, n° 531.120, p. 1690.

de ces contrats et le versement de l'entrée payante témoigneront du sérieux de l'engagement.

B. Un entrée payante finalement peu contraignante au profit d'un débiteur surprotégé

268. - D'un montant limité par la loi³⁸⁸, indisponible, incessible et insaisissable³⁸⁹, le dépôt de garantie est également restituable sous certaines conditions. Sa nature même, il faut le rappeler, exonère le débiteur de l'obligation d'acquiescer. En effet, ce dernier ne s'engage, en le versant, qu'à réserver un immeuble ou une partie d'immeuble dans le cas où il serait bâti.

269. - Outre cela, selon les dispositions combinées des alinéas 1 et 4 de l'article L. 271-1, le réservataire non professionnel bénéficie d'un délai de rétractation de dix jours à compter du lendemain de la première présentation de la lettre lui notifiant le contrat de promesse de vente d'un immeuble à construire³⁹⁰. Évidemment, durant ce délai, aucun versement de fonds ne saurait valablement intervenir³⁹¹. Le versement du dépôt de garantie n'est donc pas autorisé durant ce délai.

270.- Ainsi, en raison de l'importance des dispositions gouvernant la vente d'immeuble à construire, il appert que le dépôt de garantie, unique engagement du réservataire dans le contrat préparatoire, est peu contraignant. Le sérieux des parties et leurs volontés de s'engager sont à ce point encadrés qu'ils peinent à s'exprimer véritablement.

Dès lors, le dépôt de garantie du contrat de réservation est indubitablement l'une des entrées payantes les moins contraignantes. Faut-il pour autant le regretter ? Il n'en saurait être question. Le dépôt de garantie est et demeure un effort concédé par le réservataire et un signe intangible de son sérieux. À bien y regarder, l'interventionnisme du législateur est légitimé par la nécessité d'instaurer un équilibre entre les droits et obligations du réservant et du réservataire. Il importe, en effet, de protéger le réservataire de possibles abus du réservant.

³⁸⁸ CCH, art. R. 261-28 précité. V. nos développements *infra* n° 261.

³⁸⁹ CCH, art. L. 261-15, al. 3 précité.

³⁹⁰ Pour rappel, la notification du contrat se fait par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par tout autre moyen présentant des garanties équivalentes pour la détermination de la date de réception ou de remise. La faculté de rétractation, lorsqu'elle est exercée, prend la même forme.

³⁹¹ CCH, art. L. 271-2.

Conclusion du chapitre

271.- Il nous a été donné de constater que les entrées payantes « engagement », signes du sérieux de l'engagement du débiteur, connaissent une grande variété dans leurs manifestations. Avances sur le prix, garantie ou contrepartie d'une prestation du créancier de l'entrée payante, elles sont plus ou moins encadrées par le législateur. Ces interventions sont liées indiscutablement à la qualité du débiteur. La loi veille, en effet, à préserver les intérêts des plus faibles d'entre eux et ce, parfois au détriment du libre exercice de la liberté contractuelle. Plus particulièrement, le sérieux de l'engagement du débiteur peine à s'exprimer véritablement.

Conclusion du titre

272.- En dépit de leurs particularités, les entrées payantes « engagement » ont toutes pour point commun, de manifester le sérieux de l'engagement sans pour autant majorer l'obligation principale du *solvens*. Ce dernier aspect, notamment, les distingue des entrées payantes « supplément » qu'il convient présentement d'évoquer à travers leurs justifications.

**TITRE 2 - L'ENTRÉE PAYANTE, PAIEMENT
SUPPLÉMENTAIRE DU DROIT DE CONTRACTER**

273. - La conclusion d'un contrat est motivée par la volonté d'obtenir une contre-prestation de son cocontractant. Or cette prestation, excepté l'hypothèse de la convention conclue à titre gratuit, a très classiquement un coût. Reste qu'en certaines circonstances, ce coût est majoré, car en plus de sa propre prestation, l'un des contractants doit verser à l'autre un paiement supplémentaire, faute de quoi, la conclusion du contrat serait compromise. Cette situation n'est en rien comparable avec celle relative aux entrées payantes « engagement » qui témoignaient du sérieux du débiteur sans entraîner un surcoût. Dans le cas présent, en effet, il est question d'un paiement supplémentaire qui s'ajoute aux prestations normales de l'un des contractants. Mais comment comprendre la notion de « supplément » ? Cette dernière n'est pas sans présenter quelques subtilités d'où l'intérêt de lui consacrer une étude. Après avoir brossé les contours de cette notion (chapitre 1), on s'attachera à envisager ses manifestations et ses finalités (chapitre 2).

CHAPITRE 1 - LA NOTION DE « SUPPLÉMENT »

274. - De l'étude de la notion de supplément, se dégage un constat : il n'y a pas un, mais des suppléments. Le supplément connaît, de fait, des origines et des motivations diverses. Nonobstant cette diversité, se dégage une constante : la coexistence d'un prix principal et d'une somme supplémentaire (section 1). S'ajoutant à cet élément immuable, des éléments variables permettent de mieux appréhender les subtilités de ce versement et d'en évaluer la portée (section 2).

SECTION 1 - L'ÉLÉMENT CONSTANT DU SUPPLÉMENT : LA COEXISTENCE D'UN PRIX PRINCIPAL ET D'UNE SOMME SUPPLÉMENTAIRE

275. - Le versement d'une somme d'argent en exécution d'une obligation se conçoit aisément. Il intervient dans de nombreux contrats, tels que la vente, le contrat d'entreprise, le bail, etc. Cela est, somme toute, normal car il s'inscrit dans un rapport réciproque d'obligations. De fait, le prix constitue l'exécution d'une obligation contractuelle au même titre que l'obligation dont il est la contrepartie (§1). Il n'est pas rare, par ailleurs, qu'à ce paiement vienne s'ajouter une obligation monétaire supplémentaire qui conditionne l'acquisition de la qualité de contractant (§2).

§1. Le prix regardé comme l'exécution d'une obligation contractuelle

276. - Le prix constitue classiquement la contrepartie d'une obligation¹. Cette contre-prestation est on ne peut plus logique dans un contrat synallagmatique à titre onéreux (I). En revanche, si le supplément vient accroître le nombre d'obligations supportées par l'un des contractants, il n'interfère pas dans l'exécution des obligations contractuelles des parties (II).

I. Une contre-prestation logique dans un contrat synallagmatique

277. - On sait que le contrat est dit synallagmatique lorsque les parties sont tenues d'obligations réciproques². Il s'oppose au contrat unilatéral dans lequel seule une partie est obligée³. Dans le contrat synallagmatique, les obligations sont à la fois réciproques, interdépendantes⁴ et distinctes. Cette particularité est relevée par un auteur faisant référence à une image de « *deux allers sans retours* »⁵. L'interdépendance des obligations s'explique par l'indissociabilité, « *pour chacune des parties, de la créance dont elle bénéficie et [de] la dette*

¹ Sur l'obligation et son paiement : F. GRUA, *L'obligation et son paiement in Mélanges en l'honneur d'Yves GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 479 et s.

² C. civ., art. 1106, al. 1 nouv.

³ C. civ., art. 1106, al. 2 nouv.

⁴ Par interdépendance, il faut comprendre qu'elles sont corrélatives, autrement dit qu'elles dépendent l'une de l'autre.

⁵ A. SÉRIAUX, *La notion de contrat synallagmatique*, in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, n° 2, p. 779.

dont elle est tenue »⁶. C'est la raison pour laquelle on considère que « *chaque partie est à la fois créancière et débitrice, débitrice parce que créancière.* »⁷

L'on contracte dans le but d'obtenir la contrepartie de l'autre⁸. Il en résulte que l'obligation sans contenu est nulle⁹. Ainsi, la nullité du contrat est encourue si la chose vendue n'existe pas¹⁰. L'interdépendance des obligations concourt ainsi à l'efficacité du contrat, car chacun des contractants exécutera sa dette de crainte de perdre sa créance.

Et c'est encore plus vrai quand on sait que le contractant peut se prévaloir de l'exception *non adimpleti contractus* qui lui permet de ne pas exécuter sa propre prestation, tant que son contractant n'offre pas d'exécuter la sienne¹¹. Par ailleurs, en cas d'inexécution du contrat par l'une des parties, son cocontractant peut toujours en demander la résolution judiciaire¹², ce qui aura pour effet de l'anéantir rétroactivement¹³. Enfin, si une partie ne peut exécuter son obligation du fait de la survenance d'un événement de force majeure¹⁴, son cocontractant est

⁶ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 16^e éd. (par E. SAVAUX), coll. Sirey Université, Dalloz, 2014, n° 83, p. 74.

⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., LGDJ, Lextenso éd., 2015, n° 409, p. 187.

⁸ On se laisserait aller à dire avec des mots aujourd'hui désuets que les obligations réciproques des parties se servent mutuellement de « cause ». Pour une illustration tirée d'une jurisprudence ancienne : Cass. 1^{re} civ., 25 mai 1988, Bull. civ., I, n° 149, p. 102: « *La cause des obligations d'une partie réside, lorsque le contrat est synallagmatique, dans l'obligation de l'autre* ». Pour rappel, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 n'utilise plus le vocable « cause ». On retrouve cependant le concept (dans le sens de cause objective) au nouvel article 1169 du Code civil avec l'utilisation du mot contrepartie : « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* » V. en ce sens, S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques 2016-2017*, 24^{ème} éd., Dalloz, p. 164, v° *Cause*. V. également la rédaction du nouvel article 1128 du Code civil faisant référence à la nécessité d'un « *contenu licite et certain* » et non plus à « *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* » et à « *une cause licite dans l'obligation.* » (C. civ., art. 1108 anc.).

⁹ C. civ., art. 1128 et art. 1169 nouv. Comp. avec jurisprudence rendue sous l'empire de la loi de 1804 : Cass. 1^{re} civ., 7 février 1990, Bull. civ., I, n° 38, p. 29 : « *lorsque l'obligation d'une partie est dépourvue d'objet, l'engagement du cocontractant est nul, faute de cause* ».

¹⁰ Cass. 3^e civ., 4 mai 1983, Bull. civ. III, n° 103.

¹¹ C. civ., art. 1219 nouv. : « *Une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave.* » ; Cass. com., 15 janvier 1973, D. 1973, p. 473, note GHESTIN ; Gaz. Pal. 1973. 2. 495, note GUYENOT (faculté pour le concédant, en cas d'inexécution de ses obligations par le concessionnaire, de vendre lui-même dans le secteur concédé).

¹² C. civ., art. 1227 nouv. : « *La résolution peut, en toute hypothèse, être demandée en justice.* »

¹³ Pour des illustrations en matière de vente : Cass. 3^e civ., 24 novembre 1999, Bull. civ., III, n° 228, p. 159 ; D. 2000, p. 599, note VINCKEL ; D. 2000. Somm. p. 291, obs. CARON ; AJDI 2001, p. 62, obs. COHET-CORDEY ; Cass. 3^e civ., 22 juin 2005, D. 2005, p. 3003, note RAKOTOVAHINY ; JCP 2005. II. 10149, note DAGORNE-LABBE.

¹⁴ C. civ., art. 1218, al. 1 nouv. : « *Il y a force majeure en matière contractuelle lorsqu'un événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et*

également délié de sa propre obligation, par application de la théorie des risques.

En bref, il existe, en toute hypothèse, une réelle interaction entre les obligations contractuelles des parties. L'attitude d'un contractant influera forcément sur celle de l'autre car leurs obligations se « répondent ». À titre d'exemple, le loyer et la mise à disposition du local sont respectivement des obligations du locataire et du bailleur dans le contrat de bail. Plus précisément, le loyer versé par le locataire est la contrepartie de la mise à disposition du local par le bailleur. Il est ainsi la contre-prestation attendue par ce dernier. Autre exemple, le prix est la contrepartie du transfert de propriété de la chose, objet de la vente. Il constitue l'exécution d'une obligation contractuelle. La contre-prestation attendue est la chose pour l'acheteur, et le prix, pour le vendeur.

278. - Ainsi, dans le contrat synallagmatique, la contrepartie est logique, évidente. Exécutées, les obligations sont regardées comme des paiements. De là, il est admis que l'exécution d'une obligation est nécessairement un paiement¹⁵. Un auteur a pertinemment illustré ce mécanisme en ces termes : « *L'obligation est du devoir être et le paiement est le passage à l'être, donc un retour au fait.*¹⁶ » Dans le bail, le loyer et la mise à disposition du local constituent tous deux des paiements. Le paiement en tant qu'obligation a une cause puisqu'il constitue la contrepartie de l'exécution pour le cocontractant de ses obligations. De même, le transfert de propriété, en matière de vente, constitue l'exécution d'une obligation contractuelle. C'est un paiement tout comme le prix dont elle est la contrepartie.

En conclusion, dans un contrat synallagmatique tels les exemples cités précédemment, le principe de la contre-prestation est logique car induit par la nature même du contrat. Les parties sont pareillement tenues à des obligations et sanctionnées en cas d'inexécution. Il y a un parallélisme cohérent entre les obligations des contractants.

dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. »

¹⁵ Les auteurs précisent que « *toute exécution d'une obligation est un paiement.* » : F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis, Dalloz, 2013, n° 1315, p. 1367 ; v. sur le sujet : F. GRUA, *L'obligation et son paiement* in *Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 479 et s.

¹⁶ F. GRUA, *L'obligation et son paiement* in *Mélanges en l'honneur de Y. GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, n° 6, p. 482.

279. - Le contrat synallagmatique est le terrain d'élection de l'entrée payante « supplément ». Cette dernière vient se greffer à un contrat classique où les parties sont réciproquement tenues à des obligations. Le supplément requis ne trouve donc pas de justification dans l'absence ou l'insuffisance du contenu de l'obligation à la charge de l'une des parties, auquel cas le contrat serait nul. L'hypothèse d'une exécution asynchrone des obligations des parties ne saurait également expliquer son existence. Il s'agit réellement d'un paiement supplémentaire exigé d'un cocontractant, en sus de la prestation normale.

Quoi qu'il en soit, lorsqu'elle est stipulée, l'entrée payante « supplément » n'a point d'incidences sur l'exécution ultérieure des obligations contractuelles. Versée en amont du contrat pour des motifs qui lui sont propres, le supplément se distingue, à part entière, de ces dernières.

II. L'indifférence de la stipulation de l'entrée payante sur les autres obligations contractuelles des parties

280. – Comme énoncé précédemment, le contrat comportant la stipulation d'une entrée payante est synallagmatique et suppose, par conséquent, un prix ou une contreprestation. Outre ce paiement, les parties devront s'acquitter de leurs autres obligations dans le respect des stipulations contractuelles et des lois.

Un contrat assorti d'une entrée payante est, en effet, avant tout un contrat. Une fois, le contrat conclu, les parties seront tenus d'exécuter leurs obligations et ce, indépendamment des sommes préalablement versées. La stipulation d'une entrée payante n'emporte, de ce fait, aucune conséquence sur le contenu de leurs obligations respectives. Ainsi, le débiteur de l'entrée payante ne saurait se prévaloir de l'avoir versée pour ne pas exécuter le contrat, ne serait-ce que partiellement.

281. - La jurisprudence s'est saisie de cette question dans un arrêt du 25 février 1998 rendu en matière de franchisage¹⁷. Dans cette décision aux confluences du droit du travail et du

¹⁷ Cass. soc., 25 février 1998, Bull. civ., V, n° 106, p. 77, D. 1998, somm. 339, obs. D. FERRIER ; JCP E, 1998, panor. p. 536, obs. P. MORVAN.

droit commercial¹⁸, la Cour de cassation a incidemment considéré que la conservation du droit d'entrée ne doit pas être un moyen de diminuer la rémunération effective du gérant.

En l'espèce, une société de transport avait conclu avec l'un de ses anciens salariés licenciés un contrat de franchisage ayant pour objet le ramassage et la livraison de colis. Saisissant les instances prud'homales, ce salarié a réclamé le remboursement de frais prétendument exposés pour les besoins de son activité et dans l'intérêt de l'employeur. Il a également formulé une demande tendant au remboursement d'une somme versée au franchiseur à titre de « droit d'entrée ». Les juges du fond ont fait droit à la première demande du salarié mais l'ont débouté de la seconde aux motifs que « *les relations juridiques régies par l'article L. 781-1 du Code de travail*¹⁹ [...] *n'ont pas été qualifiées de contrat de travail de droit commun* ». En cela, la Cour de cassation censure la juridiction du fond, lui reprochant de ne pas avoir recherché la cause du versement et de ne pas avoir vérifié si la conservation de la somme par le franchiseur n'était pas un moyen de diminuer la rémunération effective du gérant en deçà du SMIC. S'agissant de la cause du versement spécifiquement, les juges du droit ont estimé que la Cour d'appel aurait dû contrôler que le droit d'entrée n'était pas « *une somme déposée lors de la conclusion du contrat pour en garantir la bonne exécution et, donc, éventuellement remboursable* ». Sur ces motifs, elle prononce un arrêt de cassation partielle.

Si cette décision paraît légitime sur le fond, les motifs des juges du droit laissent, tout de même, dubitatif. Les faits de l'espèce démontrent clairement l'existence d'un lien de subordination entre franchiseur et franchisé. Cela suffisait amplement à justifier l'application des règles protectrices en matière de droit du travail. Pourquoi, par conséquent, s'attarder sur la cause du versement du droit d'entrée et le fait qu'il ait pu être exigé pour diminuer la rémunération effective du gérant ? Ces interrogations tendent en effet à ignorer la nature véritable du droit d'entrée²⁰ qui est, rappelons-le, la contrepartie du savoir-faire, de la notoriété de la marque etc. dans le contrat de franchise. Cette entrée payante n'est, de plus, pas restituable sauf en cas de résolution dudit contrat. Partant, il aurait été plus simple de relever que le contrat

¹⁸ On y trouve, en effet, une application de l'ancien article L. 781-1 du Code de travail aux rapports entre un franchisé qualifié de gérant de succursale et un franchiseur, ancien employeur du premier. À noter que cet article L. 781-1 a été abrogé par l'ordonnance n°2007-329 du 12 mars 2007 et remplacé par l'article L. 7321-2 du Code du travail, modifié depuis par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. Pour rappel, l'article L. 7321-2 énumère les catégories de travailleurs qui relèvent du statut de gérant de succursale.

¹⁹ V. désormais : C. trav., art. L. 7321-2.

²⁰ V. en ce sens, P. MORVAN, note sous Cass. soc., 25 février 1998, JCP E, 1998, panor. p. 538 et D. FERRIER, note sous ce même arrêt, D. 1998, somm. 339.

litigieux ne possédait pas les caractéristiques propres au contrat de franchise²¹.

Quoique la motivation de cette solution prête à discussion, elle a le mérite de mettre au jour l'intérêt de la distinction entre entrée payante et obligation contractuelle. L'entrée payante apparaît ainsi comme un droit d'accès au contrat dont la stipulation est sans incidences sur le contenu et l'exécution du contrat.

282. - S'il est vrai que l'entrée payante n'a pas d'impact sur le contenu des obligations contractuelles des parties, il demeure que la stipulation de cette obligation n'est pas sans conséquences sur l'existence même du contrat. De fait, il importe de préciser que l'absence de versement de l'entrée payante conduira les parties à ne pas conclure le contrat définitif. Il faut garder à l'esprit, en effet, que la stipulation d'une entrée payante intervient lors de la phase précontractuelle et subordonne la conclusion du contrat à son paiement, d'où le choix d'ailleurs de cette dénomination. Un désaccord sur l'existence ou le montant du versement peut se solder par la rupture définitive des négociations. Autrement dit, les parties seront amenées à renoncer à la conclusion du contrat. En ce sens, l'entrée payante influe sur la conclusion de la future convention. À vrai dire, son versement est même déterminant quant à l'existence du contrat (principal)²². Il convient, dès lors, d'évoquer plus avant les particularités de ce versement.

§2. Le supplément, adjonction d'une obligation monétaire

283. - Venant majorer la prestation normalement requise, l'entrée « supplément » se distingue de l'entrée « engagement » par sa nature et son régime particulier. De fait, l'entrée « supplément » se révèle comme un véritable surcoût venant grever le patrimoine du *solvens*, bien au-delà d'un simple engagement. Parce qu'elle reste, en toutes hypothèses, acquise au créancier, l'entrée « supplément » apparaît comme un indiscutable supplément (I), inassimilable à l'entrée « engagement » (II).

²¹ V. le Professeur FERRIER, note préc., p. 339.

²² L'entrée payante peut être une obligation stipulée ou non dans un avant-contrat.

I. Un indiscutable supplément

284. - Les subtilités de la notion de « supplément » commande qu'il soit apporté quelques éclaircissements préliminaires sur le sujet (A). Ce bref exposé posera notamment les jalons de la réflexion sur la définition de l'entrée payante « supplément » (B).

A. Éclaircissements préliminaires sur la notion de « supplément »

285. - La stipulation d'une entrée payante vient bouleverser le schéma contractuel classique en ce qu'il impose à l'une des parties de verser une somme d'argent à l'orée du contrat. Non seulement tenue d'exécuter son obligation contractuelle, elle devra, en sus, verser une somme d'argent. Cette somme d'argent peut faire la démonstration du sérieux de l'engagement de l'une des parties. Mais, elle peut également se révéler comme un supplément, un surcoût supporté par le *solvens*.

286. - Emprunt du latin classique *supplementum* (fait de compléter, complément, notamment « effectif ajouté des armées » et « renfort, secours »), « supplément »²³ est dérivé de *supplere* (remplir, compléter). L'idée de surplus apparaît au XV^e siècle, avec le sens de « *ce qui est ajouté à une chose déjà complète* » (1355, *suppliment*, forme moderne), qui correspond à l'ancien provençal de *suplement* (1289). Puis, supplément va être employé pour désigner « *la somme payée en plus pour obtenir un bien ou un service supérieur (1777)* ». La locution « *en supplément* » va ensuite se généraliser avec des acceptions particulières, notamment « *en payant un supplément par rapport à un prix fixe* »²⁴.

L'association de surplus à supplément a été maintenue dans le sens moderne puisqu'ils sont synonymes lorsque supplément n'a pas le sens de complément ou d'addenda. Il importe de relever que si supplément et complément désignent tous deux ce qui est ajouté à quelque chose, on parle de complément lorsqu'on procède à un ajout pour qu'il s'intègre à quelque chose et la complète²⁵, tandis que l'utilisation du terme supplément s'impose lorsque l'ajout vient se juxtaposer ou se superposer à une chose déjà complète²⁶. Cette dernière acception

²³ *Dictionnaire historique de la langue française*, sous la direction d'A. REY, Tome 3, Le Robert, 2006, p. 3697, v^o *Supplément*.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Dictionnaire des synonymes, nuances et contraires*, Le Robert, 2005, p. 1120, v^o *Supplément*.

²⁶ *Ibid.*

servira pertinemment de point de départ à notre réflexion sur la définition de l'entrée « supplément ». Mais avant cela, il convient de s'intéresser à l'usage du supplément en Droit.

287. - Il n'existe pas, à notre connaissance, de définition juridique de « supplément » mais le vocable et son épithète « supplémentaire » sont d'usage relativement courant en Droit²⁷. L'adjectif « supplémentaire », en particulier, est souvent employé avec un substantif relatif à l'argent : rémunération²⁸, coût²⁹, frais³⁰, paiement³¹, imposition³², allocation³³ etc. Les domaines concernés sont très divers³⁴. Quoi qu'il en soit, dans chacune de ces utilisations, se dégage la notion de surcoût, d'une obligation de somme d'argent majorée.

Ces points étant éclaircis, il devient plus aisé de s'atteler à la définition de l'entrée payante « supplément ».

B. Définition de l'entrée payante « supplément »

288. - Appliquée à la matière des contrats, l'entrée payante « supplément » est une prestation monétaire exigée à l'orée du contrat, en sus de l'obligation contractuelle. Elle peut être, de la sorte, regardée comme un effort supplémentaire imposé à l'un des contractants, une obligation pécuniaire additionnelle, un surcoût. Elle n'est pas la contrepartie des obligations contractuelles de l'autre partie. Elle vient s'ajouter, se superposer aux obligations contractuelles du débiteur de l'entrée payante.

Le « supplément » présente, en outre, une autre particularité importante : son versement intervient avant ou concomitamment à la conclusion du contrat d'où l'appellation « entrée payante ».

²⁷ On dénombre 262 occurrences du mot « supplément » ou de l'adjectif « supplémentaire » dans les codes en vigueur en décembre 2016 (Recherche sur Légifrance, par mot ou expression). À titre de comparaison, le mot « engagement » est cité 3039 fois pour une recherche effectuée à la même période.

²⁸ CPI, art. L. 212-3-3.

²⁹ C. consom., art. R. 222-1, 2°, al. 3.

³⁰ C. consom., art. L. 312-4 ; L. 221-6 ; L. 221-24 ; C. rur., art. L. 251-17, al.4, 5 et 6, etc.

³¹ Dans la partie législative du Code de la consommation, une section entière est consacrée aux « *paiements supplémentaires sans consentement exprès* » (v. section VII du chap. I du titre II du livre I). Nous reviendrons plus amplement sur ce point ultérieurement.

³² CGI, art. 1727 ; art. 238 bis ; L. 77, al. 3.

³³ CGI, art. 1013, III, 2°

³⁴ Droit de la propriété intellectuelle, droit fiscal, droit de la consommation, droit rural, etc.

En raison de son régime juridique, l'entrée « supplément » est synonyme de contrainte financière. Ce caractère contraignant résulte du fait qu'il faille payer pour accéder au contrat sans possibilité de récupérer ou de déduire cette somme. Partant, si le *solvens* souhaite contracter, il doit se soumettre à l'impératif du versement. Autrement dit, le paiement de l'entrée « supplément » constitue une condition *sine qua non* pour conclure le contrat. En ce sens, le supplément constitue une atteinte à la liberté de contracter puisque l'accès au contrat n'est point libre, mais conditionné. Le *solvens* est tenu d'accepter le principe du paiement de cette somme afin que le contrat soit conclu.

L'on peut légitimement se récrier contre l'existence de telles pratiques et surtout s'interroger sur leur validité. Or, quoique le procédé soit discutable, l'entrée « supplément » est rarement mise en cause, voire tolérée par la loi. La raison en est qu'elle comporte, du moins toujours en apparence, une contrepartie³⁵. Cette contrepartie diffère selon les contrats concernés et est, nous le verrons ultérieurement, plus ou moins justifiée.

289. - Loin d'être cantonnée à certains contrats, l'entrée payante « supplément » est présente dans une pluralité de domaines tels, qu'entre autres³⁶, le droit des baux (pas-de-porte), le droit de la distribution (droit d'entrée du contrat de franchise, du contrat d'affiliation et prime de référencement du contrat de référencement), le droit des sociétés (prime d'émission) et le droit de la consommation (paiement supplémentaire exigé lors de la conclusion du contrat et autres droits d'entrée). Les obligations précitées répondent à la définition précédemment dégagée de l'entrée payante « supplément » car elles viennent se greffer aux obligations traditionnelles du débiteur. Il convient d'en présenter quelques-unes brièvement pour s'en convaincre.

290. - En matière de franchise³⁷, l'entrée « supplément » prend la forme d'un droit

³⁵ V. *infra* n° 322 et s. et n° 348 et s.

³⁶ La liste énoncée ci-après n'est pas exhaustive. Il s'agit surtout d'énoncer ici quelques exemples propres à faciliter l'appréhension de la pratique d'entrée « supplément ». Des développements plus complets sur la question seront proposés ultérieurement (dans le titre consacré aux manifestations des entrées « supplément ») : v. *infra* n° 321 et s.

³⁷ Selon une définition de M. MALAURIE-VIGNAL et D. HEINTZ, *Droit de la distribution*, 2^e éd., Sirey, 2012, n° 230, p. 70, « le contrat de franchisage est un contrat par lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit d'exploiter une franchise, c'est-à-dire des droits de propriété intellectuelle (savoir-faire et licence de marque et d'enseigne) ou industrielle, dans le but de commercialiser des produits ou services, à charge pour ces derniers de payer un droit d'entrée et des redevances périodiques et de respecter des exigences commerciales imposées par son franchiseur. » Comp. avec celle proposée par P. ENGEL et A. THEVENAZ, *Le contrat de*

d'entrée, appelé encore redevance initiale forfaitaire³⁸. La cause de ce droit d'entrée ne fait pas l'unanimité chez les auteurs. Pour certains, il est le prix à payer par le franchisé pour accéder au réseau³⁹. D'autres considèrent qu'il constitue la contrepartie de la communication du savoir-faire⁴⁰ ou encore le prix des éléments concédés⁴¹. Au paiement de ce droit d'entrée, s'ajoute le paiement de redevances⁴² (d'exploitation proportionnelles) durant toute la durée du contrat. D'autres redevances peuvent, par ailleurs, être acquittées par le franchisé (redevance spéciale pour la publicité, redevance de sortie de réseau à la charge du franchiseur, redevance pour utilisation de la marque et celle pour l'assistance technique).

291.- Dans les baux commerciaux⁴³, une pratique ancienne consiste à imposer au futur locataire le versement d'un pas-de-porte appelée encore « droit » ou « denier d'entrée »⁴⁴. Ce versement, lorsqu'il est prévu, vient majorer les obligations des locataires qui sont

franchise in *Les contrats de distribution, Contributions offertes au Professeur François DESSEMONTET*, Cedidac, 1998, p. 77: « Le contrat de franchise peut dès lors être défini comme étant celui conclu par deux personnes indépendantes l'une de l'autre, par lequel la première, le franchiseur, cède à la seconde (le franchisé), moyennant rémunération, le droit d'utiliser notamment son nom, sa marque, son enseigne, son image ou son savoir-faire, le bénéficiaire s'engageant à commercialiser des produits ou à offrir des services en utilisant, avec l'aide et les conseils de son cocontractant, les droits immatériels dont l'usage lui a été cédé. »

³⁸ Cette expression emporte la préférence de M. LE TOURNEAU qui l'assimile à la rémunération des prestations de services dont bénéficie le franchiseur avant l'ouverture de son établissement et de la communication du savoir-faire. V. Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA (avec la particip.), *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., coll. Litec professionnel, Droit commercial, Litec, 2007, n° 611, p. 269. À noter que l'expression « redevance initiale forfaitaire », reprise par la suite par une partie de la doctrine, a été proposée par M. LE TOURNEAU dès 1980.

³⁹ Cette analyse est critiquée par D. FERRIER, pour qui, « le droit d'entrée représenterait donc plutôt la contrepartie de la communication du savoir-faire, tandis que les redevances représenteraient la contrepartie de la mise à disposition de la marque et de l'assistance apportée par le franchiseur. » D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 6^e éd., Lexisnexis Litec, 2012, n° 709, p. 360. Comp. avec C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis Litec, 2011, n° 169, p. 136 : « Le droit d'entrée (...) est la contrepartie de l'entrée dans un réseau expérimenté et de la transmission d'un savoir-faire qui procure un avantage concurrentiel. »

⁴⁰ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 6^e éd., Lexisnexis, Litec, 2012, n° 709, p. 360.

⁴¹ Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA (avec la particip.), *op. cit.*, n° 612, p. 269.

⁴² En principe, elle est proportionnelle au chiffre d'affaires total du franchisé, hors taxes ou TTC, avec un taux variant de réseau à réseau. Mais, plus rarement, elle est forfaitaire par mois, par trimestre ou par an. Le forfait est parfois fixé par client (v. Ph. LE TOURNEAU, *op. cit.*, n° 620, p. 272).

⁴³ J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966 ; J. DERRUPPÉ, R. MAUS, G. BRIÈRE DE L'ISLE et P. LAFARGE, *Baux commerciaux*, Dalloz, 1979 ; M. PÉDAMON, *Baux commerciaux*, Droit civil français, T. V-2, 7^e éd., Librairies techniques, 1979 ; J. DERRUPPÉ, *Les baux commerciaux*, 2^e éd., Dalloz, 1996 ; J. MONÉGER (dir.), *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques*, Centre de recherche sur le droit des affaires, Litec, 2010 ; B. PETIT, *Droit commercial*, 5^e éd., coll. Objectif droit, LexisNexis, 2011 ; J.-P. BLATTER, *Traité des baux commerciaux*, coll. Référence juridique, 5^e éd., Ed. Le Moniteur, 2012, v. notam. p. 254-256 ; L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015 ; M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, 4^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015.

⁴⁴ J.-P. BLATTER, *Traité des baux commerciaux*, coll. Référence juridique, 5^e éd., Ed. Le Moniteur, 2012, p. 254.

notamment le paiement du loyer aux échéances convenues et l'usage du local conformément à sa destination. À ces obligations classiques, peuvent s'ajouter également des charges particulières telles que la réalisation de travaux, etc.

Le pas-de-porte désigne étymologiquement le seuil de la maison. Ce dernier constitue une spécificité française rencontrée particulièrement lors des périodes de pénurie de locaux à louer⁴⁵. Quoique décriée par certains⁴⁶, cette entrée « supplément » est licite puisqu'aucune disposition légale ne l'interdit⁴⁷. Le pas-de-porte peut être défini comme la somme versée par le locataire au bailleur lors de son entrée dans les lieux, prenant généralement la forme d'un capital⁴⁸ et restant définitivement acquise au bailleur. « *C'est un droit d'entrée, non seulement dans les locaux, mais aussi dans la profession, afin de pouvoir s'installer* »⁴⁹. On le décrit également comme « *toute somme que doit payer un commerçant afin d'obtenir la jouissance d'un local* »⁵⁰. En bref, le pas-de-porte est « *une sorte d'admittatur* »⁵¹.

Très tôt, certains auteurs ont considéré que son existence répondait aux avantages des locataires à savoir notamment l'indemnité d'éviction⁵². Mais, tout comme le droit d'entrée en matière de distribution, le pas-de-porte n'a pas de contrepartie claire⁵³, ou du moins, les auteurs

⁴⁵ « Lors de la conclusion du bail commercial, le bailleur exige assez fréquemment (beaucoup moins fréquemment cependant qu'à l'époque de la pénurie des locaux commerciaux), le versement d'un « pas-de-porte », c'est-à-dire d'une somme globale que paye le locataire en entrant dans les lieux. » M. PÉDAMON, *Baux commerciaux*, Droit civil français, tome V-2, 7^e éd., Librairies techniques, 1979, n° 81, p. 119. Dans le même sens : B. PETIT, *Droit commercial*, 5^e éd., LexisNexis, 2011, n° 228, p. 106 : « Cette pratique correspond cependant à une situation de pénurie de locaux commerciaux et tend à devenir aujourd'hui plus rare que par le passé. »

⁴⁶ Notamment par les locataires. En ce sens, L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n° 116, p. 94.

⁴⁷ Cass. 3^e civ., 15 février, 1995, Bull. civ., III, n° 50, p. 35 : « (...) aucune disposition du décret du 30 septembre 1953 n'interdit la remise d'une somme au bailleur par le preneur, à son entrée dans les lieux (...) ».

⁴⁸ Le paiement fractionné du pas-de-porte est pratiqué, quoique moins fréquemment. V. développements du second chapitre du présent titre relatifs au pas-de-porte.

⁴⁹ L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n°117, p. 94.

⁵⁰ MARTIN, *Le pas-de-porte*, D. 1957, chr. p.1, cité par B. BOCCARA, *Le pas-de-de porte versé au propriétaire d'un local commercial*, JCP éd. G 1963, doct., I. 1741.

⁵¹ J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 86, p. 70.

⁵² M. PÉDAMON, *Baux commerciaux*, Droit civil français, tome V-2, 7^e éd., Librairies techniques, 1979, n° 8, p. 13 : « La loi de 1926 a procuré un enrichissement gratuit aux locataires en place en leur accordant sinon un droit à renouvellement, du moins un droit à indemnité d'éviction ; en cas de cession du bail, ils ont demandé un pas-de-porte au successeur des biens loués. Les bailleurs à leur tour ont cherché à compenser les prérogatives résultant de la propriété commerciale et ils ont pris l'habitude de demander lors de la conclusion d'un bail le paiement d'un « pas-de-porte » par le nouveau locataire. »

⁵³ « le pas-de-porte est une pratique ancienne qui a rempli plusieurs fonctions au gré de l'évolution des droits des baux commerciaux ou même de l'économie » : H. KENFACK et J. SCHMIDT, *L'entrée dans les lieux loués* :

ne s'accordent pas sur ce qu'il recouvre⁵⁴. « *Supplément de loyer*⁵⁵, *contrepartie de l'acquisition de la propriété commerciale, ou « somme liée à la commercialité de l'emplacement qui comporte en germe l'existence d'une clientèle... »*⁵⁶, *indemnité liée au renouvellement*⁵⁷, les fondements sont multiples, d'autant plus que les explications « *ne s'excluent pas l'une l'autre.* »⁵⁸

Les justifications diverses du pas-de-porte en ont fait un versement suspect à tel point que M. CHAPSAL croyait pouvoir prédire au Sénat, le 1^{er} avril 1924, « *la disparition d'une grande partie de toutes ces tractations louches qu'on englobe sous le nom de pas-de-porte* »⁵⁹. Plus catégorique encore, le rapport RUEFF-ARMAND s'était même prononcé en faveur de son interdiction pure et simple⁶⁰. On ne saurait oublier, en effet, que le pas-de-porte se prête plus facilement qu'un loyer périodique à la dissimulation. Un rapport plus récent⁶¹, cependant, après avoir fait part d'incertitudes sur la pertinence de la pratique, s'est finalement prononcé en faveur de son maintien. En dépit de ces divergences, la pratique du pas-de-porte perdure, quoique de plus en plus rare, et coexiste avec celle des baux « à l'américaine », à savoir sans pas-de-porte. Observons, par ailleurs, que les soubresauts de la conjoncture économique actuelle ne nous permettent pas de préjuger de l'avenir du pas-de-porte.

le difficile équilibre entre l'économie et le juridique in J. MONÉGER (dir.), *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques*, Centre de recherche sur le droit des affaires, Litec, 2010, n° 277, p. 127.

⁵⁴ « [...] la justification qui en est donnée, et qui varie suivant les cas et les auteurs » J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 86, p. 70

⁵⁵ Si le pas-de-porte est considéré comme un supplément de loyer, il devra en être tenu compte lors des révisions du loyer si son existence est prouvée et un intérêt devra être payé au locataire par le bailleur puisqu'en matière de baux, les loyers payés d'avance portent intérêt (V. sur ce dernier point : C. com., art. L. 145-40).

⁵⁶ B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., coll. Thémis, PUF, 2002, n° 817, p. 597.

⁵⁷ Si le pas-de-porte constitue la compensation de la moins-value de l'immeuble due au droit à renouvellement du preneur, le droit d'entrée est sans incidence sur le prix de la révision et il doit être assimilé à l'usufruit en cas de cession du bail.

⁵⁸ B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n° 817, p. 597.

⁵⁹ B. BOCCARA, *Le pas-de-porte versé au propriétaire d'un local commercial*, JCP éd. G 1963, doctr., I. 1741, n° 18.

⁶⁰ Rapport auprès du Premier ministre, *Les obstacles à l'expansion économique* présenté par le Comité institué par le décret n° 59-1284 du 13 novembre 1959 dit « Rapport RUEFF-ARMAND », novembre 1959. Dans ce rapport (p. 33), le Comité recommanda aux pouvoirs publics de « limiter dans le temps le droit au renouvellement et d'interdire en conséquence la pratique du « pas de porte » ». Il ressort de ces travaux que le Comité établit un lien direct entre le droit au renouvellement conféré au preneur et la pratique du pas-de-porte. C'est ainsi l'aspect « indemnitaire » du pas-de-porte qui est pris en considération.

⁶¹ Rapport au garde des sceaux, *Propositions pour une modernisation du régime juridique des baux commerciaux et professionnels* dit « Rapport PELLETIER », avril 2004, p. 37.

292. - Demandée rarement dès la constitution de la société⁶², la prime d'émission⁶³ est principalement envisagée lors d'une augmentation du capital social. Elle est la somme supplémentaire versée par un nouvel associé pour intégrer une société⁶⁴ en sus du montant de l'action. Elle « représente le droit d'entrée des nouveaux actionnaires »⁶⁵ et « permet notamment de compenser l'avantage consenti aux titulaires d'actions nouvelles, qui acquièrent des droits sur les bénéfices mis en réserve »⁶⁶. La prime est facultative⁶⁷ mais sa libération doit être immédiate lorsqu'elle est prévue. C'est une entrée « supplément » car « elle s'ajoute au montant du capital souscrit »⁶⁸. Dans le même sens, « la jurisprudence la qualifie de « supplément d'apport »⁶⁹ ». La prime d'émission a principalement pour but de couvrir les frais de l'émission et permet d'équilibrer les droits des anciens et des nouveaux actionnaires⁷⁰.

Cette pratique a donné lieu, dans le passé, à des abus. La célèbre affaire du krach de l'Union générale nous fournit un exemple particulièrement éclairant sur ce point. Cette société accroissait le montant de la prime, à chaque augmentation de son capital, pour faire croire à la valeur de ses titres et à la prospérité de la société alors que les bénéfices étaient en déclin continu⁷¹. Par ailleurs, la nature de la prime a été à la source de débats importants⁷².

293. - Les trois exemples précités mettent en exergue les modalités de mise en œuvre

⁶² Cette hypothèse, quoique possible, reste exceptionnelle. V. en ce sens et entre autres : B. CAILLARD-D'AILLIERES, *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie Bellanger et Dagron, 1924, p. 7 ; P. DASTE, *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, th. Toulouse, Imprimerie H. CLEDER, 1925, p. 15.

⁶³ B. CAILLARD-D'AILLIERES, *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie BELLANGER et DAGRON, 1924 ; P. DASTE, *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, th. Toulouse, Imprimerie H. CLEDER, 1925 ; G. NAFFAH, *La prime d'émission*, th. Paris 2, Economica, 1987.

⁶⁴ Selon R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 366 : À l'inverse du droit préférentiel de souscription imposé par le législateur dans les sociétés par actions, le mécanisme de la prime d'émission est facultatif et peut être instauré conventionnellement dans tout type de société, même s'il n'est réglementé que dans le cadre des sociétés par actions (C. com., art. L. 225-128).

⁶⁵ D. LEGEAIS, *Droit commercial et des affaires*, 22^e éd., coll. Université, Sirey, 2015, n° 552, p. 280.

⁶⁶ Ph. MERLE et A. FAUCHON (avec la collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015, n° 357, p. 377.

⁶⁷ C. com., art. L. 225-128 al. 1.

⁶⁸ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, Lextenso éd., 2013, n° 211, p. 143.

⁶⁹ P. LE CANNU et B. DONDERO, *op. cit.*, n° 211, p. 143. Ces auteurs renvoient aux arrêts suivants : Cass. com., 9 juillet 1952, JCP 1953. II. 7742 ; Cass. req., 3 mars 1930, D. 1930. 1. 29, rapp. PILON.

⁷⁰ Ph. MERLE et A. FAUCHON (avec la collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015, n° 555, p. 691.

⁷¹ Trib. corr. Seine, 15 mai 1882, Rev. soc. 1883.239 ; Paris, 2 mars 1883, Rev. soc. 1883.231.

⁷² V. *infra* n°363 et s.

d'une entrée payante dans un contrat. Le droit d'entrée du contrat de franchise, le pas-de-porte du contrat de bail commercial ou la prime d'émission du contrat de société sont tous des entrées payantes venant se greffer à un contrat principal. Ces versements s'ajoutent aux prestations contractuelles du débiteur de l'entrée payante. Comme énoncé précédemment, en effet, le droit d'entrée est exigé en sus de redevances dans la franchise, le pas-de-porte en plus des loyers dans le bail commercial et la prime d'émission en plus du montant de l'action. Ces illustrations révèlent également le caractère facultatif du versement⁷³ et celui extrêmement variable de son montant. Il importe de rappeler, enfin, que l'entrée « supplément » est toujours conservée par le créancier.

Versée à l'orée du contrat, l'entrée payante « supplément » constitue une condition *sine qua non* de la conclusion de celui-ci. En cela, elle se rapproche de l'entrée payante « engagement ». Les similitudes entre ces deux types d'entrée s'arrêtent là cependant, car l'entrée « supplément » est un engagement autrement plus contraignant, inassimilable à l'entrée « engagement ».

II. Un versement inassimilable à l'entrée engagement

294. - L'entrée « engagement » et l'entrée « supplément » présentent des points communs que l'on ne saurait occulter. En premier lieu, elles sont toutes deux des obligations monétaires. Ensuite, leur versement est exigé avant ou lors de la conclusion du contrat, d'où la dénomination générique d'« entrée payante ». De plus, la conclusion du contrat est pareillement subordonnée à leur versement.

295. - L'entrée « supplément » se distingue cependant de l'entrée « engagement » en ce qu'elle apparaît comme un véritable surcoût. Outre ses obligations contractuelles, le débiteur est tenu de payer une somme supplémentaire ni restituable, ni imputable sur le prix de l'obligation principale. De fait, si sa cause diffère d'un contrat à l'autre, l'entrée payante « supplément » est toujours un versement restant acquis à l'accipiens, contrairement à l'entrée « engagement ». En effet, il nous a été donné de constater, précédemment, que l'entrée « engagement » est soit restituée au *solvens* (dépôt de garantie par exemple), soit imputée sur

⁷³ L'entrée « supplément » n'est pas une obligation légale. Née de la pratique, elle est souvent exigée sans pour autant être systématique.

le prix de l'obligation principale (indemnité d'immobilisation en cas de levée de l'option), soit conservée à titre de dédommagement lorsque le débiteur renonce à conclure le contrat. Partant, la stipulation d'une entrée « engagement » présente *in fine* un faible impact sur le patrimoine du débiteur. L'entrée « supplément », en revanche, constitue un véritable sacrifice financier pour le débiteur car la somme ne peut être récupérée. Ce dernier est donc tenu de prévoir spécifiquement des fonds consacrés au paiement de l'entrée, qu'il sait définitivement perdus. En ce sens, l'entrée « supplément » constitue une indiscutable charge financière, elle surpasse le simple engagement.

296. - Ainsi, si l'entrée « engagement » est une manifestation sérieuse de la volonté de contracter, l'entrée « supplément » va bien au-delà. Par le sacrifice financier volontairement assumé, le *solvens* de l'entrée « supplément » fait preuve d'une grande détermination. Sa volonté de conclure le contrat est prégnante, accentuée au regard de la simple manifestation d'un engagement sérieux. En effet, l'engagement de celui qui consent à verser une somme sans possibilité de la recouvrer apparaît nécessairement plus fort que celui qui effectue un sacrifice financier temporaire. Le sacrifice financier est tel qu'il est significatif d'une ferme résolution de contracter. Partant, lorsqu'une entrée payante « supplément » est stipulée, est sous-jacent, en particulier, le besoin de conclure un contrat donné. Ce contrat paraît primordial pour le débiteur et les avantages espérés de sa conclusion justifient le sacrifice consenti.

Si l'entrée payante « supplément » constitue, à n'en point douter, une charge financière pour son débiteur, ce versement n'est toutefois pas exempt de contreparties.

SECTION 2 - LES ÉLÉMENTS VARIABLES DU SUPPLÉMENT

297. - Ainsi qu'il a été précédemment démontré, l'entrée payante « supplément » se caractérise habituellement par la coexistence d'un prix principal et d'une somme supplémentaire. À côté de cet état de fait immuable, l'entrée « supplément » se définit aussi au travers d'éléments variables qui sont sa source (§1) et son montant (§2).

§1. La source du supplément

298.- La source du supplément est variable. Cependant, l'on relèvera, non sans intérêt, que l'entrée « supplément » procède généralement de la volonté des parties ou est issue de la pratique. Il advient toutefois que le législateur s'immisce dans la relation contractuelle afin d'encadrer sobrement le versement. À l'évidence, le supplément consacré a posteriori par la loi (I) apparaît clairement moins problématique que celui uniquement régi par la pratique (II).

I. Le supplément consacré a posteriori par la loi

299.- Si certaines entrées « supplément » sont nées et demeurent régies exclusivement par la pratique, d'autres qui en sont issues ont été consacrées par la loi. C'est le cas notamment de la prime d'émission.

Les origines de l'augmentation de capital avec prime d'émission sont anciennes. Créé par la pratique, le procédé a été dans un premier temps admis par la jurisprudence et la doctrine avant d'être ensuite consacré légalement. Il semblerait que son usage ait été démocratisé par le financier écossais John Law⁷⁴. Ce dernier fut à l'origine de l'adoption, par le Conseil du Roi, d'un Edit de mai 1719 autorisant la Compagnie des Indes à procéder à une augmentation de capital par l'émission de 25 millions d'actions nouvelles, payées en argent comptant « *cinq cent cinquante livres pour chaque action de cinq cents livres, soit avec une prime de cinquante livres* »⁷⁵. Une seconde augmentation fut autorisée mais la prime beaucoup plus élevée conduisit

⁷⁴ R. MORTIER, *Opérations sur capital social*, coll. Litec professionnels, Droit des sociétés, LexisNexis Litec, 2010, n°370.

⁷⁵ J. VANDAMME, *De la prime imposée aux souscripteurs d'actions*, thèse, Paris, 1928, n°15, p. 16, cité par R. MORTIER, *Opérations sur capital social, Aspects juridiques et fiscaux, Toutes sociétés*, LexisNexis Litec, 2010, n° 370.

à la désuétude du mécanisme. La pratique de la prime d'émission fut délaissée durant le XIX^e siècle⁷⁶, certains auteurs allant jusqu'à la critiquer véhémentement⁷⁷.

La pratique va toutefois se généraliser dans la seconde moitié du siècle dernier⁷⁸. La loi du 4 mars 1943 va même lui offrir indirectement une reconnaissance juridique en imposant que la prime soit entièrement libérée lors de la souscription. Une claire consécration sera réalisée, par la suite, avec la loi du 24 juillet 1966 qui énonce dans son article 179 que « *les actions nouvelles sont émises soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission* ». Outre cela, l'article 191 de la loi de 1966, reprenant les dispositions de la loi de 1943, exige la libération de la prime dans son intégralité lors de la souscription. L'article 343, en son deuxième alinéa, prévoit de plus que le montant de la prime d'émission peut être employé au règlement des frais d'augmentation de capital. Enfin, l'article 178 rajoute que ce montant peut être inscrit au bilan sous un compte de réserves susceptibles d'être incorporé en tout ou partie au capital.

II. Le supplément régi par la pratique

300. - L'exigence de droits d'entrée, dans les contrats de distribution⁷⁹ est, somme toute, ordinaire. Ces entrées payantes restent principalement gouvernées par la pratique. On en veut pour preuve le droit d'entrée du contrat de franchise, « *concept issu de la pratique américaine et systématisé par la doctrine* »⁸⁰.

Né aux Etats-Unis en 1930 et bien intégré dans ce pays, le contrat de franchise ou « franchising » va connaître une implantation progressive en France⁸¹ avec des périodes de

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ Un auteur (P. LEROY BEAULIEU, *L'Economiste français*, 8 novembre 1879, p. 558, 1^{re} col., cité par R. MORTIER, *op. cit.*, n° 370) estime ainsi que la prime est « *un des plus étranges abus que l'on puisse signaler* ». Un autre auteur (R. CASATI, *Les primes d'émission sont-elles légitimes ?* Rev. Sociétés 1963, p. 127, cité par R. MORTIER, *op. cit.*, n° 370) se montre encore plus catégorique en se prononçant en faveur de sa nullité.

⁷⁸ THALLER, *Des nouvelles pratiques financières suivies en matière de sociétés*, Rev. crit. 1882. 519, cité par P. DIDIER et M. MARTEAU-PETIT, *Prime d'émission*, Rép. soc. Dalloz, janvier 1993, actu 2010, pron° 3, V° *Sociétés anonymes*.

⁷⁹ V., entre autres, M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999 ; M.-E. ANDRE, *Les contrats de la grande distribution*, th. Montpellier 1, Litec, 1991.

⁸⁰ M. MALAURIE-VIGNAL, D. HEINTZ, *Droit de la distribution*, 2^e éd., Sirey, 2012, n° 230, p. 70.

⁸¹ Ph. BESSIS, *Le contrat de franchisage, Notions actuelles et apport du droit européen*, LGDJ, 1990, n°3, p. 8 ; M. KAHN, *Franchise et partenariat*, 2^e éd., Dunod, 2009, p. 4 à 7.

stagnation et un nouvel essor à partir des années de 1994⁸². Quoique régi par la pratique, le contrat de franchise doit satisfaire à quelques exigences légales. La loi Doubin de 1989⁸³, aujourd'hui codifiée à l'article L. 330-3 du Code de commerce, impose au franchiseur⁸⁴ de fournir à son cocontractant un document d'information précontractuelle comportant des « *informations sincères* », lui permettant de « *s'engager en connaissance de cause* ».

Ce même article consacre un alinéa spécifique à l'information relative au « *versement d'une somme exigé préalablement à la signature du contrat* »⁸⁵. L'on en déduit ainsi que la loi admet la possibilité d'un tel versement et l'autorise sous la condition que son débiteur en ait été suffisamment informé. L'article 1^{er} 6°-2 du décret d'application de la loi Doubin mentionne, dans le même ordre d'idée, que la nature et le montant des sommes devant être engagées avant le début de l'exploitation doivent être précisés dans le document d'information précontractuelle.

En résumé, si par souci de flexibilité et d'efficacité la franchise est principalement régie par la pratique, l'intervention du législateur permet de sécuriser les rapports contractuels en mettant à la charge du franchiseur une obligation d'information précontractuelle. Cette obligation concerne tous les versements préalables à la signature du contrat. Par-là, le législateur admet indirectement la possibilité d'un versement préalable à la conclusion d'un contrat, et donc d'un droit d'entrée. Les conditions de ce versement sont strictement encadrées puisque son existence, sa nature et son montant doivent être indiqués dans un document écrit. Cette mesure protectrice pour le franchisé limite les risques de versements injustifiés.

301. - Le pas-de-porte est également né de la pratique, mais son origine historique est incertaine. Selon toute vraisemblance, il serait antérieur à la loi du 30 juin 1926. Selon un

⁸² M. KAHN, *op. cit.*, p.7.

⁸³ Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social dite Loi Doubin, codifiée aux articles L. 330-3 et s., du Code de commerce.

⁸⁴ Le franchiseur n'est pas le seul professionnel à être tenu par cette obligation. La mesure s'applique, en vertu des termes de l'alinéa 1 de l'article L. 330-3 *in limine*, à « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité* ».

⁸⁵ C. com., art. L. 330-3, al. 3 : *Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques des parties en cas de dédit.*

auteur, des études rapportaient, dès 1922, la perception « *d'une somme en capital qui ne peut, par son importance, être assimilée à la prestation successive du loyer... [et qui] a pris une telle ampleur qu'elle dépasse quelquefois la valeur d'avant-guerre de l'immeuble* »⁸⁶.

302.- Au vu des précédents développements, il appert que les entrées « supplément » sont toutes issues de la pratique⁸⁷ et qu'elles demeurent principalement gouvernées par les règles en la matière, en dépit de quelques interventions législatives. L'origine commune de ces entrées payantes n'est pas surprenante. Leur éclosion a été favorisée par la liberté et la souplesse prégnantes en droit des affaires. Dans certains cas⁸⁸, la création par la loi d'un statut légal jugé trop protecteur en faveur de l'une des parties a conduit le cocontractant à rééquilibrer le rapport en sa faveur dans le but de récupérer une partie des avantages octroyés à son partenaire⁸⁹ d'où la stipulation d'entrées payantes. Dans d'autres cas, le supplément rémunère l'acquisition d'un statut et les avantages qui y sont liés. C'est notamment le cas du droit d'entrée dans les contrats de distribution. Ici, plus que la correction d'un déséquilibre, l'entrée payante peut être considérée comme la rémunération des sacrifices et de la réussite du créancier de l'entrée payante. Ainsi, le supplément trouve sa justification dans deux principales causes : l'acquisition de la qualité de contractant et l'équilibre des prestations.

Quoique contestées pour certaines, les entrées payantes « supplément » perdurent encore. Certaines ont même bénéficié, *a posteriori*, d'une reconnaissance légale. On observera, cependant, que les interventions législatives ne se sont limitées qu'à admettre indirectement le principe de l'entrée payante sans préciser son montant⁹⁰. Les parties disposent, dès lors, d'une large marge de manœuvre lors de la fixation du montant de l'entrée payante. Cette libre fixation du prix emporte logiquement des conséquences. Elle est, notamment, à l'origine d'écarts de prix substantiels.

⁸⁶ ZAPP., *Les cessions de bail avec indemnités* : Journal Not. et Av. 1922, p. 5 cité par B. BOCCARA, *Le pas de porte versé au propriétaire d'un local commercial*, JCP éd. G 1963. I. 1741.

⁸⁷ La pratique correspond aux règles élaborées par les professionnels et tirées de leur expérience du terrain.

⁸⁸ Pas-de-porte dans le bail commercial, droit d'entrée en droit de la consommation.

⁸⁹ J. GHESTIN, *Les effets pervers de l'ordre public*, in *Propos impertinents de droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda, Dalloz, 2001, p. 123.

⁹⁰ S'agissant de la prime d'émission, si la loi ne donne aucune indication quant à son montant et son mode de calcul, elle précise expressément cependant les modalités de son versement. En effet, la prime d'émission est obligatoirement libérée dans son intégralité. Cette exigence posée par la loi du 4 mars 1943, reprise à l'article 191 de la loi n°66-537 du 24 juillet 1966, figure actuellement à l'article L. 225-44 du Code de commerce.

§2. Le montant du supplément

303. - Plutôt que « *du* » montant du supplément, il faudrait parler « *des* » montants du supplément. En effet, la spécificité des domaines dans lesquels une entrée « supplément » est exigée rend son montant particulièrement variable. Le montant du supplément est, par conséquent, pluriel et ce, à maints égards (I). Se posera ensuite la question de l'influence de ce montant pluriel sur la qualification de « supplément » (II).

I. Un montant pluriel

304. - Loin d'être uniforme, le montant du « supplément » peut être qualifié de « pluriel ». Cette diversité s'exprime à plusieurs niveaux. Le montant peut, tout d'abord, être variable selon le type de contrat concerné (A). Ensuite, il peut, plus singulièrement, varier au sein d'un même type de contrat (B).

A. Un montant variable selon le type de contrat concerné

305. - Fréquemment rencontrées dans le droit des affaires, les entrées « supplément » ont un quantum particulièrement variable suivant les contrats et domaines concernés. Ce manque d'uniformité est aisément concevable tant les contrats assortis d'une entrée payante diffèrent les uns des autres. Aussi, le montant d'une prime d'émission n'est pas comparable à celui d'un droit d'entrée en matière de distribution ni à celui d'un pas-de-porte. Outre les singularités du domaine, les enjeux du contrat et la qualité des parties expliquent sans doute ces écarts de prix. En bref, il n'est pas alogique de trouver des entrées payantes différentes dans des contrats ne l'étant pas moins. Une standardisation du montant de l'entrée payante, pour ces motifs, ne saurait être envisagée, et cela d'autant moins que la matière relève à bien des égards de la liberté contractuelle.

Ainsi, le montant du « supplément » fluctue manifestement d'un contrat à l'autre. Quelques exemples permettront d'en convenir. Dans un contrat de franchise, le droit d'entrée s'élevait en moyenne à 17 100 euros en 2013⁹¹. Pour ce qui est du pas-de-porte, son montant

⁹¹ O. LEROUX, *Droit d'entrée et redevances : quelles contreparties ?* Franchise-Magazine.com, 6 mars 2014, (<https://www.franchise-magazine.com/conseils/droits-d-entree-et-redevances--quelles-contreparties-162.html>)

est librement déterminé par les parties en fonction des spécificités des locaux, du prix du loyer⁹² et de sa nature juridique. Il a été, par exemple, fixé à 100 000 francs (environ 15 000 euros) pour un loyer mensuel de 2 400 francs⁹³ (366 euros environ). Quant à la prime d'émission, son montant fixé, lors d'une augmentation de capital, à 5 900 francs (900 euros) par action, n'a pas été considéré par la Cour de cassation comme abusif au regard du montant des réserves, du chiffre d'affaires et de la valeur du stock⁹⁴.

306. - Au vu de ces illustrations, il apparaît que l'entrée payante « supplément » connaît des variations de montant selon le contrat concerné. Ces écarts se rencontrent également au sein d'un même type de contrat.

B. Un montant variable au sein d'un même type de contrat

307. - Le montant de l'entrée payante « supplément » diffère d'un contrat à l'autre mais aussi au sein d'un même type de contrat. Dans cette dernière hypothèse, les écarts peuvent se révéler, étonnamment, très importants.

308. - L'exemple du droit d'entrée du contrat de franchise est particulièrement éclairant sur ce point. Dans ce domaine, le montant du droit d'entrée varie à maints égards. Il est, tout d'abord, variable d'un réseau à l'autre.

Il est des hypothèses où aucun droit d'entrée n'est exigé. Cette absence de droit d'entrée n'est pas, nécessairement, avantageuse pour le franchisé. Ce dernier peut être tenu parallèlement de redevances périodiques ou d'un apport initial d'un montant majoré.

Lorsqu'un droit d'entrée est stipulé, l'importance de son montant découle, entre autres, du succès et de la notoriété de la franchise, de la jeunesse de celle-ci et du secteur d'activité⁹⁵.

⁹² « *Il s'est toujours établi une certaine corrélation entre pas-de-porte et loyer* », J. DERRUPPE, R. MAUS, G. BRIÈRE DE L'ISLE et P. LAFARGE, *Baux commerciaux*, Dalloz, 1979, n° 457, p. 242. Mais « *le montant du pas-de-porte n'est pas proportionnel aux années du bail.* »,

⁹³ Cass. 3^e civ., 23 janvier 1980, Bull. civ., III, n° 21.

⁹⁴ Cass. com., 22 mai 2001, *Cts Tari c/ Sté d'exploitation Château de Giscours* : Jurisdata n°2001-009870 ; Dr. sociétés 2001, comm. 180, note F.-X. LUCAS ; RJDA févr. 2002, n° 153.

⁹⁵ Ainsi, une franchise récente, cherchant à recruter rapidement de nouveaux franchisés pour renforcer son réseau, réclamera un droit d'entrée moins important qu'une franchise plus ancienne et connaissant un succès durable.

Peuvent être pris, également, en considération les amortissements des frais engagés par le franchiseur, le nombre de franchisés⁹⁶, l'économie de temps procurée par le franchisage, l'importance des services antérieurs à l'ouverture, les perspectives de rentabilité etc. De fait, le franchiseur a pleine liberté pour le calcul du droit d'entrée. En se référant aux paramètres de son choix, il fixe le montant ainsi que les contreparties qu'il recouvre. Sur ce dernier point, il convient, par souci de transparence et de sécurité, de ventiler précisément le montant du droit d'entrée selon ses contreparties⁹⁷.

L'importance du montant du droit d'entrée varie selon le réseau de franchise. La fourchette de prix est large. Elle est comprise entre 0 et plus de 100 000 euros parfois. Pour exemple, en 2006, le droit d'entrée (hors taxes) était, en euros, de : 3 000 pour Docteur ordinateur ; 6 000 pour AB immobilier ; 16 500 pour La Boîte à pizzas ; 23 000 pour Bricorama ; 30 000 pour la Brioche dorée ; 33 000 pour Quick ; 46 000 pour Caffé del Arte ; 50 000 pour COFF ; 100 000 pour Ucar⁹⁸.

Il y a une corrélation certaine entre la nature de l'activité et le montant du ticket d'entrée. Plus d'un tiers des réseaux d'habillement (38 %), qui se rémunèrent sur les stocks, ne demandent aucun droit d'entrée, tandis que 70 % des chaînes de service fixent un montant égal ou supérieur à 10 000 €. Sans surprise, les enseignes de restauration s'avèrent les plus coûteuses puisque 64 % d'entre elles réclament un droit d'entrée de plus de 20 000 €. L'ajustement au marché par rapport à la concurrence et la notoriété d'une enseigne (qui augmente quand le réseau s'étoffe) peuvent également majorer le montant⁹⁹.

309. - Ensuite, le montant du droit d'entrée peut varier au sein d'un même réseau, selon

⁹⁶ Selon MM. LE TOURNEAU et ZOÏA (in Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA (avec la participation), *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Litec professionnels, LexisNexis Litec, 2007, n° 615, p. 270), « Plus ce nombre [de franchisés] augmente, plus la RIF s'élève, car les nouveaux franchisés bénéficient d'un effet multiplicateur de « chaîne » supérieur, à condition de ne pas dépasser le seuil de densité idéale, au-delà duquel la saturation du réseau se ferait sentir ; renom de la marque, économie de temps procurée par le franchisage ; importance des services antérieurs à l'ouverture ; perspectives de rentabilité. »

⁹⁷ En ce sens, Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, *op. cit.*, n° 616, p. 270 ; Ph. BESSIS, *Le contrat de franchisage*, LGDJ, 1990, n°79, p. 87.

⁹⁸ Exemples cités par Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, *op. cit.*, n° 618, p. 271.

⁹⁹ M. BAHUET, *Franchise : un ticket d'entrée au prix juste*, Franchise-Magazine.com, 30 mars 2009, (consultable sur le site : <https://www.franchise-magazine.com/conseils/franchise-un-ticket-d-entree-au-prix-juste-57.html>)

le moment de la conclusion du contrat. Ainsi, de 18 300 euros en 2002¹⁰⁰, le montant du droit d'entrée dans le réseau de Domino's Pizza est actuellement fixé à 25 000 euros¹⁰¹. Cet écart est sans nul doute dû au succès de la marque dont le chiffre d'affaires est en constante progression depuis sa création en 1960. Toutefois, l'exemple de Domino's Pizza n'est pas transposable à tous les réseaux. Il semblerait, en effet, que les droits d'entrée soient aujourd'hui moins élevés¹⁰².

Par ailleurs, un rabais peut être concédé à un franchisé déjà en place, désirant ouvrir un nouvel établissement. Ainsi, l'on se trouve dans un cas de figure où le franchisé déjà intégré au réseau déboursa moins qu'un nouveau candidat à la franchise. On tient, ici, compte de l'identité du débiteur pour fixer le montant du droit d'entrée.

310. - Quels que soient son mode de fixation et les avantages dont il est la contrepartie, le droit d'entrée doit avoir un montant déterminé ou déterminable. Versé en principe lors de la conclusion du contrat¹⁰³, son montant reste acquis au franchiseur, exception faite de la résolution du contrat. Cette dernière commande, en effet, le remboursement du droit d'entrée au franchisé¹⁰⁴.

311. - Le montant du pas-de-porte est lui aussi très variable. Il est généralement calculé sur la base du loyer périodique. Ce loyer, fixé librement par les parties, tient compte en principe de la valeur locative des locaux¹⁰⁵. Le pas-de-porte connaît une seconde variation puisque son montant peut s'élever à trois ou six mois de loyer¹⁰⁶. À noter qu'il y a près de cinquante ans, il variait de dix à quarante fois le loyer périodique¹⁰⁷. Du fait de son montant élevé, le pas-de-

¹⁰⁰ Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de franchise*, Litec, 2003, n° 712, p. 259.

¹⁰¹ Brochure de présentation de Domino's Pizza, Décembre 2016 (<https://pizza.dominos.fr/rejoignez-nous/franchise-tout-savoir>).

¹⁰² En ce sens, Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, *op. cit.*, n° 617, p. 270.

¹⁰³ Le Professeur FERRIER évoque l'hypothèse du « droit d'entrée différé » versé à la fin du contrat et calculé sur la base des résultats du franchisé à la sortie du contrat. Pour plus de détails, v. : D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 6^e éd., Litec, 2012, n° 709.) Ce type de versement s'apparente à une sortie payante d'où notre choix de ne pas l'aborder.

¹⁰⁴ Cass. com., 12 octobre 1982, n° 81-10984, Bull. civ., IV, n° 309.

¹⁰⁵ Cette valeur est elle-même déterminée par les spécificités du local loué (situation géographique, catégorie du bien, superficie, aménagements, vétusté, etc.). Elle évolue selon le prix du marché et les travaux réalisés.

¹⁰⁶ *Mémento Francis LEFEBVRE, Baux commerciaux*, 2009-2010, n°48905, p. 501.

¹⁰⁷ B. BOCCARA, *Le pas de porte versé au propriétaire d'un local commercial*, JCP éd. G 1963, doctrine I 1741.

porte constitue une charge qui peut sembler lourde pour un commerçant débutant dans la profession. En ce sens, on a considéré que le pas-de-porte est « *un droit d'entrée pénalisant l'installation des nouveaux commerçants* »¹⁰⁸.

312. - La loi du 24 juillet 1966¹⁰⁹ est restée silencieuse quant au montant de la prime d'émission. Du fait de ce silence, aucune méthode de calcul ne s'impose aux parties. Dans la pratique, il est admis que le montant de la prime est librement fixé par l'assemblée générale extraordinaire ou l'organe de gestion délégué à cette fin, sous la réserve de fraude ou d'abus. Ainsi, une prime nulle ou faible peut être fixée sans être remise en cause, notamment lorsque l'émission est réservée aux salariés de la société¹¹⁰, « *ou à de proches parents, quitte, dans ce cas, à être qualifiée de donation déguisée* »¹¹¹. Mais une prime fixée à vingt-cinq fois¹¹², voire à soixante fois¹¹³ le nominal est abusive, l'augmentation de capital étant alors considérée comme entachée de fraude car non justifiée. De même, l'augmentation de capital sera annulée si la prime d'émission n'est justifiée ni par l'existence de réserves ou de plus-values ni par la situation de la société¹¹⁴. Ainsi, la fixation du montant de cette entrée payante est soumise à un « *un régime de liberté contrôlée* »¹¹⁵.

313. - À travers les divers exemples évoqués, il nous a été donné de constater que le montant de l'entrée payante « supplément » est très variable et ce, notamment en raison de sa libre fixation. La liberté des parties, n'est en effet pas entravée par des textes.

¹⁰⁸ L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n° 117, p. 94.

¹⁰⁹ Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, JORF du 26 juillet 1966 page 6402.

¹¹⁰ Paris, 15 oct. 1986, D. 1987.136, note J. HONORAT.

¹¹¹ Paris, 9 juin 1986, Bull. Joly 1986, n° 316, p. 1031 cité par P. DIDIER, M. MARTEAU-PETIT, *Prime d'émission*, Rép. soc. Dalloz, janvier 1993, n° 10, V° *Sociétés anonymes*.

¹¹² Cass. com., 12 mai 1975, Bull. civ. IV, n° 129, p. 107.

¹¹³ Rap. COB 1973, p. 228.

¹¹⁴ Cass. com., 22 mai 2001, Bull. Joly 2001, p. 1003, n° 230, H. LE NABASQUE ; Dr. sociétés 2001, n°180, F. X. LUCAS ; JCP E 2001, p. 1911, A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN.

¹¹⁵ Ph. MERLE et A. FAUCHON (avec la collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., Dalloz, 2015.

II. L'influence du montant de l'entrée payante supplément

314.- Le montant du supplément, s'il fluctue, n'influe pas cependant sur la qualification d'entrée payante « supplément » (A). L'importance du montant ne doit cependant pas être occultée car elle permet de déterminer l'existence d'un abus (B).

A. L'indifférence du montant sur la qualification d'entrée payante supplément

315.- Qualifier une entrée payante de « supplément »¹¹⁶ pourrait faire penser que l'importance du montant influe sur la qualification de supplément. Il n'en est rien. L'entrée payante « supplément » a été définie comme l'obligation monétaire venant se juxtaposer à l'exécution de l'obligation principale sans possibilité d'imputation ou de restitution. Le « supplément » est ainsi constitué dès lors qu'une somme supplémentaire doit être payée pour contracter, et ce, peu importe le montant versé. Il suffit simplement qu'une somme supplémentaire soit exigée en sus de la prestation normale du débiteur. Par conséquent, le montant n'intervient pas dans la définition du « supplément ». Qu'il soit plus ou moins élevé, il n'est pas caractéristique de la qualification de « supplément ». Le versement reste un « supplément » que l'obligation porte sur 1 ou 1000 euros. L'importance du supplément n'a donc aucune influence sur la qualification de « supplément ».

Il reste toutefois fondamental de prendre en considération l'importance du montant afin de détecter l'existence d'un éventuel abus. Un montant très important peut, en effet, éveiller des doutes sur la licéité du versement. Et cette suspicion est encore plus forte quand le versement ne comporte pas une claire contrepartie ou lorsque cette dernière paraît insuffisante.

B. L'importance du montant dans la recherche d'un éventuel abus

316.- S'intéresser au montant de l'entrée « supplément » et plus particulièrement à l'importance de son montant suscite un certain nombre de questionnements. Quand ce montant peut-il être regardé comme important ? Un supplément important est-il, en toutes hypothèses, illicite ? Faut-il qu'il se justifie au regard de la contrepartie du créancier ? Jusqu'à quel point

¹¹⁶ Le supplément est un surcoût, un surplus, ce qui pose immédiatement la question de l'importance de ce surplus à savoir l'importance du montant.

un « supplément » est-il tolérable ? Dans quelle mesure un abus de dépendance¹¹⁷ est-il caractérisé ?

317. - L'importance d'une entrée « supplément » peut s'apprécier notamment au regard de la somme versée, de la valeur de l'opération globale et de sa contrepartie.

Une entrée payante d'un montant très élevé n'est pas nécessairement illicite. Précédemment, il nous a été donné de constater que des sommes considérables étaient parfois exigées en guise d'entrée payante sans que cela soit prête à conséquence¹¹⁸. L'importance d'un montant ne préjuge donc pas de l'illégalité du versement. Il est nécessaire, en réalité, de s'attacher à sa contrepartie. Cette contrepartie doit être, bien entendu, effective, notre Droit ne concevant pas une obligation exempte d'un contenu licite et certain¹¹⁹. La contrepartie ne doit pas, également, revêtir un caractère illusoire ou dérisoire sous peine de nullité¹²⁰. Hormis ces hypothèses (absence de contrepartie, contrepartie illusoire ou dérisoire), le débiteur ne peut arguer du seul caractère exorbitant de l'entrée payante pour obtenir sa restitution. La disproportion ou le défaut d'équivalence entre les prestations ne constitue pas, en effet, une cause de nullité de la convention¹²¹.

318. - Le décalage entre le montant très élevé de l'entrée « supplément » et la faiblesse de sa contrepartie éveille, cependant, de légitimes suspicions. Qui plus est, quand on sait que le sacrifice financier consenti par le débiteur est définitif¹²². Il importe, dès lors, de s'assurer de la réunion effective de toutes les conditions de validité du contrat. Le débiteur lésé dispose, de fait, de multiples recours à l'appui de sa demande en nullité de l'acte et de restitution de l'entrée payante¹²³. Il peut faire grief à son cocontractant de sa mauvaise foi¹²⁴ ou se prévaloir d'une

¹¹⁷ Comp. avec l' « abus de prérogative » contractuel, terminologie employée par le professeur STOFFEL-MUNCK dans sa thèse de doctorat relative à *L'abus dans le contrat, Essai d'une théorie*, th. Aix-Marseille, LGDJ, 2000.

¹¹⁸ Nous avons notamment évoqué le cas d'un droit d'entrée à 100 000 euros dans la franchise UCAR.

¹¹⁹ C. civ., art. 1128,3° nouv.

¹²⁰ C. civ., art. 1169 nouv.

¹²¹ Même dans un contrat d'adhésion, l'appréciation du déséquilibre significatif ne porte pas sur l'adéquation du prix à la prestation (C. civ., art. 1171, al. 2 nouv.) Pour rappel, dans les contrats d'adhésion, la clause créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties est réputée non écrite.

¹²² Il convient de garder à l'esprit, en effet, que l'entrée « supplément est par nature ni restituable ni imputable.

¹²³ Sur la validité des entrées payantes contrôlée judiciairement : v. *infra* n° 510 et s..

¹²⁴ C. civ., art. 1104 nouv. : « *Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. / Cette disposition est d'ordre public.* »

atteinte à l'ordre public¹²⁵. Il peut aussi arguer de son incapacité à contracter¹²⁶, d'un consentement altéré¹²⁷ ou vicié¹²⁸. Sur ce dernier point, l'on ne manquera pas de relever que l'ordonnance de 2016 a assimilé à la violence l'abus de l'état de dépendance. Le nouvel article 1143 énonce, en effet, qu'« *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* » Cette dernière règle paraît pouvoir être utilisée opportunément par le débiteur de l'entrée payante car elle vise, entre autres, la violence économique. Elle a vocation, en effet, à sanctionner les déséquilibres contractuels nés d'un déséquilibre économique entre les contractants. Le succès de l'action du débiteur est toutefois subordonné à la réunion de la preuve de son état de dépendance, de l'abus de cet état et de l'avantage manifestement excessif qu'en tire le créancier

319. - En définitive, un supplément d'un montant important est admissible dans la mesure où il n'est pas illégal. Il importe qu'il ait une contrepartie réelle et sérieuse.

Conclusion du chapitre

320. - Si la définition du supplément implique un élément constant, à savoir la coexistence du versement d'un prix ou l'exécution d'une prestation principale auquel s'ajoute le paiement d'une somme supplémentaire, elle admet également des éléments variables que sont sa contrepartie, son montant et sa source. Les entrées payantes « supplément » constituent ainsi un ensemble particulièrement hétérogène, d'où l'intérêt de s'attarder plus avant sur leurs manifestations et surtout sur leurs finalités.

¹²⁵ C. civ., art. 1162 nouv. : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »

¹²⁶ C. civ., art. 1128, 2^o nouv. ; art. 1146 nouv. Pour rappel, sont frappés d'une incapacité à contracter les mineurs non émancipés et les majeurs protégés au sens de l'article 425.

¹²⁷ C. civ., art. 1129 nouv. : « *Conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat.* »

¹²⁸ C. civ., art. 1130 à 1144 nouv. Les vices du consentement sont l'erreur, le dol et la violence.

CHAPITRE 2 - MANIFESTATIONS ET FINALITÉS DES ENTRÉES PAYANTES « SUPPLÉMENT »

321. - La singularité des entrées « supplément » repose sur le fait qu'elles constituent un véritable surcoût à la charge du *solvens*. Elles ne forment pas, pour autant, un ensemble homogène puisqu'il est possible d'établir une distinction selon qu'elles donnent accès à une position contractuelle (section 1) ou selon qu'elles instaurent un équilibre entre les contractants en sus de l'acquisition de la qualité de contractant (section 2).

SECTION 1 - LA RÉMUNÉRATION PAR LE SUPPLÉMENT DE L'ACQUISITION DU STATUT DE CONTRACTANT

322. - Il est aisé de conclure un contrat et partant, d'accéder à la qualité de contractant. Il n'en demeure pas moins qu'un paiement peut être requis pour ce faire, dans certaines circonstances. Sans que l'on puisse prétendre qu'il y en a pléthore, des entrées payantes « supplément » sont recensées dans des secteurs non négligeables de la vie économique tels que le droit de la distribution (§1) et le droit de la consommation (§2).

§1. L'entrée payante « supplément » en droit de la distribution

323. - Les contrats de distribution ne sont pas tous assortis d'une entrée payante. Le supplément se veut ainsi inconstant dans ce domaine (I). Lorsque les parties conviennent de son versement, il rémunère généralement l'acquisition de la qualité de membre du réseau (II).

I. L'inconstance du supplément dans les contrats de distribution

324. - Le contrat de distribution est le « *nom générique commun aux divers contrats qui, sous couvert du droit de la distribution et de la concurrence, président à l'organisation, en réseau le plus souvent, de la filière des achats et reventes des produits de l'industrie et du commerce moyennant, en général, l'articulation pour chaque type de contrat, d'un contrat-cadre et de contrats d'application* »¹. Exceptionnellement rencontré dans les contrats de location-gérance² et de concession (B), le droit d'entrée est habituel dans les contrats de référencement et de franchisage (A)³. S'agissant du droit d'entrée du contrat d'affiliation, son examen présente un intérêt en ce qu'il a fait, un temps, l'objet de l'attention du législateur (C).

¹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF/ Quadrige, 2014, p. 358, v^o *Distribution, (contrat de)*. V. aussi, R. MOULINIER, *Dictionnaire de la vente*, Librairie Vuibert, 2005, p. 59, v^o *Contrat de distribution* : « *Accord commercial écrit entre un industriel ou un importateur et un distributeur en vue d'assurer la vente de ses produits* ».

² Le contrat de location-gérance est la « *convention par laquelle le propriétaire d'un fonds de commerce ou d'artisan concède pour un temps l'exploitation de son fonds à une personne dite gérant libre ou locataire-gérant qui exploite à ses risques et périls, contre paiement d'une redevance périodique* ». Définition de G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF/ Quadrige, 2014, p. 622, v^o *Location, - de fonds de commerce*

³ Afin de révéler au mieux l'inconstance du supplément, notre étude se concentrera sur les droits d'entrée des contrats de franchise et de concession.

A. Un versement quasi systématique dans le franchisage

325. - La franchise⁴ est sans doute le plus populaire des contrats de distribution. Si l'on comptait quelques franchises en France dans les années 1928-1929 (tels les enseignes Pingouin et Coryse Salomé), la franchise a connu sa réelle éclosion aux États-Unis dans les années 1930 avec, par exemple, la marque General Motors⁵. À l'époque, cette pratique était liée à la volonté de contourner les lois « anti-trust » pesant sur la distribution automobile et prohibant la vente directe des constructeurs aux consommateurs⁶. Rencontrée particulièrement dans le secteur automobile, la franchise s'est développée, par la suite, dans d'autres secteurs.

326. - La franchise est définie comme le « *contrat en vertu duquel une personne nommée franchiseur s'engage à communiquer un savoir-faire à une autre personne nommée franchisé, à le faire jouir de sa marque et éventuellement à le fournir, le franchisé s'engageant en retour à exploiter le savoir-faire, utiliser la marque et éventuellement s'approvisionner auprès du franchiseur (avec en général de sa part pour cet approvisionnement un engagement d'exclusivité)* »⁷. Elle est également regardée comme « *le contrat par lequel le franchiseur accorde à ses franchisés le droit d'exploiter un savoir-faire une franchise, à charge pour ces derniers de payer un droit d'entrée et des redevances périodiques et de respecter des exigences commerciales imposées par son franchiseur.* »⁸ Plus simplement, c'est un « *contrat par lequel un commerçant qui a mis au point un concept original de produit ou de commercialisation*

⁴ C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, Litec, 2011 ; Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA (avec la particip.), *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Litec, 2007 ; J.-M. LELOUP, *La franchise, Droit et pratique*, 4^e éd., Delmas, 2004 ; F.-L. SIMON, *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., Lextenso, 2009 ; R. SAINT-ALARY, *Le contrat de franchising*, in *Nouvelles techniques contractuelles*, Litec, 1971 ; J. BOURSICAN, *La franchise commerciale*, Th. dact., Toulouse, 1973 ; J. GUYENOT, *La franchise commerciale, Etude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires*, RTD Com., 1973, p. 171 ; J. GUYENOT, *Qu'est-ce que le franchising ?*, Dunod, 1973 ; *Licensing et franchising*, Gaz. Pal. 1976, 1, doct. 155 ; M. Rolland analyse à la fois la concession et la franchise dans sa thèse : cf. A. ROLLAND, *La situation juridique des concessionnaires et franchisés membres d'un réseau commercial*, th. dact. Rennes, 1976, D. FERRIER, *La rupture du contrat de franchisage*, JCP, éd. CI, 1977, I, 12441 ; J.P. CLÉMENT, *De quelques problèmes posés par le franchisage aux rédacteurs de contrat*, Gaz. Pal. 1977. 2. 543 ; G. AMÉDÉE-MANESME et J.-P. CLÉMENT, *Analyse fiscale d'un contrat de franchise*, Gaz. Pal. 1978. 1. doct., p. 220 ; J.-M. LELOUP, *La franchise, Droit et pratique*, 4^e éd., Delmas, 2004 ; *La définition du contrat de franchise*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1980/5 ; Ph. LE TOURNEAU, *Le franchisage*, JCP 1980, éd. C.I., II, 13362 ; O. GAST, *Le droit de la franchise aujourd'hui*, *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1981/4, p. 23 ; Ph. BESSIS, *Le contrat de franchisage*, LGDJ, 1990 ; E. GASTINEL, *La franchise commerciale et le droit communautaire des ententes*, th. Lyon III, 1990 ; M. KAHN, *Franchise et partenariat*, 2^e éd., Dunod, 2009.

⁵ M. KAHN, *Franchise et partenariat*, 2^e éd., Dunod, 2009, p. 4.

⁶ M. KAHN, *op. cit.*, p. 4.

⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF/ Quadrige, 2014, p. 478, v^o *Franchisage*.

⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., Sirey, 2015, n^o 218, p. 68.

(franchiseur) en concède l'usage à des commerçants indépendants (franchisés) »⁹. En bref, la franchise est « un accord de coopération commerciale, économique, et humaine constatée dans un contrat »¹⁰. Un certain nombre de ses caractères a été précisé dans un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes du 28 janvier 1986¹¹. Au nombre de ces caractéristiques, on peut relever l'indépendance des franchisés, l'utilisation par ceux-ci de la marque (enseigne ou nom commercial) du franchiseur, l'existence et la communication d'un savoir-faire de la part du franchiseur, et la fourniture par le franchiseur d'une assistance technique permanente aux franchisés.

327. - Suite à sa sélection par le franchiseur, le franchisé est tenu d'acquitter un droit d'entrée, appelé également redevance initiale forfaitaire¹². Le droit d'entrée peut se définir comme la somme à verser par le franchisé pour intégrer un réseau¹³. Son règlement intervient, en principe, en une seule fois, sous la forme d'un versement global et immédiat. Ces sommes restent, de plus, définitivement acquises à l'accipiens, sauf clause expresse ou résolution du contrat¹⁴. Par ailleurs, elles ne seront pas restituées en cas de résiliation du contrat, la résiliation n'opérant que pour l'avenir.

Si le versement d'un droit d'entrée n'est en rien systématique, force est de constater qu'il est exigé par le franchiseur dans l'immense majorité des cas. Dans une étude conduite par un magazine spécialisé en 2009, sur 435 chaînes, seules 11% en dispensaient leurs franchisés¹⁵. Sont concernées principalement les enseignes de l'habillement, de l'habitat et de l'automobile. La nature de l'activité influe indubitablement sur le montant du droit d'entrée. L'enquête précitée révèle, en effet, que plus d'un tiers des réseaux d'habillement (38 %), qui se rémunèrent sur les stocks, ne requièrent aucun droit d'entrée, tandis que 70 % des chaînes de service fixent un montant égal ou supérieur à 10 000 €. Intégrer une enseigne de restauration implique, en revanche, le versement d'un droit d'entrée élevé : 64 % d'entre elles réclament un droit d'entrée

⁹ R. MOULINIER, *Dictionnaire de la vente*, Librairie Vuibert, 2005, p. 123, v° *Franchisage*.

¹⁰ M. KAHN, *Franchise et partenariat*, 2^e éd., Dunod, 2009, p. 10.

¹¹ CJCE, 28 janvier 1986, Pronuptia, aff. 161/84, Rec. CJCE 1986, p. 353.

¹² Cette expression employée par une partie de la doctrine a été créée par le Professeur LE TOURNEAU.

¹³ A. MENDOZA-CAMINADE, *Droit de la distribution*, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011, n° 545, p. 157.

¹⁴ Cass. com., 12 octobre 1982, Bull. civ., IV, n° 309.

¹⁵ M. BAHUET, *Franchise : un ticket d'entrée au prix juste*, Franchise-Magazine.com, 30 mars 2009, (consultable sur le site : <https://www.franchise-magazine.com/conseils/franchise-un-ticket-d-entree-au-prix-juste-57.html>)

de plus de 20 000 €.

B. Un versement rarissime dans le contrat de concession

328. - Né dans les années 1930, dans les secteurs de l'automobile, de l'essence et de l'électroménager¹⁶, le contrat de concession¹⁷ comporte rarement l'obligation, pour le concessionnaire de verser un droit d'entrée. Le contrat de concession a été défini dans la circulaire Fontanet de 1960 comme étant « *une convention liant le fournisseur à un nombre limité de commerçants auxquels il réserve la vente d'un produit sous condition qu'ils satisfassent à certaines obligations* »¹⁸. Plus précisément, il s'agit d'« *un contrat de fourniture, généralement accompagné d'un contrat de licence de marque ou d'enseigne, qui réserve au concessionnaire l'exclusivité de la distribution d'un produit sur un territoire déterminé et emporte généralement de la part de ce dernier, engagement de s'approvisionner en produit contractuel* »¹⁹. Autrement dit, c'est le contrat par lequel « *certain fabricants se lient [...] à des commerçants auxquels ils réservent la vente exclusive de leurs produits* »²⁰. Le trait le plus distinctif de ce contrat est donc l'exclusivité de revente accordée au concessionnaire, sur un territoire et pour une durée déterminée²¹.

La concession commerciale est régie par le droit commun des contrats, sous réserve de certaines dispositions relatives à l'information précontractuelle du partenaire²² et au respect des règles de concurrence. Il existe toutefois une réglementation spécifique pour la distribution

¹⁶ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., coll. Université, Sirey, 2015, n° 5, p. 2.

¹⁷ V. sur le sujet : Ph. LE TOURNEAU, *Les contrats de concession*, 2^e éd., coll. Litec professionnel, Litec, 2010 ; R. BADINTER, *La concession automobile*, LGDJ, 1965 ; J. GUYENOT, *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968 ; BUISSON, LACGER, TANDEAU et B. DU GRANRUT, *Etude sur le contrat de concession exclusive*, Sirey, 1968 ; J. THREARD, *La distribution de produits de marque et le concessionnaire*, Gaz. Pal. 1975, 1, doct. 30 ; *Le statut légal du concessionnaire*, JCP 1977, éd. C. I., II, 12536 ; D. BASCHET, *Les clauses d'exclusivité*, th. dact., Paris, 1977 ; P. LEDUC, *Les contrats de distribution exclusifs*, Gaz. Pal. 1979, 2, doct. 647 ; J. LE CALVEZ, *Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, th. dact., Paris, 1979 ; T. BUHAGIAR, *La concession exclusive dans la branche automobile*, JCP 1980, éd. C.I., II, 13438.

¹⁸ Circulaire Fontanet du 31 mars 1960, JO du 2 avril 1960, p. 3051.

¹⁹ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF/Quadrige, 2014, p. 221, v° *Concession*.

²⁰ R. MOULINIER, *Dictionnaire de la vente*, Librairie Vuibert, 2005, p. 50, v° *Concession commerciale*.

²¹ Contrairement au contrat de franchise. V. sur ce point, entre autres : M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., Sirey, 2015, n° 282, p. 87, V. aussi, Cass. com., 16 janvier 1990, D. 1990, Somm., p. 369, obs. D. FERRIER ; Cass. com., 9 novembre 1993, Bull. civ., IV, n° 403, D. 1995, Somm., p. 78, obs. D. FERRIER.

²² C. com., art. L. 330-3.

d'automobiles neuves et le service après-vente automobile²³.

Tout comme la franchise, la concession peut inclure une assistance technique et commerciale comprenant une formation du personnel et l'élaboration de campagnes publicitaires²⁴. Néanmoins, seul un droit d'usage de la marque est nécessaire dans le contrat de concession alors que la franchise implique intrinsèquement des licences de marque et de savoir-faire.

À côté de l'exclusivité de fourniture, le contrat peut prévoir une obligation d'achat exclusif à la charge du concessionnaire. Il faut entendre, par-là, une exclusivité d'approvisionnement chez le concédant. La concession est alors dite exclusive : « *La concession exclusive est un contrat de distribution, par lequel le concédant accorde exclusivement au concessionnaire le droit de revendre ses produits de marque sur un territoire déterminé, tandis que le concessionnaire s'engage à s'approvisionner exclusivement chez le concédant (et accepte de se soumettre à de nombreux contrôles et contraintes de son partenaire).* »²⁵ »

329. - Le contrat de concession ne comporte pas, en principe, de droit d'entrée et de redevances. Cela s'expliquerait, pour certains, par le fait que le concédant ne transmette pas un savoir-faire et ne propose pas d'assistance continue²⁶. D'autres auteurs ont un avis moins tranché. M. LE TOURNEAU considère ainsi que la clause de stocks imposant au concessionnaire l'achat en bloc de marchandises ou de pièces détachées lors de son entrée dans le réseau revient à payer une espèce de droit d'entrée²⁷. Le droit d'entrée, de ce point de vue, ne serait pas monétaire mais matériel et il aurait ici une contrepartie visible et indiscutable.

330. - Si la doctrine fait abstraction de l'existence de droit d'entrée dans le contrat de concession, la pratique commerciale est pourtant émaillée d'exemples où le concessionnaire est

²³ Règl. comm. UE, n° 330/2010 du 20 avril 2010, JOUE du 23 avril 2010, n° L102.

²⁴ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., coll. Université, Sirey, 2015, n° 229, p. 71

²⁵ Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, v° *Concession exclusive*, JurisClasseur Contrats – Distribution, 15 juillet 2010.

²⁶ LPA, 9 novembre 2006, n°224, Dossier, *Le contrat de franchise : un an d'actualité*, p. 9, n° 6 : « (...) le concédant ne transmet pas de savoir-faire et ne fournit pas d'assistance continue et (...), réciproquement, le concessionnaire ne verse pas de droit d'entrée ou de redevances en contrepartie des avantages consentis. »

²⁷ Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA, v° *Concession exclusive*, JurisClasseur Contrats – Distribution, 15 juillet 2010, n° 86.

tenu d'un tel versement. On en veut pour preuve plusieurs décisions jurisprudentielles dans lesquelles il est fait référence, plus ou moins directement, au droit d'entrée.

Ainsi, dans un arrêt du 8 février 2005²⁸, un concessionnaire a assigné son concédant en nullité du contrat les liant²⁹ et en restitution de 105 000 € versés à titre de droit d'entrée et de 100 000 francs correspondant au prix de l'exclusivité de revente de produits et services relatifs à la négociation et à la gestion de biens immobiliers. L'on relèvera que l'existence d'un droit d'entrée est ici mentionnée incidemment. Le cas n'est pas isolé car d'autres décisions en font de même. Par exemple, dans un arrêt du 4 juin 2002³⁰, il ressort de l'exposé des faits qu'un concédant a conféré en contrepartie d'un droit d'entrée forfaitaire, l'exclusivité de la vente au détail de différents articles commercialisés sous une certaine marque, pour un secteur particulier ainsi que le droit d'usage de l'enseigne et des graphismes et symboles correspondants. Dans un autre arrêt du 11 octobre 1990³¹, un couple, propriétaire d'une marque d'agence matrimoniale, a constitué une chaîne d'agences sur le territoire national et a, à cette fin, recruté des concessionnaires auxquels il proposait d'acquiescer un droit d'entrée, en échange d'une commission sur les adhésions, d'un droit d'usage de la marque et d'une assistance technique.

Le litige entre concédant et concessionnaire concerne parfois expressément un droit d'entrée. Dans un arrêt de la Cour d'appel d'Orléans³², les juges du fond ont considéré que la contrepartie du droit d'entrée peut figurer dans une notice explicative annexée au contrat et qu'elle peut comprendre un soutien technique et la formation de personnels. Dans une autre espèce, la Cour d'appel³³ a censuré la décision du juge des référés qui avait retenu que le droit

²⁸ Cass. 1^{ère} civ., 8 février 2005, n°02-10643.

²⁹ À noter que la nullité avait été requise pour cause illicite, le concessionnaire faisant valoir que le concédant ne pouvait exercer la profession d'agent immobilier sans être lui-même titulaire d'une carte professionnelle.

³⁰ Cass. com., 4 juin 2002, n° 99-19464. L'action tendait à voir requalifier un contrat de concession exclusive en un contrat de franchise. Le demandeur au pourvoi a été débouté de sa demande aux motifs que « *si le contrat prévoit la mise à disposition d'un nom commercial, de sigles et de symboles, ainsi qu'une assistance commerciale de la part du concédant lors de la création de l'activité et l'organisation par ce dernier de campagnes promotionnelles, il ne fait toutefois pas référence à l'existence d'un savoir-faire et ne crée aucune obligation de transmission de connaissances propres caractéristiques d'une franchise, l'obligation d'assistance mise à la charge du concédant comme la détermination de quotas d'approvisionnement auprès du seul concédant relevant au contraire d'un contrat de concession exclusive* ».

³¹ Cass. crim., 11 octobre 1990, n°89-84769. En l'espèce, les concédants ont été condamnés pour escroquerie en raison du non-respect des conditions contractuelles, de mensonges et promesses fallacieuses accompagnés de manœuvres frauduleuses.

³² CA Orléans, 23 avril 1991, RG 536/89.

³³ CA Rouen, 6 juillet 2010, RG 10/00620.

d'entrée permettait au concessionnaire de bénéficier d'une assistance technique et d'avoir accès aux produits et aux fournisseurs du concédant. Cet arrêt infirmatif se fondait sur l'absence d'indications relatives à la contrepartie de ce versement et sur l'existence d'une contestation sérieuse sur l'application de ces stipulations.

Dans un arrêt du 24 mars 1995³⁴, l'absence de l'exclusivité de revente, contrepartie du droit d'entrée, a entraîné la résiliation du contrat et l'octroi de dommages et intérêts au concessionnaire. On notera ici, non sans intérêt, que les juges considèrent le droit d'entrée comme une obligation à part entière du contrat. Plus remarquable encore, la Cour d'appel de Montpellier a jugé que la preuve de l'existence du contrat reposait sur la présence d'un certain nombre d'éléments dont le droit d'entrée³⁵. Ce raisonnement est, à notre sens, critiquable car le droit d'entrée est envisagé comme l'un des éléments caractéristiques du contrat de concession. Or, l'on sait que son existence, dans ce contrat, relève de l'exception. Il paraît dès lors inopportun d'encourager ce type de pratique.

331. - Au vu de ces décisions, plusieurs remarques peuvent être formulées. Les parties à un contrat de concession disposent de la faculté de stipuler un droit d'entrée dont elles déterminent librement la contrepartie. Cette contrepartie doit être effective sous peine de résiliation du contrat. Il importe, de plus, qu'elle soit clairement mentionnée dans le contrat ou ses annexes au risque de voir le juge requalifier le versement.

C. Un versement, objet de l'attention du législateur dans le contrat d'affiliation

332. - Le contrat d'affiliation³⁶ est le « *nom donné dans la pratique à un contrat de grande distribution à profil variable en vertu duquel de grands distributeurs (supermarchés notamment) s'engagent envers une centrale d'achat ou de référencement (dont ils sont souvent des filiales) à acheter exclusivement les produits qu'elle référence (sauf libre approvisionnement des produits régionaux) soit directement aux producteurs référencés*

³⁴ CA Lyon, 24 mars 1995, RG 92/06796.

³⁵ CA Montpellier, 16 mai 2006, RG 04/05847.

³⁶ Sur les contrats d'affiliation : v. entre autres, M.-E. ANDRÉ, *Les contrats de la grande distribution*, th Montpellier 1, Litec, 1991, spéc. n° 128, p. 70; M. BEHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Les contrats de distribution*, LGDJ, 1999 ; M. MALAURIE-VIGANAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., Sirey, 2015, n° 820, p. 232 ; C. RAJA, *Pour un renouveau du contrat d'affiliation*, RTD com, 2014, p. 1 ;

(moyennant les montages juridiques nécessaires), soit à la centrale qui en a fait l'acquisition, et vendent les produits sous une enseigne et des marques communes, tout en bénéficiant d'une assistance à la revente. »³⁷

Avant la loi Macron du 6 août 2015³⁸, ce contrat a fait, dans un passé récent, l'objet d'un projet de loi³⁹, voté en première lecture par le Sénat mais abandonné, faute d'avoir été adopté avant le changement de législature. L'article 1^{er} du premier chapitre de ce projet prévoyait l'insertion d'un titre IV dans le livre III du Code de commerce intitulé « *Des réseaux de distribution* ». Six articles⁴⁰, tous relatifs à la convention d'affiliation, étaient supposés composer ce titre. Deux de ces articles retiennent particulièrement notre attention.

333. - En premier lieu, l'article L. 340-1, I du Code de commerce issu de ce projet de loi définissait la convention d'affiliation comme « *Une convention d'affiliation est un contrat, conclu entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er}, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce alimentaire de détail au sens de l'article L. 340-2.* »⁴¹ L'article ajoutait *in fine* : *Conclue en sus de tout autre contrat pouvant exister par ailleurs entre les parties, elle comprend des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant.* »

³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF/Quadrige, 2014, p. 42, v^o *Affiliation (contrat d')*.

³⁸ Loi n^o 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques (1) dite « Loi Macron ». L'article 31 de cette loi a inséré un titre IV relatif aux réseaux de distribution commerciale dans le Code de commerce.

³⁹ Le projet de loi n^o 4141 renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, dit « Lefebvre », voté en première lecture et modifié par le Sénat le 22 décembre 2011, n'a finalement pas abouti en raison du changement de législature intervenue la même année que les élections présidentielles de 2012.

⁴⁰ Le projet de loi initial (n^o3508) comprenait sept articles. V. sur le projet de loi (version d'octobre) : M. MALAURIE-VIGNAL, *La convention d'affiliation prévue par l'article 1er du projet de loi Lefebvre renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs*, D. 2011, p. 2550.

⁴¹ C. com., L. 340-1, I issu du projet de loi Lefebvre modifié par le Sénat *in limine*. Comp. avec la version originale (projet de loi n^o3508) : « *Une convention d'affiliation est un contrat conclu entre une personne physique ou morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre I^{er}, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3, et toute personne exploitant pour son compte ou pour le compte d'un tiers au moins un magasin de commerce de détail, afin de fixer celles des obligations auxquelles s'engagent les parties susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité de commerçant.* »

L'on ne manquera pas de relever que si la loi Macron n'a pas jugé opportun de réserver un article à la définition de la convention d'affiliation, la rédaction du nouvel article L. 341-1⁴², aujourd'hui en vigueur, s'en inspire nettement. Pour rappel, le nouvel article L. 341-1 impose une échéance commune à l'ensemble des contrats conclus entre les réseaux de distribution commerciale et les exploitants de commerce de détail qui leur sont affiliés⁴³ et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale.

334. - Outre l'article L. 340-1, l'article L. 340-4 du projet de loi Lefebvre requiert, en second lieu, une attention toute particulière car il était relatif au droit d'entrée de la convention d'affiliation. Mais avant de s'intéresser à cet article, il convient de rappeler succinctement les usages en la matière.

Le contrat d'affiliation connaît, en effet, la pratique du droit d'entrée. Il s'agit du versement d'une somme d'argent effectué, lors de la conclusion du contrat, par l'affilié et « *considérée par la centrale d'achat comme indispensable pour faire partie du club* »⁴⁴. Acquittée, généralement, en intégralité lors de la conclusion du contrat, la somme reste acquise à l'affiliant.

Le projet de loi Lefebvre proposait un encadrement strict du droit d'entrée. L'article L. 340-4 disposait, en effet, que « *Lorsqu'une convention d'affiliation prévoit le versement de sommes constituant une condition préalable à l'établissement ou au renouvellement de la relation commerciale, le document unique mentionne la possibilité d'acquitter ces sommes soit en totalité au moment de la signature du contrat, soit en plusieurs versements, les versements dus au titre de la dernière année ne pouvant excéder 20 % du total de ces sommes. En cas de non-respect du présent article, les sommes dues à ce titre ne sont, d'ordre public, exigibles que*

⁴² C. com., art. L. 341-1 : « *L'ensemble des contrats conclus entre, d'une part, une personne physique ou une personne morale de droit privé regroupant des commerçants, autre que celles mentionnées aux chapitres V et VI du titre II du livre Ier du présent code, ou mettant à disposition les services mentionnés au premier alinéa de l'article L. 330-3 et, d'autre part, toute personne exploitant, pour son compte ou pour le compte d'un tiers, un magasin de commerce de détail, ayant pour but commun l'exploitation de ce magasin et comportant des clauses susceptibles de limiter la liberté d'exercice par cet exploitant de son activité commerciale prévoient une échéance commune.* »

⁴³ À noter que le nouvel article L. 341-1 n'évoque pas expressément la relation d'affiliation. Cette précision a été apportée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 5 août 2015. V. Cons. const., décision n° 2015-715 DC du 5 août 2015, JORF n°0181 du 7 août 2015, p. 13616, cons. 19 : « *l'article 31 est relatif aux relations contractuelles entre les réseaux de distribution et les commerces de détail affiliés à ces réseaux* ».

⁴⁴ M.-E. ANDRÉ, *Les contrats de la grande distribution*, th. Montpellier 1, Litec, 1991, n° 269, p. 133.

dans la limite de 10 % par an de leur montant nominal initial, tel qu'il figure dans la convention d'affiliation. »⁴⁵

Par ces dispositions, le projet de loi envisageait clairement l'hypothèse selon laquelle un versement conditionnant l'accès à la relation contractuelle est réclamé à l'affilié. Ce texte prévoyait deux cas de figures : le versement préalable à une nouvelle relation commerciale et celui demandé lors d'un renouvellement. Il faisait peser, de plus, sur l'affiliant une obligation d'information relative aux modalités de paiement du versement (intégral ou fractionné). Par ailleurs, dans le but évident d'enrayer les abus consistant à réclamer en cas de paiement fractionné un montant élevé en fin de contrat, il imposait un montant *a maxima* des versements intervenant lors de la dernière année, à savoir « 20 % du total » des sommes dues. Le non-respect de cette règle était sanctionné par une mesure d'ordre public selon laquelle les sommes dues au titre de la dernière année n'auraient été exigibles que dans la limite de 10 % par an de leur montant nominal initial.

335. - Ce dispositif ne se retrouve pas dans le nouveau titre consacré aux réseaux de distribution commerciale. Le législateur n'a pas jugé opportun d'encadrer le droit d'entrée, ce que l'on peut regretter. De fait, la loi Macron s'est donné pour objectif de « *renforcer la concurrence dans le secteur de la grande distribution en facilitant les changements d'enseignes par les magasins indépendants afin d'augmenter le pouvoir d'achat des Français, de diversifier l'offre pour le consommateur dans les zones de chalandise tout en permettant au commerçant de faire jouer la concurrence entre enseignes* »⁴⁶ Stimuler la concurrence est donc un axe majeur de la loi. Elle s'inscrit ainsi dans le droit fil de l'avis de l'Autorité de la concurrence du 7 décembre 2010⁴⁷ qui invitait le législateur à légiférer afin de mettre fin à diverses pratiques entrées dans les usages et susceptibles d'altérer l'intensité de la concurrence entre magasins et de dégrader la situation du consommateur.

Partant, le droit d'entrée dans les contrats d'affiliation demeure régi par la pratique. L'on ne peut exclure cependant l'hypothèse d'une intervention ultérieure. Le dispositif Macron,

⁴⁵ C. com., art. L. 340-4 issu du projet de loi Lefebvre n° 4141. Les dispositions de cet article n'ont pas été modifiés par le Sénat.

⁴⁶ Exposé sommaire de l'amendement n° 1681 présenté par M. Brottes le 22 janvier 2015.

⁴⁷ Aut. conc., 7 décembre 2010, avis n° 10-A-26, relatif aux contrats d'affiliation de magasins indépendants et les modalités d'acquisition de foncier commercial dans le secteur de la distribution alimentaire, D. 2011, p. 540, obs. D. FERRIER ; D. 2011, p. 2691, obs. Centre de droit de la concurrence Yves SERRA.

moins ambitieux que le projet de loi Lefebvre, constitue néanmoins une « *ébauche d'un droit spécial des contrats de distribution* »⁴⁸. Il y a fort à parier qu'il n'est que la première brèche dans le système ultralibéral de la distribution.

II. La rémunération de l'acquisition de la qualité de membre du réseau

336. - Le versement d'un droit d'entrée rétribue l'intégration à un réseau et partant, certains avantages qui y sont associés. La contrepartie du droit d'entrée diffère selon le contrat de distribution et selon le réseau concerné, si bien que la doctrine se montre divisée sur son exacte contrepartie.

337. - Dans le contrat de franchise, la contrepartie du droit d'entrée est l'objet de persistantes dissensions parmi les auteurs. Certains estiment qu'il est la contrepartie de l'accès au réseau et donc de la clientèle ralliée rattaché à l'accipiens. Cette conception assimile donc le droit d'entrée à un élément incorporel⁴⁹. Le Professeur LE TOURNEAU l'envisage comme la rémunération de l'ensemble des éléments concédés⁵⁰, tandis que M. FERRIER a une vision plus étroite, estimant que ce versement représenterait la contrepartie de la communication du savoir-faire alors que les redevances correspondraient à la rémunération de la mise à disposition de la marque et de l'assistance apportée par le franchiseur⁵¹. Dans le même sens, des auteurs ont considéré que « *Le droit d'entrée (...) est la contrepartie de l'entrée dans un réseau expérimenté et de la transmission d'un savoir-faire qui procure un avantage concurrentiel.* »⁵² Ce dernier avis emporte notre préférence. Le droit d'entrée doit surtout se concevoir, à notre sens, comme le paiement de l'accès à un réseau et à un savoir-faire. Il convient d'apporter quelques précisions à ce propos.

L'existence du droit d'entrée doit pouvoir se justifier au regard du succès du réseau et de l'effectivité de son savoir-faire. Intégrer un réseau permet au franchisé de profiter de la

⁴⁸ A. RIÉRA, *Vers un nouveau contrat d'affiliation ?* AJCA 2015, p. 411.

⁴⁹ G. AMÉDÉE MANESME et J.-P. CLÉMENT, *Analyse fiscale d'un contrat de franchise*, Gaz. Pal., 1978, Doct., p. 220 ; P. DE PINJON, *Fiscalité et franchise*, LPA, 14 février 1986.

⁵⁰ Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA (avec la particip.), *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Litec professionnels, LexisNexis Litec, 2007, n° 612, p. 269.

⁵¹ D. FERRIER, *Droit de la distribution*, 6^e éd., Lexisnexus Litec, 2012, n° 709, p. 360.

⁵² C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis Litec, 2011, n° 169, p. 136.

renommée de l'enseigne et de sa clientèle⁵³. Outre l'accès à une clientèle large et déjà conquise par le concept⁵⁴, cette position lui offre une crédibilité auprès des organismes bancaires auprès desquels il devra solliciter des prêts. Devenir franchisé d'une enseigne à forte notoriété est, de la sorte, gage d'une réussite quasi assurée. Partant, la question de la légitimité du droit d'entrée va se poser si le réseau et la marque sont inexistantes ou peu attractifs.

Le savoir-faire, autre contrepartie du droit d'entrée, constitue l'un des éléments essentiels du contrat de franchise. Il est défini par le règlement européen d'exemption n° 330/2010 du 20 avril 2010⁵⁵ comme un ensemble secret⁵⁶, substantiel⁵⁷ et identifié⁵⁸ d'informations pratiques non brevetées, résultant de l'expérience du franchiseur et testées par celui-ci. Il importe que ce savoir-faire confère, de plus, au franchisé un avantage concurrentiel⁵⁹. À défaut de savoir-faire, le contrat de franchise peut être annulé, pour absence de cause⁶⁰, ou dol⁶¹. Le savoir-faire est avéré selon les tribunaux lorsqu'un guide complet est proposé au candidat ou lorsqu'un modèle de présentation des vitrines lui est imposé⁶². Il en est de même en cas d'agencement spécifique des locaux ou lorsque le franchiseur donne des conseils d'organisation, ou propose des stages⁶³.

Les précédents développements ne sauraient faire occulter la prévalence de la liberté contractuelle sur toutes autres considérations doctrinales. Il importe de garder à l'esprit, en effet,

⁵³ De fait, l'existence d'un droit d'entrée se conçoit dès lors que le franchiseur joue le rôle de créateur et d'animateur de réseau. Ce dernier a su générer de la réussite et il est, somme toute, logique que soit rémunérée la mise à disposition, au profit du candidat franchisé, des éléments qui permettent de la réitérer.

⁵⁴ Le concept, dans le contrat de distribution, est la conjonction de plusieurs éléments dont la propriété ou le droit d'usage de signes de ralliement de la clientèle, l'usage d'une expérience et une collection de produits, de services ou de technologies brevetées ou non, conçus, mis au point, agréés ou acquis par le chef du réseau.

⁵⁵ Règlement (UE) n° 330/2010 de la Commission du 20 avril 2010 concernant l'application de l'article 101, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées, art. 1^{er}, g.

⁵⁶ Selon l'art. 1^{er} dudit règlement, il faut entendre par secret que « *le savoir-faire n'est pas généralement connu ou facilement accessible.* »

⁵⁷ Toujours selon ce règlement, substantiel se réfère « *au savoir-faire qui est significatif et utile à l'acheteur aux fins de l'utilisation, de la vente ou de la revente des biens ou des services contractuels.* »

⁵⁸ Le règlement précise : « *identifié signifie que le savoir-faire est décrit d'une façon suffisamment complète pour permettre de vérifier s'il remplit les conditions de secret et de substantialité.* »

⁵⁹ Cass. com., 10 décembre 2013, n° 12-23115, inédit.

⁶⁰ Cass. com., 14 septembre 2010, CCC 2010, comm. 270, obs. M. MALAURIE-VIGNAL ; Cass. com., 12 novembre 2008, LPA, 13 novembre 2009, p. 40.

⁶¹ Cass. com., 14 septembre 2010, CCC 2010, comm. 270, obs. M. MALAURIE-VIGNAL

⁶² M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la distribution*, 3^e éd., Sirey, 2015, n° 218, p. 69.

⁶³ *Ibid.*

que la détermination de la contrepartie du droit d'entrée incombe aux parties. Partant, elles peuvent librement retenir ou exclure des éléments lors de la fixation du montant du droit d'entrée. Ce faisant, la contrepartie d'un droit d'entrée peut différer d'un réseau à l'autre. Compte tenu de cette disparité, les parties ont grand intérêt à ventiler précisément le montant du droit d'entrée suivant ce qu'il rétribue. Cette initiative, en limitant les risques de fixation arbitraire, permettra d'assurer l'existence d'une réelle contrepartie. La ventilation répond, par ailleurs, à une exigence de prudence à l'égard du fisc. Cette mesure présente d'autant plus d'intérêt que les sommes en jeu peuvent être importantes. Elles peuvent, de fait, atteindre plusieurs dizaines de milliers d'euros selon les réseaux.

338. - Les parties à un contrat de concession ou d'affiliation disposent également d'une totale liberté dans la détermination de la contrepartie du droit d'entrée lorsqu'il est stipulé. En tout état de cause, le droit d'entrée ne rétribue pas la transmission d'un savoir-faire car c'est une obligation propre au franchiseur⁶⁴. Outre l'accès au réseau de concession ou d'affiliation, le droit d'entrée peut être la contrepartie de prestations assurées par le créancier de l'entrée payante. Dans le cas du contrat de concession, cela peut être le prix de l'exclusivité de revente, de l'usage de la marque ou d'une aide technique spécifique. Dans le contrat d'affiliation, le paiement du droit d'entrée peut donner droit à un ensemble de prestations assurées par l'affilié (communication de tarifs, liste de fournisseurs agréés, appui logistique, etc.). Cela étant précisé, il est loisible aux parties de convenir d'autres contreparties. Quelles qu'elles soient, il importe qu'elles fassent l'objet de stipulations précises. Par ailleurs, si le réseau et la marque sont inexistantes ou peu attractifs, la question de la cause de l'entrée payante va se poser.

§2. Le droit d'entrée en droit de la consommation

339. - Naturellement protecteur à l'égard des consommateurs, le droit de la consommation ne manque pas de s'intéresser aux versements réclamés à ces derniers avant même la conclusion du contrat. Attentif aux abus, le droit de la consommation encadre le supplément qui est ainsi placé sous étroite surveillance du législateur (I). Rare en pratique, il est parfois réclamé en contrepartie de la position d'adhérent (II).

⁶⁴ La transmission du savoir-faire est une particularité du contrat de franchise et son existence permet de le distinguer d'autres contrats.

I. Un supplément sous surveillance

340. - Pour contracter, le consommateur est parfois tenu d'effectuer un versement avant ou concomitamment à la conclusion du contrat. Ces contrats sont divers et portent sur la mise à disposition d'un bien ou sur l'utilisation d'un service durant une période déterminée. Toléré dans certains contrats, le caractère abusif du supplément a parfois amené le législateur à strictement encadrer ces pratiques. Il en est ainsi du paiement supplémentaire (A) et du droit d'entrée dans les ventes et prestations à la boule de neige (B) qui sont régis légalement, par suite d'abus.

A. Le paiement supplémentaire préalable à la conclusion du contrat

341. - Lors de la conclusion de contrats de consommation, le professionnel peut exiger du consommateur un paiement supplémentaire et ce, à divers titres. Il constitue une entrée payante quand son versement est requis avant ou concomitamment à la conclusion du contrat.

La pratique du paiement supplémentaire a longtemps été ignorée par le législateur français. La volonté de s'aligner sur le droit européen, couplée à la nécessité de limiter les abus en droit interne ont conduit le législateur à encadrer ce versement. Le premier texte à avoir régi le paiement supplémentaire est la loi du 17 mars 2014⁶⁵. Ce dispositif vise à encadrer tous les paiements supplémentaires, indifféremment du moment de leur versement. La loi de 2014 a introduit un chapitre IV intitulé « Paiements supplémentaires » composé de trois articles au titre premier « Information des consommateurs » du livre 1^{er} « Information des consommateurs et formation des contrats » du Code de la consommation. L'article L. 114-1, premier de ces trois articles, disposait en son premier alinéa que « *Préalablement à la conclusion d'un contrat de vente ou de prestation de services, le professionnel s'assure du consentement exprès du consommateur pour tout paiement supplémentaire venant s'ajouter au prix de l'objet principal du contrat. Dans l'hypothèse où le paiement supplémentaire résulte d'un consentement du consommateur donné par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'opposition expresse de sa part à des options payantes qu'il n'a pas sollicitées, le consommateur peut prétendre au remboursement des sommes versées au titre de ce paiement supplémentaire.* » Le second alinéa

⁶⁵ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation dite « loi Hamon », JORF n° 0065 du 18 mars 2014, p. 5400, v. spéc. art. 18.

apporte des précisions sur le champ d'application de la disposition précédente : « *Le présent article s'applique aux contrats portant sur la fourniture d'eau, de gaz ou d'électricité lorsqu'ils ne sont pas conditionnés dans un volume délimité ou en quantité déterminée ainsi que sur la fourniture de chauffage urbain et de contenu numérique non fourni sur un support matériel.* »

L'article L. 114-2 prévoyait, en cas de manquement du professionnel à ses obligations à l'article L. 114-1, une amende administrative d'un montant maximal de 3 000 € pour une personne physique et de 15 000 € maximum pour une personne morale.

Enfin, l'article L. 114-3 énonçait le caractère d'ordre public des deux règles précédentes

Ces dispositions rédigées aux fins d'améliorer l'information du consommateur et de renforcer ses droits contractuels sont directement inspirés de l'article 22 de la directive européenne du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs⁶⁶. Ils concourent à la « *lutte contre certaines pratiques que l'on qualifie parfois de « vente forcée » et qui se traduisent, par exemple, par l'adjonction à un contrat de vente de garanties spécifiques dont le paiement est à la charge du consommateur sans qu'il y ait consenti* ».

Il ressort de ces textes, en résumé, que le législateur impose au professionnel de recueillir expressément le consentement du consommateur pour tout paiement supplémentaire qui viendrait s'ajouter au prix de l'objet principal du contrat et ce, préalablement à la conclusion du contrat. Faute de consentement explicite, le consommateur est en droit de prétendre au remboursement des sommes versées à titre de paiement supplémentaire.

342. - Suite au réagencement de la partie législative opéré par l'ordonnance du 14 mars 2006⁶⁷, les articles L. 114-1 à L. 114-3 ont été abrogés. Les dispositions relatives au paiement supplémentaire sont désormais reprises aux nouveaux articles L. 121-17⁶⁸, L. 121-18⁶⁹ et

⁶⁶ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, JOUE du 22 novembre 2011, art. 22 : « *Avant que le consommateur soit lié par un contrat ou une offre, le professionnel doit obtenir le consentement exprès du consommateur à tout paiement supplémentaire à la rémunération convenue au titre de l'obligation contractuelle principale du professionnel. Si le professionnel n'a pas obtenu le consentement exprès du consommateur, mais qu'il l'a déduit en ayant recours à des options par défaut que le consommateur doit rejeter pour éviter le paiement supplémentaire, le consommateur peut prétendre au remboursement de ce paiement.* »

⁶⁷ Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

⁶⁸ C. consom., ex art. L. 114-1.

⁶⁹ C. consom., ex art. L. 114-2.

L. 132-22⁷⁰ du Code de la consommation. Si les règles n'ont pas été modifiées sur le fond, elles bénéficient, depuis la réforme, de plus de visibilité et d'accessibilité⁷¹. L'ordonnancement clarifié participe, en effet, de la volonté de simplifier l'accès à la loi pour les justiciables⁷².

343. - Au vu des considérations précédentes, il apparaît que la souplesse de la législation sur le paiement supplémentaire permet d'appréhender la pratique d'entrée payante dans les contrats de consommation. La loi Hamon vise, en effet, à encadrer le paiement supplémentaire exigé en plus du prix de l'objet principal du contrat. L'entrée payante, par ses caractéristiques, entre précisément dans son champ d'application, précision faite qu'elle est réclamée à l'orée du contrat. Dans les contrats de consommation, elle est notamment connue sous la dénomination de droit d'entrée. Les parties peuvent, bien évidemment, opter pour une autre appellation.

Lors de l'adhésion à un club⁷³, il est fréquemment exigé du nouvel adhérent le paiement d'un droit d'entrée qui s'ajoute aux cotisations. Ce droit d'entrée varie selon le standing du club et les prestations proposées⁷⁴. Il constitue un supplément, un réel surcoût pour l'adhérent et une condition *sine qua non* pour l'obtention du statut d'adhérent. Conformément à l'article L. 121-17, le club doit obtenir le consentement exprès de l'adhérent, dans le cas contraire, ce dernier pourra prétendre au remboursement de la somme.

⁷⁰ C. consom., ex art. L. 114-3.

⁷¹ Les articles L. 121-17 et L. 121-18 constituent les deux articles de la nouvelle section 7 « Paiement supplémentaire sans consentement exprès » du chapitre 1^{er} « Pratiques commerciales interdites » du titre II « Pratiques commerciales interdites et pratiques commerciales réglementées » du livre 1^{er} « Information des consommateurs et pratiques commerciales ». L'article L. 132-22 figure, lui, dans la sous-section 7 « Paiement supplémentaire sans consentement exprès » de la section 1 « Pratiques commerciales interdites » du chapitre II « Pratiques commerciales interdites et pratiques commerciales réglementées ».

⁷² Communiqué de presse du Conseil des ministres du 9 mars 2016 : « La remise en cohérence du code contribuera à améliorer l'intelligibilité et l'accessibilité de la loi pour les différents utilisateurs »

⁷³ Clubs de tennis, de golf, culturel, de loisirs etc.

⁷⁴ Par exemple, pour intégrer le « Paris Country-club » qui se présente comme un « club privé haut de gamme », un droit d'entrée de 1 450 à 2 800 euros est requis, outre une cotisation pour le golf (de 1 760 à 3 150 euros), ou pour le tennis (de 1 600 à 2 430 euros), ou pour le golf et le tennis : de 1 850 à 3 150 €, etc. Ce club propose à ses adhérents un vestiaire gardé, un espace de restauration, un cinéma, une piscine etc. (source : <http://www.pariscountryclub.com/> et <https://www.petitfute.com/>). Autre exemple, au Racing Club de France, près de Versailles, il convient de déboursier 16 000 euros à titre de droit d'entrée et 3 450 euros de cotisation annuelle. En comparaison, à Pau 1856, le droit d'entrée est fixé à 600 euros et la cotisation à 1 320 euros (source : <http://golf.lefigaro.fr/>).

B. Le droit d'entrée dans les ventes ou prestations à la boule de neige

344. - L'accès aux réseaux de ventes à la chaîne ou ventes multi-niveaux est généralement conditionné par le versement d'un droit d'entrée obligatoire.

« *La distribution multiniveaux est une méthode de vente qui consiste dans l'organisation d'un réseau de vente fondé sur le parrainage successif de distributeurs indépendants.* »⁷⁵ Si elle n'est pas réglementée, cette pratique est licite lorsqu'elle constitue une vente régulière de produits aux consommateurs par la création progressive d'un réseau réel de commercialisation⁷⁶. Néanmoins, si la vente prend la forme d'une vente à la boule de neige ou d'une vente pyramidale, elle est formellement prohibée par les textes.

Pour rappel, la vente à la boule de neige est une technique par laquelle est concédé un avantage ou une rémunération à un acheteur (ou distributeur) sous condition qu'il recrute d'autres acheteurs (ou distributeurs). Dans la pratique, elle est polymorphe grâce à l'ingéniosité des promoteurs de réseaux.

La vente pyramidale est l'une des variantes de la vente à la boule de neige. Elle repose sur un système de recrutement à la chaîne. L'initiateur du réseau recrute des adhérents, devant à leur tour en recruter d'autres et ainsi de suite. Les premiers adhérents espèrent tirer profit, de ce fait, de la progression géométrique du nombre de personnes recrutées ou inscrites. Le promoteur du système, en haut de la pyramide, perçoit les cotisations des nouveaux membres des mains des premiers adhérents qui sont rémunérés pour partie sur le montant de ces cotisations. Parfois, la redistribution des gains est soumise au recrutement d'un nombre déterminé de nouveaux adhérents, ce qui rend laborieuse la perception de gains. Plus un élément de la chaîne recrute un nombre important d'adhérents, directement ou indirectement (par l'intermédiaire des personnes qu'il a lui-même recrutées), plus ses gains sont florissants. Reste qu'en toutes circonstances, ce type de vente est interdit.

345. - Avant 1953, faute de dispositions spécifiques, la jurisprudence condamnait la pratique de la vente à la boule de neige au titre du délit d'escroquerie⁷⁷ anciennement sanctionné

⁷⁵ *Mémento pratique Francis LEFEBVRE, Concurrence, consommation, 2011-2012, n° 95000.*

⁷⁶ *Mémento pratique Francis LEFEBVRE, Concurrence, consommation, 2011-2012, n° 95000.*

⁷⁷ V. pour illustration un arrêt rendu avant l'adoption de la loi de 1953 : Cass. crim., 7 mai 1951, D. 1951. 489, note VOUIN ; S. 1952. 1. 21, note LEGAL. En dépit de l'existence de la loi de 1953, le fondement de

par l'article 405 du Code pénal⁷⁸. L'article 1^{er} de la loi du 5 novembre 1953⁷⁹ a posé, par la suite, le principe de l'interdiction de la vente à la boule de neige. La raison en est que les perspectives de gain sont illusoire du fait de l'impossibilité de la poursuite d'une progression constante des adhérents. Seuls les initiateurs du réseau profitent, en réalité, du système.

S'il est incontestable que la loi de 1953 a constitué une avancée dans la lutte contre les mécanismes abusifs de chaînes d'argent, elle comportait cependant des lacunes quant à son champ d'application. Dans sa rédaction initiale, cette loi ne visait, en effet, que les contrats de vente. Certaines situations échappaient, en conséquence, à la prohibition de l'article 1^{er}. La loi n° 89-421 du 23 juin 1989⁸⁰ est venue combler ces dispositions lacunaires en incluant une interdiction relative aux prestations et investissements autres que la vente. Depuis cette modification, est également interdit « *Le fait de proposer à une personne de collecter des adhésions ou de s'inscrire sur une liste en exigeant d'elle le versement d'une contrepartie quelconque et en lui faisant espérer des gains financiers résultant d'une progression du nombre de personnes recrutées ou inscrites plutôt que de la vente, de la fourniture ou de la consommation de biens ou services.* »⁸¹ La prohibition de ces ventes et prestations « à la boule de neige » a été reprise dans le Code de la consommation à l'ancien article L. 122-6 complété ultérieurement par les lois du 1er février 1995⁸² et du 3 janvier 2008⁸³. Suite à la refonte de la partie législative du Code de la consommation, ces dispositions figurent aujourd'hui au nouvel article L. 121-15⁸⁴.

l'escroquerie n'a pas été complètement abandonné : TGI Angers, 29 mai 1991 : CCC 1992, n° 191, obs. RAYMOND (cas d'une « chaîne d'argent » sanctionnée sur le fondement de l'escroquerie).

⁷⁸ Le délit d'escroquerie est actuellement sanctionné par les articles 313-1 et s. du Code pénal.

⁷⁹ Loi n° 53-1090 du 5 novembre 1953 interdisant les procédés de vente dits « à la boule de neige », art. 1^{er} : « Sont interdites les ventes pratiquées par le procédé dit « de la boule de neige » ou tous autres procédés analogues consistant en particulier à offrir des marchandises au public en lui faisant espérer l'obtention de ces marchandises, à titre gratuit ou contre remise d'une somme inférieure à leur valeur réelle et en subordonnant les ventes au placement de bons ou de tickets à des tiers ou à la collecte d'adhésions ou inscriptions. »

⁸⁰ V. plus précisément l'article 4 de la loi du 23 juin 1989, modifiant l'article 1er de la loi de 1953.

⁸¹ Exemples : la vente est dite à la boule de neige et est répréhensible à ce titre dans le cas d'un choix offert au client entre un achat à prix réduit, subordonné à la collecte d'adhésion et un achat à prix plus élevé, sans collecte d'adhésion (Cass. Crim., 27 janv. 1966, Bull. crim. n° 26 ; D. 1966. Somm. 55). De même, constitue une vente à la boule de neige le fait pour un commerçant de proposer à ses clients la remise gratuite de deux vêtements, le troisième, réglé au moyen de plusieurs chèques, leur étant remboursé par restitution d'une mensualité en contrepartie de chaque nouveau client se présentant de la part du client initial (T. corr. Versailles, 16 oct. 2000, RJDA 2001, n° 819).

⁸² Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial.

⁸³ Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs.

⁸⁴ C. consom., art. L. 121-15 nouv. issu de l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016.

L'infraction à ces règles est sanctionnée par un emprisonnement de deux ans et une amende de 300 000 euros⁸⁵. De plus, le montant de l'amende peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du délit, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits⁸⁶. Ces sanctions peuvent être assorties de peines complémentaires, à savoir des interdictions d'exercice⁸⁷

346. - L'alinéa 2 de l'article L. 121-15 interdit, entre autres, dans les réseaux de vente constitués par recrutement en chaîne d'adhérents ou d'affiliés, le versement de sommes correspondant à un droit d'entrée lorsque ce versement conduit à un paiement ou à l'attribution d'un avantage bénéficiant à un ou plusieurs adhérents ou affiliés du réseau⁸⁸. Par cette mesure, le législateur tend à encadrer strictement la pratique consistant à demander une somme au futur adhérent pour intégrer le réseau. Toutefois, cette interdiction se limite à l'hypothèse dans laquelle le versement entraîne un paiement ou l'attribution d'un avantage au bénéfice d'un ou plusieurs adhérents ou affiliés du réseau. Ainsi, le promoteur du système et les anciens adhérents ne pourront pas profiter de ce paiement initial au détriment du nouveau venu. A contrario, lorsque le versement n'avantage pas ces derniers, le texte laisse entendre qu'il est autorisé. L'existence du droit d'entrée est, par conséquent, admise dans les chaînes d'argent dans la mesure où le paiement n'est pas détourné au profit d'un autre adhérent.

II. La rémunération de l'acquisition de la qualité d'adhérent

347. - Pour obtenir le statut d'adhérent, le consommateur est parfois tenu de payer un droit d'entrée. Ce droit d'entrée, d'un montant plus ou moins important, est fixé en fonction de divers critères (notoriété du club ou du réseau, avantages attachés à la qualité d'adhérent, etc.). Le statut d'adhérent offre au consommateur la possibilité de bénéficier d'un certain nombre de prestations et de privilèges. La contrepartie du droit d'entrée, librement déterminée par le professionnel, est donc variable.

⁸⁵ C. consom., art. L. 132-19 nouv., al. 1.

⁸⁶ C. consom., art. L. 132-19 nouv., al. 2.

⁸⁷ C. consom., art. L. 132-20 nouv.

⁸⁸ Il en est de même pour la somme correspondant à l'acquisition de matériels ou de services à vocation pédagogique, de formation, de démonstration ou de vente ou tout autre matériel ou service analogue. L'on ne manquera pas d'observer ici que cette règle est énumérative et non exhaustive. L'interdiction porte sur toutes les sommes d'argent indifféremment de leur cause.

Si le droit de la consommation ne prohibe pas formellement la pratique du droit d'entrée dans le contrat de consommation⁸⁹, son existence est toutefois soumise à conditions.

Tout d'abord, le consommateur doit impérativement être informé de tout paiement supplémentaire venant s'ajouter au prix de l'obligation principale. On observera que le législateur ne se prononce pas sur la nature du paiement supplémentaire, sa contrepartie ou son régime. L'accent est mis sur l'information du consommateur afin qu'il ait à sa disposition les informations nécessaires à sa prise de décision.

Ensuite, toujours très protecteur des intérêts des consommateurs, le droit de la consommation a construit au fil des années un cadre strict dans lequel doivent évoluer les ventes et prestations multiniveaux. Les abus ont conduit à l'interdiction pure et simple des ventes et prestation à la boule de neige. Hormis cette prohibition, les réseaux de vente sont licites et encadrés par la loi. Dans ce dernier cas, la loi prohibe le versement de droit d'entrée, ou d'un quelconque versement préalable avantageant un ou des adhérents. Ainsi, les parties demeurent libres de déterminer la contrepartie de ce versement du moment qu'elle ne constitue pas un avantage pour l'un des adhérents. La limite posée par l'article L. 121-15 réduit de fait les possibilités d'exiger un droit d'entrée. Ces dispositions sont salutaires car elles permettent de contrecarrer les abus.

SECTION 2 - LA RESTAURATION D'UN ÉQUILIBRE ET LE PAIEMENT DE L'ACCÈS AU CONTRAT

348. - L'entrée payante naît, dans certaines circonstances, de la volonté de remédier à un déséquilibre découlant d'un statut très protecteur instauré en faveur de l'un des contractants. Le pas-de-porte (§1) et la prime d'émission (§2) sont ainsi regardés comme un instrument d'équilibre par leur créancier.

⁸⁹ V. toutefois le cas de la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques. Avant la loi n°2008-3 du 3 janvier 2008, ce versement, généralement conservée par le fournisseur à la fin du contrat, s'opérait souvent dans une parfaite opacité sans que les consommateurs en connaissent la cause. Conscient de ces abus, le législateur a encadré le versement de ces sommes en prévoyant leur restitution sous un bref délai, v. C. consom., art. L. 224-35 nouv. Avant l'intervention législative, ce versement s'apparentait à une entrée payante supplément.

§1. Le pas-de-porte

349. - Objet de nombreuses controverses quant à sa nature (I), le pas-de-porte divise praticiens et théoriciens du droit. Quoi qu'il en soit, il est traditionnellement regardé comme un supplément visant à instaurer un équilibre (II).

I. Un supplément à la nature juridique controversée

350. - La pratique du pas-de-porte dans le bail commercial n'est pas sans présenter un intérêt certain. Les auteurs se sont ainsi tout naturellement attachés à rechercher sa qualification juridique. Leur avis n'est pas unanime sur le sujet, loin s'en faut. Par ailleurs, le législateur ne s'est jamais emparé de la question, laissant aux parties une pleine liberté en ce domaine (A). Ce rôle qui leur est dévolu est d'autant plus important que la qualification du versement emporte divers enjeux (B)

A. Controverses doctrinales, refus d'ingérence du législateur et triomphe de la liberté contractuelle

351.. - Le pas-de-porte, de pas (*passus*) et de porte (*porta*), est la somme d'argent, de montant très variable, versée soit par le locataire d'un bail commercial au propriétaire lors de la conclusion du contrat de bail, soit par le cessionnaire d'un bail commercial au précédent locataire lors de la cession du bail par celui-ci⁹⁰. Il prend généralement la forme d'un capital⁹¹ et reste acquis au bailleur.

352. - La pratique, actuellement sur le déclin, a été fort utilisée durant les temps de pénurie des locaux⁹². Décrite par certains⁹³, elle perdure même si elle se fait de plus en plus

⁹⁰ S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016, p. 789, v^o *Pas-de-porte*. Comp. avec la définition du vocabulaire CORNU : Le pas-de-porte « est la somme exigée, soit à titre d'indemnité compensatrice du droit au renouvellement d'un bail commercial, soit, en supplément de loyer, par le bailleur au moment de la conclusion du bail ou par le locataire qui cède son bail » (v. G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF Quadrige, 2014, p. 741, v^o *Pas-de-porte*.)

⁹¹ « Celle-ci se paie par le versement d'un capital au bailleur ou au locataire cédant son bail. », J. DERRUPPÉ, *Les baux commerciaux*, 2^e éd., Dalloz, 1996, p. 65. Cependant, le bailleur autorise parfois le paiement fractionné du pas-de-porte. V. par exemple, Cass. com., 14 avril 1992 (paiement du droit d'entrée en trois fractions).

⁹² V. *supra* n^o 291.

⁹³ « (...) sa justification économique et son analyse juridique sont sujets de controverses. », J. DERRUPPÉ, *Les baux commerciaux*, 2^e éd., Dalloz, 1996, p.65.

rare. Les parties à un bail commercial tendent effectivement à adopter le bail dit « à l'américaine », qui présente la particularité de ne pas imposer de versement préalable au preneur. La conclusion d'un bail à l'américaine dispense donc le locataire d'un effort financier important à l'orée du contrat. Ce dernier pourra, dès lors, consacrer ses fonds au lancement, à l'exploitation et au développement de son activité. L'existence de pas-de-porte peut, en effet, constituer un frein pour les nouveaux commerçants. Mais son absence ne peut toutefois s'analyser en un privilège au profit du locataire. Ce dernier devra s'attendre à payer un loyer plus élevé comprenant le montant de la valeur locative des lieux et l'amortissement du droit d'entrée⁹⁴.

Le pas-de-porte, quoique non régi par la loi, n'est cependant pas totalement ignoré des textes. S'il ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques, le Code général des impôts y fait quand même référence dans ses articles 725, 1595, 1595 bis et 1584.

La jurisprudence a, en revanche, reconnu sans équivoque la licéité de cette pratique⁹⁵ même si sa nature prête à discussion. La nature du pas-de-porte divise, en effet, tant la doctrine que la jurisprudence et plusieurs qualifications sont retenues par les praticiens.

353. - Tout d'abord, le pas-de-porte peut être regardé comme un supplément de loyer⁹⁶,

⁹⁴ Cette technique du bail à l'américaine a été qualifiée de « *dangereuse* » par le Professeur RUET en cas de renouvellement du bail. Il relève, en effet, que « *le loyer du bail renouvelé, fixé souverainement par le juge en cas de litige, peut rester supérieur à la valeur locative.* » (v. L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n° 120, p. 96). Plusieurs arrêts témoignent de cette difficulté. Par exemple, souhaitant la révision du loyer d'un bail conclu à l'américaine lors de son renouvellement, des locataires avaient assigné leur bailleur en fixation du loyer du bail renouvelé. Quoique le loyer du bail initial ait été surévalué du fait de l'absence du pas-de-porte, les juges du fond avaient refusé de limiter le loyer du bail renouvelé à la seule valeur locative technique. Rejetant le pourvoi des preneurs, les juges du droit ont validé ce raisonnement au motif que « les juges du fond fixent souverainement la valeur locative en adoptant le mode de calcul qui leur apparaît le meilleur » (Cass. 3^e civ., 3 juin 2004, Bull. civ., III, n° 111, p. 101). Cette espèce n'est pas isolée puisqu'un arrêt postérieur a été rendu dans le même sens (Cass. 3^e civ., 6 juillet 2005, Bull. civ., III, n° 149, p. 137).

⁹⁵ Cass. 3^e civ., 15 février 1995, Bull. civ., III, n° 50, p. 35 : « *aucune disposition du décret du 30 septembre 1953 n'interdit la remise d'une somme au bailleur par le preneur, à son entrée dans les lieux* ». Avant cet arrêt, v. déjà, Cass. civ., 25 mai 1936 dans lequel les juges du droit ont écarté le grief de l'absence de cause du pas-de-porte : « *lorsqu'en prenant à loyer un magasin où a toujours été exploité un commerce de bijouterie, le locataire a librement consenti à payer au propriétaire, en entrant en jouissance, à titre de pas-de-porte ou reprise, en sus du loyer annuel, une somme d'argent représentant des avantages commerciaux certains, ce locataire n'est pas fondé à soutenir que ce versement complémentaire est nul comme dépourvu de cause* », arrêt cité par H. KENFACK et J. SCHMIDT, *L'entrée dans les lieux loués: le difficile équilibre entre l'économique et le juridique* in J. MONÉGER (dir.), *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques*, Litec, 2010, n° 283, p. 129.

⁹⁶ A. DEJOIE et F. PHAN THANH, *Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial*, AJDI 2009, p. 289. V. aussi, L. ROZÈS, note sous Cass. com., 14 avril 1992, D. 1994, Somm. p. 47 ; L. LÉVY, note sous Cass. com., 14 avril 1992, JCP G, II, 21957 (pour ces auteurs, le pas-de-porte est nécessairement un

destiné à compenser la différence entre le loyer pratiqué et le loyer réel, résultant du marché. Les partisans de cette thèse estiment, en effet, que l'existence du pas-de-porte se justifie dans la mesure où le loyer est fixé en dessous de sa valeur réelle⁹⁷. Cette situation serait causée en partie par les effets pervers de la propriété commerciale⁹⁸ : « ceux qui soutiennent que le pas-de-porte est un supplément de loyer font observer que la propriété commerciale a eu pour effet en entraînant fixation arbitrale ou judiciaire des loyers, une sorte de taxation maintenant ces derniers au-dessous de leur valeur réelle. »⁹⁹

De ce point de vue, le pas-de-porte se révélerait tel un mécanisme visant à équilibrer les relations entre bailleur et locataire par la fixation d'un loyer « juste ». À l'appui de cette même thèse et pour rejeter la qualification d'indemnité¹⁰⁰, un auteur a fait valoir que cette dernière est inopérante si l'on se réfère aux baux de courte durée et au fait que les prérogatives et inconvénients des parties sont nécessairement pris en compte dans l'évaluation du loyer du marché¹⁰¹.

Si le pas-de-porte est fréquemment regardé comme un supplément de loyer¹⁰², cette qualification est cependant critiquable à maints égards. Le fait même de l'envisager comme un

supplément de loyer).

⁹⁷ L. ROZÈS, note sous Cass. com., 14 avril 1992, D. 1994, Somm. p. 47 : « tout le système du « droit d'entrée », « pas-de-porte » ou « droit au bail » n'a d'intérêt que parce que le loyer se trouve minoré par rapport au prix du marché, force est donc de constater qu'il s'agit alors, d'une manière ou d'une autre, d'un « surloyer » » ; L. LÉVY, note sous Cass. com., 14 avril 1992, JCP G, II, 21957 : « Le droit au bail n'a de valeur que si le loyer courant est inférieur au loyer de marché. On voit mal pourquoi un commerçant payerait pour avoir le droit de payer le loyer à sa valeur. » ; « Il en résulte avec certitude que le « droit d'entrée », « droit au bail », ou « pas de porte » n'a de cause, et de justification économique, que si le loyer est inférieur au loyer de marché. »

⁹⁸ Pour rappel, la propriété commerciale est la « dénomination coutumière du droit conféré au commerçant, locataire du local dans lequel il exploite son fonds de commerce, d'obtenir du bailleur le renouvellement de son bail lorsque celui-ci arrive à expiration, ou en cas de refus injustifié, d'obtenir à certaines conditions une indemnité d'éviction représentant le préjudice causé par la privation des locaux » (définition tirée de S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016, p. 874, v^o *Propriété commerciale*. Sur le renouvellement du bail commercial : C. com., art. L. 145-8 et s.

⁹⁹ J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n^o 87, p. 70.

¹⁰⁰ V. *infra* n^o 354.

¹⁰¹ L. LÉVY, note sous Cass. com., 14 avril 1992, JCP G, II, 21957 : « Et tout raisonnement tendant à dire que le droit au bail indemnise le bailleur de la moins-value qui affecte son immeuble du fait d'être donné à bail commercial laisse nécessairement deux arguments sans réponse : d'une part, s'agissant de boutiques ou de locaux industriels, ils peuvent difficilement être loués autrement que par des baux soumis au statut de 1953, si ce n'est de manière précaire ou pour de courtes durées ; d'autre part, l'inconvénient du statut pour le bailleur est le corollaire de son avantage pour le preneur, et est nécessairement pris en considération dans l'évaluation du loyer de marché. »

¹⁰² L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n^o 119, p. 95 : « Le pas-de-porte est le plus souvent analysé comme un supplément de loyer, soit un surloyer. »

instrument d'équilibre permettant d'aligner le loyer demandé sur la valeur locative réelle remet en cause le fondement des règles de plafonnement de loyer. Selon les tenants de cette position, l'abandon du pas-de-porte ne se comprendrait que si le loyer coïncide au prix du marché¹⁰³. Or, le loyer est supposé correspondre à la valeur locative. De plus, « *plusieurs mécanismes permettent l'adaptation du loyer en cours de bail, voire son déplafonnement et la Cour de cassation a reconnu aux parties une liberté contractuelle certaine quant aux modalités de fixation et de calcul du loyer.* »¹⁰⁴ Dès lors, si le loyer fixé par les parties coïncide avec la valeur locative réelle du bien, le versement du pas-de-porte en tant que supplément de loyer serait dépourvu de cause. On peut toujours imaginer que les parties fixent délibérément un loyer sous-évalué et stipulent un pas-de-porte. Mais, cette solution n'avantage en rien le preneur, tenu de verser une importante somme d'argent alors qu'il débute son activité. En réalité, la stipulation du pas-de-porte avantage surtout le bailleur qui pourra profiter d'une trésorerie immédiate.

354. - Souvent retenue par les parties, la nature de supplément de loyer est parfois délaissée au profit de celle d'indemnité destinée à compenser la dépréciation apportée au bien par la conclusion d'un bail commercial¹⁰⁵, notamment du fait de l'existence du droit au renouvellement et de l'indemnité d'éviction. Cette qualification, comme celle de supplément de loyer, fait l'objet de dissensions.

Une partie de la doctrine considère, en effet, le pas-de-porte comme la nécessaire contrepartie du droit au renouvellement. Plus précisément, il dédommagerait le bailleur de l'obligation de renouveler le bail et de la dépréciation du bien en découlant. Donner à bail serait, pour ces auteurs, « *beaucoup plus qu'une simple jouissance* » et la propriété commerciale serait assimilée à une « *sorte de droit réel* »¹⁰⁶. De ce fait, le pas-de-porte constituerait « *un prix correspondant à un élément nouveau qui vient accroître le patrimoine du preneur* »¹⁰⁷. Selon M. VANARD, partisan du pas-de-porte indemnité, « *en concédant le bail d'un immeuble ou*

¹⁰³ « *La disparition du pas-de-porte conçu comme un supplément de loyer, implique la suppression du plafonnement et une totale adéquation de la valeur locative aux prix du marché.* » selon J. DERRUPPÉ, *Les baux commerciaux*, 2^e éd., Dalloz, 1996, p. 65

¹⁰⁴ L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n° 119, p. 96.

¹⁰⁵ Cass. com., 14 avril 1992, Bull. civ., IV, n° 158, p. 111, D. 1994, Somm. p. 47, obs. ROZÈS, JCP 1992. II. 21957, note LÉVY ; CA, 20 juillet 1983, n° E11076, 6^e ch. B., GUYOMARD c/ SCI ENCELADE ; A. DEJOIE, F. PHAN THANH, *Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial*, AJDI 2009, p. 289.

¹⁰⁶ J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 88, p. 71.

¹⁰⁷ J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 88, p. 71.

*d'un local disponible à l'exploitant d'un fonds de commerce, le propriétaire abdique l'espoir de recouvrer les lieux loués. Et c'est bien cette abdication qu'il monnaie en exigeant un pas-de-porte, procédant de la même manière que le locataire qui cède son droit au bail à un successeur dans son commerce »¹⁰⁸. Par ailleurs, cette qualification serait justifiée selon M. CÉSAR-BRU car les prérogatives du preneur¹⁰⁹ s'apparentent à un droit réel : « *Déjà, j'avais suggéré l'idée que les nouvelles règles de droit en la matière paraissaient bien avoir introduit un nouveau principe : celui de la réalité du droit du preneur. Or, cette idée s'impose avec plus de force, plus de netteté et de précision aussi, après les lois sur la propriété commerciale : le locataire a droit au renouvellement de son bail, sinon à des indemnités. N'est-ce pas dire que le droit de propriété est sinon démembré, du moins entamé, comme il l'est par un privilège ou une hypothèque, que le propriétaire peut s'en débarrasser en payant, autrement dit qu'il peut et doit purger son immeuble sur lequel le preneur a acquis un droit de suite contre le propriétaire.* »¹¹⁰ Ainsi envisagé, le pas-de-porte serait la compensation de cette abdication du bailleur.*

La qualification d'indemnité retenue par une partie de la doctrine, là encore, ne fait pas l'unanimité¹¹¹. On objecte principalement qu'il serait contraire au principe d'ordre public du droit au renouvellement d'admettre un versement l'indemnisant¹¹².

355. - Outre les deux précédentes qualifications, le pas-de-porte peut être regardé comme « *la contrepartie d'éléments de nature diverse, notamment d'avantages commerciaux sans rapport avec le loyer* »¹¹³.

¹⁰⁸ VANARD, Rép. Notariat, 1953, n° 3, p. 35 cité par J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 88, p. 71.

¹⁰⁹ Droit au renouvellement ou indemnité d'éviction.

¹¹⁰ V. préface de Ch. CÉSAR-BRU in J. MILHAUD, *Les Indemnités prévues par les lois sur la propriété commerciale*, Sirey, 1935, cité par J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 88, p. 71 et 72.

¹¹¹ V. précédemment les critiques émises par M. LÉVY (note sous Cass. com., 14 avril 1992, JCP G, II, 21957).

¹¹² Selon J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT (in *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 88, p. 72), « *Or, ne serait-ce pas faire échec au renouvellement que de faire payer au locataire un droit que le législateur a voulu lui donner.* ». Pour M. RUET (in *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n° 120, p. 96), « *Au-delà de son caractère surprenant, pour ne pas dire hérétique (comment la reconnaissance d'un droit d'ordre public pourrait-elle causer un quelconque préjudice indemnisable ?!)* »

¹¹³ Cass. com., 14 novembre 1962, Bull. civ., IV, n° 452.

Par ailleurs, les parties peuvent opter pour un pas-de-porte à la nature mixte¹¹⁴ ou hybride¹¹⁵.

356. - Si la question de la nature du pas-de-porte fait débat au sein de la doctrine, la Cour de cassation n'a pas souhaité trancher en faveur de l'une ou l'autre de ces qualifications, laissant aux juges du fond le soin de rechercher, dans chaque espèce, la commune intention des parties. Bailleur et locataire ont ainsi pleine liberté quant à la détermination de la contrepartie de ce versement. Il leur appartient, cependant, de se prononcer clairement sur la nature qu'ils entendent donner au pas-de-porte¹¹⁶. Fréquemment, ces derniers considèrent qu'il constitue un supplément de loyer. Un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 12 octobre 1976¹¹⁷, est particulièrement éclairant sur ce point. En l'espèce, saisie pour la fixation du loyer lors d'un renouvellement d'un bail commercial, une cour d'appel avait écarté, pour son calcul, le montant du pas-de-porte. Elle considérait que le seul loyer pouvant être pris en compte était celui qui était applicable à la fin du bail et n'avait donc pas recherché si le pas-de-porte était assimilable à un loyer payé d'avance. En rendant cette décision, les juges du fond avaient écarté l'un des moyens de la société bailleuse arguant que le pas-de-porte constituait un loyer payé d'avance dont il devait être tenu compte. Par un arrêt de cassation, les juges du droit censurèrent, au visa de l'ancien article 1134 du Code civil, la solution de la Cour d'appel, en considérant que « *selon l'intention des parties, les loyers payés d'avance peuvent constituer au même titre que les redevances périodiques la contrepartie de la jouissance des lieux dont bénéficie le preneur, la cour d'appel, qui a refusé de rechercher qu'elle était la nature du pas-de-porte versé par la société (locataire), n'a pas donné de base légale à sa décision* ». Cet arrêt est intéressant à un double titre. Il illustre, d'une part, le fait que des parties puissent préférer sciemment la qualification de supplément de loyer à celle d'indemnité. D'autre part, il met en exergue l'obligation faite aux juges du fond de rechercher la commune intention des parties. Il s'agit là d'une jurisprudence constante¹¹⁸.

Il apparaît ainsi que les juges du fond sont tenus de respecter scrupuleusement la volonté

¹¹⁴ CA Paris, 18 octobre 1979, 16^e ch, Sté PRIMISTERES c/ MARTINEZ.

¹¹⁵ Selon l'expression employée par H. KENFACK et J. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 288, p. 131.

¹¹⁶ Sur les litiges découlant de l'ambiguïté d'une clause, v. par exemple : Cass. 3^e civ., 2 décembre 1998, n° de pourvoi : 97-13314.

¹¹⁷ Cass. 3^e civ., 12 octobre 1976, Bull. civ., III, n° 334, p. 254.

¹¹⁸ À rappr. notamment de Cass. 3^e civ., 12 octobre 1976 précité : Cass. 3^e civ., 11 octobre 1978, n° 77-11212, Bull. civ., III, n° 312, p. 242, Cass. 3^e civ., 23 janvier 1980, n° 78-12824, Bull. civ., III, n° 21.

des parties car la dénaturation des termes clairs et précis du contrat bail encourt la censure¹¹⁹. Néanmoins, une qualification inappropriée du versement justifie l'intervention du juge, tenu alors de lui restituer son exacte qualification.

B. Les enjeux de la qualification du pas-de-porte

357. - La détermination de la nature juridique du pas-de-porte n'est pas anodine. Selon le choix opéré par les parties, elle emporte d'importantes conséquences juridiques.

Lorsqu'il est assimilé à un supplément de loyer, le pas-de-porte est pris en compte lors du calcul de la révision triennale du loyer, l'application de l'indice servant à la fixation du loyer du bail commercial et la fixation de l'indemnité d'éviction¹²⁰. Le prix du loyer sera fixé en prenant pour base l'ancien loyer, majoré d'un neuvième de pas-de-porte par année de bail. La raison en est que le bailleur reçoit en avance une somme, qui, ajoutée au prix du loyer correspond à la valeur locative réelle. Par ailleurs, le supplément de loyer est productif d'intérêts au même titre que les loyers payés d'avance¹²¹. En cas de résiliation anticipée, il peut faire l'objet d'un remboursement en fonction du temps d'occupation des locaux¹²².

Si le pas-de-porte a la nature d'une indemnité forfaitaire, son montant n'influe pas lors de la révision ou du renouvellement du bail¹²³.

358. - La qualification aura des conséquences également sur le plan successoral et fiscal. L'usufruitier percevra le pas-de-porte lorsqu'il constitue un supplément de loyer. Si le pas-de-porte est la contrepartie d'éléments de nature diverse (notamment d'avantages commerciaux, sans rapport avec le loyer), ou la contrepartie de la dépréciation de l'immeuble, il reviendra conjointement à l'usufruitier et au nu-propiétaire.

¹¹⁹ V. arrêt précité Cass. 3^e civ., 23 janvier 1980, Bull. civ., III, n° 21.

¹²⁰ H. KENFACK et J. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 293, p. 133.

¹²¹ C. com., art. L. 145-40 : « *Les loyers payés d'avance, sous quelque forme que ce soit, et même à titre de garantie, portent intérêt au profit du locataire, au taux pratiqué par la Banque de France pour les avances sur titres, pour les sommes excédant celle qui correspond au prix du loyer de plus de deux termes.* »

¹²² CA Rennes, 23 janvier 2008, RG : 06/06773 : « si le pas de porte est un supplément de loyer, il doit être restitué *pro partem* en cas de résiliation anticipée... »

¹²³ Cass. com., 14 avril 1992, JCP 1992. II. 21957, note LÉVY.

359. - Sur le plan fiscal, le régime du pas-de-porte diffère suivant qu'il est un supplément de loyer ou une indemnité. Lorsque le pas-de-porte est un supplément de loyer, le bailleur est imposé au titre de revenu foncier et de la TVA. Pour le locataire, il est déductible de ses bénéfices imposables (1/9e par an) si le loyer est bas.

Lorsque le pas-de-porte est une indemnité, le bailleur n'est pas imposable. S'agissant du locataire, c'est un élément incorporel non amortissable inscrit à l'actif du bilan et non soumis au droit d'enregistrement. Il est à signaler que le fisc n'est pas lié par la qualification retenue par les parties et peut la contester.

II. Un supplément visant à instaurer un équilibre

360. - Au fil des précédents développements, il nous a été donné de constater la nature juridique controversée du pas-de-porte. Si le désaccord doctrinal est patent sur la question, il demeure que le pas-de-porte apparaît toujours comme un instrument d'équilibre dans les rapports bailleur-locataire. En effet, que l'on envisage ce versement comme un supplément de loyer ou comme une indemnité, ces conceptions mettent en exergue la recherche d'un échange « juste », d'un rapport équilibré entre les droits et obligations des parties. La raison tient sans doute à la spécificité du régime du bail commercial. De fait, il faut garder à l'esprit que le bail commercial est un acte de disposition¹²⁴ car il octroie un droit de longue durée au locataire.

De là, dans la conception du pas-de-porte « indemnité », transparaît clairement la volonté d'équilibrer les rapports. D'ailleurs, une indemnité n'est-elle pas « *une somme d'argent destinée à compenser toute espèce de dommage* »¹²⁵ ? Selon un éminent auteur, « *La pratique du pas-de-porte a été amplifiée par l'intensité des prérogatives que confère la propriété commerciale.* »¹²⁶ Il a même été affirmé, du reste, que la pratique du pas-de-porte est née des privilèges liés à la propriété commerciale¹²⁷. Pour rappel, la propriété commerciale désigne le

¹²⁴ Pour rappel, les actes de disposition sont des actes qui engagent le patrimoine d'une personne, pour le présent ou l'avenir. Ces actes graves entraînent une transmission de droits qui peuvent diminuer la valeur du patrimoine. (Glossaire du Service public, <https://www.service-public.fr/particuliers/glossaire/R15441>)

¹²⁵ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF Quadrige, 2014, p. 536, v^o *Indemnité*. V. entre autres, C. LE GALLOU, *La notion d'indemnité en droit privé*, th. Paris 12, LGDJ, 2007.

¹²⁶ J. DERRUPPÉ, *Les baux commerciaux*, 2^e éd., Dalloz, 1996, p.65.

¹²⁷ V. en ce sens : M. PÉDAMON, *Baux commerciaux*, Droit civil français, tome V-2, 7^e éd., Librairies techniques, 1979, n^o 8, p. 13.

droit pour le preneur, au terme du bail, d'obtenir son renouvellement ou à défaut, le paiement d'une indemnité d'éviction si le refus de renouvellement ne procède pas d'un motif légitime. Le droit au renouvellement se comprend parfaitement au regard de la nécessité, pour le preneur, de s'installer durablement dans un local afin de se constituer une clientèle et par suite, de la fidéliser. La stabilité est effectivement essentielle pour un commerce et une activité commerciale ne saurait sérieusement prospérer sans cet élément.

Ainsi, la durée du bail fixée à neuf ans et les droits liés à la propriété commerciale confèrent actuellement au locataire un statut privilégié. De fait, le contrat de bail a toujours été marqué, au gré des évolutions législatives et jurisprudentielles, par l'alternance de la domination du bailleur ou du locataire. Par nature, le bail commercial est inégal. Dès lors, le pas-de-porte peut être regardé comme un palliatif de l'inégalité du contrat ou plus précisément, comme un instrument de rééquilibrage du contrat au bénéfice du bailleur. Il trouve sa justification dans les nombreux avantages accordés au preneur. En bref, le pas-de-porte constitue une indemnité compensatrice des avantages de la propriété commerciale. Il correspond à la contrepartie pécuniaire de la dépréciation de la valeur du local loué dont le bail peut être renouvelé.

361. - On retrouve également l'idée de restauration d'un équilibre quand le pas-de-porte est assimilé à un supplément de loyer. Dans cette hypothèse, le propriétaire entend compenser la dépréciation future du loyer qui risque d'être inférieur à la valeur locative réelle du local. Là encore, il s'agit d'équilibrer les prestations des parties en palliant par la stipulation d'un pas-de-porte, la différence entre le loyer courant et la valeur locative réelle du bien.

362. - Au vu des précédents développements, il apparaît ainsi que le pas-de-porte constitue, du point de vue du bailleur, un instrument d'équilibre et ce, quelle que soit la qualification retenue par les parties. Cependant, on peut s'interroger sur le bien-fondé du rééquilibrage du contrat par la stipulation d'une entrée payante¹²⁸. S'il est vrai que l'octroi de droits par le législateur à une partie n'interdit en rien à l'autre de protéger ses intérêts sauf à remettre en cause les droits de son cocontractant, on peut toutefois regretter cette pratique fort handicapante pour le preneur. Rappelons, en effet, que le législateur a sciemment avantagé le locataire des baux commerciaux, le droit au renouvellement et l'indemnité d'éviction étant

¹²⁸ V. *infra* n° 490 nos développements sur les solutions alternatives au pas-de-porte.

d'ordre public¹²⁹. De plus, s'agissant de la différence entre le loyer courant et la valeur locative réelle, il revient au bailleur de veiller à ses intérêts en fixant un loyer juste conformément à la liberté contractuelle qui lui a été reconnue dans ce domaine par les tribunaux¹³⁰.

§2. La prime d'émission

363. - La prime d'émission¹³¹ est le versement que doit effectuer un souscripteur d'actions, en sus du capital nominal qu'il souscrit, en vue d'acquérir la qualité d'associé. Cette prime librement régie (I) est, en principe, un instrument d'équilibre (II) visant à restaurer l'égalité entre les anciens et les nouveaux actionnaires.

I. Un supplément librement régi

364. - Après avoir évoqué le domaine de la prime d'émission (A), il nous sera donné de constater qu'une grande liberté gouverne ce mécanisme quant aux conditions de son utilisation et à la fixation de son montant (B).

A. Domaine

365. - Modalité de croissance externe de l'entreprise, l'augmentation de capital participe également au renforcement de sa structure financière lorsque la société est affaiblie. Le besoin de nouveaux capitaux conduit ainsi une société à recourir à une augmentation de capital qui est aussi une technique d'ingénierie financière¹³². Cette fonction est facilitée depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2004¹³³ qui a libéralisé l'émission des valeurs mobilières en permettant notamment aux sociétés commerciales de créer de nouveaux titres de capital,

¹²⁹ V. *supra* n° 291 les critiques de Messieurs RUET, ARCHEVÊQUE, LEGRAND et De BELOT sur la thèse du pas-de-porte indemnité.

¹³⁰ V. en ce sens, critiquant la thèse du pas-de-porte supplément de loyer : L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n° 119, p. 96.

¹³¹ A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Mémentos, Série droit privé, Dalloz, 2012, p. 265 ; J. MESTRE, M.- È. PANCRAZI et al., *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, 29^{ème} éd., LGDJ, 2012, n° 668, p. 506 ; G. NAFFAH, *La prime d'émission*, th. Paris 2, Economica, 1987 ; M. de MONTAIGNE, *v^{is} Prime d'émission*, Lamy Sociétés commerciales, 2016, n° 3996.

¹³² D. LEGEAIS, *Droit commercial des affaires*, 19^e éd., Sirey, 2011, n° 547, p. 267, citant A. COURET et J.-L. MEDUS, *Les augmentations de capital*, Economica.

¹³³ Ordonnance n° 2004-604 du 24 juin 2004 portant réforme du régime des valeurs mobilières émises par les sociétés commerciales et extension à l'outre-mer de dispositions ayant modifié la législation commerciale.

appelés « actions de préférence » et qui a assoupli et unifié les règles de l'augmentation de capital.

Plusieurs voies sont possibles afin d'augmenter le capital social. Il peut être augmenté soit par émission d'actions ordinaires ou d'actions de préférence, soit par majoration du montant nominal des titres de capital existants¹³⁴. De plus, le capital peut aussi être augmenté par l'exercice de droits attachés à des valeurs mobilières donnant accès au capital¹³⁵.

Le Code de commerce précise, par ailleurs, les modalités de l'émission des nouveaux titres. Il prévoit que ces titres sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission¹³⁶. L'action sera émise à son montant nominal quand l'entreprise n'a réalisé ni bénéfices ni pertes. Autrement dit, la valeur des actions anciennes est égale à la valeur nominale¹³⁷. Cette hypothèse est cependant théorique car, souvent, l'action vaut plus que sa valeur nominale. Les titres émis peuvent être libérés par apport en numéraire, en nature, ou par incorporation de réserves, bénéfices ou primes d'émission, soit en conséquence d'une fusion ou d'une scission. En outre, ils peuvent être libérés consécutivement à l'exercice d'un droit attaché à des valeurs mobilières donnant accès au capital.

L'augmentation de capital relève uniquement du pouvoir de l'assemblée générale extraordinaire. Elle se prononce suite à l'examen d'un rapport établi par le conseil d'administration ou le directoire et d'un rapport établi par le commissariat aux comptes. Mais l'assemblée peut déléguer cette mission au conseil ou au directoire, la durée de cette délégation ne pouvant excéder 26 mois¹³⁸.

Lors de l'augmentation de capital, des mesures sont prises en faveur des actionnaires : ils bénéficient d'un droit préférentiel de souscription et lorsqu'ils ne souhaitent pas souscrire, les nouveaux actionnaires peuvent être tenus du paiement d'une prime d'émission. Le droit préférentiel de souscription et la prime d'émission assurent tous deux une fonction égalitaire :

¹³⁴ C. com., art. L. 225-127, al. 1.

¹³⁵ C. com., art. L. 225-127, al. 2.

¹³⁶ C. com., art. L. 225-128.

¹³⁷ V. les détails, entre autres, de Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 2003, n° 430, p. 465.

¹³⁸ C. com., art. L. 225-129-2, al. 1. Sur le sujet, v. B. HESS-FALLON et A.-M. SIMON, *Droit des affaires*, 18^e éd., Sirey, 2009, p. 246.

le premier établit une égalité politique et la seconde, une égalité financière entre anciens et nouveaux actionnaires¹³⁹.

366. - Dans les sociétés anonymes, la prime d'émission¹⁴⁰ est une somme d'argent que doit payer un souscripteur d'actions, lors d'une émission, en plus du capital nominal de l'action qu'il souscrit. Rarement exigé lors de la formation de la société, elle est traditionnellement due par le nouvel actionnaire, lors d'une augmentation de capital. Elle est ordinairement regardée comme « *un droit d'entrée que paient les nouveaux actionnaires en raison de la part qu'ils acquièrent dans les réserves constituées avant leur entrée dans la société.* »¹⁴¹ Né de la pratique puis admis par la loi¹⁴², ce mécanisme est licite quoiqu'il ait donné lieu à des abus dans le passé. La prime d'émission constitue « *l'excédent du prix d'émission d'actions ou de parts sociales sur leur valeur nominale.* »¹⁴³ Elle coïncide, en principe, à la différence entre la valeur nominale et la valeur réelle des actions et tient donc compte des réserves accumulées¹⁴⁴. Cette technique permet aux anciens actionnaires d'échapper à une dépréciation de leurs titres lors de l'émission de nouvelles actions.

Un exemple chiffré permettra de mieux expliciter la mise en œuvre de l'émission de titres assortis d'une prime d'émission. La société A dispose d'un capital de 100 000 euros, divisé en 1 000 actions de 100 euros et de 50 000 euros de réserves. La valeur vénale d'une action est ainsi de 150 euros soit $(100\ 000 + 50\ 000) \div 1\ 000$. Elle souhaite augmenter son capital de 100 000 euros et pour ce faire, va créer 1 000 actions de 100 euros.

¹³⁹ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 26^e éd., LexisNexis Litec, 2013, n° 882, p. 460.

¹⁴⁰ B. CAILLARD-D'AILLIERES, *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie BELLANGER ET DAGRON, 1924 ; P. DASTE, *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, th. Toulouse, imprimerie H. CLEDER, 1925 ; G. NAFFAH, *La prime d'émission*, th. Paris II, Economica, 1987 ; Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 1, Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 2003, n° 430, p. 465 et 466 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 211, p. 143.

¹⁴¹ M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial, Vol. 2: Les sociétés, P. 2 : Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée*, 3^e éd. par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Montchrestien, 1982, n° 802, p. 870.

¹⁴² La prime d'émission est citée explicitement dans les textes. L'article L. 225-128 du Code de commerce dispose ainsi que « *Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission. (...)* »

¹⁴³ G. NAFFAH, *La prime d'émission*, th. Paris 2, Economica, 1987, n°7, p. 7.

¹⁴⁴ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 1207, p. 770.

Suite à l'augmentation de capital, la valeur théorique de l'action sera de 125 euros, soit $(100\ 000 + 50\ 000 + 100\ 000) \div (1000 + 1000)$. Au regard de ces résultats, il apparaît que l'opération va se révéler désavantageuse pour les anciens actionnaires puisqu'ils vont y perdre 25 euros par action détenue, ce qui va profiter aux nouveaux arrivants. Pour corriger le déséquilibre, les nouveaux actionnaires devront payer une prime d'émission de 50 euros, soit $(100\ 000 + 50\ 000 + 100\ 000) + (1\ 000 \times 50) \div (1\ 000 + 1\ 000) = 150$ euros.

367. - La nature de la prime d'émission a fait l'objet de controverses. Selon une jurisprudence ancienne, « *la prime d'émission se définit négativement comme n'étant ni un bénéfice, ni une réserve et positivement comme constituant un complément d'apport* »¹⁴⁵. En effet, elle n'est pas assimilable à un bénéfice, ni à des réserves puisqu'elle ne découle pas d'une activité de la société¹⁴⁶. Elle participe de la nature de l'apport dont elle est le complément obligatoire¹⁴⁷, en cela elle constitue un apport supplémentaire, un « *supplément d'apport* »¹⁴⁸. Elle s'incorpore à l'actif social sans pour autant faire partie du capital social¹⁴⁹.

368. - La validité de la prime d'émission est évaluée au regard de la situation de la société, des réserves sociales, de l'existence de pertes et de l'évolution du chiffre d'affaires.

369. - La totalité de la prime d'émission doit être libérée dès la souscription à peine de sanctions pénales¹⁵⁰. Il revient à l'assemblée générale extraordinaire de convenir du poste du bilan sur lequel elle va être inscrite. S'agissant de son affectation, les associés jouissent d'une

¹⁴⁵ D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 21.

¹⁴⁶ J. HAMEL, G. LAGARDE et A. JAUFFRET, *Droit commercial*, T. 1, Vol. 2, 2^e éd., Dalloz, 1980 n° 725 et 740.

¹⁴⁷ Cass. req., 3 mars 1930 : DP 1930, 1, p. 29, rapp. PILON ; Cass. civ., 11 mars 1931/ DH 1931, p. 217. Cass. req., 27 mars 1935 : DP 1935, 1, p. 43, note E. P.

¹⁴⁸ Cass. com., 9 juillet 1952 : JCP 1953. II. 7742 ; Cass. req. 3 mars 1930, D. 1930. 1. 29, rapp. PILON.

¹⁴⁹ Juris-Cl. Banque, Fasc. 1795, 30 janvier 2003.

¹⁵⁰ C. com., art. L. 225-144, al. 1 et L. 242-17 modifié récemment par la loi n° 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives. Cet article L. 242-17 énonce désormais « *Est puni de 150 000 € d'amende le fait, pour le président, les administrateurs ou les directeurs généraux d'une société anonyme, d'émettre des actions ou des coupures d'actions sans que le capital antérieurement souscrit de la société ait été intégralement libéré ou sans que les nouvelles actions d'apport aient été intégralement libérées avant l'inscription modificative au registre du commerce et des sociétés ou encore sans que les actions de numéraire nouvelles aient été libérées, lors de la souscription, du quart au moins de leur valeur nominale et, le cas échéant, de la totalité de la prime d'émission.*

La peine prévue au présent article peut être doublée lorsque les actions ou coupures d'actions émises ont fait l'objet d'une offre au public.

Le présent article n'est applicable ni aux actions qui ont été régulièrement émises par conversion d'obligations convertibles à tout moment ou par utilisation des bons de souscription, ni aux actions émises dans les conditions prévues aux articles L. 232-18 à L. 232-20. »

grande liberté¹⁵¹. L'assemblée peut, ainsi, choisir de répartir son montant entre les actionnaires¹⁵², ou de l'incorporer aux réserves, ou au capital social.

B. La liberté dans le recours et dans la fixation du montant de la prime d'émission

370. - La concision des dispositions de l'article L. 225-128 ouvre la voie à l'expression de la liberté contractuelle. La prime d'émission bénéficie, en effet, d'un régime souple en adéquation avec la nécessaire liberté de gestion des sociétés de capitaux. Cette liberté s'exprime tant à l'égard du caractère facultatif de la prime qu'à l'égard de « *la fixation sans contrainte majeure de son montant* »¹⁵³. Autrement dit, le recours à la prime d'émission et la fixation de son montant sont laissés au libre choix des associés.

Le caractère facultatif de la prime d'émission est explicitement énoncé à l'article L. 225-128 disposant en son premier alinéa que « *Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission.* ». En conséquence, l'assemblée extraordinaire peut décider de s'en dispenser. On parlera, à certaines conditions seulement, d'abus de majorité en cas de refus de voter une prime d'émission.

371. - Par ailleurs, le montant¹⁵⁴ de la prime d'émission est librement déterminé par l'assemblée générale extraordinaire au même titre que le nombre d'actions nouvelles, ou par le bénéficiaire d'une délégation de compétence ou des pouvoirs de procéder à une émission de valeurs mobilières décidée par l'assemblée¹⁵⁵. La délégation de pouvoir prévue à l'article L. 225-129-1 doit être distinguée de la délégation de compétence de l'article L. 225-129-2. L'on se trouve dans l'hypothèse d'une délégation de pouvoir lorsque l'assemblée extraordinaire

¹⁵¹ Cass. com., 9 juillet 1952, Bull. civ., III, n° 265 : « *les primes d'émission constituent « par leur nature un apport supplémentaire laissé à la libre disposition de la société* ». En ce sens : Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome I, Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., coll. Droit des affaires et de l'entreprise, Economica, 2003, n° 430, p. 466 ; D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 21 ; P. DIDIER et M. MARTEAU-PETIT, V° *Prime d'émission*, Rép. Sociétés, janvier 1993, (actualisation décembre 2010), n° 17 et s. ; J. MESTRE et D. VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés commerciales* 2003, n° 2178. L'article L. 232-9 autorise à imputer les frais d'augmentation de capital sur le montant des primes d'émission afférentes à cette augmentation.

¹⁵² Ph. MERLE et A. FAUCHON (avec la collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 15^e éd., Dalloz, 2011, n° 555, p. 691.

¹⁵³ D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 21.

¹⁵⁴ V. chapitre précédent du présent titre et plus particulièrement les développements relatifs au montant de la prime d'émission.

¹⁵⁵ Cass. com., 19 septembre 2006, n°04-14372, RTD Com. 2007, p. 174, obs. P. LE CANNU.

décide de l'augmentation de capital mais qu'il délègue au conseil d'administration ou au directoire le pouvoir de fixer les modalités de l'émission des titres¹⁵⁶. Dans le cas d'une délégation de compétences, l'assemblée délègue au conseil ou au directoire sa compétence pour décider de l'augmentation de capital. La durée de la délégation ne peut toutefois excéder 26 mois et l'assemblée fixe le plafond global de l'augmentation.

Pour ce qui est du montant et des modalités de calcul, la loi ne les précise pas. Néanmoins, l'on établissait classiquement un lien entre le montant de la prime d'émission et celui des réserves existantes lors de l'augmentation de capital. Ainsi, pour certains, « *la prime est la contrepartie des réserves existantes* »¹⁵⁷, « *la valeur de la fraction des réserves qui reviendrait à la veille de l'émission à chaque actionnaire, si la société pratiquait une répartition générale* »¹⁵⁸. Selon M. le Professeur COHEN, cette vision est restrictive car elle néglige d'autres éléments tels « *l'évolution de l'activité, les résultats, ou l'intérêt pour l'actionnaire entrant en fonction de sa propre activité, (...) les perspectives d'évolution de la société, de son environnement, des résultats escomptés* ». Cela bride donc la liberté de fixer le montant de la prime (calcul sans surprise et objectif).

La doctrine contemporaine se montre beaucoup plus souple quant à la fixation du montant de la prime d'émission. On relève ainsi l'absence de « *corrélation nécessaire entre le montant de la prime et ce que devrait être sa valeur mathématique* »¹⁵⁹, « *la liberté de principe dans la fixation de la prime d'émission* » et la possibilité que le montant puisse « *largement dépasser celui du nominal du titre* »¹⁶⁰.

¹⁵⁶ V. également C. com., art. L. 225-129-4 dans le cas particulier des sociétés cotées : Dans les sociétés anonymes dont les titres de capital sont admis aux négociations sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation soumis aux dispositions du II de l'article L. 433-3 du code monétaire et financier : / a) Le conseil d'administration peut, dans les limites qu'il aura préalablement fixées, déléguer au directeur général ou, en accord avec ce dernier, à un ou plusieurs directeurs généraux délégués le pouvoir de décider la réalisation de l'émission, ainsi que celui d'y surseoir ; / b) Le directoire peut déléguer à son président ou, en accord avec celui-ci, à l'un de ses membres le pouvoir de décider la réalisation de l'émission, ainsi que celui d'y surseoir. / Les personnes désignées rendent compte au conseil d'administration ou au directoire de l'utilisation faite de ce pouvoir dans les conditions prévues par ces derniers.

¹⁵⁷ E. BINET, *Du caractère juridique des primes d'émission*, Rev. enr. 1920, art. 7146, p. 545 cité par D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 22, note 14.

¹⁵⁸ P. JOFFROY, *Des réserves et de leur incorporation au capital social dans les sociétés anonymes*, Th. Toulouse, 1944, p. 46, cité par D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 22, note 15.

¹⁵⁹ Lamy, *Droit du financement*, n° 538, p. 341 cité par D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 22, note 17.

¹⁶⁰ M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, 3^e éd., Montchrestien, 1994, n° 130, p. 66.

II. Une entrée payante, instrument d'équilibre

372. - La prime d'émission permet d'acquérir la qualité d'actionnaire. Elle est, de fait, le « *ticket d'entrée* »¹⁶¹ dans la société. C'est la « *somme exigée des nouveaux actionnaires lors d'une augmentation de capital en sus du montant nominal de l'action pour devenir associé et participer à la répartition des bénéfices et de l'actif social* »¹⁶². Elle constitue, lorsqu'elle est prévue, la condition sine qua non de l'acquisition du statut d'actionnaire. Cette qualité est donc subordonnée à son versement. D'ailleurs, nombreux sont les auteurs ayant considéré qu'elle constituait une « *sorte de droit d'entrée* » dans la société¹⁶³, à l'instar de M. CAILLARD D'AILLIÈRES qui avançait que « *la prime d'émission est une somme d'argent versée par un futur actionnaire à la société pour obtenir d'elle le droit de souscrire à une émission d'actions et de jouir de tous les avantages inhérents à la qualité d'actionnaire* »¹⁶⁴.

Outre le fait qu'elle ouvre droit à la qualité d'actionnaire, le vote d'une prime d'émission répond à un souci d'équilibre et de justice. Quand la valeur réelle des titres émis par la société est supérieure à leur valeur nominale, l'émission de nouveaux titres au pair est nécessairement préjudiciable aux anciens actionnaires. Ces derniers sont, de fait, lésés au bénéfice des nouveaux si les actions nouvelles sont émises à la valeur nominale¹⁶⁵. Le recours à la prime

¹⁶¹ R. MORTIER, *Opérations sur capital social*, LexisNexis Litec, 2010, n° 376.

¹⁶² CE, 24 mars 1926 : DP 1928, 3, p. 5, note HAMEL, cité par D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 21, note 8.

¹⁶³ En ce sens : J. MESTRE, M.-E. PANCRAZI et al., *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., LGDJ, 2012, n° 668, p. 506 : « *une prime d'émission qui se présente comme un droit d'entrée* » ; Y. GUYON, *Droit des affaires, T. 1, Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., Economica, 2003, n° 430, p. 466 : « *Cette prime d'émission est un droit d'entrée* » ; M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 26^e éd., LexisNexis Litec, 2013, n° 882, p. 460 : « *la prime d'émission représente le droit d'entrée des nouveaux actionnaires* » ; D. LEGAIS, *Droit commercial des affaires*, 19^e éd., 2011, n° 547, p. 268 : « *La prime d'émission représente le droit d'entrée des nouveaux actionnaires.* » ; M. DE JUGLART et B. IPPOLITO, *Traité de droit commercial, Vol. 2: Les sociétés, P. 2 : Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée*, 3^e éd. par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Montchrestien, 1982, n° 802, p. 870 : « *La prime est généralement considérée comme un droit d'entrée que paient les nouveaux actionnaires* » ; R. MORTIER, *Opérations sur capital social*, LexisNexis Litec, 2010, n° 376 : « *Bref, comme on l'a souvent souligné, la prime d'émission constitue une sorte de « droit d'entrée » dans la société.* » V. également les auteurs cités par M. MORTIER : P. PIC, *Des assemblées générales extraordinaires*, Rev. sociétés 1923, p. 263 ; Ch. LYON-CAEN, L. RENAULT et A. AMIAUD (avec la collab.), *Traité de droit commercial*, t. II, 5^e éd., LGDJ., 1926, n°873 ; A. PERNOT, *Contribution à la recherche de la nature juridique des primes d'émission d'actions*, Rev. sociétés 1950, p. 233 ; H. BLAISE, *L'apport en société*, Rennes, 1953, n° 70, p. 100, etc..

¹⁶⁴ B. CAILLARD-D'AILLIÈRES, *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie BELLANGER et DAGRON, 1924, p. 30. A noter que cet auteur considère que ce versement est un élément « *sui generis* ».

¹⁶⁵ J. MESTRE, M.-È. PANCRAZI et al., *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., LGDJ, 2012, n° 668, p. 506.

d'émission permet ainsi de tenir compte du « décalage »¹⁶⁶ entre la valeur réelle et la valeur nominale des titres. Selon des auteurs, « *Il ne serait pas juste pour les associés en place que les nouveaux arrivants, en ne payant leurs titres qu'à la valeur nominale, aient droit (le même droit qu'eux) à une fraction de la société prise à sa valeur réelle. Cela réduirait les droits des associés en place sur le bénéfice réalisé mais non encore distribué, d'ailleurs.* »¹⁶⁷ C'est pour cette raison, qu'il a été admis très tôt que la prime d'émission est « *destinée à maintenir l'égalité entre les anciennes et les nouvelles actions* »¹⁶⁸.

La doctrine moderne abonde dans le même sens en reconnaissant communément que la prime d'émission instaure une égalité entre les anciens et les nouveaux actionnaires¹⁶⁹ en préservant le droit des anciens sur les réserves. « *Elle assure généralement par son paiement que les nouveaux actionnaires ne viendront pas sans contrepartie profiter des efforts consentis et des richesses accumulées par les anciens actionnaires, se traduisant notamment par la constitution éventuelle d'importantes réserves.* »¹⁷⁰ La prime d'émission constitue, par-là, la contrepartie du privilège consenti aux nouveaux actionnaires qui acquièrent des droits sur les réserves déjà constituées ou sur les plus-values d'actif apparentes ou latentes¹⁷¹. Elle a pour but de porter la valeur des nouvelles actions ou parts au même niveau que celle des anciennes actions ou parts, par le biais d'un supplément de prix.

La décision d'imposer le versement d'une prime d'émission doit ainsi relever de la volonté d'instaurer un équilibre. Dans cette optique, le montant de la prime d'émission, en dépit de sa libre fixation, doit être juste car « *une forte prime doit trouver de réelles justifications.* »¹⁷² La Cour de cassation, dans un arrêt du 12 mai 1975, avait considéré qu'une prime d'émission

¹⁶⁶ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, 2013, n° 211, p. 143.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ HOUPIN et BOSVIEUX, *Traité général des sociétés*, 5^e éd., n° 726 cité par B. CAILLARD-D'AILLIERES, *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie BELLANGER et DAGRON, 1924, p. 7 : Dès 1924, ces auteurs affirmaient que « *Cette prime, qui est ordinairement la représentation des réserves apparentes ou occultes de la société, ainsi que de la plus-value subie par l'actif social lors de l'augmentation de capital est destinée à maintenir l'égalité entre les anciennes et les nouvelles actions.* »

¹⁶⁹ Sur la fonction égalitaire de la prime d'émission, v. entre autres : Ph. MERLE et A. FAUCHON (avec la collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 15^e éd., Dalloz, 2011, n° 555, p. 690 et 691 ; G. NAFFAH, *La prime d'émission*, th. Paris 2, Economica, 1987, n°141 et s., p. 108 et s.

¹⁷⁰ D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 21.

¹⁷¹ Ph. MERLE et A. FAUCHON (avec la collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 15^e éd., Dalloz, 2011, n° 555, p. 690 et 691.

¹⁷² D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 22.

d'un montant équivalent à vingt-cinq fois le montant nominal des actions anciennes était entachée de fraude dès lors que ce prix n'était pas justifié par des réserves sociales correspondantes. En revanche, il a été jugé par la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 juin 1999¹⁷³, qu'une prime d'émission correspondant à 50 fois le prix des actions n'était pas susceptible de remboursement, faute de fraude ou de dol avérés. Les juges du fond se montrent particulièrement souples dans cette décision, ce qui sembler surprenant¹⁷⁴. Cette solution défavorable au nouvel actionnaire peut se comprendre au regard des circonstances particulières de l'espèce. En effet, le demandeur en nullité de l'opération était un investisseur, spéculateur avisé et doté de moyens importants, qui avait en sa possession les documents juridiques et comptables de l'entreprise. Le fait que la société lui ait fait miroiter des perspectives de développement alléchantes n'a pas semblé au juge une circonstance suffisante pour procéder aux remboursements demandés.

Dans le même sens, la Cour de cassation, dans un arrêt du 22 mai 2001¹⁷⁵, a considéré qu'une augmentation de capital n'était entachée ni d'abus de majorité, ni de fraude, ni d'absence de cause ou de cause illicite et avait rejeté le pourvoi des actionnaires minoritaires. Elle avait, en effet, estimé que les juges du fond, forts de leur pouvoir souverain d'appréciation, avait légitimement constaté que la prime d'émission correspondant à 59 fois la valeur des actions, était justifiée au regard du montant des réserves, du chiffre d'affaires et de la valeur du stock.

373. - Cependant, le montant de la prime reste soumis au contrôle des actionnaires, des juges et des autorités boursières. Les anciens actionnaires peuvent critiquer l'inexistence de la prime ou son faible montant alors que d'importantes réserves ont été constituées. Il en est de même lorsque le montant de la prime se révèle exorbitant. En cas de prime abusive, on peut invoquer l'absence ou l'illicéité de la contrepartie¹⁷⁶, ce fondement pêche cependant par son manque d'efficacité. Par ailleurs, la prime d'un montant excessif dissuadera les actionnaires d'exercer leur droit préférentiel de souscription, ce qui aura pour conséquence de supprimer ce

¹⁷³ CA Paris, 15 juin 1999, 3e ch. A, Sté GSD c/ LABABEDI.

¹⁷⁴ V. en ce sens, D. DANET, note sous CA Paris, 15 juin 1999, 3e ch. A, Sté GSD c/ LABABEDI, RTD Com. 1999, p. 879.

¹⁷⁵ Cass. com., 22 mai 2001 (*affaire Château Giscours*), n° de pourvoi : 98-19086, Bull. Joly 2001, p. 1003, n° 230, H. LE NABASQUE ; Dr. sociétés 2001, n° 180, F. X. LUCAS ; JCP E 2001, p. 1911, A. VIANDIER et J. J. CAUSSAIN.

¹⁷⁶ En ce sens, D. COHEN, *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 24. Le fondement de l'article 1131 du Code civil était anciennement utilisé pour ces actions. V. désormais C. civ., art. 1128, 3° nouv. (nécessité d'un contenu du contrat licite et certain) ; pour l'atteinte à l'ordre public, C. civ., art. 1162 nouv.

droit¹⁷⁷. « (..) C'est l'espérance vraisemblable que les souscripteurs peuvent placer dans l'avenir de la société qui peut justifier une prime d'émission élevée par rapport à la richesse actuelle de la société. ¹⁷⁸»

Conclusion du chapitre

374. - Hormis le cas très particulier des droits d'entrée en droit de la consommation, il appert que le supplément est très largement régi par la liberté contractuelle. De fait, le supplément siège surtout dans le droit des affaires, d'où les interventions timorées du législateur. L'entrée « supplément » se révèle, pour cette raison, particulièrement inconstante. Sa contrepartie se révèle de plus, au regard de l'entrée « engagement », plus contestable puisqu'elle rémunère soit l'acquisition du statut de contractant, soit la restauration d'un équilibre et le paiement de l'accès au contrat.

Conclusion du titre

375. – Ni imputable, ni restituable, l'entrée « supplément » se caractérise par l'existence d'un prix principal majoré d'un paiement supplémentaire. En cela, elle se distingue de l'entrée « engagement ». Il s'agit donc d'un réel surcoût supporté par le *solvens* puisqu'elle est conservée à titre définitif. L'étude de ses manifestations et de ses finalités a révélé, par ailleurs, son caractère pluriel.

Conclusion de la première partie

376. - Par sa nature et son régime, l'entrée « supplément » est ainsi plus propice aux abus que l'entrée « engagement ». La question de l'admissibilité des entrées payantes, et en particulier celle des entrées « supplément », est, de ce fait, encore plus prégnante. Quoi qu'il en soit, il demeure que la nature exceptionnelle de ces deux types de versements conduit à s'interroger légitimement sur leur admissibilité.

¹⁷⁷ Cass. com., 12 mai 1975, Bull. civ., IV, n° 129, p. 107 ; BJS, 1976, p. 465, §264 ; P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 1207, p. 771.

¹⁷⁸ P. LE CANNU et B. DONDERO, *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ, Lextenso éditions, 2013, n° 1207, p. 771.

**SECONDE PARTIE - VALIDITÉ DES ENTRÉES
PAYANTES**

« *Les vrais besoins n'ont jamais d'excès.* »¹

377. - Dans un pays prônant la liberté contractuelle au point même de lui conférer une valeur constitutionnelle, relever l'existence d'entrées payantes ne peut manquer de surprendre. Littéralement, il faudrait donc payer pour contracter. Cette obligation semble incongrue tant elle paraît en contradiction avec les principes fondateurs du droit des contrats d'où la question de l'admissibilité d'une telle pratique. Cette question se pose dans des termes distincts selon le type des entrées payantes. Nous avons précédemment observé qu'il convenait de différencier les entrées payantes « engagement » des entrées payantes « supplément ». En raison de leur sort final et de leur coût pour le cocontractant débiteur, leur validité ne peut, en toute logique, être analogue. Cette validité différenciée (Titre 1) ne saurait occulter, qu'en toutes circonstances, l'entrée payante reste soumise au contrôle du juge (Titre 2).

¹ J.-J. ROUSSEAU, *Julie ou La nouvelle Héloïse*.

**TITRE 1 - VALIDITÉ DIFFERENCIÉE DES
ENTRÉES « ENGAGEMENT » ET « SUPPLÉMENT »**

378. - La pratique contractuelle et les textes commandent la distinction entre les entrées payantes « engagement » et les entrées payantes « supplément » quoique, dans les deux cas, le candidat à la conclusion du contrat soit tenu de payer pour contracter. Cette circonstance inhabituelle conduit à s'interroger sur l'admissibilité de ces pratiques. Là-encore, la validité des unes et des autres n'est point comparable. Si le Droit admet la validité des entrées « engagement » en les soumettant à conditions (chapitre 1), la situation est tout autre s'agissant des entrées « supplément » dont la validité est plus controversée (chapitre 2).

CHAPITRE 1 - VALIDITÉ SOUS CONDITIONS DES ENTRÉES PAYANTES « ENGAGEMENT »

379. - Quoiqu'elles ne puissent être exemptes de critiques (section 1), les entrées payantes « engagement » sont généralement bien tolérées. Cette admission tant par la pratique que par le législateur ne surprend pas eu égard aux fondements de la validité des entrées payantes « engagement » (section 2).

SECTION 1 - LES CRITIQUES FORMULÉES À L'ENCONTRE DES ENTRÉES PAYANTES « ENGAGEMENT »

380. - Au nombre des critiques formulées à l'encontre des entrées « engagement », il ressort que ces dernières constituent une atteinte au libre accès au contrat du fait de la contrainte du versement préalable (§1). Par ailleurs, l'existence de cette obligation est l'expression d'une inégalité de besoin à l'origine d'une hiérarchie dans le contrat (§2).

§1. Une atteinte au libre accès au contrat

381. - La critique tirée de l'atteinte au libre accès au contrat est majeure quand on sait l'importance du principe de la liberté contractuelle dans notre société. Littéralement, une entrée payante implique un paiement pour contracter. Sous cet angle, elle apparaît indiscutablement comme une atteinte à la liberté contractuelle et plus précisément au libre accès au contrat. Mais que faut-il entendre par « *libre accès au contrat* » ? Premier composant de la liberté contractuelle, son étude impliquera nécessairement le rappel de la définition et des implications du principe de la liberté en droit des contrats².

382. - « *La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.* »³ Dans cette définition extraite de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, la liberté est entendue au sens large puisque ses seules limites résident dans l'expression de la liberté des autres individus. Ce droit à la liberté confère donc à chacun la possibilité d'exercer ses droits fondamentaux sans contraintes, dans la mesure où il n'empiète pas sur l'exercice de ce droit par les autres membres du corps social. Il est indiqué par ailleurs

² Sur la notion de liberté contractuelle : V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, I. L'acte juridique*, 13^e éd. (par E. SAVAUX), coll. Sirey université, Dalloz, 2008, n° 101, p. 78, n° 123 à 127, p. 96 à 99 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 10^e éd., Précis, Dalloz, 2009, n° 24, p. 31 et 32 (notamment) ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TEYNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd. (par V. LARRIBAU-TERNEYRE), 2010, n° 627 et s., p. 221 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, I-Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., coll. Thémis, PUF, 2008, p. 57 et s. ; L. LEVENEUR, *La liberté contractuelle en droit privé, les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...*, AJDA, 1998, p. 676 ; M.-L. IZORCHE, *La liberté contractuelle*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2002, p. 707.

³ Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 27 août 1789, art. 4.

que les restrictions à la liberté sont nécessairement établies par la loi. Cette précision est significative de la volonté d'encadrer strictement les atteintes à la liberté contractuelle et marque le caractère, en principe, quasi absolu de ce droit.

383. - Bâtie « *sur le même mode* »⁴ que la liberté de l'homme prônée dans l'article 4, la liberté contractuelle⁵, principe « *tout à fait essentiel* »⁶ et « *fondateur du droit des contrats* »⁷, peut être définie comme la faculté de contracter sans contraintes autres que celles imposées par la loi. Elle permet aux individus de déterminer librement les termes de leurs contrats, sans ingérence de tiers. Après avoir longtemps refusé la reconnaissance de la liberté contractuelle en tant que norme constitutionnelle⁸, le Conseil constitutionnel en a progressivement admis la valeur dans des décisions de 1998⁹ et 2000¹⁰. Cette solution a été par la suite consacrée¹¹. L'introduction du nouvel article 1102 du Code civil¹² marque sans nul doute l'apogée de la consécration de ce principe. Il dispose, en son premier alinéa, que « *Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.* » Le second alinéa précise les limites de

⁴ B. EDELMAN, *De la liberté et de la violence économique*, D. 2001, p. 2315.

⁵ P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier I, Dalloz, 2008 ; N. MOLFESSIS, *Le contrat*, Lamy droit des affaires, suppl. au n° 55, décembre 2010, p. 47 ; C. LAJOYE, *De la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle*, C.R.D.F., n° 1, 2002, p. 117 et s. ; 94^e Congrès des notaires de France, LPA 6 mai 1998, n° spécial (liberté contractuelle et sécurité juridique) ; B. MATHIEU, *Liberté contractuelle et sécurité juridique: les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier*, *Les Petites Affiches*, 7 mars 1997, n° 29, p. 7.

⁶ Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TEYNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 12^e éd. (par V. LARRIBAU-TERNEYRE), 2010, n° 627, p. 221

⁷ B. FAGES, *Droit des obligations*, 2^e éd., LGDJ, Lextenso éd., 2009, n° 35, p. 32.

⁸ CC, décision du 3 août 1994, n° 94-348 DC, J. O. du 6 août 1994, p. 11482, cons. 9, Rec., p. 117 : « *Considérant qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle (...)* » ; JCP 1995. II. 22404, note BROUSSE ; D. 1995, Somm. P. 351, obs. GAÏA ; RTD civ. 1996, p. 151, obs. MESTRE. V. également, CC, décision du 20 mars 1997, n° 97-388 DC, J. O. du 26 mars 1997, p. 4661, cons. 48, Rec. p. 31 : « *Considérant que le principe de la liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis (...)* » ; D. 1999, Somm. p. 234, obs. FAVOREU ; JCP 1997. I. 4039, n°1 et s., obs. FABRE-MAGNAN ; JCP 1997. I. 4066, n° 16, obs. MATHIEU et VERPEAUX.

⁹ CC, décision du 10 juin 1998, n° 98-401 DC, J. O. du 14 juin 1998, p. 9033, cons. 29, Rec. p. 258 ; RTD civ. 1998, p. 796, obs. MOLFESSIS ; RTD civ. 1999, p. 78, obs. MESTRE ; JCP 1998. I. 179, n° 14, obs. MATHIEU et VERPEAUX.

¹⁰ CC, décision du 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC, J. O. du 24 décembre 2000, p. 20576, cons. 37, Rec., p. 190.

¹¹ V. entre autres : CC, décision du 11 décembre 2003, n° 2003-486 DC, J. O. du 19 décembre 2003, p. 21679, cons. 17, Rec., p. 467 ; CC, décision du 18 décembre 2003, n° 2003-487 DC, J. O. du 19 décembre 2003, p. 21686, cons. 28, Rec., p. 473 ; CC, décision du 1^{er} juillet 2004, n° 2004-497 DC, J. O. du 10 juillet 2004, p. 12506, cons. 20, rec., p. 107 ; CC, décision du 30 novembre 2006, n° 2006-543 DC, J. O. du 8 décembre 2006, p. 18544, cons. 29, Rec., p.120.

¹² C. civ., art. 1102 nouv. issu de l'ord. n° 2016-131 du 10 février 2016.

cette règle en énonçant que « *La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public.* »¹³

Du principe de la liberté contractuelle découlent certaines implications. Tout d'abord, nul ne peut être contraint à contracter¹⁴. Ensuite, tout individu est libre de choisir son cocontractant. Enfin, les cocontractants peuvent librement décider des obligations auxquelles ils entendent se soumettre sous réserve du respect des règles impératives. Décomposée, la liberté contractuelle est ainsi tripartite¹⁵. En bref, elle s'analyserait comme la faculté de contracter sans contraintes. Cependant, il faut garder à l'esprit qu'elle s'inscrit dans un rapport bilatéral, d'où l'inévitable existence de restrictions nées de la manifestation de volonté du cocontractant. Partant, la liberté contractuelle n'est pas pleine et entière. Il n'y a pas une, mais des libertés contractuelles, chacune des parties détenant cette prérogative. Sans être incompatibles, ces libertés, dont l'exercice est guidé par la préservation optimale des intérêts de chacun des contractants, se heurtent inéluctablement. Par exemple, lors d'une vente, vendeur et acheteur tâcheront d'obtenir le meilleur prix possible du bien à vendre. Du point de vue du vendeur, le meilleur prix se traduira par un prix conforme à ses intérêts, donc un prix

¹³ Cet alinéa n'est pas sans rappeler la lettre de l'article 6 du Code civil (« *On ne peut déroger par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ») sans toutefois faire référence aux bonnes mœurs. La référence à l'ordre public suffit à englober cette notion, regardée aujourd'hui comme désuète (v. en ce sens, N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 7 ; D. FENOUILLET, *La fin des bonnes mœurs et l'ordre public philanthropique in Le droit privé français à la fin du XXe s., Études offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 487.

¹⁴ V. toutefois des exceptions : obligation d'assurance automobile (C. assur., L. 211-1), obligation en matière de chasse (C. env., L. 423-16) ou de construction (C. assur., art. L. 242-1 et s.) ; obligation de vendre (C. consom., art. L. 121-11 nouv.) ou de vendre à telle personne par préférence aux autres (droit de préemption du locataire) ou obligation de louer (droit au renouvellement du bail).

¹⁵ Cf C. civ., art. 1102, al. 1. V. déjà en ce sens, avant ce texte : J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, 3^e éd., LGDJ, 1993, n° 39, p. 28 ; B. FAGES, *Droit des obligations*, 4^e éd., LGDJ, Lextenso éd., 2013, n° 31, p. 39 ; F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, Précis, 10^e éd., Dalloz, 2009, n° 24, p. 31 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TEYNEYRE, *op. cit.*, n° 628 à 630, p. 222 ; M.-L. IZORCHE, *La liberté contractuelle*, in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2002, p. 707. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., coll. Thémis, PUF, 2012, p. 57 à 60. À noter cependant que certains auteurs retiennent une composition dualiste de la liberté contractuelle (liberté de contracter ou non et liberté de déterminer le contenu du contrat). Au nombre de ces auteurs, on compte J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 4, Les obligations*, 22^e éd. refondue, Thémis, 2000, n° 16, p. 53 (*Dans la formation du contrat, l'individu a une double liberté : contracter ou ne pas contracter (c'est l'option fondamentale), mais encore déterminer à son gré le contenu du contrat. C'est encore et surtout déterminer à son gré le contenu du contrat.*) ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 9^e éd., LexisNexis Litec, 2005, n° 70, p. 48 à 49 ; H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil, T. II, Vol. I : Obligations, Théorie générale*, 9^e éd. (par F. CHABAS) Montchrestien, 1998, n° 117, p. 105 ; L. LEVENEUR, *La liberté contractuelle en droit privé, les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle, capacité...*, AJDA, 1998, p. 676 ; P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier I, Dalloz, 2008, n° 330, p. 294.

relativement important, alors que les intérêts de l'acheteur tendent à la fixation d'un prix moindre. En définitive, le prix retenu sera celui du compromis entre les intérêts de toutes les parties. Dans l'idéal, il correspondra à un prix « juste », n'avantageant ni l'un, ni l'autre contractant. La difficulté, dans le contrat, se situe en effet, dans l'instauration d'un équilibre entre les intérêts divergents des parties. Cette difficulté se retrouve également dans la phase précontractuelle dans laquelle un contractant peut être lésé dans l'exercice de sa liberté de contracter.

384. - L'existence d'une entrée payante pose la question de l'abus dans l'expression de la liberté contractuelle par l'une des parties. Par sa stipulation, un versement préalable et additionnel est imposé à l'un des contractants en sus de son obligation principale. De gratuit, l'accès au contrat devient alors payant ; de libre, il devient contraignant. En cela, l'entrée payante constitue une exception au libre accès au contrat et en conséquence une atteinte à la liberté contractuelle. C'est une entrave à la pleine expression de la liberté contractuelle en ce qu'elle conditionne l'accès au contrat à un paiement. On pourrait bien sûr objecter que les parties restent, malgré tout, libres de refuser de conclure un tel contrat. Mais encore faudrait-il que le débiteur puisse s'en dispenser¹⁶. De fait, la conclusion d'un contrat est parfois vécue comme une nécessité. Autrement dit, le contrat est regardé comme un acte indispensable de la vie privée¹⁷ ou l'activité professionnelle¹⁸. Payer pour contracter est, particulièrement dans ces cas, antinomique avec le principe de la liberté contractuelle. La nécessité de contracter conduit le débiteur à assumer, bien malgré lui, le principe du versement préalable. Il n'a d'autre choix que celui de payer pour conclure un contrat qui lui est « essentiel »¹⁹. Comment parler alors dans ce cas de liberté contractuelle ? « *Etrange perception de la liberté contractuelle que celle qui se réduit à un sommaire « c'est à prendre ou à laisser ! »*²⁰ » Partant, l'existence d'une entrée payante dans un contrat invite d'emblée à la plus grande vigilance. Plus concrètement, il faudra veiller à ce que la contrepartie de l'entrée payante soit indiscutablement justifiée et le

¹⁶ Sur le « besoin » à l'origine d'un déséquilibre dans la convention : v. *infra* n°387.

¹⁷ Par exemple, se loger nécessite la conclusion d'un bail, ou d'une vente précédée quelquefois d'une promesse unilatérale de vente, de contrats de baux, ou de vente d'immeuble à construire...

¹⁸ Pour illustration, un commerçant, pour approvisionner son stock de marchandises devra verser des acomptes à son fournisseur. Il peut aussi souhaiter intégrer un réseau.

¹⁹ V. *infra* n°387-396.

²⁰ Cette formule de D. MAZEAUD (note sous Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, D. 2005, p. 1828 et s., n° 6 relatif à l'abus dans la fixation unilatérale du loyer renouvelé d'une chambre forte par une banque) quoique sortie de son contexte, traduit parfaitement le déséquilibre de pouvoirs entre les parties et subséquemment ses retombées sur l'expression de la liberté contractuelle.

débiteur, peu lésé. En effet, l'atteinte à la liberté contractuelle, même si elle est avérée, devient tolérable à ces conditions.

385. - Dans le cas des entrées payantes « engagement », l'atteinte au libre accès au contrat se révèle légère pour deux raisons. Tout d'abord, le versement s'avère peu préjudiciable pour le *solvens* du fait de son caractère restituable ou imputable sur le prix de l'obligation principale²¹. Ensuite et surtout, réclamées comme un gage de sérieux du solvens, les entrées « engagement » ont une contrepartie légitime. Plusieurs exemples permettront d'en convenir. La demande d'un dépôt de garantie afin de parer aux éventuelles dégradations du local suite à l'entrée en jouissance du locataire se conçoit aisément. Lorsque le désordre est avéré et sa preuve rapportée²², le bailleur pourra conserver le dépôt de garantie en tout ou partie. Dans le cas contraire, ce dernier sera tenu de restituer la somme au locataire²³. L'atteinte au libre accès se comprend dans la mesure où la demande du versement est justifiée par le risque réellement encouru par le bailleur de voir dégrader son bien. Dans l'optique de l'équilibre des conventions et de la préservation des intérêts de toutes les parties au contrat, le versement du dépôt de garantie est, en conséquence, acceptable.

Il en est de même pour le gage-espèces et le dépôt de garantie dans les contrats de communications électroniques, leurs justifications procédant de la même logique. Restituables et demandés pour garantir l'exécution de l'obligation principale du débiteur, ils constituent une atteinte modérée au libre accès au contrat.

²¹ V. *infra* n° 407 et s.

²² La preuve du désordre sera facilement établie dès lors qu'un état des lieux a été établi contradictoirement à l'entrée et à la sortie des lieux. A contrario, en l'absence d'état des lieux établi lors de l'entrée en jouissance, la preuve sera particulièrement ardue à rapporter : v. récemment, Cass. 3^e civ., 20 mars 2012, n° de pourvoi : 11-13728 dans lequel la bailleuse a été condamnée à restituer le dépôt de garantie, faute d'avoir pu prouver la réalité des désordres, en l'absence d'état des lieux. A noter que le dépôt de garantie doit être restitué au locataire lorsque la résiliation du bail est intervenue suite à la destruction des locaux par un incendie si la faute du preneur dans la survenance de l'incendie n'est pas prouvée (CA Metz, 19 février 2013, n° 10/03699).

²³ Sans doute faut-il préciser que la restitution du dépôt de garantie est subordonnée à la preuve de son versement. La jurisprudence a par exemple considéré que la preuve de versement du dépôt de garantie, dont le locataire demande restitution, ne résulte pas suffisamment de l'envoi par lettre d'un chèque représentant le dépôt de garantie diminué d'une facture représentant des frais de remise en état d'une applique (le locataire demandait au juge de constater l'encaissement du chèque par le bailleur) : Cass. 3^e civ., 16 novembre 1993, Ann. loyers 1994, p. 727. Pour un exemple de versement de la moitié du dépôt de garantie : Cass. 3^e civ., 12 mars 2002, Loyers et copr. 2002, n° 172, os. VIAL-PEDROLETTI. En outre, le locataire ne peut prétendre au remboursement du dépôt de garantie alors que les chèques versés à ce titre n'ont pu être honorés, faute de provision sur le compte bancaire du preneur (CA Nancy, 11 octobre 2012, n° 11/02330).

L'existence de l'indemnité d'immobilisation dans la promesse de vente et celle du dépôt de garantie dans le contrat de réservation ne prêtent pas plus à discussion. Ces entrées « engagement » sont pour le premier, le prix de l'exclusivité consentie à un potentiel acquéreur et pour le second, la contrepartie de la réservation de l'immeuble à construire. En outre, le dépôt de garantie joue un rôle économique fondamental car il permet au promoteur d'éprouver la faisabilité du projet en fonction du nombre de réservations effectuées. Légitimes quant à leurs contreparties, ces entrées sont admises légalement, preuve que l'atteinte à la liberté contractuelle se justifie.

S'agissant de l'acompte, il ne constitue qu'un paiement anticipé et partiel de l'obligation. Le débiteur comme le créancier de l'entrée payante se sont déjà fermement engagés l'un vis-à-vis de l'autre. Le montant de l'acompte s'imputera sur le reste des sommes dues par le débiteur. Ainsi, le versement se révèle peu préjudiciable dans la mesure où l'obligation du débiteur n'est pas majorée. Un effort financier supplémentaire ne lui est pas réclamé, il s'agit juste d'une avance sur le prix. De plus, son versement renforce le crédit du débiteur aux yeux du créancier. Il constitue un gage de sécurité pour ce dernier et est la manifestation du sérieux et de la fiabilité de son cocontractant. L'atteinte au libre accès au contrat, est pour toutes ces raisons, justifié et minime.

Tout comme l'acompte, les arrhes sont un signe du sérieux du débiteur et un gage de sécurité pour son créancier. Elles se distinguent toutefois en ce qu'elles offrent aux contractants une faculté de dédit réciproque. En ce sens, l'atteinte au libre accès se révèle légère car il y a une symétrie dans la possibilité de désengagement des contractants : « *Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir à son gré, celui qui les a données, en les perdant et celui qui les a reçues, en restituant le double* »²⁴.

À bien examiner les entrées payantes « engagement », il ressort que le degré de l'atteinte au libre accès varie imperceptiblement d'un cas à l'autre. Il apparaît néanmoins qu'un lien peut être établi entre le sort de l'entrée payante et le degré de cette atteinte. Cette atteinte, quoique légère, diffère selon que l'entrée est imputée sur l'obligation principale ou restituée. En effet, l'atteinte au libre accès au contrat est moins importante quand l'entrée payante est imputée sur

²⁴ C. civ., art. 1590.

le prix de l'obligation principale. Le mécanisme de l'imputation est ainsi plus favorable pour le débiteur de l'entrée payante. Le sacrifice financier est mineur puisque son existence ne surenchérit pas sa prestation globale. De là, le débiteur n'aura pas à prévoir une somme spécifiquement réservée au paiement de l'entrée. Sur le plan pratique, il sera simplement tenu d'un paiement échelonné.

386. - Au vu des développements précédents, on remarque que l'existence de l'entrée payante se comprend au regard de la légitimité de sa contrepartie. Par cette légitimité, elle est tolérable quoique constitutive d'une atteinte au libre accès au contrat. C'est une atteinte certes, mais une atteinte modérée au libre accès au contrat. Il convient de relever, en outre, que plusieurs de ces entrées font l'objet de dispositions légales particulières²⁵, ce qui a pour effet de réduire significativement le nombre d'abus dans ces domaines. Ces interventions législatives permettent de minorer l'exacerbation de l'expression de la liberté contractuelle de l'un au détriment de l'autre. Elles permettent ainsi de préserver les intérêts de tous les contractants en assurant la stabilité et la sécurité juridique des conventions.

§2. L'expression d'une inégalité de besoin à l'origine d'une hiérarchie dans le contrat

387. - Parce que le postulat de l'égalité entre les hommes est erroné, le besoin de contracter est ressenti différemment. Désireux de contracter, certains iront jusqu'à payer pour entrer dans la relation contractuelle. L'entrée payante est, en cela, symptomatique du déséquilibre dans le besoin de contracter. Son existence à elle seule est l'expression d'une inégalité dans ce besoin (I). Cette inégalité avant le contrat a nécessairement une incidence sur les rapports contractuels, d'où la création d'une hiérarchie dans le contrat (II).

I. L'inégalité de position dans le besoin de contracter

388. - En voyant le contrat comme l'un des trois piliers du droit, le Doyen CARBONNIER avait fait preuve d'une parfaite clairvoyance²⁶. Comment, en effet, ne pas

²⁵ V. *supra* n° 299.

²⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, 7^e éd., LGDJ, 2001, p. 285 et s.

contracter ? De fait, la vie d'un individu est inévitablement ponctuée par la conclusion de contrats des plus simples²⁷ aux plus complexes²⁸. Le besoin²⁹ de contracter est donc bien réel, il est même omniprésent. Il est également pluriel. En effet, à la diversité des sujets de droits fait écho la pluralité des besoins.

Qu'ils soient organiques, affectifs, sociaux, inhérents au mode de vie moderne, les besoins sont ressentis par tout individu. Ils peuvent être catégorisés grosso modo en deux groupes : les besoins universels ou primaires et les besoins individuels. Les premiers sont essentiellement organiques c'est-à-dire qu'ils sont essentiels à l'existence humaine³⁰ et par ce fait, communs à tous les individus. Les seconds sont liés à l'éducation, la sensibilité, la subjectivité de chacun.

Souvent, la satisfaction d'un besoin, quel qu'il soit, passera par la conclusion d'un contrat. Par-là, le contrat est un instrument de la satisfaction de besoins. Ainsi, l'entrée en relation contractuelle peut revêtir un caractère utile, nécessaire, voire indispensable. Nous ne sommes cependant pas tous égaux devant le besoin de contracter³¹. Ce déséquilibre découle des différences liées à la situation financière, aux aptitudes intellectuelles, physiques et à l'inégalité de savoirs entre les parties. Or, le but primordial de la recherche de la satisfaction d'un besoin est la subsistance physique, psychologique, sociale et professionnelle. Le plus souvent en effet, la relation contractuelle peut présenter un caractère essentiel pour l'une des parties. La vie quotidienne ou d'affaires se caractérise par conséquent par une inégalité dans le besoin d'un rapport contractuel. Cette réalité a été soulignée par une doctrine éminente. N'a-t-on pas parlé

²⁷ Par exemple : contrats de travail, bail, vente, mariage.

²⁸ Projets immobiliers ou industriels, contrat de société.

²⁹ Le besoin est défini par *le Petit Robert* comme une « exigence née de la nature ou de la vie sociale » (J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2011, v° Besoin, p. 244). Plus explicitement, c'est la « sensation qui porte les individus à certains actes qui leur sont ou leur paraissent nécessaires » (*Le Petit Larousse*).

³⁰ Manger, boire, dormir sont des besoins organiques et universels. Leur satisfaction nécessite la conclusion de contrats (contrat de travail, contrat de consommation portant sur des denrées alimentaires, contrat de vente immobilière ou contrats de location).

³¹ En ce sens : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, 1. L'acte juridique*, 13^e éd. (par E. SAVAUX), coll. Sirey université, Dalloz, 2008, n°108, p. 83: « Or, concrètement considérés, les hommes sont très inégaux et ils le sont, en particulier, devant la perspective du contrat. L'un est, par exemple, contraint de le conclure par une nécessité matérielle. L'autre peut attendre. Il faudra bien que le premier en passe par les conditions du second. »

de contrats de dépendance³², de contrats de situation³³ et même de contrats relationnels³⁴ ? N'a-t-on pas souligné à quel point le besoin pouvait être créateur de droit³⁵ ? N'a-t-on pas insisté sur l'urgence confrontée aux principes classiques du droit civil et singulièrement sur l'effet dérogatoire de l'urgence³⁶ ?

Par ailleurs, il n'est pas vain de préciser que l'atteinte à la liberté contractuelle est d'autant plus importante que le besoin de contracter est fort ou essentiel. Plus ce besoin est fort, plus le cocontractant de celui qui est dans le besoin renforce sa position dans le contrat. Le premier est alors à même d'imposer des clauses ou des conditions défavorables au second³⁷. L'inégalité dans le contrat peut ainsi trouver son origine dans le besoin de contracter. En ce sens, consentir à payer une entrée payante apparaît comme le révélateur d'une inégalité dans le besoin de se lier contractuellement. En effet, parce qu'il faut contre toute attente payer pour contracter, l'entrée payante est constitutive d'une atteinte à la liberté contractuelle. Le débiteur s'y résout, faute de pouvoir se dispenser de la conclusion du contrat. Pourquoi accepterait-on de payer autrement, qui plus est quand on sait la prééminence du principe de la liberté contractuelle dans notre Droit ?

389. - Le législateur, conscient de l'inégalité de besoins des parties et de la rupture d'égalité en découlant, a encadré certaines pratiques en vue de protéger la partie faible. Ces initiatives sont constantes et de plus en plus protectrices. On en veut pour preuve la loi ALUR du 24 mars 2014³⁸ qui a, récemment, encore accru la protection du locataire du bail d'habitation. Cette loi prévoit notamment la rédaction plus détaillée de contrats de bail³⁹, le plafonnement des honoraires d'agences⁴⁰, la limitation des pièces justificatives à l'entrée dans le logement⁴¹

³² G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, th. Paris 1, LGDJ, 1986 ; F. de BOÛARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, th. Paris 1, LGDJ, 2007. V. aussi G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, th. Paris 2, LGDJ, 1971.

³³ D. MAINGUY, *Remarques sur les contrats de situation et quelques évolutions récentes du droit des contrats*, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 165 et s.

³⁴ C. BOISMAIN, *Les contrats relationnels*, th. Nantes, PUAM, 2005.

³⁵ A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, th. Paris, LGDJ, 1969.

³⁶ Ph. JESTAZ, *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, th. Paris, LGDJ, 1968, n° 328 et s.

³⁷ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n°108, p. 83.

³⁸ Loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové dite LOI ALUR.

³⁹ Loi du 6 juillet 1989, art. 3 modifié par la loi ALUR.

⁴⁰ Loi du 6 juillet 1989, art. 5 modifié par la loi ALUR.

⁴¹ Loi du 6 juillet 1989, art. 22-2 modifié par la loi ALUR.

et une pénalité équivalente à 10% du montant du dépôt de garantie en cas de non restitution de ce dépôt dans les délais⁴².

L'inégalité de position dans le besoin de contracter a nécessairement des répercussions sur la relation contractuelle. Parce que les contractants sont inégaux dès les prémices de la relation contractuelle, grand est le risque que le déséquilibre perdure. Il en résulte dès lors une hiérarchie dans le contrat.

II. La hiérarchie issue de l'inégalité de positions dans le contrat

390. - Née de l'inégalité⁴³ de besoins entre les parties, l'entrée payante est à l'origine d'une inégalité de position dans le contrat. Se crée ainsi une véritable hiérarchie dans le contrat. Dans le langage courant, la hiérarchie est entendue comme une « *organisation sociale dans laquelle chacun se trouve dans une série ascendante de pouvoirs ou de situation* »⁴⁴. Elle se définit également comme « *une classification selon une échelle de valeur, de grandeur ou d'importance* »⁴⁵. Transposée à la matière contractuelle, la hiérarchie suppose que l'un des contractants exerce une emprise sur son partenaire. Cette emprise est notamment due à la disparité dans la répartition des pouvoirs dévolus à chacune des parties.

Parce qu'il réclame et obtient le versement d'une entrée payante, en contradiction avec le principe de libre accès au contrat, le créancier a l'ascendant sur le débiteur de l'entrée payante. Il lui est supérieur en pouvoir. La remise de l'entrée payante « engagement » entre ses mains constitue un moyen de pression vis-à-vis du débiteur. Sa contrepartie est certes légitime mais elle reste une contrainte pour ce dernier. Elle constitue un effort financier consenti à l'orée du contrat dont le débiteur se serait volontiers dispensé.

⁴² Loi du 6 juillet 1989, art. 22, al. 7 issu de la loi ALUR.

⁴³ V. sur la question de l'inégalité des parties dans le contrat, entre autres : O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, th. Paris 1, LGDJ, 1999.

⁴⁴ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir.), *Le Petit Robert, Dictionnaire historique de la langue française*, Le Robert, 2011, p. 1236, v° *Hiérarchie*.

⁴⁵ A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome 2, éd. Le Robert, 2006, v° *Hiérarchie*, p. 1719 (sens figuré attesté au XVIII^e s.).

Parallèlement, en acceptant de payer pour contracter, le débiteur de l'entrée payante est celui qui est dominé ou assujéti⁴⁶ dans la convention. Non seulement tenu d'exécuter la prestation contractuelle, ce dernier supporte en plus l'impératif d'un versement préalable qui conditionne la conclusion du contrat. En outre, l'accès payant au contrat comporte de multiples désavantages pour le débiteur. Tout d'abord, il implique qu'il puisse réunir une somme d'argent suffisante pour pouvoir contracter. Ensuite, il conduit à une perte immédiate de ces fonds qui auraient pu être assignés à un autre usage. Enfin, du fait de la conservation de l'entrée payante par le créancier, s'exerce une pression sur le solvens. Ce dernier peut craindre de ne pas recouvrer la somme lorsqu'elle a été versée à titre de garantie⁴⁷. Il encourt aussi le risque que le créancier, de mauvaise foi, conserve la somme sans satisfaire à ses obligations⁴⁸. En dépit de ces désavantages, le débiteur, motivé par des raisons professionnelles ou privées, sera pourtant amené à consentir à la convention. Ainsi, l'existence d'une entrée payante, fût-elle justifiée, crée une hiérarchie dans le contrat.

391. - Cette disparité est encore plus flagrante lorsque la contrepartie de l'entrée payante « engagement » n'est pas assurée. Ce fut le cas jusqu'à très récemment, en matière de promesse unilatérale de vente⁴⁹, quand le promettant se rétractait avant la levée de l'option⁵⁰. Avant la réforme du droit des contrats, une jurisprudence constante assimilait, en effet, l'engagement de vendre du promettant à une simple obligation de faire et refusait de prononcer l'exécution forcée de la promesse⁵¹. En conséquence, l'inexécution par ce dernier était sanctionnée par l'octroi de

⁴⁶ La domination ne sous-entend pas nécessairement une contrainte, c'est la manifestation de l'exacerbation du conflit d'intérêt résultant nécessairement du contrat. Selon un auteur, « *La liberté contractuelle ne peut plus être envisagée en soi, mais comme l'expression d'un rapport de force où se font face une puissance économique dominante et une puissance économique dominée.* » (B. EDELMAN, *De la liberté et de la violence économique*, D. 2001, p. 2315).

⁴⁷ Gage-espèces, dépôt de garantie par exemple.

⁴⁸ Par exemple, le vendeur vend à un tiers alors qu'il a reçu un acompte.

⁴⁹ Sur la promesse unilatérale de vente, v. entre autres : A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ/ Lextenso éd., 2013, n°139 et s., p. 70 et s. et sur la rétractation spécifiquement n° 147, p. 75 (« *Alors que la logique commande qu'elle soit inefficace, c'est-à-dire qu'elle ne puisse faire obstacle à une levée d'option qui formera la vente, une jurisprudence qui résiste aux critiques doctrinales décide que la seule sanction réside dans des dommages-intérêts* »).

⁵⁰ Cette situation mettait clairement en exergue une inégalité de positions entre les parties. Le promettant, partie dominante et créancier de l'entrée payante était peu inquiet s'il se rétractait avant la levée de l'option, alors même qu'il s'était d'ores et déjà engagé vis-à-vis du débiteur. De ce fait, il était particulièrement en position de force puisqu'il pouvait rompre son engagement : il pouvait « choisir » de ne pas contracter dès lors que la levée de l'option n'était pas intervenue. En dépit de son engagement initial de vendre, ce choix de ne plus contracter avait des conséquences minimales pour le vendeur puisque le bénéficiaire ne pouvait pas prétendre à une exécution forcée de la vente. À l'inverse, privé de l'indemnité d'immobilisation, le débiteur ne pouvait obtenir une restitution des fonds en cas de non-levée de l'option.

⁵¹ Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993 (arrêt Consorts CRUZ, n° 91-10199), Bull. civ., III, n° 174, p. 115 ; D. 1994. 507, note BÉNAC-SCHMIDT ; id., Somm. 230, obs. TOURNAFOND ; D. 1995. Somm. 87, obs.

dommages et intérêts au profit du débiteur en application des dispositions de l'ancien article 1142⁵². Cette situation mettait en exergue l'existence d'un déséquilibre flagrant entre les droits et les obligations des parties à la promesse de vente. D'un côté, quoique s'étant engagé à réserver un bien durant un certain délai, le promettant pouvait se rétracter tant que le bénéficiaire n'avait pas levé l'option. De l'autre, le bénéficiaire ne disposait que d'un délai de rétractation légal de sept jours, passé ce délai, il ne pouvait renoncer à la vente qu'en abandonnant l'indemnité d'immobilisation. Au vu de ces circonstances, le déséquilibre de la relation contractuelle était patent puisque la sanction en cas d'inexécution par le promettant était bien légère au regard de la perte de l'indemnité d'immobilisation pour le bénéficiaire en cas de non levée de l'option. Bien évidemment, il ne s'agit pas d'établir, ici, un parallèle entre l'indemnité d'immobilisation et la sanction supportée par le promettant suite à la rétractation puisque l'indemnité d'immobilisation ne peut être assimilée à une clause pénale⁵³. Il était néanmoins fondamental de relever la différence de traitement entre les parties au contrat.

Cette solution jurisprudentielle fort préjudiciable pour le solvens, quoique infléchie en 2008⁵⁴, a été contestée par une grande partie de la doctrine⁵⁵. Cette décision était notamment

AYNÈS; JCP 1995. II. 22366, note D. MAZEAUD ; Defrénois 1994. 795, obs. DELEBECQUE. Dans le même sens : Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, n° 91-14999 ; Cass. 3^e civ., 28 oct. 2003, RDC 2004, p. 270, obs. D. MAZEAUD ; Cass. Com., 13 septembre 2011, n° 10-19526. V. cependant l'arrêt inédit Cass. 3^e civ., 6 septembre 2011, n° 10-20362 ; D. 2011, p. 2838, note C. GRIMALDI. « *Ayant relevé que la date d'expiration du délai de la levée de l'option ouverte à la société Edifides par la promesse unilatérale de vente à elle consentie par les consorts X était fixée au 15 septembre 2006 et que la dénonciation, par ces derniers, de leur engagement datait du 16 janvier 2006, la cour d'appel en a exactement déduit que la société Edifides était fondée à faire valoir que la levée de l'option devait produire son plein effet.* »

⁵² C. civ., art. 1142 anc. : « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur.* »

⁵³ Cass. 3^e civ., 5 décembre 1984, Bull. civ., III, n° 207 ; D. 1985, p. 544, note BENAC-SCHMIDT ; JCP 1986. II. 20555, note PAISANT ; Defrénois 1986, p. 126, note Olivier ; RTD civ. 1985, p. 372, obs. MESTRE ; id. p. 592 et 594, obs. RÉMY.

⁵⁴ La Cour de cassation a modéré sa position dans un arrêt du 27 mars 2008 sans toutefois abandonner sa solution initiale en admettant que les parties peuvent convenir que l'inexécution de l'engagement de vendre par le promettant peut se résoudre par une exécution en nature. Cass. 3^e civ., 27 mars 2008, n° de pourvoi : 07-11721 « *Mais (...) les parties à une promesse unilatérale de vente étaient libres de convenir que le défaut d'exécution par le promettant de son engagement de vendre pouvait se résoudre en nature par la constatation judiciaire de la vente.* » ; D. 2008. Pan., p. 2965, obs. AMRANI-MEKKI ; JCP 2008. II. 10147, note PILLET ; *ibid.* I. 218, n° 1, obs. CONSTANTIN ; JCP N 2009. 1001, n° 1, obs. PIEDELIEVRE ; Dr. et patr., févr. 2009, p. 120, obs. AYNÈS et STOFFEL-MUNCK ; RDC 2009, p. 143, obs. BRUN ; RTD civ. 2008, p. 474, obs. FAGES ; RDC 2008, p. 1239, obs. COLLART DUTILLEUL ; *ibid.* 2009. 143 obs. BRUN.

⁵⁵ Sur les critiques de cette solution jurisprudentielle, voir entre autres : D. STAPYLTON-SMITH (s'interrogeant sur l'avenir de la promesse unilatérale), obs. sous l'arrêt Consorts CRUZ précité, AJDI 1996, p. 568 ; O. TOURNAFOND, obs. sous ce même arrêt, D. 1994, p. 230 (Cet auteur qualifie le raisonnement de la Cour de cassation de « *spécieux* » et ajoute qu'il est « *en contradiction absolue avec le principe d'intangibilité des conventions* » ; F. BENAC-SCHMIDT, note sous ce même arrêt, D. 1994, p. 507 (*En admettant que le promettant puisse résilier de sa propre volonté son contrat en rétractant l'offre stipulée, la force obligatoire du contrat est*

critiquable en ce qu'elle remettait en question l'intérêt de la promesse unilatérale de vente dont la particularité réside dans l'engagement ferme et définitif du vendeur ; son cocontractant, lui, ne s'étant engagé qu'à effectuer un choix.

392. - L'ordonnance du 10 février 2016 est venue mettre un point d'arrêt à cette jurisprudence discutable. Le nouvel article 1124 du Code civil, énonce, en son deuxième alinéa, que « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis* ». Cette disposition mérite d'être saluée car elle rétablit un certain équilibre entre les obligations des parties au contrat.

393. - Le cas du dépôt de garantie dans le bail d'habitation illustre, on ne peut mieux, l'existence d'une hiérarchie dans le contrat. De fait, par le versement du dépôt de garantie, le locataire montre sa volonté de s'engager et le sérieux qu'il porte au contrat. Ce versement est opéré en guise de garantie. Il constitue un sacrifice puisqu'il « *se prive du revenu de la somme* »⁵⁶. De son côté, le bailleur concède la jouissance du local contre le versement du loyer. Mais, aucun versement ne vient garantir l'exécution de ses obligations. Le preneur n'a pas l'assurance que son cocontractant ne faillira pas à ses obligations⁵⁷ même si tout laisse à penser que ce dernier ne viendra pas troubler la jouissance qu'il a volontairement cédée et qu'il lui serait dommageable de laisser se dégrader son bien. Le déséquilibre réside surtout, en réalité, dans le fait que le locataire consent un sacrifice financier immédiat et durable. Ce sacrifice quoique compréhensible⁵⁸ est supporté durant toute la durée du contrat puisque le débiteur sérieux ne pourra recouvrer l'entrée payante qu'à la fin de celui-ci. Ainsi, leur relation est déséquilibrée et la hiérarchie, avérée.

394. - S'il existe bien une hiérarchie contractuelle, la « soumission » du débiteur est cependant temporaire et de moindre importance dans le cas des entrées « engagement », à la différence des entrées « supplément ». Dans le premier cas, les sommes versées sont fréquemment restituées ou imputées. La hiérarchie est de ce fait, limitée dans le temps. Plus

littéralement anéantie. Dans ce domaine, plus peut-être que dans d'autres, il est nécessaire de privilégier l'exécution forcée tant qu'elle est réalisable. »). L. AYNÈS, obs. sous ce même arrêt, D. 1995, p. 87

(« *Cet arrêt heurte le bon sens et menace la sécurité du commerce juridique.* »).

⁵⁶ Ph. LE TOURNEAU (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, 2014-2015, 10^e éd., Dalloz action, 2014, n° 6267, p. 1690.

⁵⁷ Obligation de jouissance paisible, d'entretien des locaux autres que les réparations locatives, etc.

⁵⁸ V. *infra* n° 397 et s.

précisément, elle s'étend du moment du versement de l'entrée payante au moment de l'imputation ou de la restitution. Le déséquilibre dans les prestations cesse donc lors de la restitution ou de l'imputation des sommes. De ce fait, le sort réservé à l'entrée payante en fait un versement modérément préjudiciable pour le solvens⁵⁹. Les conséquences de la stipulation d'une entrée « engagement » se révèlent dès lors secondaires lors de la conclusion d'un contrat.

Toutefois, l'imputation ou la restitution de l'entrée engagement n'est pas systématique. Il existe en effet des situations dans lesquelles les entrées ne sont pas restituées. Peut-on dire alors que l'écart entre les positions contractuelles se creuse ? La réponse à cette question réside en partie dans la cause du versement et dans les raisons de la non-restitution de l'entrée payante. L'absence de restitution peut se comprendre lorsqu'elle vient pallier l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations du débiteur de l'entrée payante. C'est le cas par exemple du dépôt de garantie dans le bail, du gage-espèces.

395. - Outre cela, le déséquilibre entre les prestations de chacune des parties se comprend au regard de la contrepartie et du sort particulier des sommes versées à titre d'entrée « engagement ». Tout d'abord, la cause de ces versements est parfaitement légitime eu égard à ce qu'ils recouvrent. Versée à titre d'avance sur le prix, en guise de garantie de l'exécution d'une obligation contractuelle, ou pour la réservation d'un bien meuble ou immeuble, l'entrée « engagement » a une cause et une existence non sujettes à discussion. De ce fait, l'inégalité de positions dans le contrat paraît moins nette. On pourrait parler de « hiérarchie modérée »⁶⁰.

396. - Si l'entrée « engagement » n'est pas exempte de critiques, force est de constater qu'elle a une portée limitée. Elle constitue une atteinte légère à la liberté contractuelle et est à l'origine d'une hiérarchie modérée dans le contrat. La faiblesse de ces critiques explique en partie seulement la raison de leur admission en droit. Il convient dès lors de s'interroger sur les véritables fondements de la validité des entrées payantes « engagement ».

⁵⁹ V. *infra* n° 407 et s.

⁶⁰ A contrario, la hiérarchie est accentuée dans le cas des entrées « supplément ».

SECTION 2 - LES FONDEMENTS DE LA VALIDITÉ DES ENTRÉES PAYANTES « ENGAGEMENT »

397. - Alors même qu'elles constituent une atteinte au libre accès au contrat, les entrées payantes « engagement » sont habituelles dans la pratique et parfois admises par le législateur. Cette admission repose tout d'abord sur le fait qu'elles respectent un équilibre relatif entre les obligations précontractuelles assumées par l'une et l'autre partie. Ensuite, parce qu'elles sont imposées à tous les débiteurs d'un même type de convention, les entrées « engagement » ne sont pas discriminantes. Elles préservent ainsi l'égal accès au contrat (§1). Par ailleurs, généralement imputées ou restituées, elles affectent peu le patrimoine du débiteur de l'entrée payante. En ce sens, ces versements ne sont pas réellement préjudiciables pour ce dernier (§2).

§1. Des entrées payantes préservant l'égal accès au contrat

398. - Dans l'optique de la recherche du Juste dans les conventions, de nombreux auteurs, sous des vocables divers, ont dégagé des théories aux fins d'enrayer les inégalités et le déséquilibre dans le contrat ou, à tout le moins, dans le but de réduire les disparités entre les droits et devoirs des parties. De ces travaux, on peut tirer le constat général que le danger du déséquilibre dans le contrat est bien réel et qu'il faut y apporter remède. L'arsenal de théories déployées par la doctrine concerne essentiellement les relations purement contractuelles. Rares sont ceux, à notre connaissance, qui ont envisagé le déséquilibre durant la phase précontractuelle⁶¹. Cette étude implique nécessairement, à côté du traitement de la notion de libre accès, celui de l'égal accès au contrat, peu envisagé par la doctrine (I). Dans le prolongement de ces réflexions, il nous sera donné d'évoquer les motifs de l'absence d'atteinte à l'égal accès au contrat dans le cas des entrées « engagement » (II).

⁶¹ Parmi ces rares auteurs, v. notamment M. le Professeur GAHDOUN dans sa thèse consacrée à *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* parue en 2008 chez Dalloz.

I. La notion d'égal accès au contrat, peu envisagée par la doctrine

399. - « *Qui dit contractuel dit juste*⁶² ». Cette formule de Fouillée semble aujourd'hui erronée au regard de l'intérêt sans cesse renouvelé portée à l'inégalité ou à la disparité dans le lien contractuel⁶³. De nombreux auteurs, ainsi, se sont employés à concevoir des théories en vue d'y remédier. En effet, conscient de la fragilité de certaines parties⁶⁴, un courant doctrinal a voulu tempérer les abus dans le contrat, souvent fruits d'un libéralisme débridé. Certains auteurs ont vu dans la proportionnalité⁶⁵, le devoir de coopération ou de collaboration⁶⁶ la solution aux inégalités dans le contrat. D'autres ont évoqué la qualité du contractant comme critère légal de protection⁶⁷. D'autres encore ont voulu moraliser le lien contractuel en faisant référence entre autres aux notions de contrat moral⁶⁸, de loyauté⁶⁹, de bonne foi, de confiance⁷⁰, d'égalité⁷¹, d'équité⁷², de fraternité⁷³ ou de solidarisme contractuel⁷⁴. Loin d'être

⁶² Observons que l'égalité est une forme particulière de la justice. En ce sens, R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001 (Réimpression de l'édition de 1911), p. 136 : « (...) étudions la justice sous cette forme spéciale que l'on appelle l'égalité. »

⁶³ « *Le principe d'égalité des personnes en droits constitue un sujet de réflexion en perpétuel renouvellement.* » selon P. MAZIERE in *Le principe d'égalité en droit privé*, th. Paris 2, PUAM, 2003, n°1, p. 15.

⁶⁴ Des auteurs ont mis en évidence dans leurs travaux la position de faiblesse de certains contractants. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous évoquons : G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris 1, LGDJ, 1986 ; O. LITTY, *Inégalités des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, Paris 1, LGDJ, 1999 ; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, th. Toulouse 1, tomes 1 et 2, PUAM, 2000 ; Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat essai d'une théorie*, th. Aix Marseille 3, LGDJ, 2000 ; Ch. BOURRIER, *La faiblesse d'une partie au contrat*, th. Dijon, ACADEMIA/BRUYLANT, 2003 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, th. Pau, tomes 1 et 2, PUAM, 2004 ; A. CATHIARD, *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels*, th. Cergy-Pontoise, PUAM, 2006 ; F. DE BOUËARD, *La dépendance économique née d'un contrat*, th. Paris 1, LGDJ, 2007.

⁶⁵ S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th. Paris 11, LGDJ, 2000 ; Centre de Droit des Affaires et de Gestion I (organisé par), *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* colloque du 20 mars 1998, LPA, 30 sept. 1998.

⁶⁶ J. MESTRE, *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 101 ; F. DIASSE, *Le devoir de coopération dans le contrat*, th. Lille II, 1998.

⁶⁷ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, th. Reims, LGDJ, 2002.

⁶⁸ S. DARMAISIN, *Le contrat moral*, th. Paris 2, LGDJ, 2000.

⁶⁹ Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989.

⁷⁰ V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, th. Montpellier 1, 2006 ; V.-L. BENABOU et M. CHAGNY (sous la dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2008.

⁷¹ D. BERTHIAU, *Le principe d'égalité des créanciers et le droit civil des contrats*, th. Paris 2, LGDJ, 1999 ; P. MAZIERE, *Le principe d'égalité en droit privé*, th. Paris 2, PUAM, 2003.

⁷² M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict de l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, th. Paris 1, LGDJ, 2002.

⁷³ D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* in *Mélanges François TERRÉ, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999, p. 603.

⁷⁴ Cette théorie a de nombreux et éminents partisans. Nous citerons entre autres : D. MAZEAUD, *ibid* ; Ch. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* in *Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 ; L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, Etudes juridiques, n°18, Economica, 2004 ; D. MAZEAUD Denis, note sous Cass. 1ère civ., 30 juin 2004, D. 2005, p. 1828 ; A.-S. COURDIER-CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, th. Dijon, Litec, 2006.

contradictoires⁷⁵, ces notions ont toutes pour point commun la volonté de rétablir une certaine justice dans les rapports contractuels. De plus, elles témoignent d'une véritable vitalité de la philosophie moderne autour de la nécessité de « rectifier » le contrat⁷⁶.

400. - En revanche, les études sont moins nombreuses s'agissant de l'inégalité dans la phase précontractuelle. Longtemps ignorée par le Code civil, cette phase a fait l'objet de récentes dispositions⁷⁷. Leur importance est patente tant on mesure aisément l'intérêt d'encadrer la phase précontractuelle et le cas échéant, de pallier un éventuel déséquilibre. Il convient, de fait, de ne pas laisser prospérer un contrat sur la base d'une inégalité. N'est-il pas à craindre qu'elle perdure durant le contrat ou pire qu'elle s'aggrave ? Le déséquilibre avant le contrat laisse présager effectivement une inégalité dans les rapports contractuels. Dès lors, eu égard à l'importance de la phase contractuelle sur l'équilibre dans le contrat, il s'avère indispensable de réserver une étude particulière à la notion d'égal accès. Elle consistera à rechercher l'existence d'une équivalence entre les prestations assumées par chacune des parties à l'orée du contrat. Mais, avant toute chose, il serait malvenu de présenter la notion d'égal accès au contrat sans avoir rappelé la définition juridique de l'égalité.

401. - Affirmée dès 1789 dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁷⁸ et figurant dans la devise de la République⁷⁹, l'égalité, principe constitutionnel⁸⁰, est

⁷⁵ Dans le même esprit, v. D. MAZEAUD, *op. cit.*, n°1 : « [...] les idées de liberté et de loyauté, d'égalité et d'équité, de sécurité et de solidarité, lesquelles peuvent être conciliées et doivent, à cet effet, être réconciliées, plutôt qu'appréhendées, non sans manichéisme, dans une logique de confrontation et d'irréductible opposition. »

⁷⁶ Il importe de préciser toutefois que ces théories ne font pas l'unanimité chez la doctrine et n'ont pas reçu d'échos favorables en jurisprudence. Certains auteurs (V. par exemple Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 5^e éd., Defrénois, Lextenso, 2011, n° 751, p. 365 ; Y. LEQUETTE, *Bilan des solidarismes contractuels* in *Etudes de droit privé, Mélanges DIDIER*, Economica, 2008, p. 247) et la jurisprudence (Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, Bull. civ., I, n° 190) refusent de les prendre en considération notamment au nom de l'impératif de sécurité juridique et de la liberté contractuelle.

⁷⁷ C. civ., art. 1112 et 1112-2 nouv. relatifs aux négociations.

⁷⁸ DDHC, art. 1^{er} : « Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. »

⁷⁹ « Liberté, égalité, fraternité ». Issue de la Révolution française, cette devise est adoptée officiellement à la fin du XIX^e siècle par la Troisième République.

⁸⁰ La nature constitutionnelle de ce principe découle de l'intégration de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen au bloc de constitutionnalité par une série de décisions du Conseil constitutionnel :

C. C., décision du 16 juillet 1971, n° 71-44 DC, J. O. du 18 juillet 1971, p. 7114, cons.2, Rec., p. 29 ; C. C., décision du 27 décembre 1973, n° 73-51 DC, J. O. du 28 décembre 1973, p. 14004, cons. 2, Rec., p. 25. V. également : C. C., décision du 12 juillet 1979, n° 79-107 DC, J. O. du 13 juillet 1979, cons.2 et 4, Rec., p. 31 ; C. C., décision du 16 mars 2006, n° 2006- 533 DC, J. O. du 24 mars 2006, cons.12, Rec., p. 39 dans laquelle le Conseil constitutionnel se réfère à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

incontournable⁸¹ dans la tradition juridique française. Elle est définie comme le « *principe d'après lequel tous les individus ont, sans distinction de personne, de race ou de naissance, de religion, de classe ou de fortune, ni aujourd'hui, de sexe, la même vocation juridique au régime, charges et droits que la loi établit.* »⁸² Dans son sens spécifique, l'égalité civile est regardée comme « *la vocation semblable de tous les citoyens, à l'application du droit des personnes et de la personnalité, des biens et du patrimoine, de la filiation, du mariage et de la famille, des obligations et des successions, plus généralement au bénéfice de l'ensemble des droits patrimoniaux et extrapatrimoniaux du droit commun.* »⁸³

402. - Appliquée à la matière contractuelle, l'égalité est l'instauration d'un équilibre entre les prérogatives et devoirs de chacun des contractants à tous les stades de la convention. L'égalité sous-tendrait ainsi une égalité dans l'accès au contrat, une égalité dans le contrat, une égalité dans la sortie du contrat et une égalité par le contrat.

M. GAHDOUN, dans sa thèse consacrée à « *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* », distingue l'égalité *par* le contrat de l'égalité *dans* le contrat. Il examine sous l'angle de l'égalité *dans* le contrat l'accès au contrat et la sortie du contrat⁸⁴. Par souci de clarté, il nous paraît nécessaire de procéder à un distinguo supplémentaire au regard de l'importance et des enjeux des négociations et accords de la phase précontractuelle. Il nous semble, en effet, que l'égal accès dans le contrat doit être différencié de l'égalité *dans* le contrat. À notre sens, le principe d'égalité *dans* le contrat permettrait de vérifier l'équilibre des prestations réalisées durant la période strictement contractuelle (c'est-à-dire après l'accès et ce, jusqu'à la sortie du contrat). Ainsi, l'étude du déséquilibre durant la phase contractuelle s'effectuerait grâce au recours à la notion d'égal accès au contrat.

L'égal accès au contrat est chronologiquement le premier aspect à examiner lors de la recherche d'un déséquilibre dans une convention. Il peut être défini comme le fait que chacune des parties puisse accéder au contrat dans des conditions similaires ou, à tout le moins,

⁸¹ Sur la conception universaliste de l'égalité, v. F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Aix-en-Provence, Economica, PUAM, 1997.

⁸² G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association H. CAPITANT*, 10^e éd., PUF, QUADRIGE, 2014, p. 388, V^o *Egalité*.

⁸³ G. CORNU, *id.*, p. 388, V^{is} *Égalité*, __ civile.

⁸⁴ P.-Y. GAHDOUN, *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier I, Dalloz, 2008, n^o 381, p. 335 et 336.

équitables. Dans l'idéal, les modalités de l'accès au contrat doivent être équilibrées afin qu'aucune des parties ne soit lésée⁸⁵. En présence d'un équilibre, l'accessibilité au contrat est la même. En revanche, l'absence d'équivalence entre les prestations précontractuelles traduit une atteinte à l'égal accès au contrat et partant, un abus.

Étudier l'égal accès au contrat implique nécessairement que l'on s'interroge sur l'exercice de la liberté contractuelle par les parties. Fréquemment associés⁸⁶, les principes de liberté et d'égalité sont parfois difficilement conciliables, voire dans certaines circonstances incompatibles⁸⁷. Il serait malvenu toutefois de les confronter systématiquement. La liberté peut, de fait, favoriser l'égalité. Parce qu'elles peuvent librement accéder à l'outil contractuel, choisir leur cocontractant et le contenu de leur contrat, les parties sont en droit d'aspirer à un équilibre de leurs engagements réciproques et de là, à l'égalité⁸⁸. Partant, il leur appartient d'exercer leur liberté afin de ne pas être lésé dans l'opération. La liberté est, de ce fait, l'une des voies possibles vers l'égalité des cocontractants. La justesse de l'échange résultera du délicat équilibre entre ces deux principes. Aussi, les cocontractants parviendront à un équilibre de leurs prestations par le jeu de la négociation et des concessions mutuelles⁸⁹.

403. - Cependant, « *la liberté contractuelle est une arme à double tranchant* »⁹⁰. Si elle peut favoriser l'égalité, elle peut également être, dans certaines occasions, source d'inégalités⁹¹. C'est le cas notamment lorsqu'une partie impose ses desiderata à ses contractants, ce qui

⁸⁵ « (...) entre des prétentions opposées, l'égalité apparaît comme une transaction acceptable par tous : chacun ne perdant pas trop, s'il n'obtient pas tout ce qu'il désirait. » R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001 (Réimpression de l'édition de 1911), p. 138.

⁸⁶ On retrouve souvent accolés les principes de liberté et d'égalité. Si « *la notion (d'égalité) est souvent évoquée à côté de celle de liberté, avant et pendant la Révolution* » (A. REY (dir.), *Dictionnaire historique de la langue française*, Tome 1, Le Robert, 2006, p. 1195, v° *Égalité*), cette proximité subsiste actuellement. Pour ne citer que deux exemples très connus, on se référera à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et à la devise républicaine précédemment évoqués.

⁸⁷ M. MAZIERE évoque l'incompatibilité des principes d'égalité et d'égalité dans ces termes : « *Des idéaux énoncés côte à côte, le temps a fait deux frères ennemis dont le quotidien révèle les expressions antinomiques.* » (th. précitée, n° 7, p. 19). Cet antagonisme est tel, selon cet auteur, qu'il remet en question le bien-fondé du principe d'égalité : « *L'incompatibilité qui oppose aujourd'hui les principes de liberté et d'égalité nourrit en tout cas une réflexion sur la raison d'être du second, son réalisme, son éventuel cantonnement.* » (th. précitée, n° 8, p. 19).

⁸⁸ Selon M. le Professeur GAHDOUN (in *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier 1, Dalloz, 2008, n° 376, p. 333), « *Il y a de l'égalité dans la liberté contractuelle.* » ; « (...) *la liberté contractuelle c'est donc, aussi, la quête d'une égalité dans le contrat* ».

⁸⁹ V. en ce sens J. FLOUR, J.-L. AUBERT, É. SAVAUX, *op. cit.*, n° 108, p. 83.

⁹⁰ F. BENAC-SCHMIDT, *La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité*, D. 1990, p. 7.

⁹¹ « *La liberté tend à une certaine inégalité* ». R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Editions La mémoire du droit, 2001 (Réimpression de l'édition de 1911), p. 140.

conduit généralement à une rupture d'égalité. Les exemples les plus significatifs nous sont fournis par les contrats d'adhésion et de distribution dont on a été déjà relevé le caractère discutable⁹². Lorsque la liberté d'une partie est exercée au détriment de celle de l'autre, l'atteinte aux principes d'égalité et de liberté est avérée. La partie « faible » voit, de ce fait, sa liberté contractuelle tronquée et l'égalité dans le contrat s'en ressent. Cette situation n'est pas sans évoquer l'image du vase communicant : la liberté d'une partie s'accroît à mesure que celle de son cocontractant se réduit. Cette inégalité dans l'exercice de la liberté contractuelle est tempérée dans des domaines particuliers par le juge ou le législateur, tel que l'illustrent les interventions législatives répétées en Droit de la consommation. En effet, *la* liberté contractuelle nécessite quelquefois d'être encadrée⁹³ pour que puissent s'exprimer avec égalité *les* libertés des parties. Cela étant, l'exercice identique de ces libertés leur permettra de poursuivre la satisfaction de leurs intérêts propres.

II. Les motifs de l'absence d'atteinte à l'égal accès au contrat en cas d'entrée engagement

404. - Conçu comme un instrument économique égalitaire à l'époque du Code civil⁹⁴, le contrat a révélé, au fil du temps, l'existence d'inégalités criantes entre les parties nées notamment d'un déséquilibre de pouvoirs ou de situations. Le rapport de forces n'est cependant pas toujours celui que l'on croit. Bénéficiant des égards du législateur, le locataire et le consommateur⁹⁵, un temps défavorisés, ont été privilégiés tant et si bien que leurs cocontractants ont mis en place en place des mécanismes afin de rééquilibrer les conventions. Parmi ces mécanismes, on dénombre des entrées « engagement » telles que les dépôts de garantie dans le contrat de bail et le contrat de réservation, l'indemnité d'immobilisation... Fort utilisées, ces pratiques ont même reçu l'assentiment du législateur, preuve, s'il en faut, de leur légitimité. Ce dernier a ainsi admis la nécessité de garanties dans certains contrats, ou celle de

⁹² G. VIRASSAMY, *th. précitée* ; O. LITTY, *th. précitée*.

⁹³ S'il est vrai que la formule de LACORDAIRE « *Entre le faible et le fort, c'est la liberté qui opprime et la loi qui libère.* » peut sembler péremptoire, l'intervention du législateur est parfois utile pour rééquilibrer le contrat. Il faut toutefois insister sur le fait qu'une législation trop intrusive n'est pas souhaitable et même irréalisable : « *Tout prévoir est un but qu'il est impossible d'atteindre* » (Portalis). Par ailleurs, un recours systématique au juge s'avère difficile à mettre en œuvre en plus d'être constitutive d'une sévère restriction à l'exercice de la liberté contractuelle. De plus, cela aurait pour effet de paralyser les transactions et plus généralement le monde des affaires.

⁹⁴ J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, coll. Thémis, PUF, 2011, n°1, p. 427.

⁹⁵ Pour ne citer qu'eux.

verser des sommes pour réserver un immeuble. Mis à part ces considérations liminaires, il s'avère essentiel de procéder à l'examen attentif des entrées « engagement » afin de déceler un éventuel manquement au principe de l'égal accès au contrat. Cette étude se fera à deux niveaux. Il conviendra d'abord de vérifier si l'entrée « engagement » constitue une rupture d'égalité entre débiteur et créancier. Dans un second temps, on s'intéressera à l'existence d'une atteinte à l'égal accès pour tous les débiteurs, parties à un même type de contrat.

405. - Parce que « *L'égalité n'exige pas de raison mais l'inégalité doit en fournir* »⁹⁶, il faut s'interroger sur les motifs justifiant qu'une obligation monétaire accessoire soit imposée à l'un des cocontractants. Leur pertinence permettra de jauger de la validité de ces pratiques eu égard à l'impératif du respect de l'égal accès au contrat. D'emblée, l'exigence du versement d'une entrée payante peut sembler contradictoire avec le principe de l'égal accès au contrat puisque seul un des contractants en est tenu. Ce serait cependant occulter la contrepartie et les raisons de la demande de ce versement. En effet, l'entrée « engagement » se justifie par des motifs légitimes et une contrepartie claire et valable. Exigé en gage de sérieux du débiteur et visant parfois à rééquilibrer les obligations des parties, le versement de cette entrée se conçoit parfaitement. Le gage du sérieux donné permet d'asseoir la confiance du cocontractant. Il suffit pour s'en persuader de prendre les exemples du dépôt de garantie dans le bail et du gage-espèce versé en garantie de l'utilisation d'un bien. Le contrat de bail permet au locataire de jouir d'un bien dont il n'est pas propriétaire, il en est de même pour le constituant. Le bailleur et le créancier-gagiste concèdent ainsi une « parcelle » de leur droit de propriété. Or l'on sait l'importance que le Droit français attache à ce droit. Erigé à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789⁹⁷ comme un droit inviolable et sacré, le Conseil constitutionnel le fait figurer parmi les droits naturels et imprescriptibles de l'homme⁹⁸. Partant, on comprend aisément que le bailleur propriétaire et le créancier gagiste, soucieux d'assurer la sécurité de leurs biens, exigent une garantie dans le but de les préserver d'éventuelles dégradations. Ils ne peuvent, en effet, préjuger du sérieux de leurs cocontractants. La demande en garantie se justifie ainsi dans la mesure où le créancier de l'entrée payante ne sait s'il peut

⁹⁶ H. PERZOLD PERNIA, *Egalité* in A.-J. ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit* cité par P.-Y. GADHOUN, *th. précitée*, n° 380, p. 334.

⁹⁷ DDHC, art. 17 : « *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* »

⁹⁸ C. Constit., Décision du 16 janvier 1982, n° 81-132 DC, Cons. 13 : « *Ces droits (droits naturels et imprescriptibles de l'homme) sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.* »

se fier au débiteur. A contrario, le débiteur peut voir dans la mise en jouissance du bien un signe du sérieux du créancier et une marque de sa confiance. Au regard des risques pris par le créancier (risques de détérioration du bien suite à la mise en jouissance), l'existence de l'entrée payante se justifie à tel point qu'elles ont été admises par le législateur ou la jurisprudence⁹⁹. D'ailleurs, le bien-fondé de la demande en garantie s'avère si évident que le législateur, en matière de bail, a interdit l'imputation des loyers sur le dépôt de garantie, preuve de la reconnaissance de la validité et de l'intérêt de cette pratique. Ainsi, le preneur ne peut décider unilatéralement, en cours d'exécution du bail, d'affecter le dépôt de garantie au paiement des loyers¹⁰⁰. De même, il ne peut imputer ce montant sur ses derniers termes de loyer¹⁰¹.

Ces deux illustrations témoignent de l'importance de la « confiance »¹⁰² dans la construction du lien contractuel. Son absence peut nécessiter la présence d'un palliatif comme la stipulation d'une entrée payante. La confiance est, de fait, un socle sur lequel peut se bâtir durablement une relation contractuelle. Lorsque cet élément fait défaut, les parties peuvent avoir des réticences à s'engager. L'entrée payante envisagée comme une garantie vient ainsi pallier le manque de confiance du créancier, elle atteste du sérieux du débiteur à exécuter correctement ses engagements. L'entrée payante est, dans ce cas, un instrument d'instauration de la confiance et un « *filet de sécurité* » pour le créancier. Certes, elle représente un sacrifice pour le débiteur, mais le préjudice est atténué grâce au mécanisme de la restitution. De plus, elle s'avère fort utile pour le créancier. Elle est donc un « *mal nécessaire* » dont doit s'accommoder le débiteur désireux de contracter.

⁹⁹ Le législateur admet explicitement et régleme le recours au dépôt de garantie dans le bail (ex : loi de 1989, décret de 1953). S'agissant du gage-espèces, admis en jurisprudence, il avait été question de lui consacrer des dispositions lors de la réforme des sûretés de 2006 mais cela n'a pas abouti.

¹⁰⁰ CA Lyon, 17 oct. 1995 : Loyers et copr. 1996, n° 158.

¹⁰¹ Cass. 3^e civ., 5 oct. 1999 : AJDI 1999. 1164 ; Ann. loyers 1999. 1590 ; Administrer janv. 2001, p. 32, obs. CANU ; CA Paris, 24 sept. 2002 : Loyers et copr. 2003, n° 59, obs. VIAL-PEDROLETTI ; TI Laon, 6 mars 1995 : JCP N 1996. II. 311, note GALLET ; V. aussi : Rép. min. n° 2695 : JO Sénat Q, 30 janv. 1986, p. 197 (loi de 1982).

¹⁰² V. EDEL, *La confiance en droit des contrats*, th. Montpellier 1, 2006 ; Y.-M. LAITHIER, *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D. 2006, p. 1003 ; O. ANSELME-MARTIN, *Le sentiment de confiance cause génératrice et sustentatrice du contrat en Mélanges GROSS*, PU Nancy, 2009, p. 21 ; B. FAUVARQUE-COSSON (dir.), *La confiance légitime et l'estoppel*, vol. 4, éd. Société de législation comparée, 2007 ; V.-L. BENABOU, M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008. V. aussi G.-A. LIKILLIMBA, *La fidélité en droit privé*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003 ; A. ALBARIAN, *De la perte de confiance légitime en droit contractuel*, th. Aix-Marseille, Mare et Martin, 2012.

Les entrées « avances sur le prix » et celles versées en contrepartie de la réservation d'un immeuble ont la même cause subjective : elles sont un gage de confiance donné à l'accipiens et révèlent le sérieux du débiteur à s'engager. Elles ont, en outre, une contrepartie claire à savoir la réservation d'un bien, ou la faculté d'un choix s'agissant des arrhes.

Ainsi, pour les raisons précédemment exposées, l'équivalence entre les prestations assumées par chacun des contractants à l'orée du contrat permet de déduire que l'égal accès est préservé.

406. - Préservé entre les cocontractants, l'égal accès l'est aussi pour tous les débiteurs et tous les créanciers, parties à un même type de contrat. Par exemple, le gérant d'une salle de bowling demandera un gage-espèces à tous ses clients contre la remise de matériels de jeux et tous devront verser un même montant. De même, tous les locataires de bail d'habitation (loi de 1989) sont identiquement contraints de verser un dépôt de garantie d'un montant équivalent à un mois de loyer¹⁰³. Rappelons toutefois que le bailleur peut dispenser son locataire d'un tel versement. Cette circonstance est cependant trop exceptionnelle en pratique pour considérer qu'il y a une rupture d'égalité.

En conclusion, l'égal accès est doublement préservé lorsqu'une entrée « engagement » est stipulée. Cette entrée, mise en comparaison avec l'entrée « supplément », présente en outre un avantage indéniable : son sort en fait un versement particulièrement non préjudiciable pour le solvens.

§2. Des entrées payantes non préjudiciables au solvens

407. - Si les entrées « engagement » peuvent être considérées comme des obligations non préjudiciables pour le solvens, c'est notamment en raison du caractère temporaire de ce sacrifice financier. Elles sont, en effet, généralement restituées (I) ou imputées sur le prix de l'obligation principale du débiteur (II).

¹⁰³ En cas de loyer payé d'avance pour une période supérieure à deux mois, les locataires sont pareillement dispensés de verser un dépôt de garantie (loi de 1989, art. 22, al. 2).

I. La restitution de l'entrée payante « engagement »

408. - Le sacrifice financier consenti aux prémices de la relation contractuelle est indubitablement atténué par le mécanisme de la restitution. Cette restitution, conforme aux intérêts du débiteur, peut être regardé comme le dénouement d'une relation contractuelle satisfaisante (A) encore qu'il soit des cas où la restitution est symptomatique d'un contrat avorté (B).

A. La restitution, issue classique d'une relation contractuelle satisfaisante

409. - La stipulation d'une entrée payante constitue, indiscutablement, une contrainte financière pour le débiteur. Ce versement lui est, néanmoins, moins préjudiciable lorsqu'il est exigé à titre de garantie. Cela tient à deux raisons. D'une part, le montant de l'entrée payante « garantie » est généralement raisonnable et en lien avec la valeur de l'obligation garantie. D'autre part, dès lors qu'il a exécuté les obligations contractuelles lui incombant, le débiteur est en droit de récupérer la somme à la fin du contrat. Pour cette raison, l'existence d'une entrée payante « engagement » est moins préjudiciable pour le débiteur. Si l'accès au contrat reste payant, le sacrifice financier est moins lourdement ressenti du fait de la restitution. Cette assertion se vérifie dans tous les cas, que la restitution soit encadrée par les textes (1) ou régie par les stipulations contractuelle (2).

1. Une restitution encadrée par les textes

410. - Dans certains contrats, la restitution de l'entrée « engagement » est particulièrement encadrée. Il en est ainsi de la restitution du dépôt de garantie dans le bail d'habitation (a) et celle de la somme versée d'avance dans le contrat de communications électroniques (b).

a. La restitution dans le bail d'habitation (loi de 1989)

411. - Généralement, la restitution du dépôt de garantie s'effectue lors du départ du locataire¹⁰⁴ après déduction des sommes restant dues au bailleur. Les règles de la restitution

¹⁰⁴ La notion de départ de locataire se comprend comme la fin de jouissance de ce dernier ou de ses ayants droit (ex : Loi du 6 juillet 1989, art. 14).

entrent dans le cadre du dispositif protecteur érigé en faveur du locataire. Plusieurs dispositions de la loi de 1989 permettent de s'en convaincre.

412. - Créancier du dépôt de garantie en début de bail, le bailleur est logiquement celui qui est tenu de le reverser au locataire à la fin du contrat. Cependant, lorsque les locaux loués font l'objet d'une mutation à titre gratuit ou onéreux, l'article 22 de la loi de 1989 énonce que la restitution du dépôt de garantie incombe au nouveau bailleur. Le texte précise, par ailleurs, que « toute convention contraire n'a d'effet qu'entre les parties à la mutation ». Ces règles, issues de la loi du 25 mars 2009¹⁰⁵, sont venues mettre fin à des controverses jurisprudentielles en complétant l'article 22. Jusqu'alors en effet, les juges estimaient que le débiteur de la restitution était le bailleur d'origine ayant conclu le contrat avec le locataire¹⁰⁶. La loi de 2009 prend donc le contre-pied de cette jurisprudence en disposant que la remise des fonds doit être opérée par le nouveau bailleur et ce, même lorsque le dépôt de garantie aurait été conservé par le bailleur initial suite à sa liquidation judiciaire¹⁰⁷. En complétant l'article 22, cette loi a permis de clarifier et d'uniformiser la situation des locataires créanciers de la restitution du dépôt de garantie en cas de cession. Elle assure à la fois l'harmonisation du droit des locataires du bail d'habitation et la préservation de leurs intérêts. Elle participe en ce sens au respect du principe de sécurité juridique.

Il est vrai que ces dispositions constituent une entorse au principe de l'effet relatif des conventions¹⁰⁸ en imposant au nouveau bailleur la restitution d'une somme initialement perçue par le bailleur originel. Le nouveau bailleur assume, de ce fait, une obligation *propter rem*¹⁰⁹ : il est tenu de restituer l'entrée payante car il est détenteur du bien à louer¹¹⁰. Dès lors, il lui

¹⁰⁵ Loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

¹⁰⁶ CA Douai, 6 févr. 1992 : BICC 1992, n° 1494 : « l'obligation de restituer en fin de bail la somme versée au bailleur initial à titre de dépôt de garantie n'est pas une obligation *propter rem* transmise de plein droit, le vendeur de l'immeuble pouvant l'exécuter même postérieurement à la perte du droit de propriété sur la chose louée » Dans le même sens, V. Rép. min. n° 17744 : JO Sénat 7 juill. 2005, p. 1838 ; AJDI 2006, p. 151, note ROUQUET. V. aussi : CA Montpellier, 1er déc. 2004, Loyers et copr. 2005, n° 106 : dans cet arrêt, la Cour d'appel avait estimé qu'il appartenait au locataire d'agir à l'encontre de son bailleur au titre de son obligation de restitution, laquelle n'est pas transmise de plein droit au cessionnaire du fait de la vente

¹⁰⁷ CA Versailles, 10 janvier 2012, Loyers et copr. 2012, n° 65, obs. VIAL-PEDROLETTI.

¹⁰⁸ C. civ., art. 1199 nouv. : « Le contrat ne crée d'obligations qu'entre les parties. // Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter, sous réserve des dispositions de la présente section et de celles du chapitre III du titre IV. »

¹⁰⁹ À raison de la chose. Selon H. ROLAND et L. BOYER (*Locutions latines du droit français*, 4^e éd., Litec, 1998, p. 388, v° *Propter rem*), c'est une « locution adverbiale se rapportant à toute dette dont une personne ne doit répondre que parce qu'elle détient un bien sur lequel le créancier possède un droit réel. »

¹¹⁰ Généralement consenti par le propriétaire du bien, le bail peut porter parfois sur la chose d'autrui. Ex :

appartiendra de réclamer à l'ancien, lors de la cession, le dépôt de garantie afin de ne pas être pénalisé à la fin du bail. En effet, le nouveau bailleur devra restituer le dépôt de garantie au preneur que cette somme lui ait été versée ou non par l'ancien bailleur. Si le premier a restitué le dépôt de garantie au preneur alors que le transfert de ces fonds n'a pas été opéré en sa faveur, il pourra vraisemblablement en réclamer le remboursement sur le fondement de l'enrichissement injustifié¹¹¹, autrefois dénommé enrichissement sans cause.

Il convient de préciser que la restitution du dépôt de garantie, quel que soit le type de bail consenti, doit être effectuée par le bailleur lui-même. En ce sens, la jurisprudence a précisé que l'obligation de restitution reposait sur le bailleur et non pas sur le mandataire de celui-ci¹¹². Rappelons, en effet, que le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant. N'étant qu'un intermédiaire, il ne saurait être tenu en cas de défaillance du bailleur. Seule une faute personnelle du mandataire serait susceptible d'engager sa responsabilité vis-à-vis des locataires. De ce fait, la restitution du dépôt de garantie est une obligation personnelle du bailleur, dont il reste tenu en dépit du mandat. Dans la même logique, la Cour de cassation a considéré que le bailleur était tenu de restituer le dépôt de garantie même lorsque le mandataire l'avait conservé. Ainsi, l'insolvabilité du mandataire n'influe en aucune manière sur la relation contractuelle entre le preneur et le bailleur et sur l'obligation faite à ce dernier de restituer le dépôt de garantie. Partant, cette solution est également favorable pour le preneur car elle permet d'éviter les confusions quant au débiteur de la restitution.

413. - La question du créancier de la restitution, elle, ne pose pas de difficultés. Généralement soumis au paiement d'un dépôt de garantie lors de la conclusion du bail, le locataire est en droit de récupérer cette somme à la fin du contrat lorsqu'il a correctement exécuté ses obligations contractuelles¹¹³. Il devient donc créancier de l'obligation de restitution

Cass. 3^e civ., 13 février 1985, Bull. civ., III, n°33 ; Cass. 3^e civ., 7 octobre 1998, Bull. civ., III, n°187 ; Cass. 3^e civ., 21 janvier 1981, D. 1983, p. 36, note DIENER (bail consenti par un propriétaire apparent).

¹¹¹ C. civ., art. 1303 nouv. et s.

¹¹² Cass. 3^e civ., 16 juin 1999, AJDI 1999, p. 816 ; Cass. 3^e civ., 16 mai 2000, Administrer oct. 2001, p. 54, obs. CANU ; Cass. 3^e civ., 23 juin 2009, AJDI 2010, p. 36, note DREVEAU ; Loyers et copr. 2009, n° 228, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Civ. 1^{re}, 12 juillet 2005, AJDI 2005, p. 899, note DE LA VAISSIERE ; CA Montpellier, 1^{er} déc. 2004, Loyers et copr. 2005, n° 106.

¹¹³ On notera que l'article 22 de la loi de 1989 n'évoque pas la possibilité pour le preneur d'imputer le montant du dépôt de garantie sur le loyer. Une jurisprudence constante prohibe au contraire cette pratique. Ainsi, le preneur ne peut décider unilatéralement, en cours d'exécution du bail, d'affecter le dépôt de garantie au paiement des loyers. De même, il ne peut imputer ce montant sur ses derniers termes de loyer : Cass. 3^e civ., 5 oct. 1999 : AJDI 1999. 1164 ; Ann. loyers 1999. 1590 ; Administrer janv. 2001, p. 32, obs. CANU ; CA Paris, 24 sept. 2002 :

et sauf stipulation expresse contraire, il a qualité pour agir en restitution du dépôt de garantie versé en exécution de son contrat de bail¹¹⁴. La situation est plus délicate lorsque le bail a été conclu au bénéfice de colocataires ou d'époux, notamment lorsque l'un d'eux donne congé. Dans ce cas, le bailleur ne peut être condamné à restituer à celui-ci la moitié du dépôt de garantie et à payer les intérêts sur cette somme, alors que le remboursement suppose la restitution effective des lieux¹¹⁵. Mais, c'est à tort qu'un bailleur refuse de restituer à la locataire le dépôt de garantie, au prétexte qu'il avait été versé par le mari avant le divorce des époux locataires, alors qu'il ne pouvait s'agir que d'un paiement de la communauté et qu'il appartient à l'un et l'autre des époux¹¹⁶.

414. - Le montant à restituer au preneur est, en principe¹¹⁷, celui initialement reçu par le bailleur lors de la conclusion du contrat. Il correspond donc à un mois de loyer¹¹⁸ depuis l'entrée en vigueur de la loi de 2008¹¹⁹. Il ne porte pas intérêt au profit du preneur et il ne peut être révisé durant l'exécution du bail et ce même en cas de renouvellement exprès¹²⁰. La restitution intégrale de la somme versée à titre de garantie n'est cependant pas systématique. En effet, le preneur peut être redevable de sommes restant dues au titre de l'inexécution ou de la mauvaise

Loyers et copr. 2003, n° 59, obs. VIAL-PEDROLETTI ; TI Laon, 6 mars 1995 : JCP N 1996. II. 311, note GALLET ; V. aussi : Rép. min. n° 26951, JO Sénat Q, 30 janv. 1986, p. 197 (loi de 1982).

¹¹⁴ Cass. 3^e civ., 14 juin 2006 : Bull. civ. III, n° 146, p. 121 (dépôt de garantie versé par le Fonds de solidarité pour le logement) ; D. 2006. IR p. 1769 ; AJDI 2007, p. 37, note ZALEWSKI ; Rev. loyers 2006, p. 406, obs. CANU ; Administrer nov. 2006, p. 39, obs. CANU ; Loyers et copr. 2006, n° 170, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Cass. 3^e civ., 12 déc. 2006, n° 05-2051 ; AJDI 2007, p. 139 (espèce similaire) ; Cass. 3^e civ., 7 avr. 2010, n° 08-21844 (dépôt de garantie versé par une association) ; AJDI 2010, p. 893, note DREVEAU ; Loyers et copr. 2010, n° 158, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Rev. loyers 2010, p. 319 ; RJDA 2010, n° 721 ; Ann. loyers 2010, p. 3272, obs. ROUX.

¹¹⁵ Cass. 3^e civ., 21 nov. 1990, Bull. civ. III, n° 237, p. 135 ; Gaz. Pal. 1991. 1. Pan. 83 (loi de 1982).

¹¹⁶ TI Paris, réf., 18 oct. 1994 : Rev. loyers 1995, p. 15.

¹¹⁷ Cass. 3^eème civ., 29 nov. 2006, Bull. civ., III, n° 239 ; D. 2006, IR, p. 3010 ; AJDI 2007, p. 391, note ROUQUET ; Rev. loyers 2007, p. 182, obs. CANU ; Loyers et copr. 2007, n° 26, obs. VIAL-PEDROLETTI. (Admettant *a contrario* que le montant du dépôt de garantie que le bailleur doit restituer au locataire a vocation à être augmenté des sommes dont il peut être tenu (Dans une espèce où il a été reconnu que le preneur sortant pouvait, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, demander au nouveau locataire le remboursement du combustible laissé dans la cuve à son départ, dès lors que le volume de gaz restant n'a pas été payé par le locataire pour le compte du bailleur).

¹¹⁸ Il est important de relever ici l'évolution de la législation à propos du montant du dépôt de garantie dans le bail d'habitation. Elle a été favorable au locataire dans la mesure où le montant maximum pouvant être réclamé à ce dernier est d'un mois de loyer. Le sacrifice financier supporté par le preneur est ainsi moins important que par le passé. Parce qu'il pâtit moins de cette obligation, l'accès au logement est facilité. Cette évolution législative se comprend ainsi au regard de la volonté du législateur, maintes fois affirmée, d'offrir un droit au logement effectif au locataire. Si la restitution du dépôt de garantie se révèle problématique (retard ou refus pur et simple de restituer), le débiteur de l'entrée payante en sera nécessairement moins affecté.

¹¹⁹ Loi de 1989, art. 22, al. 1 modifié par la loi de 2008. Pour rappel, la loi n° 2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat a réduit le montant du dépôt de garantie de deux à un mois de loyer en principal. Elle a été appliquée aux baux signés à compter de la publication du texte soit le 9 février 2008.

¹²⁰ Loi de 1989, art. 22, al. 6.

exécution d'une obligation locative¹²¹ (défaut ou retard dans le paiement des loyers ou de charges). De même, seront imputées du dépôt de garantie, les dépenses dont le bailleur pourrait être redevable aux lieu et place du locataire, sous réserve qu'elles soient dûment justifiées¹²². Les sommes dont le bailleur « *pourrait être tenu, aux lieu et place du locataire* » correspondent par exemple aux coûts liés aux dégradations du local ou des parties communes perpétrées par le preneur ou par les occupants de son chef, aux frais de remise en état des lieux¹²³. Ainsi, le locataire qui procède à l'enlèvement sans autorisation de meubles de cuisine anciens mais en état de fonctionnement doit répondre de ces dégradations et pertes¹²⁴. De même, le dépôt de garantie sera conservé si le preneur n'a pas procédé aux travaux d'entretien courant et aux réparations locatives alors même qu'elles ne sont pas imputables à son usage anormal des lieux¹²⁵. La conservation de l'intégralité ou d'une partie de la somme est toutefois subordonnée à l'évaluation précise¹²⁶ du préjudice subi par le bailleur en cas de manquements du preneur. Cette évaluation ne peut être forfaitaire puisqu'il s'agit de réparer le préjudice réellement subi par le bailleur. Il importe de préciser que la charge de la preuve incombe au bailleur s'agissant des frais à imputer sur le dépôt de garantie. Cette règle, logique eu égard aux règles de la preuve, est résolument à l'avantage du preneur puisque ce dernier n'a pas à prouver qu'il a utilisé normalement du bien à louer. Dès lors, il appartiendra au bailleur de se procurer les preuves des manquements de son cocontractant. En ce sens, la Cour de cassation a rappelé récemment que le bailleur avait l'obligation de justifier du montant retenu sur le dépôt de garantie¹²⁷. La justification peut s'effectuer au moyen de factures de dépenses engagées par le propriétaire ou

¹²¹ Loi du 6 juillet 1989, art. 22, al. 3 *in limine*.

¹²² *Ibid.*

¹²³ V. en ce sens : H. DES LYONS et Y. ROUQUET, *Baux d'habitation*, 8^e éd., Delmas, 2014, n° 42.12, p. 130.

¹²⁴ CA Versailles, 18 septembre 1998, BICC 1999, n°413 ; D. 1999, Somm. 143, obs. CRDP Nancy 2.

¹²⁵ Cass. Civ. 3^e, 23 février 1994, Loyers et copr. 1994, n°182 (loi de 1982)

¹²⁶ L'évaluation du montant à restituer peut se révéler problématique lorsque la restitution des clés doit intervenir avant l'arrêté des comptes permettant de fixer définitivement les charges dues par le preneur. Des réponses ministérielles ont précisé que la jurisprudence admet que le bailleur restitue au locataire sortant 75 à 80 % du dépôt de garantie dans le délai de deux mois et ne rembourse le solde dû qu'après la régularisation annuelle des charges, sans intérêt (Rép. min. n° 4514 : JOAN Q, 18 nov. 2002, p. 4297 ; IRC janv. 2003. 29 ; Administrer janv. 2003, p. 119. Dans le même sens, V. Rép. min. n° 5956 : JOAN Q, 24 févr. 2003, p. 1417 ; AJDI 2003, p. 420, obs. ROUQUET ; Rép. min. n° 30815 : JOAN Q, 16 mars 2004, p. 2063 ; AJDI 2004, p. 642, obs. Y. R. ; Rép. min. n° 85014 : JOAN Q, 20 juin 2006, p. 6578 ; Administrer août-sept. 2006, p. 87). Les dispositions de la loi SRU, ayant notamment introduit un article 14-1 dans la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, ne modifient en rien cette pratique.

¹²⁷ Cass. 3^e civ., 15 février 2012, n° 11-13014, D. 2012. Actu., p. 553 ; Dalloz actualité, 23 févr. 2012, obs. ROUQUET ; AJDI 2012, p. 518, note DAMAS ; Loyers et copr. 2012, n° 99, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Rev. loyers 2012. 168, obs. HUMBLOT-CATHELAND ; Dr. et proc. 2012, no 6, suppl. «*Droit des baux immobiliers*», p. 20, obs. SAVAUX ; Ann. loyers 2012. 519, obs. ROZAN-DEBEAURAIN. À rapprocher de : Cass. 3^e civ., 1^{er} février 2011, n° 10-11603, AJDI, juin 2011, p. 448, obs. C. DREVEAU ; Loyers et copr. 2011, n° 103, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Administrer mai 2011, p. 42, obs. CANU.

de devis¹²⁸, mais en aucun cas par des références forfaitaires. Par ailleurs, la jurisprudence a précisé qu'il n'était pas nécessaire que cette justification intervienne dans le délai de deux mois de l'article 22¹²⁹. En cas de litiges sur le devis, le juge est tenu d'évaluer le dommage dont il a constaté l'existence en son principe¹³⁰.

415. - Le délai de restitution du dépôt de garantie est de deux mois maximum, à compter de la remise en main propre, ou par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, des clés au bailleur ou à son mandataire¹³¹. Ce délai est réduit à un mois maximum à compter de la remise des clés lorsque l'état des lieux de sortie est conforme à l'état des lieux d'entrée, déduction faite des sommes restant dues¹³². Dans tous les cas, le preneur devra démontrer l'effectivité de la remise des clés afin de pouvoir reprocher au bailleur le défaut de restitution dans le délai légal. Dans la pratique, les clés sont généralement rendues au bailleur et leur remise, constatée le jour de l'état des lieux de sortie. Toutefois, on ne saurait déduire de l'absence d'état des lieux de sortie que les clés n'ont pas été restituées¹³³. La précision du délai de restitution du dépôt de garantie par les textes est très favorable au preneur puisque ce dernier est assuré d'être remboursé dans un délai bref. Cependant, il importe de préciser que le juge se montre parfois indulgent quant au délai de restitution du dépôt de garantie. Dans une espèce, la Cour de cassation a censuré une cour d'appel ayant débouté de son action en restitution le preneur, le bail prévoyant qu'au préalable les parties devraient faire leurs comptes. Étonnamment, la cassation de la décision d'appel intervient, non pas en considération du délai impératif de restitution de deux mois, mais pour défaut de précision du titre auquel des sommes

¹²⁸ A cet égard, la loi n'impose pas au bailleur de produire des factures justificatives. Ce dernier peut, en effet, préférer ne pas effectuer les réparations. Ou, il peut également décider de les effectuer lui-même. Afin que le juge puisse apprécier la pertinence des sommes retenues sur le dépôt de garantie, il conviendra cependant que le bailleur fournisse des devis. V. à ce propos : Rép. min. n° 77691 : JOAN Q, 29 juin 2010, p. 7402 ; AJDI 2010. 606 ; Rép. min. n° 86462 : JOAN Q, 22 févr. 2011, p. 1836 ; AJDI 2011. 263 ; JCP N 2011. 288.

¹²⁹ Cass. 3^e civ., 8 décembre 2009, AJDI 2010, p. 387, obs. C. DREVEAU, Loyers et copr. 2010, n° 38, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Administrer juin 2010. 46, obs. CANU : « *Aucune disposition légale ne fait obligation au bailleur de justifier dans le délai de deux mois de l'art. 22 des sommes qu'il entend déduire du montant du dépôt de garantie.* »

¹³⁰ Cass. 3^e civ., 28 sept. 2010 : RJDA 2010, n° 1140 ; Loyers et copr. 2010, n° 309, obs. VIAL-PEDROLETTI ; Rev. loyers 2010, p. 429 (censure du jugement ayant refusé la demande d'indemnisation au titre des réparations locatives, au motif que les devis fournis étaient postérieurs de quatre mois au départ du locataire et ne pouvaient être précisément affectés au local loué).

¹³¹ Loi de 1989, art. 22, al. 3 modifié par la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014. La possibilité de la remise des clés sous pli recommandé constitue une nouveauté de la loi de 2014. Avant cette date, le seul point de départ du délai de restitution était la date de restitution des clés par le locataire. V. en ce sens, jurisprudence antérieure à la loi de 2014 : Cass. 3^e civ., 16 juill. 1998 : Administrer juill. 1999, p. 38, obs. CANU. V. aussi, Cass. 3^e civ., 17 mai 2011 : RJDA 2011, n° 684.

¹³² Loi de 1989, art. 22, al. 4.

¹³³ Cass. 3^e civ., 22 janv. 2008 : Loyers et copr. 2008, n° 77, obs. VIAL-PEDROLETTI.

étaient encore dues au bailleur¹³⁴. Ainsi, plus souple quant au délai, la Cour de cassation se montre ici intransigeante quand il s'agit des raisons invoquées en cas de non restitution du dépôt de garantie. Cette tolérance, ponctuelle, ne saurait faire oublier que le bailleur est tenu de faire diligence sous peine d'être sanctionné. En effet, à défaut de remboursement dans le délai prévu, le solde du dépôt de garantie restant dû au locataire, après arrêté des comptes, est majoré de 10% du loyer mensuel en principal, au profit du locataire de bonne foi¹³⁵. Cette indemnité est clairement plus incitative que le taux appliqué antérieurement. En effet, le décret du 7 février 2012¹³⁶ fixait, antérieurement, le taux de l'intérêt légal à 0,71% pour l'année 2012. Le niveau de ce taux, très faible, rendait l'intérêt de cette sanction quasi-nul. En l'augmentant clairement, la réforme de 2014 contribue davantage à la protection des preneurs à la fin du bail¹³⁷.

Il faut préciser, par ailleurs, que le point de départ du délai de restitution peut varier occasionnellement. Par exemple, en raison des règles de gestion particulière des ensembles immobiliers, notamment ceux à loyer modéré, il a été jugé que le délai ne court qu'à compter de l'arrêté des comptes¹³⁸. En outre, le délai légal peut sembler trop court du fait de l'imprévisibilité et de la complexité des sommes restant dues. Ainsi, lorsque le bailleur n'est pas en possession des comptes de copropriété, il lui est difficile de respecter le délai posé à l'article 22. On admet, dans ces circonstances, que les parties puissent opérer un paiement provisionnel et dispenser le bailleur des intérêts de retard sur un éventuel solde débiteur à sa charge¹³⁹. Le bailleur ne sera sanctionné par les tribunaux que s'il retient au-delà du délai une somme qu'il sait devoir restituer. Quoi qu'il en soit, le report de la restitution du dépôt de

¹³⁴ Cass. 3^e civ., 5 février 2003, D. 2003, somm. p. 838, obs. GERARD ; AJDI 2003, p. 414, obs. ROUQUET.

¹³⁵ Loi de 1989, art. 22 al. 7 modifié par la loi du 24 mars 2014. Certaines circonstances exceptionnelles peuvent priver le preneur de cette attribution d'intérêts. C'est notamment le cas lorsque le défaut de restitution résulte de l'absence de transmission par le locataire de l'adresse de son nouveau domicile selon les dispositions de l'alinéa 7 de l'article 22 *in fine*. V. déjà en ce sens : TI Coulommiers, 15 oct. 1991 : Rev. loyers 1993. 43, note crit. GALLET : Jugeant que le refus du locataire de communiquer au bailleur sa nouvelle adresse lui interdit de réclamer des intérêts.

¹³⁶ Décret n°2012-182 du 7 février 2012 fixant le taux d'intérêt légal pour l'année 2012.

¹³⁷ Sans doute faut-il préciser que le Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs n° 4141, discuté au Parlement fin 2011 mais non adopté par la nouvelle majorité, prévoyait déjà que le bailleur devrait verser au locataire « *une somme égale à 10% du loyer mensuel en principal par mois* ».

¹³⁸ TI Boissy-Saint-Léger, 21 juin 1984 : D. 1985. IR p. 291, obs. GIVERDON (loi de 1982).

V. aussi sur la date d'exigibilité des intérêts légaux, compte tenu de la date d'envoi au propriétaire, par le syndic de la copropriété, du compte des charges, Cass. 3^e civ., 18 mars 1992 : Bull. civ. III, n° 93 ; D. 1993. Somm. 175, obs. BIHR ; Administrer oct. 1992. 79, note AUBERT ; Defrénois 1992. 832, obs. VERMELLE (loi de 1986).

¹³⁹ Rép. min. n° 40363 : JOAN Q, 20 mars 2000, p. 1878 ; Administrer mai 2000. 65.

garantie étant préjudiciable pour le solvens, il ne devrait être toléré que dans des cas exceptionnels.

416. - S'agissant du délai de prescription de la demande en restitution, la jurisprudence a considéré que le dépôt de garantie qui n'est pas une créance payable à terme périodique, ne peut être assimilé à un loyer et ne saurait être soumis à la prescription quinquennale de l'article 2277 du Code civil¹⁴⁰. Cependant, l'article 2224 issu de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 dispose que « *Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer* ». Cette prescription s'applique désormais à la demande en restitution du dépôt de garantie. Le droit à la restitution du preneur est ici renforcé dans la mesure où il dispose d'un délai relativement long pour agir.

b. La restitution dans le contrat de services de communications électroniques

417. - Visant notamment à garantir le paiement des factures ou exigé contre la remise d'un objet, la somme versée d'avance dans le contrat de services de communications électroniques a vocation à être restituée au consommateur ou au non-professionnel en cas de respect de ses obligations. Dans la pratique, cependant, cette somme pouvait être conservée par le fournisseur sans la moindre justification et un grand nombre de consommateurs éprouvaient des difficultés à se faire rembourser¹⁴¹. Cet état de fait a donc nécessité une intervention du législateur à travers une loi de 2008¹⁴². Des mesures particulières ont ainsi été adoptées afin d'encadrer le versement et la restitution des sommes versées d'avance et autres dépôts de garantie. Suite à la refonte de la partie législative du Code de la consommation¹⁴³, ces dispositions figurent au nouvel article L. 224-35. Lorsque le versement a été requis à titre de garantie de factures, la restitution de la somme versée d'avance au consommateur doit être effectuée sous dix jours à compter du paiement de la dernière facture, sous réserve des sommes

¹⁴⁰ Jurisprudence antérieure à la loi de 2008 : CA Bourges, 7 juin 2000 : Loyers et copr. 2001, n° 112, obs. VIAL-PEDROLETTI.

¹⁴¹ M. BRUSCHI, *La loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 et l'amélioration de la protection des consommateurs*, RLDA, février 2008, n° 24, p. 51.

¹⁴² Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs entrée en vigueur le 1er juin 2008. Elle est venue compléter la loi n°2004-669 du 9 juillet 2004 sur les communications électroniques.

¹⁴³ Opérée par l'ord. n° 2016-301 du 14 mars 2016.

restant dues au titre d'anciennes factures¹⁴⁴. Le fournisseur de services de communications électroniques est en droit, en effet, de conserver la somme versée d'avance en cas de factures impayées. Dans le cas où la somme avait été versée en garantie de l'utilisation d'un objet (modem, box, antenne), elle doit être restituée dans le même délai (dix jours) à compter de sa restitution¹⁴⁵. Bien évidemment, il ne sera procédé à sa restitution que dans la mesure où le consommateur rend ce matériel au professionnel à la fin du contrat. La détérioration de ce matériel ou la non-restitution conduira très certainement à une conservation en tout ou partie du dépôt de garantie. Les textes n'étant pas explicite sur ce dernier point, il conviendra que les parties s'accordent sur le montant à retenir.

Ces dispositions appellent un certain nombre de remarques. Il convient, en effet, de relever que le législateur opère une distinction entre la « somme versée d'avance » destiné à garantir le paiement des factures et le « dépôt de garantie » visant à assurer la restitution de la chose louée ou prêtée selon les cas. Dans la première hypothèse, le législateur s'est volontairement montré évasif afin d'embrasser toutes les situations auxquelles les consommateurs peuvent se retrouver confrontés. L'utilisation d'une terminologie plus précise aurait sans doute incité les fournisseurs de services de communication à contourner cette obligation de restitution. La seconde hypothèse est relative spécifiquement au cas où le consommateur a remis une somme d'argent pour garantir la restitution d'un bien. Ainsi, si le législateur tolère l'existence de ces versements, il prend soin de bien encadrer leurs restitutions afin d'éviter les abus. Ces mesures ont donc pour objet de renforcer la protection des utilisateurs en leur assurant de recouvrer les fonds versés lors de la conclusion du contrat.

Par ailleurs, la précision du délai et surtout sa durée sont des éléments favorisant la protection du consommateur. En effet, le délai de dix jours imposé au fournisseur de services, débiteur de la restitution de la somme, est très court. Il oblige par conséquent ce dernier à la diligence.

Cette protection résulte non seulement dans la prévision d'un délai de restitution, mais également de la sanction civile. Elle se veut dissuasive. Le nouvel article L. 241-19 prévoit que le non-respect du délai pour le remboursement des sommes versées d'avance ou du dépôt de

¹⁴⁴ C. consom., art. L. 224-35, al. 1 nouv. (ex art. L. 121-84-1, al. 1).

¹⁴⁵ C. consom., art. L. 224-35, al. 2 nouv. (ex. art. L. 121-84-1, al. 2).

garantie conduira à une majoration de plein droit de la moitié du montant dû. Cette mesure est une incitation supplémentaire faite aux fournisseurs de procéder à la restitution rapide de ces entrées payantes. Cette sanction a, de plus, pour but d'assurer l'efficacité de l'obligation de restitution. On peut toutefois s'interroger sur la portée d'une telle mesure tant les sommes en jeu sont modestes. On voit mal en effet le consommateur saisir un juge pour faire exécuter une telle sanction.

418. - Dans les contrats de communications électroniques et de bail d'habitation, la restitution s'effectue dans des conditions optimales lorsqu'elle est régie par la loi. L'intervention législative instaure dans ces cas un traitement uniforme à tous les débiteurs de ces entrées payantes. La situation est toutefois différente dans le gage-espèces et le bail commercial, dans lesquels la restitution est librement régie par la liberté contractuelle.

2. La restitution régie par la liberté contractuelle

419. - Quand la restitution n'est pas régie par les textes, les parties sont libres d'en fixer les modalités. Si cette solution est propice à la pleine expression de la liberté contractuelle, elle peut engendrer des abus et de ce fait, être moins favorable au débiteur. Les exemples du dépôt de garantie dans le bail commercial (a) et du gage-espèces (b) permettront de le vérifier.

a. La restitution du dépôt de garantie dans le bail commercial

420. - À l'inverse du dépôt de garantie dans le bail d'habitation, celui du bail commercial ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques. Le Code civil n'en fait pas mention et une unique disposition figure à ce propos dans le Code de commerce à l'article L. 145-40. Non encadré par les textes, son objet, son montant ainsi que sa restitution sont régis par la liberté contractuelle.

421. - Créancier de l'entrée payante lors de la conclusion du bail, le bailleur devient le débiteur de sa restitution au départ du locataire après déduction des sommes restant dues. Cette obligation pèse sur le bailleur originaire et ce, même en cas de cession du bien loué¹⁴⁶

¹⁴⁶ F. PLANCKEEL, *La transmission du dépôt de garantie avec le bail*, AJDI 2010, p. 861 ; Cass. 3^e civ., 30 janvier 1979, Bull. civ. III, n^o 27 ; Cass. 3^e civ., 18 janvier 1983, Bull. civ. III, n^o 14 ; Cass. 3^e civ., 16 mai 2000, n^o de pourvoi : 98-20458 ; Cass. 3^e civ., 25 février 2004, Bull. civ. III, n^o 37, RL 2004, p. 320, obs. V. CANU, JCP G 2004, IV, n^o1804.

contrairement à la solution adoptée en droit des baux d'habitation¹⁴⁷. Par ailleurs, la clause relative à la transmission du dépôt de garantie au nouveau propriétaire n'est pas opposable au locataire, tiers à l'acte de vente¹⁴⁸. Par suite, il ne peut lui être imposé de réclamer cette somme à l'acquéreur. Si cette solution se justifie pleinement au regard des règles de la délégation¹⁴⁹, elle n'est guère avantageuse pour le débiteur de l'entrée payante pour d'évidentes raisons pratiques¹⁵⁰. Un alignement sur les baux d'habitation n'est, cependant, pas à exclure dans l'avenir¹⁵¹. En outre, lorsque le bien a été cédé, l'acquéreur ne peut demander un nouveau dépôt de garantie au preneur si le vendeur en a conservé un. Cela est compréhensible dans la mesure où le preneur ne saurait être sanctionné par le changement de bailleur. Ayant déjà versé un dépôt de garantie pour le local qu'il occupe, une nouvelle demande en ce sens serait dépourvue de cause.

422. - Du fait du principe de la liberté contractuelle, le preneur, créancier de la restitution du dépôt de garantie doit se montrer particulièrement vigilant lors de la rédaction du bail. Il veillera notamment à ce que la clause relative au dépôt de garantie mentionne clairement la nature des créances garanties (loyer, charges, réparations locatives, remise en état des lieux, indemnité d'occupation etc.)¹⁵². Par ailleurs, les parties peuvent décider d'affecter le dépôt à la garantie de paiement des impositions dont le bailleur est tenu solidairement avec le locataire à l'égard du Trésor public¹⁵³. Elles peuvent également accroître le champ des sommes couvertes par le dépôt de garantie. Par exemple, une clause d'attribution du dépôt de garantie peut être stipulée au profit du bailleur à titre de dommages et intérêts ou en cas de résiliation du contrat aux torts du preneur. Les parties peuvent également convenir que « *toutes les sommes dues au départ du locataire, à quelque titre que ce soit* » pourront être retenues sur le dépôt de garantie¹⁵⁴. La généralité de cette dernière formule peut toutefois être à l'origine de malentendus

¹⁴⁷ Dans le bail d'habitation, en cas de mutation à titre gratuit ou onéreux, la restitution du dépôt de garantie incombe au nouveau bailleur. V. *supra* n° 210.

¹⁴⁸ Cass. 3^e civ., 18 janvier 1983, Bull. III, n° 14.

¹⁴⁹ C. civ., art. 1337 nouv. Parce que le dépôt de garantie est une dette personnelle du bailleur, une cession de dette ne saurait être réalisée sans l'accord du locataire, créancier de la restitution,

¹⁵⁰ On comprend aisément qu'il est plus pratique d'exiger la restitution du dépôt de garantie au nouveau bailleur (avec qui le preneur entretient des contacts réguliers) plutôt qu'à l'ancien.

¹⁵¹ Cette solution est susceptible d'évoluer en raison du changement opéré par la loi de 2009 sur la législation des baux d'habitation. Pour l'heure, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur ce point.

¹⁵² Mémento F. LEFEBVRE, *Baux commerciaux 2009-2010*, n° 36020, p. 362.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Ibid.*

le moment venu de la restitution. À vrai dire, la question de la restitution du dépôt de garantie est particulièrement délicate en matière de bail commercial.

423. - En effet, après avoir convenu du montant du dépôt de garantie, les parties devront s'attacher à fixer les modalités et les conditions de la restitution. Cette grande liberté, propre aux commerçants, peut se révéler désavantageuse pour le locataire dans la mesure où il est en position de faiblesse. Plus précisément, il est dans une situation de besoin, celui de conclure un bail pour exercer son activité commerciale. Il est, de ce fait, enclin à accepter des clauses dont la réelle portée peut lui échapper lors de la conclusion du bail. C'est pour cette raison que le locataire devra prêter une attention toute particulière aux clauses relatives au dépôt de garantie et à sa restitution. Cette vigilance devra être accrue lorsque cette entrée payante est d'un montant élevé. Les parties sont, en effet, libres de fixer le montant du dépôt de garantie. Il faut toutefois préciser que cette libre fixation comporte cependant une salutaire restriction posée par l'article L. 145-40 du Code de commerce. Cet article énonce que les loyers payés d'avance, même à titre de garantie, produisent intérêt au taux de la Banque de France pour les avances sur titre lorsqu'ils sont d'un montant supérieur à deux termes. Ainsi, dans la pratique, cette règle tend à dissuader les bailleurs à réclamer plus de deux termes de loyer. Édifiée pour limiter les abus dans la fixation du montant du dépôt de garantie, la mesure est favorable au débiteur de l'entrée payante. En outre, le preneur a la possibilité de réclamer les intérêts dus par le bailleur dans le délai de prescription de deux ans fixé à l'article L. 145-60¹⁵⁵. Ce délai relativement long constitue un avantage indéniable pour le locataire.

Si les dispositions de l'article L. 145-40 sont, à n'en point douter, profitables au preneur, se pose le problème de la notion de « terme ». En effet, ce vocable peut aussi bien recouvrir un mois, un trimestre et même un semestre de loyer. Dans ces deux derniers cas, le montant du dépôt de garantie peut ainsi se révéler très élevé pour le débiteur de l'entrée payante. Par ce biais également, le bailleur peut tenter de contourner la restriction posée par l'article précité. Par exemple, si le bailleur souhaite un dépôt de garantie de six mois sans payer d'intérêts, il lui suffira de réclamer à son locataire le paiement du loyer par trimestre.

¹⁵⁵ C. com., art. L. 145-60 : « *Toutes les actions exercées en vertu du présent chapitre se prescrivent par deux ans* ». Pour une application : CA Paris, 8 mars 1984 : D. 1984, IR 314.

S'agissant des modalités de la restitution du dépôt de garantie (délai¹⁵⁶, sanction¹⁵⁷), elles doivent être prévues dans le contrat de bail et les parties sont tenues de s'y conformer. Quand les parties s'en sont dispensées, il conviendra de rédiger un acte bilatéral comportant résiliation du contrat réglant le sort du dépôt de garantie versé entre les mains du bailleur¹⁵⁸. Les parties pourront, par exemple, stipuler des pénalités à la charge du bailleur si la restitution tarde à venir. Il convient, en outre, de préciser que l'action en restitution du dépôt de garantie n'est pas soumise au délai biennal¹⁵⁹.

424. - Contrairement au bail d'habitation précédemment traité, le bail commercial est librement régi par les parties, cela peut constituer un désavantage pour le preneur notamment lors de la restitution du dépôt de garantie. Le gage-espèces est pareillement gouverné par la volonté des parties, ce qui peut constituer un risque pour le débiteur de l'entrée payante.

b. La restitution du gage-espèces

425. - Lorsque le constituant a exécuté l'obligation qui lui était impartie, il peut légitimement prétendre à la restitution du gage-espèces¹⁶⁰. Ce principe découle de l'article 2339 du Code civil disposant que « *Le constituant ne peut exiger (...) la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais.* » Ainsi, dès lors que le constituant a satisfait à son obligation, il devient créancier de sa restitution. Concomitamment, le créancier de l'entrée payante devient le débiteur de l'obligation de restitution. Cette restitution est significative du sérieux du débiteur de l'entrée payante. En effet,

¹⁵⁶ La loi ne prévoyant pas de délai de restitution, il revient aux parties de s'accorder sur sa détermination. Il conviendra, bien sûr, de prévoir un délai raisonnable afin de ne pas pénaliser l'un ou l'autre contractant.

¹⁵⁷ Cette sanction peut consister par exemple à l'attribution de dommages et intérêts au preneur. Les parties seront libres, là encore, d'en déterminer le montant. Ce montant doit toutefois être sérieux sous peine de perdre tout son intérêt.

¹⁵⁸ J. P. BLATTER, *Traité des baux commerciaux*, 5^e éd., coll. Référence juridique, Ed. du Moniteur, 2012, p. 162.

¹⁵⁹ CA Paris, 26 février 2004, AJDI 2004, p. 812.

¹⁶⁰ L. AYNÈS et P. CROCQ, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 4^e éd., Defrénois, Lextenso éd., 2009, p. 230 et s., n° 505 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., précis, Dalloz, 2009, p. 564 et s., n° 651 et s. ; M. CABRILLAC, *Les sûretés conventionnelles sur l'argent in Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ, Les activités et les biens de l'entreprise*, GLN Joly Ed., Litec p. 333, et s., S. ALAMOWITCH, *Le gage-espèces*, LPA, 26 août 1994, p. 4 et s. ; S. BROS, *Le gage-espèces*, Droit et patrimoine, 2007, n° 161 ; D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 6 février 2007, Lamy Droit civil, 2007, p.25 et s. ; D. R. MARTIN, *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, Dalloz, 1996, p. 47 ; D. R. MARTIN, *De l'inscription en compte d'actifs scripturaux*, Dalloz 1998, p. 15 ; D. R. MARTIN, *De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi)*, RD bancaire et fin. 2006, p. 43 ; D. R. MARTIN, *Du gage-espèces*, D. 2007, p. 2556 et s. ; G. CUNIBERTI, *Le gage-espèces (De l'accession en matière monétaire)*, LPA, 5 novembre 1999, p. 4 et s.

la remise des espèces entre ses mains démontre que les engagements ont été tenus. Elle est, en quelque part, la récompense du sérieux du débiteur de l'entrée payante dans l'exécution de sa prestation¹⁶¹.

426. - Les modalités de la restitution du gage-espèces découlent généralement des stipulations contractuelles. L'intervention législative dans ce domaine est en effet minime, et les dispositions légales, lorsqu'elles existent, sont supplétives de la volonté des parties. Il importe de préciser, par ailleurs, que ces dispositions sont favorables au constituant, débiteur de l'entrée payante, à l'instar des articles 2341 et 2343 du Code civil mentionnés ci-après. Nécessairement, les modalités de la restitution diffèrent selon que l'on se trouve en présence de monnaie fiduciaire ou de monnaie scripturale. La spécificité du gage-espèces tenant à la nature particulière de l'assiette de la garantie appelle ainsi quelques remarques. Il convient tout d'abord d'opérer une distinction entre les sommes dont la propriété n'a pas été transférée et les espèces ayant fait l'objet d'une appropriation par le créancier gagiste.

Les parties peuvent, en premier lieu, décider que le transfert de propriété de l'objet du gage ne s'opérera pas en faveur du créancier gagiste. Dans ce cas, les espèces versées en gage sont identifiées et font l'objet d'une claire dissociation. Dès lors, le créancier gagiste sera tenu de restituer la somme sous sa forme initiale. Ainsi, la propriété n'est pas transférée grâce à l'identification des espèces et ce, en dépit de leur nature consomptible et fongible. Cette hypothèse est clairement évoquée dans l'article 2341 du Code civil issu de l'ordonnance de 2006. Le texte dispose, dans son premier alinéa, que le créancier gagiste doit tenir les espèces versées en garantie séparées des siennes propres. Cette règle est nouvelle. Pendant longtemps, la jurisprudence¹⁶² et la doctrine ont admis que la nature fongible et consomptible de l'argent avait pour conséquence de rendre le créancier propriétaire des fonds versés en garantie à charge de restitution. Afin d'exprimer cette spécificité, des auteurs ont eu recours à l'expression « gage

¹⁶¹ V. le second chapitre du premier titre de notre première partie.

¹⁶² Req. 7 et 8 février 1928, D.H. 1928, p.129 : « ...toute somme d'argent, ou toute quantité de choses fongibles reçues à un titre quelconque se confond, dès lors qu'elle ne peut plus être identifiée, avec les autres valeurs composant son patrimoine de celui qui la reçoit et devient, comme ces valeurs, le gage commun de ses créanciers » ; Cass. com., 17 mai 1994, Bull. civ., IV, n°178, p. 142 ; D. 1995, p. 124, note Ch. LARROUMET : « Les sommes déposées à titre de garantie (...) sont devenues, en raison de leur nature fongible la propriété (du créancier) à l'égard de qui (le débiteur) ne disposait plus que d'un droit de créance » ; Cass. com., 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n°165 ; D. 1998, p.61, note FRANCOIS, *ibid.* Somm. p.104, obs. S. PIEDELIÈVRE ; JCP 1997. II. 22891, rapp. REMERY.

irrégulier » par analogie avec le dépôt irrégulier, ou de quasi-gage par analogie avec le quasi-usufruit¹⁶³.

Désormais, le créancier gagiste doit restituer les sommes qu'il a préalablement tenu séparées des choses fongibles de même nature lui appartenant. Une fois son obligation exécutée, le constituant récupérera l'entrée payante que le créancier avait pris soin d'isoler dans une enveloppe, un coffre-fort, etc. Cette mesure présente un intérêt certain car la dissociation des sommes contribue à la sécurité de la mise en gage et à l'effectivité de la restitution de l'entrée payante. Les risques d'un défaut de restitution sont minorés puisque le créancier ne s'est pas approprié l'objet du gage.

427. - L'application de l'article 2341 est cependant facultative. De fait, les parties disposent en effet, en second lieu, d'une alternative. Si l'alinéa 1^{er} de l'article 2341 prescrit la dissociation des espèces mises en gage et de la monnaie appartenant au créancier gagiste, l'alinéa 2 prévoit que les parties peuvent déroger à ce principe dans leur convention. En application de ces dispositions, ces dernières peuvent, en effet, convenir que le transfert de propriété des espèces mises en gage sera effectué au bénéfice du créancier gagiste à charge de restitution. Les raisons de cette appropriation tiennent principalement au caractère consommable et fongible de la monnaie fiduciaire. L'identification et l'isolation des sommes ne sont plus nécessaires puisque les espèces versées se confondent au patrimoine du créancier de l'entrée payante. Le terme « remboursement » semble d'ailleurs plus approprié que celui de « restitution » du fait du transfert de propriété opéré. De fait, les espèces devenues la propriété du créancier de l'entrée payante ont intégré ses fonds propres. À la fin du contrat, redevable de la restitution du gage-espèces, il devra amputer son patrimoine d'une somme correspondant à celle versée en gage. Il restituera au constituant une somme équivalente à celle versée indifféremment de sa forme. Sur le plan strictement pécuniaire, le résultat est le même pour ce dernier que si les fonds déposés en gage avaient été dissociés de ceux du créancier. La restitution sera cependant moins aisée du fait de l'appropriation de la somme par le créancier de l'entrée payante. Ce sera notamment le cas lorsque le débiteur éprouve des difficultés financières ou pire lorsqu'il connaît une liquidation judiciaire.

¹⁶³ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PÉTEL, *Droit des sûretés*, 9^e éd., LexisNexis Litec, 2010, n° 787, p. 592.

428. - S'agissant de la monnaie scripturale¹⁶⁴, les parties peuvent de même convenir que la propriété de l'objet du gage sera transférée au créancier gagiste. Les possibilités sont multiples. Si les espèces prennent la forme d'un chèque, le créancier gagiste l'encaissera. Il peut aussi s'agir d'un virement bancaire sur le compte du créancier gagiste, ou le constituant peut inscrire la somme sur un compte bancaire ouvert au nom du créancier (avec la possibilité pour ce dernier d'utiliser les sommes si la convention l'y autorise). En cas de dissociation entre les espèces gagées et celles du créancier, les parties peuvent aussi décider de bloquer la somme sur un compte au nom du constituant ou sur un compte bancaire ouvert au nom du créancier sans possibilité d'employer les fonds placés.

La restitution de la monnaie scripturale dépendra des modalités de la constitution de la sûreté et s'opérera selon les stipulations contractuelles. En cas de remise d'un chèque, le créancier remboursera le constituant s'il l'avait encaissé. Si la monnaie était inscrite sur un compte bloqué au nom du constituant, ce dernier pourra alors disposer de ses fonds. En revanche, si la monnaie était inscrite sur un compte ouvert au nom du créancier, ce dernier sera tenu de la restituer au constituant. Parce que la restitution des espèces est régie par la liberté contractuelle, le débiteur de l'entrée payante veillera à ce que ses modalités ne lui soient pas défavorables (délai raisonnable pour la restitution par exemple).

429. - Généralement, le montant à restituer correspond à celui versé lors de la constitution du gage. Cependant, le créancier gagiste peut, en sus de la restitution de cette somme, être redevable du remboursement des dépenses utiles ou nécessaires faites pour la conservation du gage en application de l'article 2343. Cette disposition à l'avantage du débiteur de l'entrée payante se comprend parfaitement au regard des impératifs d'équilibre et de justice contractuels. Par ailleurs, des dommages et intérêts peuvent être versés si le créancier n'a pu remplir son obligation de conservation. On peut imaginer que les espèces versées en gage ont été volées suite à une négligence du créancier gagiste ou que celui-ci ait utilisé tout ou partie des sommes en contradiction avec les stipulations contractuelles.

¹⁶⁴ J.-L. RIVES-LANGE, *La monnaie scripturale, contribution à une étude juridique* in *Études de droit commercial à la mémoire d'Henry CABRILLAC*, LGDJ, 1968, p. 403 ; F. GRUA, *Le dépôt de monnaie en banque*, D. 1998, p. 259.

430. - Le constituant ne peut, en revanche, prétendre à la restitution du gage-espèces s'il n'a pas exécuté la prestation convenue. Dans ce cas, la nature spécifique de la garantie autorise le créancier à se dispenser d'une action en justice aux fins de l'attribution des espèces gagées¹⁶⁵. Ainsi, le créancier gagiste n'est plus redevable de son obligation de restitution en cas de compensation légale entre sa créance certaine, liquide et exigible et la créance de restitution du débiteur sur les sommes d'argent séquestrée¹⁶⁶. Pour cette raison, ce mécanisme présente un avantage indéniable en faveur du créancier gagiste. L'appropriation est immédiate et sans autres formalités. De plus, ce statut privilégié est particulièrement patent lorsque le débiteur de l'entrée payante fait l'objet d'une procédure collective. Le cas échéant, une compensation s'opérera entre la dette de restitution et la créance garantie du fait de la connexité de ces obligations¹⁶⁷ et ce, au détriment des autres créanciers venant en concurrence.

Ce qui est un avantage pour le créancier gagiste l'est cependant moins pour le constituant, créancier de la restitution. Ce dernier peut se retrouver, en effet, confronté au refus du créancier gagiste de lui restituer l'entrée payante. Quand ce refus résulte de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du constituant, l'exception à la restitution est parfaitement légitime et justifiée et il n'est point question de préjudice pour ce dernier. En revanche, en cas d'appropriation frauduleuse ou abusive de l'objet de gage, se pose le problème du recouvrement de ces fonds par le constituant ainsi que celui de la concordance entre le préjudice subi et la somme retenue¹⁶⁸.

¹⁶⁵ Les articles 2346 et 2347 du Code civil offrent la possibilité au créancier de faire ordonner en justice la vente ou l'attribution du bien meuble gagé. L'attribution du bien gagé au créancier gagiste peut également découler de la volonté contractuelle en application de l'article 2348.

¹⁶⁶ Ayant relevé qu'une banque ne pouvait utiliser la somme gagée sans ordre de la société constituante, titulaire du compte à terme rémunéré, qu'en justifiant que la garantie constituée lui était acquise, après la défaillance de la société débitrice dans l'exécution de ses obligations et qu'elle avait opéré le transfert des fonds sur l'ordre inopérant d'un dirigeant d'une société actionnaire de la société débitrice, faisant ainsi ressortir que la banque ne se prévalait pas d'une créance certaine, liquide et exigible à la date à laquelle elle avait mis en jeu la sûreté, une cour d'appel a condamné à bon droit cette dernière à restituer le montant du gage litigieux (Cass. com., 4 février 2003, n° 203 F-D, BNP Paribas c/ Me X ès qualités de commissaire à l'exécution du plan de la société Gautier Languereau.)

¹⁶⁷ Cass. com., 17 mai 1994, Bull. civ., IV, n°178, p. 142 ; Cass. com., 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n°165.

¹⁶⁸ Cass. com., 6 février 2007, n° 05-16649. Dans cette espèce, les constituants contestaient les conditions de la compensation.

B. La restitution, symptomatique d'un contrat avorté

431. - L'anéantissement du contrat conduit à la restitution de l'entrée payante. Les raisons de cette annulation sont objectives ou imputables aux cocontractants.

L'anéantissement du contrat peut résulter de la perte du bien, objet de la convention, ce qui a pour conséquence la restitution des sommes préalablement versées. Ainsi la destruction de la chose sur laquelle avait été effectuée une avance sur le prix entraîne, de fait ; la restitution de la somme versée.

L'entrée payante sera également restituée suite à la défaillance d'une condition suspensive. L'hypothèse la plus couramment rencontrée est celle du défaut de la réalisation de la condition suspensive d'obtention d'un prêt. Le cas échéant, la loi prévoit expressément que l'acquéreur sera remboursé des sommes versées d'avance¹⁶⁹. Cette mesure protectrice permet de ne pas pénaliser l'acquéreur qui n'a pas obtenu le prêt assurant le financement de la construction.

L'anéantissement du contrat et partant, la restitution de l'entrée payante peuvent trouver son origine dans la volonté des parties. Ces dernières peuvent décider d'un commun accord de ne pas exécuter leurs engagements, auquel cas les sommes versées d'avance seront restituées. Mais la volonté de ne pas poursuivre la relation contractuelle peut être aussi unilatérale et dans certaines circonstances entraîner la restitution de l'entrée payante.

432. - En matière de promesse de vente, la rétractation du bénéficiaire non professionnel, candidat à l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation emporte la restitution de l'indemnité d'immobilisation en application des articles L. 271-2 du Code de la construction et de l'habitation et L. 442-8, al. 2 du Code de l'urbanisme¹⁷⁰. Ces mesures légales contribuent à la protection des bénéficiaires en leur aménageant un droit de réflexion, fondamental au regard de l'importance de l'opération pour ces derniers.

¹⁶⁹ C. Consumm., art. L. 313-41, al. 2 nouv. : « Lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit. »

¹⁷⁰ V., par exemple, à ce sujet les développements de F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Précis, Dalloz, 2015, n° 49 et s., p. 54 et s. et n° 63, p. 71.

433. - L'indemnité d'immobilisation est également restituée quand le refus de lever l'option est imputable au promettant¹⁷¹ ou à un tiers. Ces solutions légales et jurisprudentielles favorisent une fois encore le bénéficiaire et répondent également aux objectifs de justice et d'équilibre dans les conventions. Rappelons, à ce propos, que la rétractation du promettant emportait anciennement restitution de l'indemnité d'immobilisation car l'on considérait que toute rencontre de volonté était exclue dans le cas d'une levée d'option postérieure à la rétractation du promettant¹⁷². Cette situation n'a plus lieu d'être depuis la réforme de 2016 car la révocation de la promesse n'est plus un obstacle à la formation du contrat¹⁷³.

434. - S'agissant du dépôt de garantie du contrat de réservation, la loi prévoit trois cas de restitution¹⁷⁴. En premier lieu, il sera restitué au déposant si le contrat n'est pas conclu à cause du vendeur. C'est le cas, par exemple, si le réservant décide de ne pas entamer les travaux, faute de réservations suffisantes. Cette hypothèse est loin d'être exceptionnelle car « *le réservant ne s'engage pas à vendre mais seulement à réserver un immeuble qui sera peut-être édifié.* »¹⁷⁵ Cela peut sembler regrettable pour le réservataire mais ce dernier, en contractant, assume cette éventualité.

En second lieu, le dépôt de garantie sera restitué à l'acquéreur si la condition suspensive d'obtention de prêt n'est pas réalisée.

¹⁷¹ CA Grenoble, 19 décembre 1989, Juris-data, n°047140 (le promettant est condamné à restituer le montant de l'indemnité s'il n'a pas réalisé les travaux prévus) ; Cass. 3^e civ., 15 juin 1982, Defrénois 1982, p. 1631, obs. VERMELLE (Cas dans lequel le bénéficiaire renonce à acquérir suite à la découverte d'inscriptions hypothécaires non radiées) ; Cass. 3^e civ., 28 janvier 1987, Bull. civ. III, n° 13 (découverte de vices cachés). Dans le même sens, CA Paris, 22 novembre 2001 Cts Appert c/ Primault, D. 2002, p. 46 (*La pérennité de la construction et le bon état d'habitabilité d'une maison d'habitation constituent des qualités substantielles de la chose, objet d'une promesse de vente. C'est à bon droit que les juges du fond ont déclaré nulle la promesse de vente et ordonné la restitution de l'indemnité d'immobilisation*). V. aussi Cass. 3^e civ., 1er juillet 1998, Bull. civ. III, n° 155 ; RDI 1998, p. 656 obs. GROSLIERE ; D. 1999, Somm. 13, obs. PAISANT ; JCP, éd. E. 1999, 171 obs. VIALLA (*Le vendeur doit informer l'acquéreur de l'existence d'une servitude « EDF, cassation de l'arrêt qui considère que l'indemnité d'immobilisation reste acquise au promettant*) ; Cass. 3^e civ., 23 avril 1992, Bull. civ., III, n°134 (renonciation du bénéficiaire car le promettant ne justifiait pas de l'assurance-dommage).

¹⁷² Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, Bull. civ., III, n° 174 ; D. 1994, p. 507 note BENAC-SCHMIDT, D. 1994, Somm. p. 230, obs. TOURNAFOND ; D. 1995, Somm. p. 87 obs. AYNÈS ; JCP 1995. II. 22366, note D. MAZEAUD ; Defrénois 1994, p. 795, obs. DELEBECQUE.

¹⁷³ C. civ., art. 1124, al. 2 nouv. : « *La révocation de la promesse pendant le temps laissé au bénéficiaire pour opter n'empêche pas la formation du contrat promis.* »

¹⁷⁴ CCH, art. L. 261-15, al. 4.

¹⁷⁵ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, coll. Hypercours, 6^e éd., Dalloz, 2015, n° 144, p. 148.

Enfin, la restitution du dépôt sera effectuée si le contrat envisagé montre une différence anormale au regard des prévisions du contrat préliminaire¹⁷⁶. Dans ce cas, la méconnaissance des obligations du réservant l'oblige à la restitution du dépôt de garantie et à l'octroi de dommages et intérêts au profit du réservataire. Dans tous les cas, la restitution doit être opérée dans un délai de trois mois en application du quatrième alinéa de l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation.

435. - À travers ces diverses illustrations, il nous est donné de constater que des textes aménagent quelques possibilités de recouvrer l'entrée payante, ce qui est clairement à l'avantage du débiteur. Parfois fruit de la loi, elle permet à ce dernier de récupérer ses fonds suite à une rétractation ou à la défaillance d'une condition suspensive. La restitution peut également découler de l'anéantissement de la convention voulue par les deux parties. Il demeure toutefois que l'entrée payante, à défaut d'être restituée, est fréquemment imputée.

II. L'imputation des sommes versées sur le prix final

436. L'imputation de l'entrée payante sur le prix de l'obligation principal est, somme toute, assez classique dans le domaine des entrées payantes « engagement ». Après avoir évoqué brièvement le principe de l'imputation (A), on s'attardera sur sa mise en œuvre (B).

A. Principe

437. - La restitution de l'entrée payante est déjà en soi avantageux pour le débiteur. En comparaison, le mécanisme de l'imputation présente encore plus d'intérêt pour ce dernier. L'imputation¹⁷⁷, dérivée du verbe imputer, du latin imputare (porter au compte), est définie

¹⁷⁶ CCH, art. L. 261-15 et R. 261-31. CCH, art. L. 261-15 : « La vente prévue à l'article L. 261-10 peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble. // Ce contrat doit comporter les indications essentielles relatives à la consistance de l'immeuble, à la qualité de la construction et aux délais d'exécution des travaux ainsi qu'à la consistance, à la situation et au prix du local réservé. // Les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente. // Ils sont restitués, dans le délai de trois mois, au déposant si le contrat n'est pas conclu du fait du vendeur, si la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 du code de la consommation n'est pas réalisée ou si le contrat proposé fait apparaître une différence anormale par rapport aux prévisions du contrat préliminaire. // Est nulle toute autre promesse d'achat ou de vente. »

¹⁷⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique de l'association Henri CAPITANT*, 10^e éd., PUF/ Quadrige, 2014, p. 526, v^o Imputation.

comme une « *opération de calcul comparable à une soustraction consistant à appliquer une valeur (...) sur une autre valeur (...) en vue de déduire la première de la seconde, afin de faire apparaître, s'il existe, l'excédent à remettre* ».

438. - Appliquée aux entrées payantes, l'imputation amène à déduire leur montant du prix total de l'obligation principale du solvens. Dans ce cas précisément, il n'y a pas de sommes à remettre au solvens puisque le versement préalable ne constitue qu'une fraction, souvent minime, du prix global. Le prix total est, de fait, l'addition de l'entrée payante et du reliquat versé ultérieurement par le solvens au créancier.

439. - Le procédé de l'imputation intéresse les entrées payantes qui sont une avance sur le prix tels l'acompte, les arrhes, l'indemnité d'immobilisation, et le dépôt de garantie dans le contrat de réservation de la vente d'immeuble à construire. Dans certaines hypothèses, par exemple pour l'acompte, l'imputation est supposée systématique. Par le versement de l'acompte, le *solvens* manifeste, en effet, sa volonté irrévocable de contracter. Il est tenu, en conséquence, de conclure le contrat de vente ou de prestation de services car son engagement est ferme et définitif. Pour ce qui est des autres entrées payantes, l'imputation interviendra suite à un choix du solvens. Plus précisément, l'entrée payante sera imputée sur le prix final si ce dernier entend poursuivre la relation contractuelle. Dans le cas contraire, il devra se résoudre à abandonner définitivement l'entrée payante entre les mains du créancier. C'est ainsi le cas des arrhes, de l'indemnité d'immobilisation et du dépôt de garantie dans le contrat de réservation de la vente d'immeuble à construire.

L'imputation, lorsqu'elle est appliquée, constitue le mécanisme le plus favorable pour le débiteur. Dans ce cas, en effet, le débiteur n'a pas à mobiliser des fonds spécifiques pour le paiement de l'entrée payante. La somme versée à ce titre vient en déduction du prix global. L'entrée payante n'est ainsi qu'une fraction du prix de l'obligation principale. Son montant est compris dans le prix de cette obligation. Partant, l'entrée payante peut être regardée comme l'exécution anticipée et partielle de l'obligation principale. Par conséquent, sa stipulation n'a pas pour effet d'entraîner un sacrifice financier pour le *solvens*, elle ne vient pas majorer le coût global de l'opération. A contrario, les entrées restituables impliquent une mobilisation de fonds plus importante car le débiteur supporte à la fois le coût de l'entrée payante et celui de l'obligation principale. De plus, la somme consacrée au paiement de cette entrée ne pourra pas être consacrée à un autre usage puisque sa restitution n'intervient qu'à la fin du contrat.

B. La mise en œuvre de l'imputation

440. - Les avantages du mécanisme de l'imputation pour le débiteur sont incontestables. Seront successivement abordés en guise d'illustration la mise en œuvre de l'imputation des arrhes et de l'acompte (1), de l'indemnité d'immobilisation (2) et du dépôt de garantie dans le contrat de réservation (3).

1. Les arrhes et l'acompte

441. - L'imputation des arrhes sur le prix global est effectuée dès lors que les parties souhaitent poursuivre le contrat. L'on ne saurait occulter effectivement, que la stipulation d'arrhes autorise les parties à se dédire de leurs engagements¹⁷⁸. Autrement dit, elles « *permettent (...) le repentir pénitentiel* »¹⁷⁹. Si la faculté de dédit n'est pas exercée par l'une ou l'autre partie, les arrhes seront imputées sur le montant global du prix de l'opération à la manière d'un acompte. Le débiteur sera donc tenu de verser la différence entre le montant des arrhes et celui du prix total. Parallèlement, le créancier devra en contrepartie exécuter son engagement suivant les stipulations contractuelles. De même, le second versement s'effectuera selon les modalités prévues au contrat. Toutefois, le délai dans lequel la vente doit être réalisée ou la prestation effectuée doit être relativement bref. Le nouvel article L. 214-2 du Code de la consommation dispose, en effet, que la somme versée d'avance est productive d'intérêts à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement, et ce jusqu'à la réalisation ou l'exécution de la prestation, ou la restitution de ces sommes¹⁸⁰.

¹⁷⁸ Sur la notion de dédit, v. pour illustration : Cass. 1^{re} civ., 17 novembre 1993, Bull. civ., I, n° 337 ; D. 1994, Somm. 233, obs. PAISANT ; Cass. 1^{re} civ., 18 mars 1997, D. 1997, IR, 120 ; Cass. 1^{re} civ., 6 octobre 1965, Bull. civ., I, n° 516.

¹⁷⁹ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil, Les obligations*, 7^e éd., Defrénois, Lextenso éd., 2015, n° 1080.

¹⁸⁰ C. consom., art. L. 214-2 : « *Lorsque le contrat de vente porte sur un bien mobilier, toute somme versée d'avance sur le prix, quels que soient la nature de ce versement et le nom qui est donné dans l'acte, est productive, au taux légal en matière civile, d'intérêts qui commencent à courir à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à la livraison, sans préjudice de l'obligation de livrer, qui reste entière. // Lorsque le contrat porte sur une prestation de services, les sommes versées d'avance portent intérêt au taux légal à l'expiration d'un délai de trois mois à compter du versement jusqu'à l'exécution de la prestation, sans préjudice de l'obligation d'exécuter la prestation. // Les intérêts sont déduits du solde à verser au moment de la livraison du bien mobilier ou de l'exécution de la prestation de services. »*

Ces dispositions protectrices des consommateurs invitent leurs cocontractants à la célérité. Au-delà de trois mois à compter du versement de la somme payée d'avance, l'exécution tardive de ses prestations par le vendeur ou le prestataire sera ainsi sanctionnée par l'octroi d'intérêts au profit du consommateur. Par ailleurs, notons que le texte précité impose que les intérêts soient déduits du solde à verser au moment de la réalisation ou ajoutés aux sommes versées d'avance en cas de restitution. L'obligation de déduire les intérêts du solde est clairement à l'avantage du consommateur puisqu'il n'a pas à craindre que son cocontractant tente d'échapper à cette sanction en promettant une attribution différée de ces intérêts. Cet ensemble de mesure a été indubitablement adopté pour préserver les intérêts du débiteur, partie présumée faible dans le contrat.

2. Le dépôt de garantie dans le contrat de réservation

442. - En application de l'alinéa 3 de l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation, « *Les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente.* » Ces sommes sont déposées sur un compte spécial au nom du réservataire¹⁸¹ sans que le réservant puisse y toucher¹⁸². C'est « *une garantie de paiement au cas où le contrat préliminaire se transformerait en vente.*¹⁸³ »

Ainsi, la mise à disposition du dépôt de garantie en faveur du réservant intervient nécessairement lors ou après la conclusion du contrat de vente¹⁸⁴. Pour rappel, le montant du dépôt de garantie ne peut dépasser 2 ou 5% du prix prévisionnel suivant la durée de réservation

¹⁸¹ C.CH., art. R. 261-29.

¹⁸² C'est là, l'une des particularités du dépôt de garantie. Le recours à un tiers (banque ou un établissement spécialement habilité à cet effet, notaire) permet de sécuriser particulièrement le dépôt des fonds. À noter que dans le cas rarissime d'une faillite bancaire, le système de garantie des dépôts bancaires permet de dédommager les déposants à hauteur de 100 000 euros par déposante et par établissement et ce, quel que soit le nombre de comptes possédés. Par ailleurs, si les parties décident de faire appel à un notaire plutôt qu'à une banque, la sécurité du dépôt de garantie est également assurée. L'utilisation des fonds consignés par ces derniers peut être lourde de conséquences car ils sont passibles d'une importante amende (1 000 000 €) et d'une lourde peine d'emprisonnement (10 ans) en application de l'article 432-15 du Code pénal.

¹⁸³ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, Lextenso éd., 2014, n° 141, p. 89.

¹⁸⁴ Il est formellement interdit au dépositaire de remettre les sommes au réservant dès lors que la vente n'est pas conclue (Cass. com. 14 nov. 1975, JCP 1976. II. 18338, note P.M.). De plus, le réservant ne peut pas percevoir le dépôt de garantie et ce, à quelque titre que ce soit (par ex., de prêt), sous peine des sanctions pénales de l'article L. 261-17 (délit d'acceptation de versements anticipés) (CA Paris, 30 juin 1989, RD imm. 1989, p. 473, obs. J.-C. GROSLIÈRE et C. SAINT-ALARY-HOUIN ; Cass. crim. 7 mars 1973, D. 1973, p. 736, note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; Cass. 3^e civ. 18 novembre 1992, RD imm. 1993, p. 89, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN). Par ailleurs, il n'est pas en droit de conserver les chèques par-devers lui sans les encaisser (Cass. 3^e civ. 22 février 1995, précité).

inférieure à un ou deux ans. Le réservataire est tenu de se prononcer durant ce délai. S'il souhaite conclure la vente, le dépôt de garantie sera imputé sur le prix de vente. Généralement, cette somme sera imputée sur le premier versement du prix lors de la signature de l'acte authentique de vente. Si le réservataire renonce à la vente, le réservant conservera le dépôt de garantie toutes les fois où le réservataire n'est pas autorisé à en réclamer la restitution¹⁸⁵.

3. L'indemnité d'immobilisation

443. - L'imputation de l'indemnité d'immobilisation sur le prix de l'immeuble est subordonnée à la levée de l'option par le bénéficiaire de la promesse. Ce dernier bénéficie, en effet, d'un choix lui permettant de poursuivre ou de renoncer à la vente. Si l'on peut déduire du silence du bénéficiaire qu'il ne souhaite pas acquérir le bien, la levée de l'option suppose en revanche une manifestation expresse de volonté. En outre, l'option doit être nécessairement levée durant la durée pour laquelle elle a été consentie. Une fois ce délai écoulé, elle devient caduque. Le bénéficiaire ne peut plus, dès lors, solliciter la réalisation de la vente et ne peut prétendre à la restitution de l'indemnité d'immobilisation.

Acte unilatéral du bénéficiaire, la levée de l'option manifeste sa volonté d'acquérir et permet la formation de la vente : « *Il transforme la promesse unilatérale de vente en contrat définitif, et par la même occasion, l'indemnité d'immobilisation en acompte à valoir sur le prix si le contrat le stipule.* »¹⁸⁶ Ainsi, le montant de l'indemnité d'immobilisation s'imputera à due concurrence sur le prix total de l'immeuble dont la propriété va être transférée au bénéficiaire. Il faut, en effet, rappeler que le promettant s'était déjà engagé à vendre, seul manquait pour que la vente soit parfaite le consentement de l'acquéreur. L'exercice de l'option par le bénéficiaire rend alors possible la rencontre des volontés des parties. C'est pour cette raison d'ailleurs que la formation de la vente ne rétroagit pas au jour de la promesse, et que sera prise en compte la date de la levée de l'option. Par conséquent, la vente est considérée conclue sans rétroactivité à cette date et l'acquéreur devient le propriétaire de la chose sauf stipulations différant le transfert de propriété. Sur ce dernier point, les parties ont pu décider que le transfert de propriété s'opérerait suite au paiement du solde du prix, ou après la rédaction d'un acte authentique. Le

¹⁸⁵ CCH, art. L. 261-15, al. 4 précité. V. nos développements *supra* n° 263.

¹⁸⁶ De BISSY A., *L'indemnité d'immobilisation*, RDI 2000, n° 38, p. 287 et s.

transfert de propriété peut être également retardé du fait d'une clause de réserve de propriété, ou parce que la promesse porte sur des choses de genre¹⁸⁷.

L'imputation de l'indemnité d'immobilisation dépendra ainsi de la volonté de contracter du bénéficiaire et du respect par ce dernier des conditions de forme de la levée de l'option. L'imputation interviendra automatiquement à la date de la levée de l'option. Puis, les parties devront procéder à la signature de l'acte de vente définitif. Si la promesse ne fixe pas de délai, le promettant peut mettre en demeure le bénéficiaire de se prononcer dans un délai raisonnable.

444. - L'imputation de l'indemnité d'immobilisation sur le prix de vente de l'immeuble est indubitablement l'hypothèse la plus avantageuse pour le bénéficiaire de la promesse. Cette entrée payante est ici assimilable à un acompte. Le débiteur sera en effet tenu de verser le reliquat résultant de la déduction de l'entrée payante du prix de vente de l'immeuble. En cas de levée de l'option, le débiteur de l'entrée payante ne subit aucune perte. Il ne tirera que des avantages de cette opération¹⁸⁸. Il bénéficie dans un premier temps de l'exclusivité de la réservation d'un immeuble donné, ce qui aurait été impossible en l'absence du contrat de promesse de vente. Ensuite, en levant l'option, il acquiert la propriété du bien par la rencontre des volontés des parties (sauf stipulations contraires). La levée de l'option et sa conséquence immédiate, à savoir l'imputation de l'entrée payante sur le prix de la vente, sont ainsi très favorables au débiteur.

Conclusion du chapitre

445. - Au vu des développements précédents, il appert que l'entrée payante « engagement » quoique constitutive d'une atteinte légère au libre accès au contrat se justifie au regard de sa contrepartie. Son sort, par ailleurs, en fait un versement en réalité peu préjudiciable pour le solvens. Il nous a été donné de constater, en effet, que son existence ne majore généralement pas l'obligation principale. Ainsi, les critiques formulées à l'encontre de l'entrée payante « engagement » paraissent finalement moins pertinentes. Observées à l'aune

¹⁸⁷ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, Lextenso éd., 2014, n° 119, p. 76.

¹⁸⁸ Contra : La non levée de l'option se traduit par la perte définitive de l'indemnité d'immobilisation.

des éléments sus-évoqués, les entrées payantes sont par conséquent admissibles. La même observation ne saurait cependant être formulée à propos des entrées payantes « supplément ».

CHAPITRE 2 - VALIDITÉ CONTROVERSÉE DES ENTRÉES PAYANTES « SUPPLÉMENT »

446. - Il semble déjà intolérable de payer pour contracter, il l'est davantage lorsque la contrepartie du versement est discutable. L'exigence de paiement à l'orée du contrat devrait, en effet, être exceptionnelle et dûment justifiée. De l'étude précédente des entrées « engagement », nous avons pu tirer le constat qu'en dépit du fait qu'elles constituent une atteinte au libre accès au contrat, ces entrées étaient admissibles eu égard à leurs contreparties et à leurs sorts. En comparaison, la stipulation des entrées payantes « supplément » est beaucoup plus critiquable. Imposées à l'un des contractants, d'un montant très variable et conservées à titre définitif par le créancier, elles représentent un indéniable sacrifice financier pour le débiteur. En cela, envisagées globalement, les entrées « supplément » sont une expression critiquable de la liberté contractuelle (section 1). Aussi, leur validité devrait être subordonnée à l'existence de certains critères qu'il conviendra d'évoquer (section 2).

SECTION 1 - L'ENTRÉE PAYANTE SUPPLÉMENT, EXPRESSION CRITIQUABLE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE

447. - Le simple fait de payer pour contracter est antinomique avec le principe de la liberté contractuelle. L'atteinte est encore aggravée quand l'entrée payante est conservée à titre définitif par le créancier. Le régime spécifique des entrées « supplément » conduit ainsi à accroître l'atteinte portée au libre accès au contrat (§1). De même, l'égal accès au contrat n'est pas assuré au débiteur (§2).

§1. Le régime des entrées « supplément » vecteur d'une atteinte aggravée au libre accès au contrat

448. - Parce qu'il faut payer pour contracter, l'entrée « supplément » comme l'entrée « engagement » constituent des atteintes au libre accès au contrat. Cependant, l'entrée « supplément » se distingue en ce qu'elle est toujours conservée par le créancier. Autrement dit, dans le cas de l'entrée « supplément », l'accès payant conduit à la perte inéluctable des fonds versés (I). Par ailleurs, quand le versement repose sur une contrepartie équitable, l'atteinte, quoique avérée, est tolérable. Dans le cas contraire, l'atteinte à la liberté contractuelle est amplifiée et, en conséquence, inadmissible (II).

I. Un accès payant conduisant à la perte inéluctable des fonds versés

449. - Par le versement d'une entrée payante « supplément », l'accès au contrat est payant et pour cette raison, est contraire au principe de la liberté contractuelle (A). Cet accès payant a pour conséquence, dans le cas particulier des entrées « supplément », la perte définitive des sommes versées (B).

A. Un accès payant en contradiction avec le principe de la liberté contractuelle

450. - La liberté contractuelle, consacrée dans le Code civil¹, a été définie précédemment² comme la faculté offerte à tout individu de s'engager sans contraintes dans une relation contractuelle avec le partenaire souhaité, en exerçant une pleine liberté quant au choix des obligations qu'il entend assumer. Cette liberté doit, de plus, être envisagée comme plurielle dans la mesure où elle est exercée par chacun des contractants à l'acte. Ainsi, son exercice sous-entend un nécessaire compromis entre les intérêts divergents des contractants. L'opération sera optimale si les parties parviennent à trouver un accord équitable dans les droits et devoirs à la charge de chacune d'entre-elles.

451. - Stipulée dans l'intérêt du créancier, l'entrée payante est la manifestation exagérée de la liberté contractuelle de l'un au détriment de l'autre. Elle a pour effet de désavantager le débiteur de l'entrée payante. Plus précisément, elle constitue une atteinte à sa liberté contractuelle puisque l'accès au contrat devient payant par sa stipulation. Elle constitue en ce sens une exception au libre accès au contrat et ce, quelle que soit sa contrepartie. Sur ce point, en effet, les entrées payantes « supplément » sont comparables aux entrées « engagement » car toutes sont synonymes d'effort financier pour le débiteur. Dans les deux cas, le débiteur doit monnayer son entrée dans le contrat. Son statut de contractant est subordonné nécessairement au versement de fonds entre les mains du créancier. Toutefois, le degré de l'atteinte diffère selon qu'il s'agisse d'une entrée « engagement » ou d'une entrée « supplément ». Dans le premier cas, le versement réclamé en guise de sérieux du solvens est effectué soit à titre d'avance sur le prix, de garantie, soit en contrepartie de la réservation d'un immeuble. Il est peu préjudiciable pour le solvens car il est généralement restitué ou imputé. Dans le second cas, le versement a pour objet l'acquisition du statut du contractant à laquelle il faut ajouter quelquefois l'instauration d'un équilibre entre les parties.

Par conséquent, par le versement de l'entrée « supplément », le débiteur paye principalement le droit de contracter et les avantages qui y sont associés. Autrement dit, l'acquisition de la position de contractant est subordonnée au versement d'une somme d'argent. La contrepartie ce versement est pour cette raison d'emblée critiquable. De fait, le principe de

¹ C. civ., art. 1102 nouv. : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. // La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public. »

² V. *supra* n° 379 et s.

la liberté contractuelle et plus spécifiquement celui de libre accès au contrat est altéré par la seule existence de l'entrée payante. C'est au surplus un gros sacrifice imposé au débiteur dès les prémices de la relation contractuelle. Il est nécessaire d'observer dès lors avec la plus grande attention l'exacte contrepartie de toutes ces entrées. En premier lieu, quand l'entrée supplément rétribue l'acquisition de la qualité de contractant, les avantages en découlant doivent être scrupuleusement examinées afin de déceler un éventuel abus. On prêtera également une attention particulière au montant de l'entrée payante, aux modalités de sa détermination et à la possible existence d'un délai de réflexion ou d'une faculté de dédit. De même, on s'attachera à vérifier que des informations relatives au versement ont été délivrées au débiteur, lui permettant de s'engager en connaissance de cause. En second lieu, lorsque l'entrée est versée à la fois pour acquérir la position de contractant et dans le but d'instaurer un équilibre, se pose la question de savoir si la situation des contractants nécessite réellement d'être rééquilibrée.

Ainsi, au sein même des entrées « supplément », une catégorisation s'impose selon que la stipulation de l'entrée payante découle partiellement ou non de la volonté de réduire un déséquilibre. Il est ainsi nécessaire de procéder à un examen au cas par cas des entrées tant elles constituent un ensemble hétérogène. Parmi elles, la prime d'émission s'apparente davantage à un instrument d'équilibre puisqu'elle place anciens et nouveaux actionnaires sur un pied d'égalité. C'est un « supplément » incontestable certes, mais elle permet d'éviter des disparités entre la position des actionnaires d'une même société. Ainsi envisagée, elle s'avère utile car elle privilégie l'équilibre au sein de la société. Il importe toutefois que son montant soit juste. C'est là la condition de la légitimité de son existence.

452. - S'agissant du droit d'entrée en droit de la distribution, son versement régi par la liberté contractuelle place parfois la partie faible, à savoir le futur membre du réseau, dans une situation de dépendance. La hiérarchie dans le contrat est dans ce cas d'autant plus avérée que l'entrée payante, ici, ne corrige pas un déséquilibre. Bien au contraire, ce versement accroît le déséquilibre initial existant entre les parties. En effet, l'une des parties a réussi, détient les clefs du succès et se trouve pour ces raisons dans une position très favorable. Elle monnaie, de fait, son succès. Partant, son cocontractant se pliera à ses exigences espérant rencontrer la même réussite même si cela lui en coûte. Le droit d'entrée dans le droit de la distribution est ainsi propice aux abus et éveille par conséquent de légitimes suspicions.

453. - Comme le droit d'entrée de la distribution, le droit d'entrée dans les clubs et autres associations est librement fixé. La somme réclamée, plus ou moins modique, permet d'accéder à la qualité de membre et aux avantages afférents. La hiérarchie dans le contrat est ici plus subtile. Le paiement du droit d'entrée constitue une condition *sine qua non* à l'accès au statut de membre. En ce sens, le nouvel adhérent est obligé de se soumettre à cette obligation dans l'optique de la satisfaction d'un besoin.

454. - La hiérarchie dans le contrat est moins nette pour ce qui est du pas-de-porte. Certains auteurs ont, il est vrai, considéré qu'il se justifiait au regard des multiples avantages dont bénéficie le locataire du bail commercial (notamment la durée du bail et le droit au renouvellement)³. Cet avis ne fait cependant pas l'unanimité et ne vaut que si le pas-de-porte est assimilé à une indemnité. Or, le pas-de-porte n'a pas toujours la nature d'une indemnité. Il est parfois regardé comme un supplément de loyer⁴ ou il a une nature mixte⁵ selon la volonté exprimée par les parties. Ainsi, la nature du pas-de-porte est casuelle car découlant de la volonté des parties. Cette spécificité, ajoutée au fait qu'il constitue indiscutablement un sérieux frein à l'installation de jeunes commerçants⁶, invite à s'interroger sur l'existence d'éventuels abus en la matière. La possibilité d'une hiérarchie dans le contrat n'est donc pas à écarter.

455. - Il apparaît bien pour finir que la hiérarchie dans le contrat est plus ou moins marquée selon l'entrée « supplément » envisagée. La position du débiteur sera examinée, à ce propos, avec une attention particulière. L'on s'attachera, notamment, à déterminer si le besoin de conclure le contrat est impérieux. Autrement dit, on s'interrogera sur le point de savoir si la satisfaction de ce besoin est essentielle à sa subsistance (physique, sociale, professionnelle). Si le besoin de contracter est fort, le débiteur de l'entrée payante est alors dans une position de faiblesse, ce qui peut faire craindre que le créancier en profite pour prétendre à plus que ce qu'il conviendrait de lui accorder en vertu de l'équité.

³ VANARD, Rép. Notariat, 1953, n° 3, p. 35 cité par J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 88, p. 71 ; V. préface de Ch. CÉSAR-BRU in J. MILHAUD, *Les Indemnités prévues par les lois sur la propriété commerciale*, Sirey, 1935, cité par J. ARCHEVÊQUE, J. M. LEGRAND et Ph. de BELOT, *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966, n° 88, p. 71 et 72.

⁴ A. DEJOIE et F. PHAN THANH, *Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial*, AJDI 2009, p. 289. V. aussi, L. ROZÈS, note sous Cass. com., 14 avril 1992, D. 1994, Somm. p. 47 ; L. LÉVY, note sous Cass. com., 14 avril 1992, JCP G, II, 21957 (pour ces auteurs, le pas-de-porte est nécessairement un supplément de loyer).

⁵ CA Paris, 18 octobre 1979, 16^e ch, Sté Primistères c/ Martinez.

⁶ L. RUET, *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2015, n° 117, p. 94.

Si l'atteinte à la liberté contractuelle est ressentie si péniblement par le débiteur de l'entrée payante, c'est en raison de la perte définitive des fonds versés à titre d'entrée payante « supplément ».

B. La perte définitive des fonds versés à titre d'entrée payante « supplément »

456. - Contrairement à l'entrée « engagement », l'entrée « supplément » emporte des conséquences financières importantes puisqu'elle est toujours conservée à titre définitif par le créancier. En la versant, le débiteur sait cette somme définitivement perdue. Son sérieux dans l'exécution de son obligation ne pourra pas être récompensé par une restitution de la somme et il ne pourra pas prétendre également à une imputation. En raison du sort qui lui est réservé, l'entrée « supplément » constitue ainsi un réel sacrifice financier. C'est pourquoi la stipulation d'une entrée « supplément » dans une convention est clairement plus défavorable que celle d'une entrée « engagement ». Ainsi, la stipulation d'un pas-de-porte (1), d'une prime d'émission (2) ou d'un droit d'entrée en matière de distribution (3) ou en droit de la consommation (4) est nettement plus désavantageuse sur le plan financier que celle d'un dépôt de garantie ou d'un gage-espèces car ces sommes sont conservées à titre définitif.

1. La conservation du pas-de-porte par le bailleur

457. - Versé par le preneur lors de la signature d'un bail commercial, le pas-de-porte est conservé par le bailleur en fin de contrat. En effet, ce versement, dont la stipulation est licite⁷, n'est pas restitué lors de la résiliation du bail⁸ sauf convention contraire⁹. Hormis cette exception conventionnelle, le preneur ne saurait prétendre dès lors à demander la restitution de ce versement. Ce fut par exemple le cas dans une espèce du 15 février 1995¹⁰ dans laquelle la troisième chambre civile de la Cour de cassation a fait référence conjointement à l'article 6 et à l'ancien article 1134 du Code civil pour refuser la demande en restitution du locataire d'un bail commercial. Dans cette affaire, le contrat de bail prévoyait explicitement que la somme

⁷ Cass. 3^e civ., 15 février 1995, Bull. civ., III, n° 50, p. 35 ; D. 1997, Somm. p. 308, obs. ROZÈS ; RDI 1995, p. 392, obs. DERRUPPÉ et COLLART-DUTILLEUL ; Gaz. Pal. 1995. 2. Somm. 308, obs. BARBIER. « *Aucune disposition du décret du 30 septembre 1953 (actuellement C. Com., art. L. 145-1) n'interdit la remise d'une somme au bailleur par le preneur, à son entrée dans les lieux* ».

⁸ F. ROBINE, *Bail : expertise et valeur locative (doss. 520)*, Droit et pratique des baux commerciaux, 2006, n° 520.80.

⁹ En ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, coll. Droit civil, 7^e éd., Defrénois, Lextenso éd., 2014, n° 692, p. 398.

¹⁰ V. arrêt précité Cass. 3^e civ., 15 février 1995, Bull. civ., III, n° 50, p. 35.

dont était redevable le preneur à titre de « loyer versé d'avance », lors de son entrée dans les lieux, resterait acquise à la bailleuse quel que soit le sort de la location. Pourtant, à la résiliation du contrat, le preneur avait saisi les tribunaux afin d'en demander la restitution. Dans un premier temps, les juges du fond ont accueilli favorablement cette requête aux motifs « *qu'en donnant à ce versement la dénomination de « loyer d'avance », le bailleur a cherché à détourner les dispositions d'ordre public du décret du 30 septembre 1953 et que la clause est illicite* ». La Cour de cassation va réprover cette analyse au double visa précédemment cité en énonçant : « *aucune disposition du décret du 30 septembre 1953 n'interdit la remise d'une somme au bailleur par le preneur, à son entrée dans les lieux, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Cet arrêt est particulièrement remarquable en ce qu'il admet pour la première fois et avec clarté la validité de la pratique de pas-de-porte¹¹. Cette reconnaissance permet au bailleur de conserver les fonds en application des stipulations contractuelles et en l'espèce, contre le gré du locataire. L'on peut légitimement s'interroger sur la bonne foi de ce dernier qui souhaite se libérer d'un engagement apparemment librement consenti. Cela démontre en réalité que le consentement de ce dernier est tronqué. Autrement dit, il n'est pas plein et entier. Le débiteur, en acceptant de se plier à l'exigence du versement, n'a pas pris réellement la mesure de son sacrifice financier. Désirant ardemment conclure le bail, peu lui importait, sur le moment, le sort de la somme versée. Au vu des éléments de l'espèce, il apparaît ainsi que l'exercice de la liberté contractuelle du preneur a annihilé la pleine expression de la liberté du preneur. Ce type de situation n'est pas exceptionnel. En effet, des litiges comparables ont opposé bailleurs et locataires, preuve s'il en faut, de la réticence des locataires à consentir à ce sacrifice financier¹².

¹¹ À noter que la licéité de la pratique concerne spécifiquement le domaine des baux commerciaux.

¹² Cass. com., 9 janvier 1962, Bull. civ., IV, n° 18 (Dans cette espèce, le locataire avait demandé la restitution du pas-de-porte alors même que la résiliation du bail résultait de ses agissements fautifs. Sa demande a été logiquement rejetée par la Cour de cassation) ; Cass. 1^{re} civ., 7 octobre 1997, n° 95-18082 (Dans cet arrêt de rejet, la Cour de cassation a écarté la demande formée par des chirurgiens-dentistes arguant que le versement du droit d'entrée était sans cause) ; Cass. 3^e civ., 18 mars 1998, n° 96-16144 : Suite à la résiliation du bail, le preneur demande la restitution du pas-de-porte. La Cour de cassation rejette catégoriquement sa demande en considérant : « *Qu'en statuant ainsi alors que la clause litigieuse stipulait que la somme versée par le preneur lors de la conclusion du bail « est nette pour le bailleur, lui demeurera acquise, à titre définitif, sans exception ni réserve, de sorte que le preneur ne pourra jamais la revendiquer, ni en totalité ni en partie, quel que soit le sort des présentes par la suite, fussent-elles résiliées et résolues, pour quelque motif que ce soit et sans que le bailleur puisse être tenu à aucune restitution ou à une imputation quelconque sur les loyers annuels ci-avant fixés* », la cour d'appel, qui a dénaturé les termes clairs et précis de cette stipulation, a violé le texte susvisé ». » On notera au passage le caractère intransigeant de la clause imposée au preneur. Ne pourrait-on pas parler d'ailleurs de clause abusive ?

458. - Si la jurisprudence a admis explicitement la validité du pas-de-porte, certaines décisions tendent à atténuer ses conséquences pécuniaires tant et si bien qu'il a été jugé que l'obligation pour un locataire de verser un pas-de-porte pour se réinstaller doit être retenue pour fixer le montant de l'indemnité d'éviction¹³. Cette solution n'est toutefois pas systématiquement retenue. En effet, la prise en considération du pas-de-porte dans la fixation du montant de l'indemnité d'éviction dépend de la nature de l'entrée payante. L'indemnité d'éviction inclut le montant du pas-de-porte seulement s'il a été versé à titre d'indemnité ou comme le prix de la propriété commerciale¹⁴. M. ROBINE a d'ailleurs écrit à ce propos que « *Ce pas-de-porte (indemnité) serait alors l'équivalent anticipé mais à rebours de l'indemnité d'éviction. Il serait aussi la contrepartie de la faculté du preneur à recevoir ultérieurement un droit au bail d'un cessionnaire du fonds de commerce.* »¹⁵ *A contrario*, lorsque le pas-de-porte a la nature d'un supplément de loyer, il n'est pas compris dans le calcul du montant de l'indemnité d'éviction¹⁶. Sous cet angle, la stipulation d'un pas-de-porte « indemnité » apparaît plus favorable que celle d'un pas-de-porte « supplément de loyer ».

459. - La conservation du pas-de-porte par le bailleur a naturellement des incidences sur le plan fiscal¹⁷. Elles diffèrent une fois encore selon la nature du versement. S'il s'agit d'un supplément de loyer, il est imposable au titre de revenu foncier (donc comme le loyer). La jurisprudence considère que le droit d'entrée sera fractionné sur la durée du bail¹⁸ contrairement

¹³ Cass. 3^e civ., 20 juin 1979, Bull. civ. III, n° 136, Rev. Loyers 1979, p. 478. Comp. Cass. Com., 14 novembre 1962, D. 1963, p. 305 ; Gaz. Pal. 1963. 1. 44. *A contrario*, lorsque le locataire évincé s'est réinstallé dans l'immédiat sans avoir payé de pas-de-porte, celui-ci ne peut pas être pris en considération, les juges du fond devant rechercher le coût réel de la réinstallation du preneur. V. Cass. 3^e civ., 3 avril 2001 : Administrer juill. 2001, p. 33, obs. BOCCARA et LIPMAN-BOCCARA

¹⁴ Cass. 3^e civ., 20 juin 1979, n° 77-13863, Bull. civ., III, n° 136. *L'obligation pour un locataire, de verser, pour se réinstaller, un « pas-de-porte », qu'il n'aurait pas eu à payer en cas de renouvellement du bail commercial, doit être retenue pour fixer le montant de l'indemnité d'éviction.* V. déjà en ce sens, Cass. 3^e civ., 22 novembre 1972, n° 71-13387, Bull. civ., III, n° 625, p. 460. Comp. Cass. com., 14 novembre 1962, Bull. IV, n° 450 : Lorsque le pas-de-porte a la nature d'un supplément de loyer, il n'est pas compris dans le calcul du montant de l'indemnité d'éviction :

¹⁵ F. ROBINE, *Bail: expertise et valeur locative (doss. 520)*, Droit et pratique des baux commerciaux, 2006, n° 520.100. Il cite à l'appui de ses propos les arrêts suivants : (Cass. Com., 14 avril 1992, n° 89-18486, Bull. civ., IV, n° 158 ; D. 1994, somm. p. 47, obs. L. ROZÈS ; JCP G 1992, II, 21957 note LÉVY ; dans le même sens : Cass. 3^e civ., 16 mai 2000, n° 98-17222, Administrer août-septembre 2000, p. 20 obs. B. BOCCARA ; Cass. 3^e civ., 18 mai 1994, n° 92-13770, Ann. Loyers 1994, p. 1213)

¹⁶ V. l'arrêt précité: Cass. com., 14 novembre 1962, Bull. IV, n° 450.

¹⁷ Pour une étude complète de cette question, v. notamment H. KENFACK et J. SCHMIDT, *L'entrée dans les lieux loués : le difficile équilibre entre l'économique et le juridique* in J. MONÉGER (dir), *Pour un bail commercial adapté aux réalités économiques, Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques*, Litec, 2010, n° 297-304, p. 135-141 ; A. DELFOSSE, *Pas de porte et indemnité d'éviction, Essai de synthèse fiscale*, JCP N 1995 prat. 3375, p.817 à 819 ; J. LAFOND, *Le versement d'un pas de porte au bailleur lors de la prise à bail de locaux commerciaux : Incidences juridiques et fiscales*, J.C.P. N. 1981 I 113.

¹⁸ CE, 28 mars 1973, n° 7766, Dr. fisc. 1973, 20. 745 cité par H. KENFACK et J. SCHMIDT, *L'entrée dans les lieux loués : le difficile équilibre entre l'économique et le juridique* in J. MONÉGER (dir), *Pour un bail*

à l'administration qui estime que « *le droit d'entrée est un supplément de loyer imposable intégralement au titre de l'exercice au cours duquel il est réputé acquis en vertu des stipulations du contrat.* »¹⁹S'agissant du locataire, il est déductible de ses bénéfices imposables par fraction échelonnée sur la durée totale du bail soit 1/9^e par année de bail.

Lorsque le droit d'entrée est la contrepartie de la dépréciation de l'immeuble, il a un caractère indemnitaire entraînant une exonération de tout impôt²⁰. Pour être prise en considération, cette dépréciation doit être prouvée²¹ et être en lien direct avec l'immeuble. Une doctrine avisée précise à ce propos qu'il n'est pas possible d'envisager que la dépréciation résulte de l'application du régime des baux commerciaux puisqu'elle n'est pas liée à l'immeuble mais découle seulement de la structure même des baux commerciaux²². Il convient de préciser toutefois que le Conseil d'état a admis, dans le cas d'un bail d'une durée exceptionnellement longue (40 ans) et dans lequel le bailleur renonçait à toute faculté de résiliation, que le pas-de-porte devait être regardé comme la contrepartie de la dépréciation affectant le patrimoine du contribuable du fait de la nature et de la durée dudit bail²³. Par ailleurs, l'examen de la jurisprudence du Conseil d'Etat montre que ce dernier privilégie un critère plus large que celui de la dépréciation liée à l'immeuble en prenant en compte un ensemble d'éléments modifiant le bail habituel et portant atteinte au patrimoine du bailleur²⁴. Le pas-de-porte « indemnité » est, pour le locataire, un élément incorporel non amortissable inscrit à l'actif du bilan et non soumis au droit d'enregistrement.

Il importe de souligner cependant que le fisc n'est pas lié par la qualification retenue par les parties et peut la contester.

S'agissant de la TVA, lorsque le bailleur a souhaité que le bail y soit assujéti, le pas-de-porte « supplément de loyer » est également imposable à ce titre²⁵. À noter de plus que la TVA est applicable quand le versement de l'entrée payante est la contrepartie de restrictions supportées par le bailleur quant au droit de disposer de son immeuble.

commercial adapté aux réalités économiques, Aspects juridiques, financiers, fiscaux et urbanistiques, Litec, 2010, note 51, p. 135.

¹⁹ H. KENFACK et J. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 298, p. 135

²⁰ H. KENFACK et J. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 303, p. 139.

²¹ CE, 19 décembre 1994, n° 148909 : RJF 4/1995, n° 478/

²² H. KENFACK et J. SCHMIDT, *op. cit.*, n° 303, p. 139.

²³ CE, 29 septembre 1989, n° 68212, Dr. fisC. 1990, 23-24, 1125, TERRIOU.

²⁴ H. KENFACK et J. SCHMIDT, *op. cit.*, n°303, p. 140.

²⁵ *Id.*, n° 304, p. 140.

460. - Si le pas-de-porte est en principe conservé, dans de rares hypothèses, le bailleur est tenu de le restituer. Tout d'abord, les parties peuvent avoir convenu que la restitution de l'entrée payante s'opérera lors de la résiliation du bail. Ensuite, la restitution peut intervenir lorsque la résolution du bail est due à un comportement fautif du bailleur, c'est le cas par exemple lorsqu'il a délivré un local non conforme à la destination contractuelle et qu'il n'a pas consulté le syndicat de copropriétaires avant l'installation des preneurs²⁶.

De plus, le locataire pourra demander la restitution du pas-de-porte s'il établit qu'il constituait la contrepartie de l'exclusivité accordée²⁷. En outre, lorsque le pas-de-porte est considéré comme le prix de l'acquisition de la propriété commerciale, le versement est dépourvu de contrepartie lorsque le bail n'est pas renouvelé (suite à un refus ou non du bailleur) ou quand l'immeuble vient à périr sans faute du bailleur ou du locataire²⁸.

461.- Ainsi, le pas-de-porte est habituellement conservé par le bailleur exception faite de la faute de ce dernier et des cas de force majeure. Cette conservation des fonds est synonyme de sacrifice financier pour le débiteur de l'entrée payante et d'entrave au libre accès au contrat. Cela est d'autant plus dommageable qu'elle complique l'accès à la profession de commerçant dans une période où les opportunités d'installation sont moins nombreuses et intéressantes que par le passé.

²⁶ Cass. 3^e civ., 18 février 1987, Bull. civ., III, n° 27, p. 16. Observons *a contrario* qu'en cas de résiliation aux torts du preneur, le pas-de-porte reste acquis au bailleur. Ainsi doit être débouté de sa demande en restitution le preneur qui n'exploite plus le fonds de commerce suivant les conditions du bail et ce, en dépit de la sommation restée sans effet faite par les bailleurs : Cass. com., 9 janvier 1962, Bull. civ., IV, n° 18 : « *Mais attendu que la Cour d'appel énonce que « le vendeur du pas-de-porte a rempli toutes ses obligations en consentant à la société normande d'appareils frigorifiques le bail auquel elle pouvait prétendre en suite de l'achat du pas-de-porte ; que la résiliation du bail étant la conséquence des agissements fautifs de cette société, celle-ci ne peut tirer argument de ses défaillances pour priver de son effet une cession régulière et valable » ; attendu qu'en rejetant pour ce motif la demande de restitution du pas-de-porte, la Cour d'appel n'a pas condamné la société locataire au paiement de dommages-intérêts ; que le moyen manque en fait ».*

²⁷ Cass. Com., 5 octobre 1981, n° 80-11076, Bull. civ., IV, n° 340, Ann. Loyers 1982, p. 137 ; CA Paris, 26 juin 1971, Ann. Loyers, 1972, p. 1675.

²⁸ P. ESMEIN, *Le pas-de-porte dans les baux commerciaux*, JCP 1964 I., 1823.

2. La conservation de la prime d'émission par la société

462. - Droit d'entrée des nouveaux actionnaires²⁹, la prime d'émission est versée principalement lors d'une augmentation de capital³⁰ même si elle est parfois demandée lors de la formation de la société. Majorant le montant nominal de l'action, la prime d'émission reste, en principe, définitivement acquise à la société. Elle devient, par conséquent, la propriété de celle-ci et entre dans son patrimoine social pour être soumise à tous les aléas de l'entreprise³¹. La raison en est que la prime d'émission est utilisée pour couvrir les frais d'émission des actions³² et pour instaurer une égalité entre anciens et nouveaux actionnaires puisqu'elle compense l'avantage consenti à ces derniers résultant de l'acquisition des droits sur les réserves déjà constituées ou sur les plus-values d'actif apparentes ou latentes³³. La prime d'émission protège ainsi l'ancien associé contre la perte de valeur de ses droits sociaux liée à l'augmentation de capital.

La préservation des intérêts des anciens actionnaires par l'instauration de l'égalité entre anciens et nouveaux associés est le résultat de la fixation d'un juste prix lors de l'émission d'actions nouvelles. En effet, « *l'institution d'une prime d'émission est généralement sous-tendue par la recherche du juste prix.* »³⁴ De ce fait, l'existence de réserves ou de plus-values doit être prise en compte dans la fixation de la prime d'émission de même que celles des pertes. Dans le premier cas, l'action sera émise à une valeur supérieure à sa valeur nominale alors que dans le second cas elle sera proposée à une valeur inférieure au pair.

Outre ces principales fonctions, la prime d'émission présente l'avantage d'accroître les fonds propres de la société émettrice³⁵. *C'est d'ailleurs cette caractéristique qui pousse généralement les sociétés à prévoir une prime d'émission malgré le maintien du droit*

²⁹ R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 376 : Selon cet auteur, « *la prime d'émission joue le rôle de ticket d'entrée dans la société* ». Il ajoute : « *Bref, comme on l'a souvent souligné, la prime d'émission constitue une sorte de « droit d'entrée » dans la société.* »

³⁰ Cette faculté est expressément prévue par la loi (C. com, art. L. 225-128, al. 1 : « *Les titres de capital nouveaux sont émis soit à leur montant nominal, soit à ce montant majoré d'une prime d'émission.* »).

³¹ Lamy soc. com., 2016, n° 3996, v° *Prime d'émission*.

³² A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, 6^eéd., coll. Mémentos, Série droit privé, Dalloz, 2014, p. 267.

³³ V. en ce sens Ph. MERLE et A. FAUCHON (avec la collab.), *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 20^e éd., Dalloz, 2016, n° 637, p. 718 ; A. CONSTANTIN, *Droit des sociétés*, 6^eéd., coll. Mémentos, Série droit privé, Dalloz, 2014, p. 266-267 ; R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 375, p. 201 citant Journ. Sociétés 1915, p. 156, C. HOUPIN et Mémento F. LEFEBVRE, *Sociétés commerciales* 2010, n° 11623 : « *La prime d'émission (ou la prime d'apport) a pour objet d'égaliser les droits des actionnaires anciens et nouveaux lorsqu'il existe des réserves ou des plus-values d'actif apparentes ou occultes. Elle est la contrepartie des droits que les actionnaires nouveaux acquièrent sur ces réserves ou plus-values* ».

³⁴ R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 374, p. 200

³⁵ *Id.*, n° 374 à 377, p. 200-202

préférentiel de souscription.³⁶ Parce qu'elle constitue un supplément d'apport laissé à la disposition de la société³⁷, elle « *se traduit par un supplément de richesses pour la société qui la perçoit, et donc par une augmentation de ses capitaux propres.* »³⁸

Le montant total de ce supplément d'apport est comptabilisé à un poste spécial à savoir la réserve des primes d'émission et l'assemblée peut décider de le répartir entre les actionnaires.

463. - En consentant au paiement de la prime d'émission, le nouvel actionnaire renonce définitivement à la possibilité de la recouvrer. Cette solution prévaut même lorsque les souscripteurs ignorent le montant du passif social lors de l'augmentation de capital. Un remboursement de la prime d'émission romprait, de fait, l'égalité entre anciens et nouveaux actionnaires³⁹. Néanmoins, les anciens actionnaires demeurent libres d'envisager une restitution⁴⁰.

464. - Sur le plan fiscal⁴¹, l'article 112 1° du Code général des impôts dispose que « *Ne sont pas considérés comme revenus distribués :/1° Les répartitions présentant pour les associés ou actionnaires le caractère de remboursements d'apports ou de primes d'émission.* » Ainsi, la distribution de la prime d'émission est assimilable à un remboursement d'apport. Ils sont tous deux exonérés d'impôt à la condition que les bénéfices et réserves, autres que la réserve légale, aient été auparavant répartis⁴². Dans le cas contraire, le remboursement de la prime d'émission est considéré comme une distribution de revenus taxable au titre des revenus de capitaux mobiliers entre les mains des bénéficiaires (avec bénéfice de l'avoir fiscal et exigibilité du précompte mobilier lorsque la distribution profite à l'ensemble des associés)⁴³. Pour rappel,

³⁶ R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 377, p. 202

³⁷ Cass. com., 9 juillet 1952, JCP 1953, II, 7742, D. BASTIAN. Cass. com., 22 octobre 1969, Bull. civ., IV, n° 308.

³⁸ R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 377, p. 202

³⁹ Lamy soc. com., 2016, n° 3996, v° *Prime d'émission*.

⁴⁰ Lamy soc. com., 2016, n° 3996, v° *Prime d'émission* ; NAFFAH, *La prime d'émission*, Economica, 1987.

⁴¹ B. CAILLARD-D'AILLIERE, *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie BELLANGER et DAGRON, 1924, v. notamment p. 31 à 84.

⁴² CGI, art. 112 1°, deuxième phrase : « *Toutefois, une répartition n'est réputée présenter ce caractère que si tous les bénéfices et les réserves autres que la réserve légale ont été auparavant répartis.* »

⁴³ P. DIDIER et M. MARTEAU-PETIT, v° *Prime d'émission*, Rép. Soc., janvier 1993 (actualisation : décembre 2010), n° 3. V. déjà en ce sens, B. CAILLARD-D'AILLIÈRES, *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie BELLANGER et DAGRON, 1924. Pour une illustration jurisprudentielle du régime fiscal du remboursement de la prime d'émission : v. CE, 28 mars 2012, HERLICQ, (n° 323412), RJF 6/12, n° 602).

toute distribution doit d'abord s'imputer sur les réserves et ensuite seulement sur les apports, catégorie à laquelle appartient la prime d'émission⁴⁴.

3. La conservation du droit d'entrée des contrats de distribution par le fournisseur

465. - Pour intégrer un réseau, le distributeur⁴⁵ est tenu de payer un droit d'entrée, contrepartie d'un certain nombre d'avantages procurés par le fournisseur⁴⁶. Si la doctrine⁴⁷ et la pratique⁴⁸ restent partagés sur l'exacte contrepartie du droit d'entrée, le sort de cette entrée payante ne pose pas question car elle est toujours conservée par le fournisseur. Déterminée conventionnellement, cette somme permet généralement à ce dernier de couvrir les frais relatifs aux avantages procurés à son cocontractant mais également de développer le réseau.

466. - La conservation du droit d'entrée par le fournisseur connaît néanmoins de légitimes exceptions. Ainsi, la résolution du contrat de distribution emporte logiquement la restitution du droit d'entrée⁴⁹. En témoigne un arrêt rendu par la chambre commerciale, le 12 octobre 1982⁵⁰, qui a ordonné la restitution du droit d'entrée suite à la résolution d'un contrat de franchise. En raison de la rétroactivité de la résolution, les parties sont remises dans l'état où elles se trouvaient à la date de la conclusion du contrat. Partant, le droit d'entrée doit être restitué dans son intégralité.

⁴⁴ P. DIDIER et M. MARTEAU-PETIT, *op. cit.*, n° 3.

⁴⁵ Franchisé, affilié, concessionnaire plus rarement, etc.

⁴⁶ Franchiseur, affiliant, concédant etc.

⁴⁷ V. par exemple, en matière de franchise, les avis divergents de Messieurs FERRIER et LE TOURNEAU développés dans les précédents chapitres. Pour rappel, M. FERRIER estime que le droit d'entrée est la contrepartie de la communication du savoir-faire alors que les redevances représenteraient la contrepartie de la mise à disposition de la marque et de l'assistance apportée par le franchiseur. M. LE TOURNEAU considère, lui, qu'il rémunère les prestations de services avant l'ouverture du magasin et la communication du savoir-faire. V. dans le sens de M. FERRIER : C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis Litec, 2011, n° 169, p. 136 : « *Le droit d'entrée (...) est la contrepartie de l'entrée dans un réseau expérimenté et de la transmission d'un savoir-faire qui procure un avantage concurrentiel.* »

⁴⁸ La contrepartie du droit d'entrée peut, en effet, varier d'un réseau à l'autre.

⁴⁹ V. en ce sens, M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 73, p. 53 ; Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA (avec la particip.), *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Litec professionnels, Litec, 2007, n° 614, p. 270. Comp. avec l'hypothèse de la résiliation du contrat qui opère uniquement pour l'avenir.

⁵⁰ Cass. com., 12 octobre 1982, n° 81-10984, Bull. civ. IV, n° 309. Dans cet arrêt, le franchisé réclamait le remboursement du droit d'entrée de 19 000 francs, ce qui lui avait été refusé par la Cour d'appel. La Cour de cassation invalide cette décision au visa de l'ancien art. 1184 C. civ. (V. désormais : C. civ., art. 1224 à 1230 nouv.)

Abstraction faite de la résolution du contrat, le distributeur peut recouvrer le droit d'entrée si une clause le stipule expressément.

467. - Sur le plan fiscal, le traitement du droit d'entrée découlera des stipulations contractuelles. Selon la volonté des parties, il peut être considéré comme une charge⁵¹ fiscalement déductible ou être inscrit en immobilisation⁵² amortissable.

Lorsque l'entrée payante est inscrite en charges, l'intégralité de son montant est déductible du résultat fiscal au titre de l'exercice au cours duquel il a été payé. Si elle est inscrite en immobilisation, il sera possible de déduire, sous certaines conditions et de manière échelonnée, un amortissement sur la durée d'usage du droit acquis. Cette dernière hypothèse reste rarissime car l'inscription en immobilisation est subordonnée à l'existence de plusieurs critères, rarement réunis par les droits d'entrée. Ces critères sont les suivants : l'élément doit être source de profits futurs, son utilisation durable c'est-à-dire qu'elle excède l'exercice d'acquisition et elle doit être identifiable distinctement de l'activité et cessible ou avoir une protection juridique résultant d'un droit légal ou contractuel. Si le premier critère ne pose pas de difficultés, le deuxième implique que le contrat de distribution présente un caractère réellement durable, ce qui n'est pas le cas s'il peut être facilement résilié par le fournisseur ou si le distributeur n'a pas une réelle exclusivité géographique (ou encore si le contrat ne prévoit pas d'indemnité de rupture ou de non renouvellement du contrat) et ce, même si le contrat est conclu pour une durée supérieure à un an. Ainsi, le deuxième critère est plus difficilement satisfait. S'agissant du troisième critère, et en particulier la cessibilité du droit d'entrée, il est rarement reconnu en raison du caractère *intuitu personae* du contrat de distribution.

Dès lors, il apparaît bien que l'inscription du droit d'entrée en immobilisation reste exceptionnelle. Toutefois, la distinction des différentes prestations assurées en contrepartie du

⁵¹ Précisons ici que le plan comptable général ne définit pas la notion de charge. L'article 221-1 du PCG en donne une liste énumérative : sont ainsi considérés comme des charges les sommes ou valeurs versées ou à verser en contrepartie de marchandises, approvisionnements, travaux et services consommés par l'entité ainsi que des avantages qui lui ont été consentis, en exécution d'une obligation légale, exceptionnellement, sans contrepartie ; les dotations aux amortissements, dépréciations et provisions ; la valeur d'entrée diminuée des amortissements des éléments d'actif cédés, détruits ou disparus, sous réserve des dispositions particulières fixées à l'article 332-6 pour les titres immobilisés de l'activité de portefeuille et à l'article 332-9 pour les titres de placement.

⁵² Pour rappel, une immobilisation est un actif immobilisé à savoir un bien de l'entreprise destiné durablement à son exploitation, au moins un an (exemples : fonds de commerce, marques, participations financières). Les immobilisations sont soit corporelles, soit incorporelles ou encore financières. L'actif immobilisé s'oppose à l'actif circulant, c'est-à-dire aux biens de l'entreprise qui ne sont pas destinés durablement à son exploitation mais à un usage court. C'est le cas des fournitures de bureau ou encore des stocks.

versement du droit d'entrée lors de la rédaction du contrat permet d'assurer un traitement comptable et fiscal en fonction de ces différents éléments et non pas d'envisager le droit d'entrée dans sa globalité. Par exemple, si une partie du droit d'entrée rémunère des prestations fournies par le franchiseur, la somme correspondante est déductible en tant que charges. Les autres dépenses pourront être immobilisées en tant que frais de premier établissement et amorties sur cinq ans.

Quoi qu'il en soit, si le traitement fiscal du droit d'entrée présente un intérêt évident pour le distributeur, il demeure et c'est là, l'essentiel, que ce versement reste acquis au fournisseur.

4. La conservation du droit d'entrée du droit de la consommation par le professionnel

468. - Dans certaines associations ou clubs d'activités de loisirs (tennis, golf, etc..), il est demandé au nouvel adhérent d'acquitter un droit d'entrée. Cette somme, en principe non négociable⁵³ et réglée le jour du paiement de la première cotisation, est conservée à titre définitif par les clubs. L'adhérent ne saurait ainsi prétendre à la restitution de la somme s'il décide de ne pas poursuivre son abonnement, sauf stipulations contraires.

469. - En revanche, il a été jugé que des manquements graves du club justifiaient le remboursement des droits d'entrée et des cotisations annuelles versés par les adhérents en sus de l'octroi de dommages et intérêts⁵⁴.

Outre cette hypothèse, le consommateur est en droit d'obtenir le remboursement du droit d'entrée s'il n'a pas expressément consenti à son paiement en vertu des dispositions de l'article

⁵³ Ces conventions conclues avec les clubs sont des contrats d'adhésion. Or, le contrat d'adhésion est celui dans lequel le client ou le consommateur ne dispose que de la liberté d'accepter ou de refuser l'offre qui lui est faite dans sa globalité et ne peut donc pas discuter de ses différentes clauses. Sur ce contrat, v., entre autres, G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, th. Paris, LGDJ, 1973 ; O. LITTY, *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, LGDJ, 1999.

⁵⁴ Cass. 1^{ère} civ., 14 mai 1992, n° 90-14047, Bull. civ., I, n° 138, p. 94 (1^{er} moyen) : En l'espèce, le renchérissement considérable du montant des cotisations suite à la réalisation, entre autres, de coûteux travaux a été jugé fautif en raison du défaut d'information vis-à-vis des premiers adhérents. Comp. CA Versailles, 6 novembre 1998, n° 1996-7651 : Un club de golf qui manque à son obligation d'entretien des parcours, ne tient pas les engagements annoncés par lettres circulaires diffusées à ses membres et modifie unilatéralement les conditions d'accès en admettant des personnes n'ayant pas la qualité de membre, commet des manquements à obligations contractuelles qui, pour être caractérisés, ne présentent pas un degré de gravité suffisant pour justifier la résiliation du contrat et le remboursement des droits d'entrée. Dès lors, au vu des manquements constatés, l'octroi de dommages et intérêts est seul justifié.

L. 121-17 du Code de la consommation⁵⁵. Cette règle s'applique à tous les paiements supplémentaires, indifféremment de l'appellation qui leur est donnée.

Enfin, la restitution du droit d'entrée est classiquement envisageable dans le cas de la résolution du contrat.

II. Une atteinte amplifiée en cas de contrepartie inéquitable

470. - S'il est indubitable que le « supplément » constitue une atteinte au libre accès au contrat, celle-ci est amplifiée lorsque la contrepartie de l'entrée payante n'est pas en adéquation avec le sacrifice consenti par le débiteur. La disproportion entre l'entrée payante et sa contrepartie peut être légitimement ressentie comme un abus. Cet état de fait a d'ailleurs conduit le législateur à intervenir par le passé⁵⁶. Une législation peu intrusive laisse, en revanche, libre cours aux abus. Ces abus se retrouvent en matière de pas-de-porte (A), de prime d'émission (B), de droit d'entrée en droit de la distribution (C) et en droit de la consommation (D).

A. Les abus en matière de pas-de-porte

471. - Les nombreuses dissensions relatives à l'existence du pas-de-porte permettent de douter de la légitimité de ce versement⁵⁷. L'hétérogénéité de sa nature et de son régime juridique

⁵⁵ C. consom., art. L. 121-17, al. 2 nouv. : « Dans l'hypothèse où le paiement supplémentaire résulte d'un consentement du consommateur donné par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'opposition expresse de sa part à des options payantes qu'il n'a pas sollicitées, le consommateur peut prétendre au remboursement des sommes versées au titre de ce paiement supplémentaire. »

⁵⁶ V. par ex. le cas des sommes versées d'avance dans les contrats de communications électroniques. D'entrées « supplément », elles sont devenues des entrées « engagement » grâce à l'intervention du législateur. V. n° 206 et s.

⁵⁷ Une partie de la doctrine est favorable au maintien de cette pratique qu'elle estime justifiée (Sur le pas-de-porte indemnité, v. par exemple H. BLAISE, *Réflexions sur le pas-de-porte* in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 350 : « En instituant « la propriété commerciale », le législateur a voulu éviter des abus de droit de la part des propriétaires d'immeubles et un enrichissement sans cause de ceux-ci. Mais le législateur en désirant protéger les locataires commerçants n'a pas entendu pour autant leur assurer des profits injustes dont la contrepartie serait un appauvrissement sans cause des propriétaires. Car il suffit à la sauvegarde des droits des locataires commerçants que les prérogatives des propriétaires soient réduites, sans qu'il y ait en plus à spolier les propriétaires d'une partie de la valeur de l'immeuble en les empêchant de stipuler le versement d'une indemnité compensatrice de la « propriété commerciale ». À l'opposé, le rapport RUEFF-ARMAND a été jusqu'à en proposer l'interdiction. (*Rapport sur les obstacles à l'expansion économique*, présenté par le comité institué par le décret n° 59-1284 du 13 Novembre 1959, sous la vice-présidence de Messieurs RUEFF-ARMAND, 1960). Pour des développements plus poussés sur la question, cf. *supra* n° 349 et s.

renforce encore le caractère contestable de cette entrée payante⁵⁸. Quoiqu'il en soit, cette pratique, formellement prohibée dans les baux ruraux⁵⁹, est admise dans les baux commerciaux⁶⁰.

472. - Le versement du pas-de-porte a été par le passé et est encore à l'origine d'abus. Ces abus portent fréquemment sur son montant. Le besoin impérieux de conclure un bail donné peut, en effet, conduire le locataire à consentir au paiement d'un pas-de-porte d'un montant élevé. Un bailleur peu scrupuleux peut, de fait, chercher à tirer profit de cette situation en surévaluant son coût. L'on ne manquera pas d'observer d'ailleurs que les abus sont plus nombreux en cas de pénurie de locaux commerciaux⁶¹.

Les victimes de ces pratiques, à savoir les locataires, conscients d'avoir été abusés, tentent parfois de récupérer la somme versée. Tel avait été, au reste, le litige qui avait été soumis à la Cour de cassation le 15 novembre 2005⁶². En l'espèce, des preneurs avaient versé un pas-de-porte de 200 000 francs pour un local de 90 m² exploité par un locataire-gérant. L'acte précisait qu'en contrepartie de l'indemnité allouée, les bailleurs s'engageaient à cesser d'exploiter ou de faire exploiter les lieux loués. S'apercevant que le local loué n'était pas utilisé depuis plusieurs mois, les preneurs ont réclamé l'annulation du contrat de bail et la restitution du pas-de-porte, s'estimant victimes de dol. Outre l'absence de cause, les parties avaient fait valoir « *que si l'indemnité litigieuse devait être qualifiée de pas de porte, elle l'aurait été, mais que rien ne justifiait le versement d'un droit d'entrée de 200 000 francs pour un local de 90 m², moyennement bien placé* ».

Les juges du droit ne vont pas accéder à leurs demandes aux motifs suivants : « *Mais attendu qu'après avoir relevé qu'une analyse littérale des termes de la convention litigieuse*

⁵⁸ V. *infra* notre première partie.

⁵⁹ C. rur., art. L. 411-74, al. 1 : « *Sera puni d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 30 000 euros ou de l'une de ces deux peines seulement, tout bailleur, tout preneur sortant ou tout intermédiaire qui aura, directement ou indirectement, à l'occasion d'un changement d'exploitant, soit obtenu ou tenté d'obtenir une remise d'argent ou de valeurs non justifiée, soit imposé ou tenter d'imposer la reprise de biens mobiliers à un prix ne correspondant pas à la valeur vénale de ceux-ci.* » Pour des illustrations jurisprudentielles, v. par exemple : Cass. 3^e civ., 5 décembre 2001, Bull. civ., III, n^o 143, p. 112 (Illicéité du pas-de-porte d'où la restitution du versement au preneur) ; Cass. 3^e civ., 16 février 1994, n^o 89-20045 (Restitution du pas-de-porte versé par le preneur d'un bail rural suite à la preuve de son existence par une photocopie). Pour prétendre à la restitution des fonds indûment versés, le locataire doit en apporter la preuve : Cass. 3^e civ., 20 juillet 1989, n^o 88-13250.

⁶⁰ Cass. 3^e civ., 15 février 1995, Bull. civ., III, n^o 50, p. 35.

⁶¹ V. dans ce sens : M. PÉDAMON, *Baux commerciaux, Droit civil français*, T. V-2, 7^e éd., Librairies techniques, 1979, n^o 81, p. 119 ; B. PETIT, *Droit commercial*, 5^e éd., LexisNexis, 2011, n^o 228, p. 106.

⁶² Cass. Com., 15 novembre 2005, n^o 01-01831.

amène à conclure que les époux Z... ont versé une indemnité de 200 000 francs aux époux X... pour rémunérer la suppression du fonds de ces derniers tandis que les époux Z... ne devaient tirer aucun profit de ladite suppression, et que ces derniers ne pouvaient pas s'être abstenus de visiter les lieux qu'ils allaient prendre à bail et n'avaient donc pu ignorer qu'ils étaient libres depuis le 1er juillet 1995, l'arrêt, par une interprétation souveraine des termes de la convention et de la commune intention des parties, exclusive de dénaturation, retient que la somme de 200 000 francs rémunère la possibilité donnée aux époux Z... d'obtenir un bail commercial par suite de la libération des locaux et constitue un supplément de loyer sous forme d'indemnité de pas de porte versée à l'entrée dans les lieux et que telle est la seule interprétation qui résulte de la phrase de la convention qui prévoit "la libération des locaux lui permettant d'obtenir un bail commercial à son profit pour l'exercice d'une activité différente" ; que l'arrêt retient encore que les époux Z... ne démontrent pas que leur consentement ait été vicié par des manœuvres frauduleuses ; que la cour d'appel, qui n'a pas statué par des motifs hypothétiques et qui a répondu en les écartant aux conclusions prétendument délaissées évoquées à la quatrième branche, a légalement justifié sa décision ; que le moyen n'est pas fondé ».

Si les locataires sont ici déboutés, on retiendra néanmoins que leur action tendait à l'annulation du contrat et au remboursement du pas-de-porte. Leurs griefs tirés de l'inexistence d'une contrepartie du pas-de-porte, du consentement vicié et de l'emplacement moyen du local n'ont ainsi pas suffi à emporter la conviction des juges au regard des faits de l'espèce. À travers les arguments avancés, c'est sans nul doute le caractère excessif du montant du pas-de-porte qui était incriminé. Il est regrettable que les locataires ne s'en soient rendus compte qu'après la conclusion du bail. On peut d'ailleurs douter de leur bonne foi à ce sujet. Quoi qu'il en soit, cette prise de conscience tardive leur a été préjudiciable.

D'autres espèces prêtent nettement moins à discussion tant le montant du pas-de-porte est exorbitant. Un auteur écrit ainsi : *« il n'est pas rare de voir dans les grandes villes, des cessions de pas-de-porte pour un montant qui varie entre 10 et 30 fois le montant du loyer du local correspondant. Ainsi des pas-de-porte peuvent atteindre des millions de francs anciens, parfois des dizaines de millions. »*⁶³ Il poursuit en citant un exemple évocateur : *« un pas-de-*

⁶³ H. BLAISE, *Réflexions sur le pas-de-porte* in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 348.

porte qui atteint cinq fois le prix des murs et cent fois le montant du loyer. Il s'agit évidemment d'un cas limite (et qui nous vient de... Marseille). »⁶⁴

473. - Par ailleurs, certains bailleurs n'hésitent pas à mettre en concurrence les candidats à la location afin d'obtenir un pas-de-porte substantiel. Ainsi, selon un auteur, « *Il (le pas-de-porte) dépend largement de la qualité de la commercialisation opérée, de l'effervescence générée et est parfois une « divine surprise » pour le bailleur et le commercialisateur. Mesurant l'effervescence, il mesure la commercialité d'un secteur géographique. Pas forcément la valeur locative.* »⁶⁵. Il précise son propos en ajoutant : « *Parfois la commercialisation d'un local se fait dans l'effervescence. L'emplacement et le locataire donnent lieu à des surenchères. Un bailleur peut alors être tenté de profiter de l'aubaine pour augmenter seulement le loyer périodique. Mais en pratique, la majoration de loyer est difficile à réaliser en cours de commercialisation et dangereuse pour l'équilibre des loyers d'un centre commercial ou plus généralement pour l'équilibre financier du compte de résultat du futur locataire. C'est pourquoi la surenchère se réalise en pas-de-porte et c'est pourquoi également celui-ci est parfois la divine surprise.* »⁶⁶

Il appert ainsi que le bailleur tire profit de conjonctures qui lui sont favorables pour majorer fortement le montant de l'entrée payante. Cette situation est indubitablement préjudiciable au locataire, contraint de déboursier plus pour louer. L'accès au contrat est logiquement rendu plus difficile dans ces conditions. Les candidats à la location seront nécessairement moins nombreux du fait de l'importance du montant exigé. Cette sélection par l'argent, fondée non pas sur la qualité du local mais fruit d'une surenchère, entrave clairement le libre accès au contrat. Certains prétendants à la location ne pourront postuler, faute de disposer de fonds suffisants.

En définitive, la stipulation d'un pas-de-porte d'un montant disproportionné constitue une atteinte aggravée au libre accès du contrat. Il importe de trouver un juste milieu entre les intérêts divergents des bailleurs et des preneurs afin qu'aucune des parties ne soit lésée dans

⁶⁴ H. BLAISE, *Réflexions sur le pas-de-porte* in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 348, note 2, exemple tiré de l'annale des loyers de 1959, p. 150, n° 2275.

⁶⁵ F. ROBINE, *Bail: expertise et valeur locative (doss. 520)*, *Droit et pratique des baux commerciaux*, 2006, n° 520.70.

⁶⁶ *Ibid.*

l'exercice de sa liberté de contracter. Dans l'idéal, le montant du pas-de-porte « supplément de loyer » ajouté à celui des loyers devra correspondre à la valeur locative réelle du local. S'agissant du pas-de-porte « indemnité », il devra venir compenser un préjudice sérieux et réellement supporté par le bailleur.

B. Les abus en matière de prime d'émission

474. - Le cas d'abus le plus retentissant⁶⁷ en matière de fixation de prime d'émission est sans conteste l'affaire du Krach de l'Union générale⁶⁸ brièvement évoquée précédemment. Après avoir été créée le 3 juin 1978, avec à sa tête Paul Eugène BONTOUX, la banque Union générale est devenue rapidement prospère et a attiré les investisseurs. Elle a investi dans différents secteurs et a recouru, pour ce faire, à des augmentations de capital. Le cours de l'action a crû rapidement. Cependant, la gestion de la banque a été entachée par des irrégularités dont notamment des bilans falsifiés, des souscriptions fictives et un accroissement important du montant de la prime d'émission alors que les bénéfices étaient en déclin continu. S'ensuivit en 1882, la faillite de l'Union générale entraînant dans son sillage d'autres banques et impactant durablement la bourse française.

La jurisprudence a été émaillée par la suite d'espèces moins marquantes, quoique dignes d'intérêt. Dans un arrêt du 12 mai 1975⁶⁹, la Cour de cassation a estimé que l'augmentation de capital votée par l'assemblée générale extraordinaire était irrégulière comme entachée de fraude dans le cas où le prix de l'émission était de 25 fois supérieur au nominal des anciennes et n'était justifié ni par l'existence de réserves, ni par la prospérité de l'entreprise. Si, dans cette décision, la Cour de cassation ne critique pas directement l'importance de la prime, elle en a déduit l'existence d'une fraude au regard de la situation financière de la société.

Dans une affaire quasi-similaire, la Cour d'appel a déduit l'existence d'une augmentation de capital frauduleuse d'une prime d'émission injustifiée au regard des pertes

⁶⁷ Cette affaire va véritablement marquer la fin du XIX^e siècle. ZOLA va, d'ailleurs, en tirer son roman, *L'argent* en 1891.

⁶⁸ V. sur le sujet : P. DIDIER et M. MARTEAU-PETIT, v° *Prime d'émission*, Rép. Soc., janvier 1993(actualisation : décembre 2010), n° 3 ; J. BOUVIER, *Le Krach de l'Union générale (1878-1885)*, PUF, 1960 ; J. VERDES, *La presse devant le krach d'une banque catholique : L'Union générale - 1882*, Archives des sciences sociales des religions, Vol. 19, n° 19, 1965, p. 125-156.

⁶⁹ Cass. com., 12 mai 1975, Bull. civ., IV, n° 129, p. 107.

d'exploitation importantes de la société et du caractère précipité, en plein mois d'août, de l'augmentation de capital⁷⁰.

En outre, la Commission des opérations de bourse, favorable à la libre fixation du prix d'émission, n'en a pas moins dénoncé au vu des circonstances, une opération effectuée par une société cotée qui avait organisé l'augmentation du capital de l'une de ses filiales en fixant un prix d'émission comportant une prime égale à 6 400 % du nominal de l'action⁷¹.

475. - Une prime d'émission élevée n'est pas toujours révélatrice d'un abus, telle l'illustre la célèbre affaire Château GISCOURS⁷². Pour rappel, la société d'exploitation de ce château, en proie à des difficultés financières, avait procédé à une augmentation de capital assortie d'une prime d'émission représentant 59 fois le nominal des actions émises. Les actionnaires minoritaires, se prévalant d'un abus de majorité et d'une fraude, ont contesté le montant de la prime d'émission, jugé exorbitant. Ils arguaient, notamment, que la fixation de ce montant avait été motivée par le désir des actionnaires majoritaires de les évincer puisque seuls ces derniers pouvaient souscrire à l'augmentation de capital. Ces arguments n'ont pas trouvé d'écho favorable auprès des juges du droit. Les actionnaires minoritaires ont été déboutés de leur action aux motifs que le montant de la prime d'émission était justifié au regard de la situation de la société⁷³. Les juges avaient également validé la position de la Cour d'appel qui avait retenu que si la situation de la société exigeait l'apport de capitaux propres, les modalités adoptées ne contrevenaient pas à l'objectif visé et écarté par cette appréciation souveraine l'existence de la fraude invoquée.

Cet arrêt appelle quelques remarques. La volonté des actionnaires majoritaires d'évincer les minoritaires apparaît, sur le strict plan des faits, avérée. Des auteurs ont d'ailleurs considéré, en ce sens, que « *la stratégie menée par les majoritaires n'est sans doute pas dénuée d'arrière-pensée expansionniste.* »⁷⁴ Quoi qu'il en soit, l'opération est, *de lege lata*, parfaitement valable

⁷⁰ CA Paris, 25 novembre 2008, RJDA 3/2009, n° 236 cité par M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 26^e éd., LexisNexis Litec, 2013, n° 884, p. 461.

⁷¹ COB, rapp. 1973, J.O., Doc. Adm., 12 juin 1974, p. 1829 cité par M. DE JUGLART et B. IPPOLITO., *Traité de droit commercial*, Vol. 2: *Les sociétés*, P. 2 : *Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée*, 3^eéd. par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Montchrestien, 1982, n° 802, p. 872.

⁷² Cass. com., 22 mai 2001, (aff. Château Giscours) n° 98-19086, Bull. Joly 2001. 1003, n° 230, H. LE NABASQUE ; Dr. sociétés 2001, n° 180, F. X. LUCAS ; JCP E 2001. 1911, A. VIANDIER et J. J. CAUSSAIN.

⁷³ Montant des réserves, du chiffre d'affaires et de la valeur du stock.

⁷⁴ M. COZIAN, A. VIANDIER et F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 26^e éd., LexisNexis Litec, 2013, n° 417, p. 237.

et profitable à la société et aux actionnaires majoritaires. Ainsi, *on retiendra la leçon de l'arrêt : l'habileté n'est pas nécessairement un abus de majorité ou une fraude.* »⁷⁵

476. - En conclusion, la société dispose d'une large marge de manœuvre en matière de fixation du montant de la prime d'émission. L'inexistence de textes en ce domaine est tout naturellement propice aux abus. Partant, le libre accès au contrat de société peut être sérieusement contrarié par l'importance de la prime d'émission réclamée aux nouveaux actionnaires. Ce montant peut, en effet, constituer un frein à l'entrée de ces derniers au sein de la société. L'importance du montant ne saurait, par ailleurs, faire préjuger l'existence d'un abus même s'il entrave, de fait, l'accès au contrat. La constatation de l'abus est laissée à la libre appréciation des juges du fond qui se réfèrent notamment à la situation de la société.

C. Les abus en matière de droit d'entrée dans les contrats de distribution

477. - Régis par la liberté contractuelle, les droits d'entrée sont, en principe, justifiés par l'existence de contreparties. Il y a par conséquent une bilatéralité des obligations. Cependant, le supplément est particulièrement inconstant dans les contrats de distribution ; et de cette inconstance, naissent des abus. En premier lieu, le montant du droit d'entrée varie d'un réseau à l'autre. Ensuite, la contrepartie du droit d'entrée n'est pas toujours claire. Se pose ainsi la question de la pertinence du montant demandé au regard de la contrepartie effectivement proposée au distributeur. Se pose également le problème de l'évaluation chiffrée de certaines contreprestations.

L'effectivité de la contrepartie est d'autant plus importante que les sommes en jeu sont élevées. Celle-ci permet, de plus, au distributeur de réitérer la réussite du fournisseur. Elle permet également au débiteur de l'entrée payante de ne pas dépenser à fonds perdus, ce qui pourrait mettre en péril son commerce. Il importe de garder à l'esprit, en effet, que le distributeur supporte de nombreuses charges en sus du droit d'entrée. Par exemple, dans le cas du franchisé, son budget est grevé de charges financières « *extrêmement importantes* », « *car outre le paiement du droit d'entrée et des redevances, le franchisé est tenu d'avoir un local conforme à l'image du franchiseur, ce qui peut nécessiter des travaux d'aménagement*

⁷⁵ *Ibid.*

conséquents »⁷⁶. L'on aura compris, intégrer un réseau emporte un lourd investissement financier, d'où l'intérêt de traiter avec un partenaire fiable, fournissant de solides contreparties.

478. - Partant, l'existence d'une contrepartie, en complète disproportion avec le montant du droit d'entrée est constitutive d'un abus. Si l'absence de contrepartie autorise une action en nullité du contrat et la restitution des sommes versées⁷⁷, une action en raison de l'inéquivalence des prestations ne peut prospérer⁷⁸. Il reste que le distributeur pâtit de cette iniquité. L'accès au contrat est, de plus, moins aisé du fait de l'importance du droit d'entrée. Il appartient, dès lors, au distributeur de s'interroger sur l'opportunité de conclure un tel contrat.

D. Les abus en droit de la consommation

479. - La fixation des droits d'entrée dans les contrats de consommation est laissée à la discrétion de leur créancier. Cette fixation unilatérale et arbitraire peut déboucher sur des abus. C'est notamment le cas lorsqu'il existe une disproportion entre le montant du droit d'entrée et les services proposés en contrepartie. Le consommateur doit ainsi se montrer particulièrement vigilant quand un droit d'entrée est stipulé et en particulier, si son montant est exorbitant⁷⁹. On observe, par ailleurs, qu'un montant élevé peut se justifier par le standing du club et la haute qualité des prestations. En tout état de cause, il est en droit d'obtenir le remboursement de ces sommes s'il n'y a pas expressément consenti⁸⁰.

Un droit d'entrée élevé constitue un obstacle certain à la libre conclusion du contrat. Certains consommateurs ne pourront pas prétendre à l'adhésion, faute de disposer de fonds suffisants. Cette situation est parfois volontairement recherchée. Elle traduit la volonté plus ou

⁷⁶ GRIMALDI et *al.*, *op. cit.*, n° 141, p. 121

⁷⁷ V. par exemple : Cass. com., 6 mai 2003, n° 01-00515 (1^{er} moyen) : Nullité du contrat de franchise, restitution de la somme versée à titre de droit d'entrée et paiement de dommages-intérêts au franchisé en raison de l'absence de cause.

⁷⁸ C. civ., art. 1168 nouv. : « *Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.* » Antérieurement, v. C. civ., art. 1118 anc.

⁷⁹ Pour reprendre un exemple précédemment cité, le droit d'entrée au Racing club de Versailles est de 16 000 euros qui s'ajoutent aux 3 450 euros de cotisation annuelle. Source : <http://golf.lefigaro.fr/parcours-tourisme/destinations-golf/>

⁸⁰ C. consom., L. 121-17 nouv. V. déjà avant ce texte, Cass. 1^{re} civ., 14 mai 1992 précité (Bull. civ. I, n° 138, p. 94) dans lequel un centre sportif avait été condamné à rembourser des droits d'entrée et des cotisations à ses adhérents suite au renchérissement considérable des prix du fait de travaux ultérieurs dont ceux-ci n'avaient pas été informés.

moins explicite de certains clubs d'opérer une sélection par l'argent parmi leurs futurs adhérents.

§2. Des atteintes à l'égal accès au contrat

480. - La stipulation d'une entrée « supplément » génère une double rupture d'égalité. Cette inégalité se retrouve, en premier lieu, au sein de la relation créancier-débiteur. Les conditions d'accès au contrat sont clairement inégalitaires et ce, au détriment du débiteur de l'entrée payante (I). En second lieu, l'accès au contrat est inégalitaire, dans certaines circonstances, pour les débiteurs, parties à un même type de contrat (II).

I. L'inégal accès au détriment du débiteur

481. - Si le droit privé français repose sur le postulat libéral selon lequel les parties sont présumées capables de défendre leurs intérêts, des inégalités criantes sont parfois à déplorer. C'est notamment le cas en droit des affaires, domaine privilégié d'expression de la liberté contractuelle et terrain d'élection des entrées payantes « supplément ». La stipulation d'une entrée « supplément » témoigne de l'emprise de l'un des contractants sur son partenaire. En effet, constitutive d'une atteinte au libre accès au contrat, l'entrée payante est également génératrice d'une atteinte à l'égal accès au contrat. Cela signifie, en l'occurrence que l'une des parties, à savoir le débiteur de l'entrée payante ne bénéficie pas des mêmes conditions d'accès au contrat que son cocontractant.

Cette inégalité dans l'accès au contrat trouve son origine dans l'inégalité de puissance économique des parties⁸¹. Dans tous les cas précédemment relevés, l'entrée « supplément » est stipulée par le cocontractant dominant, détenteur d'un pouvoir économique. Cette position de force lui permet de monnayer l'accès au contrat et de stipuler la contrepartie de l'entrée payante.

Pour ce qui est du débiteur, sa marge de négociation est moindre. Il ne dispose généralement que de la faculté de se soumettre aux conditions qui lui sont imposées ou de renoncer à la conclusion du contrat.

⁸¹ Des auteurs ont consacré des travaux à ces situations mettant en opposition des parties d'inégale puissance économique. Lorsqu'il s'agit de deux professionnels, ils parlent de « contrats de dépendance ».V. *supra* n° 381 et s. et *infra* n° 583 et s.

482. - De ce déséquilibre des forces initial naît ainsi une rupture d'égalité au sein de la relation contractuelle. De là, si l'entrée « supplément » comporte nécessairement une contrepartie⁸², se pose la question de l'équivalence de ces obligations. Cette recherche n'est pas aisée dans la mesure où la contrepartie de l'entrée payante prend souvent la forme de services ou fait intervenir un jugement de valeur. Pour ces raisons, l'équivalence de l'entrée payante et de sa contrepartie nécessite que le créancier fasse preuve de bonne foi et même, d'un esprit de solidarité. Autant dire que l'exacte équivalence des prestations est une gageure que le créancier se dispensera volontiers de relever puisque seuls seront sanctionnés ceux abusant outrageusement de leurs prérogatives.

Ainsi, l'égal accès n'est pas assuré s'il n'y a pas d'équivalence entre les prestations précontractuelles assumées par chacune des parties. *A contrario*, on considérera qu'il est préservé si ces prestations sont équivalentes. L'équivalence des prestations est en principe recherchée par le débiteur de l'entrée payante. Il reste, dans de rares circonstances, que le déséquilibre est sciemment voulu par ce dernier. C'est par exemple le cas en matière de prime d'émission, lorsque le nouvel actionnaire consent à surpayer son placement pour des raisons fiscales⁸³. Ce déséquilibre recherché par le débiteur est aussi une manifestation de la liberté contractuelle puisque l'instauration d'un équilibre de valeur entre les obligations relève des prérogatives classiques des contractants⁸⁴.

II. L'inégal accès au contrat des débiteurs parties à un même type de contrat

483. -La rupture d'égalité dans l'accès au contrat est également ressentie par les débiteurs, parties à un même type de convention. Autrement dit, le montant de l'entrée payante peut différer d'un débiteur à l'autre, pour un même type de contrat. L'inégal accès au contrat

⁸² L'obligation sans contrepartie est nulle. C. civ., art. 1169 nouv. « *Un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire.* »

⁸³ Le nouvel actionnaire va souscrire malgré l'absence de contrepartie financière directe de la prime d'émission et ce, en vue d'obtenir d'intéressants avantages fiscaux (réduction d'impôt de solidarité sur la fortune de 75% des versements réalisés au profit d'une petite ou moyenne entreprise : dispositif de l'article 885 O V bis du Code général des impôts). V. sur la question : R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 377, p. 202.

⁸⁴ V. en ce sens, V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, th. Toulouse 1, T. 1, PUAM, 2000, n° 94, p. 109 : « *La liberté contractuelle implique la liberté, pour les parties, de déterminer l'équilibre entre la valeur des prestations dans le contrat commutatif.* »

est ici amplifié car il dépasse le strict cadre contractuel. Non seulement, le débiteur pâtit d'une inégalité dans la relation qu'il entretient avec son débiteur, mais en outre, il existe une disparité de traitement entre les débiteurs. Plusieurs exemples permettront de s'en convaincre.

484. - Dans le bail commercial, la stipulation du pas-de-porte est facultative. Cela est parfois dû au fait que le bailleur adopte le modèle des baux dit « à l'américaine »⁸⁵. L'absence de pas-de-porte constitue une réelle opportunité pour ceux qui en sont dispensés. L'accès au bail est, ainsi, facilité. De plus, n'ayant pas d'entrée payante à verser, les locataires pourront consacrer les fonds non utilisés à cet effet pour l'achalandage de leur commerce, la publicité, ou simplement les conserver en trésorerie, etc...

A contrario, lorsqu'un pas-de-porte est stipulé, il complique l'accès au bail. Si le preneur ne dispose pas de la somme suffisante, il peut se trouver contraint de l'emprunter. Cette obligation supplémentaire constitue un réel handicap, particulièrement pour les jeunes commerçants. Ceux qui prennent à bail en dépit de l'existence d'un pas-de-porte doivent imputer son montant de leur trésorerie et sont par conséquent tenus de réduire leurs autres frais. Ils voient de plus leur capacité d'investissement réduite. Par ailleurs, le locataire peut décider de répercuter sur le consommateur ce surplus de charges⁸⁶. En ce sens, le pas-de-porte constitue un frein au développement de l'activité commerciale.

Il apparaît ainsi que l'accès au contrat est clairement inégalitaire. Libre ou payant selon les circonstances, il influe indubitablement sur les conditions d'entrée dans les lieux du commerçant. Quand l'accès est payant, le montant demandé peut, par ailleurs, fortement fluctuer, ce qui manifeste là encore, les inégalités entre débiteurs. Cette situation est renforcée lorsque les preneurs, aspirant à des locaux identiques, sont tenus de payer des pas-de-porte d'un montant différent⁸⁷.

⁸⁵ Pour rappel, le montant du pas-de-porte est inclus dans le montant du loyer dans les baux à l'américaine.

⁸⁶ En ce sens : P. CHAUVEAU, *Métamorphose de la propriété commerciale*, in *Mélanges offerts à Jean BRETHE DE LA GRESSAYE*, éd. Bière, 1967, p. 122 : « elle (la législation des baux) ne permet pas aux jeunes de s'établir, sauf en payant un pas-de-porte important qui les handicapera au départ, et qu'il leur faudra récupérer sur leur clientèle. »

⁸⁷ On peut imaginer un immeuble appartenant à plusieurs bailleurs et abritant des locaux commerciaux de même superficie. L'accès au contrat peut être regardé comme inégalitaire si le bailleur A demande à son preneur un pas-de-porte de 100 et le bailleur B, un pas-de-porte de 200.

485. - L'exemple de la prime d'émission est également révélateur de l'inégal accès au contrat. L'on sait que la prime d'émission est librement fixée par l'assemblée générale extraordinaire ou l'organe délégué pour sa détermination. Le montant varie logiquement en fonction de la société et du moment de l'augmentation de capital. Par exemple, il ne sera pas demandé le même montant à l'actionnaire souhaitant souscrire à l'augmentation de capital de la société N qu'à celui qui acquiert des actions chez la société B. Cette assertion se vérifie même lorsque le secteur d'activité est identique ou lorsque l'augmentation de capital s'opère durant la même période. La raison en est que chaque société fixe le montant de la prime selon sa situation financière et ses besoins, avec pour but la réalisation de certains objectifs. Par ailleurs, la société N peut fixer en telle année X une prime d'émission supérieure à celle fixée en année Z selon les critères sus-énoncés. Dans ces exemples, l'atteinte à l'égal accès ne pourra être évoquée que dans la mesure où une nette disproportion existe entre les primes demandées aux actionnaires alors que ceux-ci sont placés dans des situations analogues.

En revanche, il est plus surprenant que le montant de la prime soit déterminé en considération de la qualité de l'actionnaire. Les primes différenciées sont, en effet, admises⁸⁸. Selon un auteur, « rien ne semble interdire à la société de réserver à ses associés actuels un prix de souscription préférentiel. C'est ainsi qu'est parfaitement valable le procédé consistant à n'exiger une prime d'émission que des tiers étrangers à la société qui souscriraient à l'augmentation de capital après exercice des droits préférentiels de souscription. Quant au fait d'instituer une prime d'émission de sorte à la faire payer aux seuls souscripteurs qui ne sont pas actionnaires, il réduirait le rôle de la prime à celui de droit préférentiel de souscription. Nous semble enfin valable le procédé consistant à réserver une prime d'émission moindre aux associés exerçant leurs droits préférentiels, et au contraire renforcée pour les tiers souscripteurs ». Cette situation nous paraît plus discutable car elle crée un écart injustifié entre ancien et nouveau actionnaires. Si la stipulation d'une prime d'émission se comprend au vu de la nécessité de rétablir l'équilibre entre ces derniers, il importe toutefois que le nouvel actionnaire ne soit pas spolié.

486. - S'agissant du droit d'entrée du contrat de distribution, il nous a été donné de constater précédemment⁸⁹ le caractère extrêmement variable de son montant. Certains distributeurs sont, en effet, tenus de verser des dizaines de milliers d'euros pour intégrer un

⁸⁸ R. MORTIER, *Opération sur capital social*, LexisNexis, Litec, 2010, n° 368.

⁸⁹ V. *supra* n° 273 et s.

réseau alors que l'accès est gratuit pour d'autres⁹⁰. Sur la base de ce constat, l'inégalité de l'accès au contrat transparait clairement. Il faut garder à l'esprit, néanmoins, que la qualité et le renom du réseau peuvent justifier ce coût élevé. Dès lors, l'atteinte à l'égal accès sera avérée s'il existe un décalage entre les sommes exigées à l'un et à l'autre pour un réseau et des contreparties comparables.

487. - Il apparaît bien pour finir que la stipulation d'une entrée payante « supplément » peut sérieusement contrarier le libre et l'égal accès au contrat. De là, il appert que la relation dominant/dominé est beaucoup plus marquée que dans l'hypothèse d'une entrée engagement. L'entrée payante « supplément » est, en cela, lacunaire : instrument de domination, elle permet d'asseoir une hiérarchie dans le contrat.

SECTION 2 - LA NÉCESSAIRE SUBORDINATION DE LA VALIDITÉ DES ENTRÉES SUPPLÉMENT À L'EXISTENCE DE CERTAINS CRITÈRES

488. - L'entrée payante « supplément » est une pure émanation de la liberté contractuelle, principe directeur de notre droit des contrats. Ses failles nous interrogent néanmoins sur l'opportunité de l'encadrer. Dans l'affirmative, trois exigences pourraient être formulées : l'admissibilité des entrées payantes sous réserve de l'inexistence de solutions alternatives (§1), l'exigence d'une contrepartie indiscutable (§2), la transparence du versement de l'entrée payante (§3).

§1. L'inexistence de solutions alternatives

489. - Parce qu'elle constitue une atteinte au libre et à l'égal accès au contrat, une entrée payante « supplément » ne devrait être stipulée qu'à titre exceptionnel. Au demeurant, le recours à ce mécanisme ne devrait intervenir qu'en l'absence de solutions alternatives. Or, dans la plupart des cas, ces solutions existent. Reste à savoir si elles remplacent avantageusement les

⁹⁰ L'on ne manquera pas de relever, à ce propos, que cet état de fait crée un risque réel de distorsion de concurrence puisque le distributeur qui supporte de lourdes charges répercutera nécessairement ces frais sur le prix de vente de ses produits.

entrées « supplément ». Seront ainsi envisagées les solutions alternatives au pas-de-porte (I), à la prime d'émission (II), et au droit d'entrée dans le contrat de distribution (III).

I. Les solutions alternatives au pas-de-porte

490. - La pratique du pas-de-porte tend à se raréfier, preuve que les parties peuvent parfaitement s'en dispenser. En effet, une diminution des baux consentis avec pas-de-porte a été constatée à partir des années 1970⁹¹. Il faut regretter toutefois que les loyers, fixés selon les prix pratiqués sur le marché, excèdent la valeur locative⁹².

L'alternative au pas-de-porte et plus particulièrement au pas-de-porte « supplément de loyer » est le bail à l'américaine⁹³. C'est d'ailleurs l'option de plus en plus choisie par les parties. En vertu du principe de la liberté contractuelle, ces dernières ont pleine liberté pour fixer le montant du loyer en tenant compte de l'absence du pas-de-porte. Le choix du bail à l'américaine présente à la fois des atouts pour le bailleur et pour le preneur. Le premier n'est pas lésé en raison d'une sous-évaluation du loyer puisque le montant du pas-de-porte est inclus dans le loyer périodique. Quant au preneur, il n'a pas la contrainte de déboursier une importante somme d'argent à son entrée dans les lieux. Ces fonds pourront donc être affectés à un autre usage. Le preneur devra se montrer, toutefois, particulièrement vigilant quant au montant du loyer qui lui sera réclamé. Privé de pas-de-porte, le bailleur peut être tenté de surévaluer le montant du loyer. Il reste souhaitable que les parties s'entendent sur un loyer conforme à la valeur locative réelle pour des raisons évidentes d'équité et d'équilibre des conventions.

Le loyer du bail conclu sans pas-de-porte peut être soumis à variation. Dans ce cas, le bailleur peut légitimement craindre d'être défavorisé. Pour pallier cette difficulté, il est loisible aux parties de prévoir explicitement les modalités de révision du loyer si elles souhaitent échapper au mécanisme légal complexe⁹⁴. Elles pourront ainsi valablement insérer une clause

⁹¹ B. MERCADAL, *Mémento Francis LEFEBVRE, Droit commercial 2011*, Ed. F. LEFEBVRE, 2011, n°4706, p. 143.

⁹² *Ibid.*

⁹³ En ce sens, F. ROBINE, *Bail: expertise et valeur locative (doss. 520)*, Droit et pratique des baux commerciaux, 2006, n° 520.100.

⁹⁴ De manière générale, les règles de plafonnement et de révision des loyers sont un aspect vivement critiqué par la doctrine. V. par exemple : A. MENDOZA-CAMINADE, *Le loyer du bail commercial, facteur de rigidité du statut des baux commerciaux*, Droit et patrimoine, n° 215, juin 2012, p. 54 : « le loyer du bail commercial apparaît déconnecté de la réalité économique du fait de cet encadrement légal dépassé qui conduit à un blocage

d'échelle mobile⁹⁵ ou une clause-recette⁹⁶ dans le contrat de bail initial, ce qui empêche le jeu des mécanismes de révision légale⁹⁷. Cette possibilité leur a été expressément reconnue par la jurisprudence⁹⁸. Il leur appartiendra également de fixer le point de départ et la fréquence de la réévaluation des loyers (par exemple annuellement, à la date anniversaire de la conclusion du bail).

En cas de désaccord, la voie judiciaire reste possible. Les tribunaux contrôleront la conformité du montant du loyer à la valeur locative réelle. Ils pourront, pour tempérer les excès découlant de l'exercice de la liberté contractuelle, éventuellement se référer aux notions de bonne foi, de proportionnalité pour la fixation du loyer renouvelé⁹⁹.

491. - La question de l'alternative au pas-de-porte « indemnité » ou « contrepartie d'éléments de nature diverse » est plus complexe. La question de la suppression totale de cette pratique ne saurait être envisagée sans une sérieuse évolution de la législation des baux commerciaux¹⁰⁰. Une réflexion de fond doit être menée, en effet, sur l'opportunité d'envisager

des loyers : le statut des baux commerciaux ne permet plus d'assurer la correspondance entre le loyer et la valeur locative.»

⁹⁵ La clause d'échelle mobile fait évoluer le loyer en fonction d'un indice choisi par les parties. Le choix de cet indice devra être opéré dans le respect de l'article L. 112-2 du Code monétaire et financier. Il existe plusieurs types d'indices : l'indice trimestriel des loyers commerciaux (ILC), l'indice national du coût de la construction (ICC), l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires (ILAT) créé en 2011 (décret n° 2011-2028 du 29 décembre 2011).

⁹⁶ La stipulation d'une clause-recette permet la fixation du loyer en fonction des recettes ou du chiffre d'affaires des locataires.

⁹⁷ S. WERTHE TALON, note sous Cass. 3^e civ., 10 mars 2004, D. 2004, p. 2221. V. avant cette décision : Cass. 3^e civ., 10 mars 1993 (affaire théâtre Saint-Georges), Bull. civ. III, n° 30 ; D. 1994, Somm., p. 47, obs. L. ROZÈS ; JCP 1993, II, 22089, note F. AUQUE ; JCP E 1993, n° 460, note B. BOCCARA ; JCP N 1994, p. 239, note D. COHEN-TRUMER et L. LÉVY ; A. JACQUIN, *Le renouvellement des baux des centres commerciaux comportant une clause recette*, Gaz. Pal. 1994, Doctr., p. 1145 ; Cass. 3^e civ., 17 juin 1987, Bull. civ. III, n° 124 ; Cass. 3^e civ., 27 janvier 1999 (arrêt Intexal et Rodier), Bull. civ. III, n° 22 ; JCP E 1999, p. 575, note F. AUQUE ; JCP G, II, 10142, note B. BOCCARA ; RTD com. 1999, p. 368, obs. J. MONÉGER ; Cass. 3^e civ., 15 mars 2000, RDI juill-sept. 2000, p. 402, obs. J.D ; Cass. 3^e civ., 7 mai 2002, AJDI 2002, p. 523, obs. J.-P. BLATTER ; D. 2002, AJ, p. 1906, obs. Y. ROUQUET ; LPA, 24 décembre 2002, p. 18, note M. KEITA.

⁹⁸ Cass. 3^e civ., 10 mars 2004, D. 2004, p. 2221 (arrêt précité, dans le cas du loyer d'un bail renouvelé, cassation au visa de l'article 1134 du Code civil et des articles L. 145-15, L. 145-33 et L. 145-34 du Code de commerce,) : « rien ne s'oppose à ce que les parties choisissent d'un commun accord de déterminer à l'avance par une stipulation du bail les conditions de fixation du prix du bail renouvelé. ».

⁹⁹ V. en ce sens, S. WERTHE TALON, note sous Cass. civ. 3^e, 10 mars 2004, D. 2004, p. 2221.

¹⁰⁰ Déjà en ce sens le rapport RUEFF-ARMAND (p. 33) recommandant « de limiter dans le temps le droit au renouvellement et d'interdire en conséquence la pratique du « pas de porte ». Il propose l'instauration d'un droit au maintien dans les lieux, limité seulement à deux renouvellements (soit 27 ans au total). Après l'écoulement de ce délai, le rapport préconise que le bailleur puisse reprendre son bien sans verser la moindre indemnité au preneur, ce qui aura pour effet de limiter « l'enracinement définitif du preneur ». V. également en ce sens, H. BLAISE, op. cit. p. 350 « si l'on juge utile de supprimer la pratique du pas-de-porte, il serait beaucoup plus efficace de faire disparaître les causes économiques et juridiques qui lui ont donné naissance plutôt que de formuler une interdiction légale si impérative soit-elle ».

une réforme de ce régime jugé, « *obsolète* » et « *inadapté au commerce économique actuel* »¹⁰¹. Très critiqué¹⁰², ce régime justifie la stipulation du pas-de-porte indemnité selon ses partisans¹⁰³. Instauré pour protéger le preneur en lui assurant une continuité dans la jouissance du bail, le régime des baux commerciaux institué par le décret de 1953 a eu pour effet de réduire les prérogatives du bailleur¹⁰⁴. Peut-on dire pour autant que le rapport de force s'est inversé au détriment du bailleur ? Rien n'est moins sûr.

Quoi qu'il en soit, en stipulant un pas-de-porte indemnité, le bailleur entend compenser les avantages procurés au preneur commercial, notamment le droit au renouvellement¹⁰⁵ et le paiement d'une indemnité d'éviction. Par suite, la modification de ces règles, à savoir la limitation de ces droits aurait pour effet de limiter l'intérêt de la stipulation du pas-de-porte « indemnité », voire de le réduire à néant. Il serait alors envisageable d'interdire le pas-de-porte dans ces conditions. Une interdiction, en dehors d'une réforme des baux, conduirait au développement de versements occultes, privant la prohibition de son efficacité. En outre, en cas de versements occultes, le pas-de-porte ne sera pas en pris en compte fiscalement ni dans le calcul de l'indemnité d'éviction. Par ailleurs, le versement occulte pose le problème de la preuve, difficile à obtenir et laissée à l'appréciation des juges du fond¹⁰⁶.

¹⁰¹ A. MENDOZA-CAMINADE, *Le loyer du bail commercial, facteur de rigidité du statut des baux commerciaux*, Droit et patrimoine, n° 215, juin 2012, p. 54.

¹⁰² V. par exemple : P. CHAUVEAU, *Métamorphose de la propriété commerciale*, in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Bière, 1967, p. 122 : « Elle (la législation des baux commerciaux) contribue à perpétuer la crise des locaux et, en donnant au fonds une plus-value factice, elle favorise la spéculation sur les baux commerciaux ».

¹⁰³ Sur la légitimité du pas-de-porte « indemnité », v. H. BLAISE, *op. cit.* p. 350 : « le législateur n'a pas voulu cette spoliation des propriétaires de locaux commerciaux, puisqu'il a laissé toute liberté aux parties pour fixer le montant du prix du bail lors de la conclusion de celui-ci. Par conséquent, si le législateur oblige le bailleur d'un local commercial à reconnaître au locataire des droits accrus, il n'interdit pas de tenir compte de ces droits accrus dans la fixation contractuelle du montant des sommes mises à la charge du locataire. »

¹⁰⁴ « L'accroissement des prérogatives du commerçant a été obtenu par une diminution corrélative de celles du propriétaire » selon P. CHAUVEAU, *Métamorphose de la propriété commerciale*, in *Mélanges offerts à Jean BRETHER DE LA GRESSAYE*, éd. Bière, 1967, p. 116. Cet auteur se montre très véhément contre la législation des baux. Il parle de « véritable expropriation » (p. 122).

¹⁰⁵ V. par exemple A. MENDOZA-CAMINADE, *Le loyer du bail commercial, facteur de rigidité du statut des baux commerciaux*, Droit et patrimoine, n° 215, juin 2012, p. 55 : « La liberté contractuelle permet également aux parties de prévoir le versement d'un pas-de-porte au profit du bailleur. Il s'agit d'une somme payée par le locataire lors de l'entrée dans les lieux et conservée définitivement par le bailleur pour compenser le bénéfice du droit au renouvellement. »

¹⁰⁶ Cass. 3^e civ., 5 mars 1997, n° 95-11841 : la preuve de la remise du pas-de-porte est laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond.

En l'état du droit positif, il semble ainsi périlleux de procéder à l'interdiction du pas-de-porte car cette mesure pourrait avoir la fâcheuse conséquence de conduire à l'«*hypertrophie des loyers*»¹⁰⁷ et de favoriser les versements occultes.

En résumé, le pas-de-porte supplément de loyer peut être remplacé par le bail à l'américaine. Quant au pas-de-porte indemnité, il n'existe pas de solutions alternatives. Sa suppression progressive pourrait être envisagée mais elle impliquerait une refonte du régime des baux commerciaux.

II. Les solutions alternatives à la prime d'émission

492. - Des solutions alternatives peuvent se substituer à l'émission d'actions nouvelles avec prime¹⁰⁸. En premier lieu, il est possible de distribuer les réserves aux anciens actionnaires avant de procéder à l'augmentation de capital. Dans ce cas, cependant, la société ne disposera pas de trésorerie, or c'est précisément ce qui est recherché lors d'une augmentation de capital.

Ensuite, un second procédé consiste à incorporer les réserves au capital puis à distribuer aux anciens actionnaires une action nouvelle pour chaque action ancienne. Il faut souligner toutefois que le recours à cette option interdit la distribution des réserves incorporées au capital. On conçoit donc qu'elle puisse susciter des scrupules chez les actionnaires.

Une dernière possibilité réside dans l'attribution d'un droit de préférence à la souscription d'actions nouvelles (exercée par l'ancien actionnaire lui-même ou cédée à un tiers).

493. - Ainsi, de multiples procédés peuvent être employés en lieu et place de l'émission avec prime. Toutefois, elles ne sont pas sans présenter des carences. Les associés peuvent, par suite, préférer le recours à l'émission avec prime quand la situation de la société le requiert ou lorsqu'elle apparaît comme la meilleure option.

¹⁰⁷ L'expression est de B. BOCCARA, *Le pas-de-porte versé au propriétaire d'un local commercial*, JCP éd. G 1963, doctr. I 1741.

¹⁰⁸ P. DIDIER et M. MARTEAU-PETIT, *Prime d'émission*, Rép. soc., janvier 1993 (actualisation : décembre 2010), n° 3. Les solutions évoquées ci-dessous sont extraites de cet article.

III. Les solutions alternatives au droit d'entrée dans le contrat de distribution

494. - Le droit d'entrée constitue un investissement majeur pour le distributeur. Une alternative intéressante consisterait à remplacer cette obligation par un intéressement qui serait fonction de ses résultats. Celui-ci pourrait prendre, par exemple, la forme d'un pourcentage sur les bénéfices mensuel, trimestriel ou annuel du distributeur, avec un minimum garanti au fournisseur. Il appartiendra aux parties de s'accorder sur les modalités du versement (montant exact du pourcentage, durée dans le temps, qui selon nous doit être limitée, etc..). Cette solution semble optimale pour assurer à la fois la juste rémunération due au fournisseur, pourvoyeur de réussite, sans pour autant handicaper financièrement le distributeur. Notons au passage que l'on peut comparer cet intéressement à la clause recette des baux commerciaux.

Bien entendu, les parties devraient pouvoir recourir au versement du droit d'entrée sous la forme classique si le distributeur préfère cette option. Il ne s'agit pas de prohiber cette pratique.

Si le recours aux solutions alternatives n'est pas possible ou n'est pas souhaité par le débiteur, la contrepartie du droit d'entrée, dûment justifiée, doit être indiscutable.

§2. Une contrepartie indiscutable

495. - Comme souligné précédemment, la stipulation d'une entrée payante « supplément » constitue une entorse au principe du libre et égal accès au contrat. Cette entrée représente, de plus, un sacrifice financier important pour le débiteur puisqu'elle majore le coût de l'obligation principale. Au vu de ces circonstances, il est fondamental que le créancier soit tenu, autant que faire se peut, d'une indiscutable contrepartie. L'effort consenti par le débiteur est tel qu'il ne saurait être toléré, en retour, des imprécisions quant au contenu de l'obligation du créancier de l'entrée payante.

496. - Ainsi, les nombreuses controverses relatives à la nature juridique du pas-de-porte imposent que les parties s'accordent clairement sur sa qualification et sur son exacte contrepartie.

Dans le cas du pas-de-porte supplément de loyer, le versement doit venir réellement compenser la différence entre le loyer pratiqué et la valeur locative réelle du bien. Le bailleur ne peut ainsi se contenter de s'aligner sur les prix du marché. Il importe de se référer aux indices applicables en matière de baux afin de fixer un prix juste. Dans le cas contraire, les sommes versées en sus sont dépourvues de contrepartie. À ce propos, il peut être envisagé la création d'un barème des loyers par région à titre indicatif¹⁰⁹ afin que les locataires aient une juste idée des prix qui peuvent leur être demandés. La question mérite sans doute réflexion.

S'agissant du pas-de-porte « indemnité », lorsqu'il est stipulé, il doit indemniser un préjudice réel actuel ou prévisible. C'est par exemple le cas, si le bailleur consent un bail d'une durée particulièrement longue ou s'il renonce à la résiliation¹¹⁰. Partant, l'indemnité ne doit pas en avoir que le nom. La demande de supplément, pour être valable, doit être établie à partir de considérations sérieuses. Le bailleur ne saurait, par conséquent, entrer dans un jeu de surenchères, le locataire le plus offrant emportant le droit de conclure le bail. C'est là une atteinte très vive portée au principe de la liberté contractuelle. Il reste qu'une demande de restitution peut être valablement engagée sur le fondement de l'absence de contenu¹¹¹.

497. - S'agissant de la prime d'émission, si son intérêt est indéniable, elle doit correspondre à un réel besoin de la société et être un véritable instrument d'équilibre entre anciens et nouveaux actionnaires¹¹². La prime d'émission doit, de ce fait, être justifiée économiquement au regard de l'existence de réserves sociales, de la situation de la société, de l'existence des pertes et de l'évolution du chiffre d'affaires¹¹³.

¹⁰⁹ Cette proposition ne vise pas à brimer le principe de la libre fixation des loyers. L'objectif est plutôt de favoriser la transparence dans les rapports bailleurs-locataires et d'inciter les bailleurs à la mesure.

¹¹⁰ CE, 19 décembre 1994, n° 148909 : RJF 4/1995, n° 478 (déjà cité).

¹¹¹ V. *infra* n° 510 et s.

¹¹² M. DE JUGLART et B. IPPOLITO., *Traité de droit commercial*, Vol. 2 : *Les sociétés*, P. 2 : *Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée*, 3^eéd. par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Montchrestien, 1982, n° 802, p. 871 : « La prime d'émission est « un moyen de protection des actionnaires anciens » – ce qui constitue son rôle le plus fréquent ».

¹¹³ *Id.*, n° 802, p. 870 et 871 : « La prime est justifiée en tant qu'elle est la contrepartie des avantages faits aux nouveaux souscripteurs qui, entrant dans la société déjà constituée vont acquérir des droits sur les réserves figurant au bilan voire sur les plus-values d'actif non encore comptabilisées, la prime n'est pas pour autant inadmissible quand elle est réclamée lors de la constitution ou même lors d'une augmentation du capital réalisée par une société en pertes dont l'actif net est inférieur au capital ; ce dernier cas se présente notamment quand l'actionnaire principal trouve qu'il est dans son intérêt, quelles que soient les conditions, de permettre à la société bénéficiaire d'améliorer sa situation financière. »

Plus exceptionnellement, la décision de souscrire peut résulter de la volonté d'obtenir une contrepartie indirecte à savoir des réductions d'impôts. Dès lors, même si elle n'a pas pour but de sauvegarder l'équilibre entre les actionnaires, le débiteur de l'entrée payante profite d'un avantage indirect, rendant par-là, l'opération favorable.

Cependant, si la prime d'émission est élevée sans qu'il n'y ait aucune contrepartie, même fiscale, le recours à la prime est abusif et entraîne des sanctions¹¹⁴.

498. - Pour ce qui est du droit d'entrée dans le contrat de distribution, l'importance de son montant impose au fournisseur d'accorder à son distributeur une juste contrepartie et ce, en dépit de l'inégalité de positions dans laquelle ils se trouvent.

Ainsi, en matière de franchise, si des dissensions subsistent sur l'exacte contrepartie du droit d'entrée, il est acquis qu'il rémunère toujours au moins la transmission d'un savoir-faire. Pour certains d'ailleurs, il est l'élément essentiel de la franchise : « *le savoir-faire fonde la franchise* »¹¹⁵. La réalité du savoir-faire est jugée selon plusieurs critères. Il doit être original, éprouvé, fiable, secret et efficace. Il doit également permettre la répétition de la réussite commerciale. En ce sens, le règlement CEE 4087-88, art. 1-3-f. précise que « *le savoir-faire communiqué au franchisé doit « résulter de l'expérience du franchiseur et avoir été testé par celui-ci* ». En outre, le savoir-faire ne doit pas être obsolète mais constamment perfectionné, il est supposé évoluer si les conditions de la réussite sont modifiées. « *Il est, en quelque sorte, le gardien de la réussite des franchisés à travers une expérience constamment entretenue.* »¹¹⁶D'ailleurs, il est dans l'intérêt du franchiseur de transmettre un véritable savoir-faire, car dans le cas contraire, c'est la pérennité du réseau qui serait remise en cause¹¹⁷.

Généralement, le savoir-faire est transmis via la remise de documents et de livrets de méthode, par des stages de formations du franchisé et de son personnel¹¹⁸.

¹¹⁴ V. *supra* n° 471 les abus en matière de pas-de-porte.

¹¹⁵ D. FERRIER, *Franchise et savoir-faire* in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST*, Litec, 1997, n° 2, p. 157. Selon lui, « *Les signes distinctifs notoires et l'assistance du franchiseur même s'ils ont été élevés, eux aussi, au rang d'éléments essentiels de la franchise, sont, par rapport au savoir-faire, des éléments induits. Ils ne sont que la conséquence de son application : la notoriété est obtenue par la répétition du savoir-faire ; l'assistance est appelée par la mise en œuvre du savoir-faire.*

¹¹⁶ D. FERRIER, *Franchise et savoir-faire* in *Mélanges offerts à Jean-Jacques BURST*, Litec, 1997, n° 27, p. 166.

¹¹⁷ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris I, LGDJ, 1986, n° 112, p. 83.

¹¹⁸ *Ibid.*

Le droit d'entrée, en plus de rémunérer le savoir-faire, peut être la contrepartie de prestations de services dont bénéficie le franchisé avant l'ouverture de son magasin. Dans ce cas, les prestations de services devront nécessairement être utiles et nécessaires afin de permettre la mise en place optimale du commerce du franchisé.

Par conséquent, en fonction des circonstances, le droit d'entrée rémunère le savoir-faire, le savoir-faire et des prestations de services, ou encore le savoir-faire et l'accès au réseau¹¹⁹. Se pose la question de savoir s'il faut chercher à s'accorder sur la question de l'exacte contrepartie du droit d'entrée ? Cela ne nous semble pas opportun. En fonction de la spécificité de l'activité exercée et de la volonté des parties, il paraît plus judicieux de les laisser convenir d'un commun accord de l'exacte contrepartie du droit d'entrée. Le seul impératif réside dans la réalité de cette contrepartie.

499. - En droit de la consommation, il importe que l'existence du droit d'entrée soit dûment justifiée par l'existence d'une indiscutable contrepartie. Celle-ci doit être claire et effective. Elle peut consister en la mise à disposition de matériels ou à l'accès à des services, etc... Dans le cas contraire, le droit d'entrée ne se justifie pas car il est dépourvu de contrepartie.

La stipulation d'une entrée « supplément » devrait nécessairement faire l'objet d'une obligation d'information précontractuelle, au regard des enjeux qu'elle emporte. Son versement commande, en effet, une totale transparence.

§3. Un versement imposant une transparence

500. - La transparence est la « *qualité de ce qui laisse paraître la réalité tout entière, de ce qui exprime la vérité sans l'altérer.* »¹²⁰ Initialement inusité dans le vocabulaire juridique, la transparence a acquis progressivement ses lettres de noblesse à un point tel que des auteurs y ont consacré d'importants travaux¹²¹. Cette notion a également suscité un intérêt grandissant chez le législateur. Sans y faire appel expressément, il a, dans un premier temps, élaboré des

¹¹⁹ Selon GRIMALDI C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis Litec, 2011, n° 169, p. 136 : « *Le droit d'entrée (...) est la contrepartie de l'entrée dans un réseau expérimenté et de la transmission d'un savoir-faire qui procure un avantage concurrentiel.* »

¹²⁰ J. REY-DEBOVE et A. REY (dir), *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2011, v° Transparence, p. 2605.

¹²¹ E. GARAUD, *La transparence en matière commerciale*, th. Limoges, 1995 ; N. VIGNAL, *La transparence en droit privé des contrats (Approche critique de l'exigence)*, th. Aix-Marseille 3, PUAM, 1998.

règles la mettant en œuvre¹²² par le biais notamment du droit à l'information consacré dans maints domaines¹²³. Puis, il a explicitement eu recours à cette notion¹²⁴ employée auparavant par la seule doctrine. La transparence connaît ainsi un « succès transversal »¹²⁵ et grandissant. Ce succès traduit l'engouement de notre droit contemporain pour plus de vérité dans les rapports juridiques¹²⁶.

La transparence permet d'accéder à la vérité par la voie de l'information. Elle est un gage de sécurité car « son seul prononcé apaise les esprits et fait naître la confiance. »¹²⁷ Dans les conventions, elle est une manifestation de la bonne foi et de la loyauté des parties et implique la transmission de toutes les informations nécessaires à la conclusion du contrat. La transparence est ainsi induite par l'information opportune du débiteur (I). Si le supplément est visé, dans certaines hypothèses, par une obligation d'information, la transparence reste dans ce domaine bien trop lacunaire (II).

I. La transparence induite par l'information¹²⁸ du débiteur

501. - Lorsque les intérêts de l'une des parties l'exigent particulièrement, une obligation d'information renforcée doit être mise à la charge de son cocontractant. C'est le cas particulièrement du débiteur de l'entrée « supplément » en raison de l'ampleur du sacrifice consenti. Le nouvel article 1112-1 du Code civil consacre certes l'existence d'un devoir général d'information, mais cette obligation nous paraît devoir être renforcée dans le cas particulier d'une entrée payante « supplément ». Cette obligation d'information renforcée se traduira, en

¹²² Selon BREDIN cité par VIGNAL (*op. cit.*, n°8, p. 18) : On trouve dans le droit français bon nombre d'exemples de textes favorables à la transparence : « les conventions doivent être exécutés de bonne foi », « la violence et le dol les vicient », « les juges doivent rechercher la commune intention des parties, plutôt que de s'arrêter au sens littéral du terme ». Dans le droit pénal, v. les règles suivantes « Chacun doit prêter serment de dire vrai, l'aveu est confession, vérité proclamée permettant pour moitié le pardon du péché, le mensonge sous toutes ses formes est un délit. »

¹²³ V. tout récemment en droit des obligations : C. civ., art. 1122-1.

¹²⁴ Le terme « transparence » a été utilisé pour la première par le législateur dans l'énoncé du titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 intitulé « De la transparence et des pratiques restrictives ». Ses utilisations ont été, par la suite, multiples : V. par exemple la loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, la loi du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés, ou encore la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques. Cité par N. VIGNAL, *op. cit.*, p. 18, note 24

¹²⁵ N. VIGNAL, *op. cit.*, n° 19, p. 27.

¹²⁶ En ce sens, N. VIGNAL, *op. cit.*, n° 7, p. 17 : « sa seule utilisation permet donc de retranscrire l'appel de notre droit contemporain à la communication, à l'échange, à la vérité. »

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ Sur l'obligation d'information, v. entre autres, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : essai d'une théorie*, th. Paris 1, LGDJ, 1992 ; M. EL GHARBI, *L'obligation d'information dans les contrats*, th. Paris Est, Presses universitaires du Septentrion, 1997.

l'occurrence, par la communication au débiteur de toutes les informations relatives à l'existence de l'entrée « supplément » et aux modalités de son paiement, même si ces dernières ne revêtent pas un caractère déterminant¹²⁹ ou auraient dû être connues du débiteur¹³⁰. L'entrée « supplément » marque, en effet, la confiance portée à l'engagement et justifie, à ce titre, une parfaite transparence¹³¹.

Ainsi, l'entrée « supplément », encore plus que l'entrée « engagement », doit être soumise à l'impératif de la transparence. Les informations fournies par le créancier doivent être claires, complètes, objectives et sincères. La transmission d'une information claire implique que ne soient pas utilisées les formulations ambiguës. La clarté des stipulations permettra de prévenir d'éventuels quiproquos indifféremment de la forme de l'information¹³² et facilitera, de plus, la mission du juge en cas de litiges. Outre cet impératif de clarté, les informations doivent être complètes. Elles devront porter a minima sur le montant exact de l'entrée payante, son exacte contrepartie (avec si possible une facturation détaillée) ainsi que sur le sort du versement. Enfin, les informations délivrées doivent être objectives et sincères c'est-à-dire reposer sur la vérité. Dans le cas contraire, le consentement du débiteur est susceptible d'être vicié.

502. - L'effectivité de la transparence implique, par ailleurs, une transmission opportune de l'information¹³³. La forme écrite est à privilégier car elle permet au débiteur de l'entrée payante de prendre la mesure réelle de ses engagements. Elle est, de plus, un gage de sécurité pour chacune des parties et permet de ménager la preuve des engagements. De fait, il est moins aisé de se dédire ou de contester un engagement lorsqu'il est ainsi constaté. Le risque de malentendus sur l'étendue des obligations est également moins élevé dans ce cas. Les éléments ayant trait à l'entrée payante devront figurer dans un document spécifique ou faire l'objet d'une clause particulière si la convention est écrite.

¹²⁹ Comp. C. civ., art. 1112-1 qui n'impose que la communication d'informations déterminantes pour le consentement de l'autre partie.

¹³⁰ Il ressort de l'interprétation a contrario de l'alinéa 1 de l'article 1112-1 du Code civil que l'information n'est pas due si la partie l'ignore illégitimement.

¹³¹ À noter d'ailleurs que l'alinéa 1 de l'article 1112-1 *in fine* précise que l'information est due si la partie « fait confiance à son cocontractant ».

¹³² Stipulations écrites ou verbales.

¹³³ V. à ce propos F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, LGDJ, 1994. Cet auteur évoque dans sa thèse les conditions d'opposabilité des clauses contenues dans un document contractuel (nécessité de clauses apparentes, lisibilité, emplacement approprié des clauses, clauses compréhensibles). Nous nous référerons à ces développements forts pertinents pour le présent paragraphe.

La seule rédaction d'un écrit ne suffit pas, encore faut-il qu'il soit exempt de toute ambiguïté, comme évoqué précédemment. Une rédaction maladroite, obscure ou illisible de la stipulation va à l'encontre de la transparence voulue. C'est par exemple le cas si la stipulation est rédigée en caractères microscopiques ou à l'encre bistre, se confondant avec la couleur du papier. Par ailleurs, l'emplacement de la clause doit être approprié afin que la stipulation soit clairement visible par le débiteur. Les termes employés doivent être également compréhensibles, ce qui exclut l'utilisation d'abréviations et de termes elliptiques.

La transparence, pour être optimale doit être observée dès la phase des pourparlers¹³⁴ et ce, quelle que soit leur issue¹³⁵. Outre cela, la nullité de la clause relative à l'entrée payante devrait pouvoir être prononcée en cas de manquement à l'obligation d'information, assortie de l'attribution de dommages et intérêts.

503. - En conclusion, l'instauration d'une véritable obligation d'information à la charge du créancier de l'entrée payante nous paraît une nécessité. Mais, afin que cette obligation d'information soit réellement efficace et protectrice des intérêts du débiteur, il est opportun qu'elle soit accompagnée d'un délai de réflexion dont la durée tiendra compte des enjeux de la convention.

Certains régimes spéciaux font peser sur le créancier de l'entrée « supplément » une obligation d'information spécifique plus ou moins efficace. Pour ce qui est des autres entrées « supplément », elles sont tout bonnement ignorées du législateur sur ce point. La transparence paraît ainsi, à de multiples égards, trop lacunaire.

II. Une transparence encore trop lacunaire

504. - Les droits de la consommation et de la distribution ont concentré les interventions légales relatives à l'obligation d'information.

¹³⁴ V. en ce sens, *id.*, n° 36 et s., p. 43 et s.

¹³⁵ CA Pau, 14 janvier 1969, D. 1969, p. 716 : « certaines obligations de rectitude et de loyauté s'imposent aux parties, non sans doute relativement à la conclusion du contrat qui n'est pas encore né et ne naîtra peut-être jamais, mais à la conduite des pourparlers »

Dans les contrats de distribution, l'existence d'abus et l'influence des droits étrangers¹³⁶ ont conduit le législateur à élaborer des règles spécifiques¹³⁷. La loi DOUBIN du 31 décembre 1989 a, ainsi, institué une obligation précontractuelle d'information au profit du candidat à l'entrée dans un réseau. Son objectif est d'assurer une protection du consentement plus efficace que ne le fait le droit commun¹³⁸ en corrigeant l'« *asymétrie d'information* »¹³⁹ entre le distributeur et le fournisseur. Le texte, reproduit aujourd'hui à l'article L. 330-3 du code de commerce dispose, en effet, en son premier alinéa que « *Toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité, est tenue, préalablement à la signature de tout contrat conclu dans l'intérêt commun des deux parties, de fournir à l'autre partie un document donnant des informations sincères, qui lui permette de s'engager en connaissance de cause.* »

Le champ d'application de ces dispositions est vaste car elles visent, au-delà du seul contrat de franchise¹⁴⁰, toutes les formules de commerce associé¹⁴¹.

L'on ne manquera pas d'insister sur le fait que la loi impose la communication « *d'informations sincères* » qui permettent à l'autre partie « *de s'engager en connaissance de cause* ». La loi DOUBIN incite, de la sorte, à la transparence dans les relations d'affaires et participe à la moralisation des contrats de distribution¹⁴². Le texte procède, par ailleurs, à l'énumération d'un certain nombre d'informations devant figurer impérativement dans le document remis à l'exploitant, à savoir l'ancienneté et l'expérience de l'entreprise, l'état

¹³⁶ Loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 dite loi DOUBIN. La lettre de cette loi a été inspirée par la « *Disclosure Requirements and prohibitions concerning franchising and business Opportunities Venture* » appelée aussi la « *Full Disclosure Law* » (V. à ce propos, H. KENFACK, *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?* in *Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Études réunies par J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, LGDJ, 2005, p. 157)

¹³⁷ C. GRIMALDI, S. MERESSE et O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis Litec, 2011, n° 109, p. 97 : « *En raison d'abus commis par certains franchiseurs et sous l'influence conjuguée, d'une part, de la consécration de l'obligation d'information par certains droits étrangers et certains instruments de « droit souple » et, d'autre part, des réticences de la jurisprudence de retenir une obligation d'information au bénéfice du distributeur, le législateur est intervenu.* »

¹³⁸ H. KENFACK., *op. cit.*, p. 160.

¹³⁹ C. GRIMALDI, S. MERESSE, O. ZAKHAROVA-RENAUD, *Droit de la franchise*, LexisNexis Litec, 2011, n° 109, p. 97.

¹⁴⁰ Le contrat de franchisage comporte en effet généralement des clauses d'approvisionnement exclusif, d'achats minimums, de non-concurrence contractuelle et/ou post-contractuelle. L'on observera, par ailleurs, que c'est un secteur clef qui a généré, en 2012, 50,68 milliards d'euros (chiffres de la Fédération française de la franchise).

¹⁴¹ Commission affiliation, partenariat, coopérative, licence de marque, etc.

¹⁴² G. VIRASSAMY, *La moralisation des contrats de distribution par la Loi Doubin*, JCP E 1990, II, 15809.

et les perspectives de développement du marché concerné, l'importance du réseau d'exploitants, la durée, les conditions de renouvellement, de résiliation et de cession du contrat ainsi que le champ des exclusivités¹⁴³.

505. - En outre et surtout, le troisième alinéa de l'article L. 330-3 fait peser sur le fournisseur une obligation d'information propre à la somme payée préalablement à la signature du contrat, autrement dit, au droit d'entrée. Il dispose que « *Lorsque le versement d'une somme est exigé préalablement à la signature du contrat mentionné ci-dessus, notamment pour obtenir la réservation d'une zone, les prestations assurées en contrepartie de cette somme sont précisées par écrit, ainsi que les obligations réciproques en cas de dédit.* » Il apparaît ainsi que le créancier de l'entrée payante est tenu de préciser la contrepartie du versement payé en avance. Si l'intention de ce texte est louable, il n'est pas sans présenter quelques failles¹⁴⁴. De fait, ni cette loi ni son décret d'application¹⁴⁵ n'obligent le fournisseur à communiquer le détail chiffré des prestations assurées en contrepartie de l'entrée payante¹⁴⁶. Il est regrettable que cette obligation ne soit pas inscrite dans les textes et ce, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, une facturation détaillée contribuerait à renseigner le distributeur sur le coût exact des divers services proposés¹⁴⁷ et lui permettrait, par là-même, d'établir une comparaison avec les prix pratiqués par les autres fournisseurs. Ensuite, ce type de facturation faciliterait la comptabilité du franchisé¹⁴⁸. Il pourrait, par suite, effectuer un prévisionnel des frais restant à sa charge pour les prestations et services non rendus par le franchiseur. Enfin, cela limiterait les risques d'abus quant à la fixation du montant du droit d'entrée. La contrepartie de l'entrée payante envisagée globalement favorise, en effet, les versements occultes. Outre ces lacunes, il a été critiqué « *le*

¹⁴³ C. com., art. L. 330-3, al. 2.

¹⁴⁴ V. en ce sens H. KENFACK, *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?* in *Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Études réunies par J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, LGDJ, 2005, p. 157 : « *on peut regretter la rédaction assez laconique et pas toujours claire du Code de commerce et surtout de son article L. 330-3.* »

¹⁴⁵ À savoir le décret du 4 avril 1991 (modifié par le décret n° 98-550 du 2 juillet 1998).

¹⁴⁶ Le Professeur LE TOURNEAU reconnaît la nécessité de ventiler le montant du droit d'entrée pour des raisons de transparence à l'égard des franchisés : « *Pour des raisons de transparence à l'égard des franchisés, et de prudence à l'égard du fisc, il est recommandé de ventiler la redevance initiale en fonction des prestations qu'elle rémunère : communication de savoir-faire, concession de licence de marque, assistance technique, formation.* » : Ph. LE TOURNEAU et M. ZOÏA (avec la participation), *Les contrats de franchisage*, 2^e éd., Litec professionnels, LexisNexis Litec, 2007, n° 616, p. 270.

¹⁴⁷ Ainsi, aucune information financière n'est communiquée sur le savoir-faire. Or, le droit d'entrée rémunère notamment le droit d'entrée en matière de franchise. L'obligation d'information légale paraît, de ce fait, moins efficace. V. en ce sens : H. KENFACK, *op. cit.*, p. 158 : « *Cette obligation d'information ne concerne aucune information financière spécifique au savoir-faire. Il n'est pas sûr qu'elle soit efficace.* »

¹⁴⁸ Inscription en charge ou en actif immobilisé en fonctions des éléments.

gel de la liste » des informations dues aux franchisés¹⁴⁹. Un autre auteur déplore également le silence du texte sur les sanctions¹⁵⁰.

Au vu de toutes ces critiques, il apparaît bien que le dispositif DOUBIN, s'il a le mérite d'exister, gagnerait à être perfectionné. Les textes élaborés en faveur des consommateurs présentent, eux aussi, quelques lacunes.

506. - Le Code de la consommation offre un panel de mesures pour garantir la protection du consentement du consommateur. Les articles L. 111-1 et suivants du Code de la consommation imposent au professionnel une obligation générale d'information précontractuelle et les articles L. 112-1 et suivants, de délivrer des informations sur les prix et les conditions de vente. Faute de mention expresse à l'obligation d'information sur les droits d'entrée, il faut se résoudre à utiliser les articles L. 111-1, 2^o¹⁵¹ et L. 112-1¹⁵² relatifs au prix. On pourrait regretter cette imprécision si le droit de la consommation n'était déjà pas si foisonnant. En effet, il ne nous paraît pas opportun d'introduire des dispositions spécifiques dans un droit qui pêche déjà par son trop grand morcellement¹⁵³.

507. - Pour ce qui est du pas-de-porte et de la prime d'émission, les textes restent silencieux sur l'information à délivrer au cocontractant. Sauf à utiliser le nouveau fondement de l'article 1112-1 du Code civil, il conviendrait d'élaborer un texte de portée générale visant à imposer une obligation d'information à toutes les personnes exigeant un versement durant la phase précontractuelle.

¹⁴⁹ N. DISSAUX, *L'information précontractuelle du franchisé : un joyeux anniversaire ?* JCP 2010, p. 236 et s., n°5.

¹⁵⁰ Le texte est notamment silencieux s'agissant des sanctions. V. sur ce point les critiques de G. VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 24.

¹⁵¹ C. consom., art. L.111-1, 2^o nouv. : « Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat de vente de biens ou de fourniture de services, le professionnel communique au consommateur, de manière lisible et compréhensible, les informations suivantes :/ 2° Le prix du bien ou du service, en application des articles L. 112-1 à L. 112-4 »

¹⁵² C. consom., art. L. 112-1 nouv. : « Tout vendeur de produit ou tout prestataire de services informe le consommateur, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, sur les prix et les conditions particulières de la vente et de l'exécution des services, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'économie, après consultation du Conseil national de la consommation. »

¹⁵³ Il existe actuellement une dizaine de références actuelles aux « sommes versées d'avance » dans divers domaines : crédit à la consommation (L. 341-10 nouv., L. 312-53 nouv.), crédit immobilier (L. 313-41 nouv., L. 341-35 nouv. et L. 341-36 nouv.), contrats conclus dans les foires ou salons (L. 224-62 nouv.), arrhes (L. 214-1 nouv. et L. 214-2 nouv.), contrat relatif au gaz (L. 224-23 nouv.) et contrat de services de communications électroniques (L. 224-35 nouv.) mais elles ont toutes trait au remboursement de ces sommes ou à la production d'intérêt. Ces sommes entrent, par ailleurs, dans la catégorie des entrées « engagement » car elles sont restituées ou imputées.

Conclusion du chapitre

508. - Entravant le libre et l'égal accès au contrat à de multiples égards, l'entrée payante « supplément » est indéniablement une expression critiquable de la liberté contractuelle. La conservation des fonds entre les mains du créancier constitue sans doute l'un des écueils majeurs de ce versement. Pour cette raison notamment, l'entrée payante « supplément » ne devrait être tolérée qu'en l'absence de solutions alternatives. Le cas échéant, le versement doit présenter une contrepartie indiscutable et s'opérer dans une pleine transparence.

Conclusion du titre

509. - Vu sous l'angle du débiteur, la stipulation d'une entrée « engagement » est nettement moins contraignante que celle d'une entrée « supplément ». Nous l'avons vu, le régime et le sort de ces entrées en sont la cause. Ces obligations atypiques restent, quoi qu'il en soit, soumises au contrôle du juge.

**TITRE 2 - VALIDITÉ DES ENTRÉES PAYANTES
CONTRÔLÉE PAR LE JUGE**

510. - « *La justice est la première dette de la souveraineté ; c'est pour acquitter cette dette sacrée que les tribunaux sont établis.* »¹. Cette assertion de Portalis est significative de la mission cardinale du juge². Il est « *celui qui est compétent pour trancher, celui qui connaît l'affaire* »³. Par son office, il assure la répression des violations des règles de droit et statue sur les contestations relatives à l'existence ou à l'application des règles juridiques. Saisi en matière d'obligations, il assure la « *protection judiciaire du lien contractuel* »⁴. Très logiquement, ainsi, il peut être amené à connaître de litiges opposant le créancier et le débiteur de l'entrée payante. Dans ce cadre, il aura notamment à se prononcer sur la validité des entrées payantes « engagement » et « supplément » en vérifiant qu'elles répondent aux exigences de la théorie générale des obligations (chapitre 1) ou à celles d'un contrôle plus spécifique (chapitre 2).

¹ J.-E.-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, présenté le 1er pluviôse an IX.

² O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*, th., 1999 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, th. Pau, tomes 1 et 2, PUAM, 2004 ; C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, th. Reims, LGDJ, 2002 ; M.-A. FRISSON-ROCHE, *Le juge et le sentiment de justice*, in *Mélanges BEZARD*, 2002 ; P. BELLET, *Le juge et l'équité* in *Etudes offertes à R. RODIÈRE* ; G. DARCY, V. LABROT et M. DOAT (org.), *L'office du juge*, Colloque du Sénat, 29 et 30 septembre 2006, https://www.senat.fr/colloques/office_du_juge/office_du_juge.html.

³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique H. CAPITANT*, 10^e, coll. Quadrige, 2014, p. 581, v° *Juge*.

⁴ M.-E. PANCRAZI-TIAN, *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996.

CHAPITRE 1 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS

511. - En l'absence de règles spécifiques, le contrôle du juge se fonde sur la théorie générale des obligations. Très classiquement, le recours à la théorie générale implique un contrôle de la validité du versement fondé sur la protection du consentement (section 1) et sur le contenu du contrat (section 2).

SECTION 1 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LA PROTECTION DU CONSENTEMENT

512. - Le consentement est « *une manifestation de volonté qui, dans un contrat, exprime un accord sur les propositions de l'autre partie, accord qui formera la convention.* »⁵ Or, le caractère exceptionnel de l'entrée payante et le fait qu'elle reste constitutive d'une atteinte à la liberté contractuelle conduisent à s'interroger légitimement sur l'intégrité du consentement donné. L'office du juge consistera, dès lors, à vérifier la validité du consentement, en application des textes qui posent l'exigence d'un consentement lucide (§1) et non vicié (§2).

§1. L'exigence d'un consentement lucide

513. - La volonté contractuelle tient une place essentielle dans notre droit. Dès l'origine, le Code civil a envisagé le consentement des parties comme la première des conditions nécessaires à la validité du contrat⁶. Il conserve cette position de choix dans la nouvelle rédaction⁷. Si le Code civil ne définit toujours pas le consentement, les textes imposent, d'une part, l'existence du consentement et d'autre part, qu'il soit exempt de vices. Ainsi, avant même de procéder au contrôle de l'inexistence de vices, le juge s'attachera à apprécier la réalité du consentement. Plus précisément, il vérifiera que ce consentement existe bel et bien (I) et qu'il est éclairé (II).

I. L'existence d'un consentement

514. - Un consentement n'est valable que dans la mesure où il est exprimé par des individus sains d'esprit. Reprenant les dispositions de l'article 414-1, le nouvel article 1129 du Code civil dispose, en effet, qu'« *il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat.* »⁸. L'on relèvera, non sans intérêt, que ce texte s'inscrit opportunément dans le premier

⁵ J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *Traité de Droit civil, La formation du contrat*, T. 1, *Le contrat, le consentement*, LGDJ, 2013, n° 680.

⁶ V. la rédaction de l'ancien article 1108 du Code civil. L'exigence du consentement de la partie qui s'oblige apparaît avant celles de la capacité de contracter, d'un objet certain et d'une cause licite.

⁷ C. civ., art. 1128 nouv. : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat : / 1° Le consentement des parties ; / 2° Leur capacité de contracter ; / 3° Un contenu licite et certain.* »

⁸ On remarquera ici que l'article 1129 fait doublon avec l'article 414-1 et l'article 901 qui imposent tous deux la condition d'un esprit sain. Il importe, toutefois, de préciser que la lettre de l'article 901 est moins générale car spécifique aux libéralités.

paragraphe relatif à l'existence du consentement de la sous-section 1 « *Le consentement* ». Une partie affectée d'un trouble mental souffre, de fait, d'une abolition totale de discernement. Son consentement est, donc inexistant. Distincte de l'incapacité juridique⁹, l'insanité d'esprit, qui recouvre toutes sortes de troubles¹⁰, constitue ainsi une cause de nullité du contrat. L'action en nullité sur ce fondement est régie par les articles 414-1 et 414-2 du Code civil et l'appréciation de cet état relève du pouvoir souverain des juges du fond.

515. - Si la nullité du contrat est prononcée, le contrat est réputé n'avoir jamais été conclu et ses effets sont rétroactivement annulés. Ainsi, l'annulation du contrat emporte la restitution des sommes versées, dont l'entrée payante¹¹.

II. La nécessité d'un consentement éclairé¹²

516. - Un consentement lucide ne l'est réellement que s'il est éclairé. L'obligation d'information, soubassement de la transparence contractuelle, permet d'atteindre ce résultat. Cette obligation est devenue au fil du temps une nécessité prégnante en raison du creusement des inégalités dans le contrat dû au déficit d'informations dont souffre l'une des parties. Conscients de cette situation, le législateur et la jurisprudence ont entendu apporter une réponse à cette difficulté mais sans pour autant partager la même méthode. Si la jurisprudence s'est appuyée sur les textes existants afin d'en dégager une obligation générale d'information, le législateur s'est longtemps contenté d'élaborer de multiples dispositions catégorielles¹³ avant

⁹ L'incapacité est également une cause de nullité du contrat (C. civ., art. 1128, 2^o nouv.). Les mineurs non émancipés sont frappés d'une incapacité d'exercice générale et les majeurs protégés, d'une incapacité d'exercice sur décision judiciaire. Ces derniers font l'objet d'une tutelle, d'une curatelle, d'une sauvegarde de justice ou d'un mandat de protection future. L'insanité d'esprit se distingue de l'incapacité car elle ne découle ni de la loi, ni d'une décision judiciaire. Elle est liée à l'état mental de l'individu, affecté d'un trouble passager ou non. Ainsi, un individu affecté d'un trouble mental n'est pas nécessairement incapable et inversement, un incapable peut ne pas être frappé d'insanité d'esprit.

¹⁰ Maladie, drogue, alcool etc... Faute de dispositions légales, l'insanité d'esprit a été définie dans un arrêt du 4 février 1941 (Cass. civ., 4 février 1941, D. 1941, I, p. 113), qui a jugé que l'insanité d'esprit comprend « *toutes les variétés d'affections mentales par l'effet desquelles l'intelligence du disposant aurait été obnubilée ou sa faculté de discernement déréglée* ».

¹¹ V. par exemple, en matière de promesse de vente : Cass. 1^{re} civ., 8 juin 2016, n^o 15-20904 : à noter que la nullité n'avait pas été retenue en l'espèce.

¹² Sur l'obligation d'information : M. DE JUGLART, *L'obligation de renseignements dans les contrats*, RTD civ., 1945.1 et s. ; P. JOURDAIN, *Le devoir de se renseigner*, D. 1983, chron., p. 139 ; M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, th. Paris 1, LGDJ, 1992 ; P. JOURDAIN, *Le devoir de « se » renseigner*, D. 1983, chron., p. 139 ; B. RUDDEN, *Le juste et l'inefficace pour un non-devoir de renseignements*, RTD civ. 1985, p. 91. X. THUNIS, *L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale* in *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, p. 314-321.

¹³ À la différence de la jurisprudence, le législateur a longtemps appréhendé la question du droit à l'information en imposant un formalisme poussé dans divers domaines. V. par ex., C. tour., art. L. 211-8 (vente de

de récemment consacrer un devoir général d'information¹⁴ d'ordre public. L'intention est louable car la norme favorise l'équilibre de la relation contractuelle, en participant à la protection de la partie faible, en général et du débiteur de l'entrée payante, en particulier (A). Se pose, cependant, la question de la pertinence d'une obligation d'information spéciale en faveur du débiteur de l'entrée payante, eu égard aux lacunes légales (B).

A. L'obligation d'information, instrument de protection du débiteur de l'entrée payante

517. - « *L'information, dit-on aujourd'hui, est doublement liée au pouvoir : le pouvoir donne l'information, l'information donne le pouvoir.* »¹⁵ Or, pendant longtemps, il était acquis que chaque contractant était en mesure de s'informer sur la portée de ses engagements. Sensible à l'impuissance de certains à s'informer, un courant de pensée a, à partir du XX^e, bouleversé cet état de fait dans l'optique de réduire les inégalités¹⁶. Ainsi, au devoir de « se » renseigner, s'est substituée progressivement une obligation « de » renseigner. Une importante jurisprudence s'est développée à ce propos, bien avant l'ordonnance de 2016. On retiendra, entre autres, qu'elle admettait que cette obligation d'information pesait sur tout détenteur d'information, fût-il un non professionnel¹⁷. Il avait été jugé, également, que le contractant ne devait délivrer à son partenaire que les informations dont il avait connaissance. De plus, les informations utiles ou pertinentes, autrement dit celles susceptibles d'influer sur le comportement du créancier de l'obligation d'information faisaient seules l'objet de cette obligation d'information¹⁸. La jurisprudence avait estimé, en outre, que cette obligation n'était nécessaire que si le créancier avait légitimement ignoré l'information recélée c'est-à-dire qu'il

voyages) ; C. éduc., art. L. 444-7 (enseignement à distance) ; C. mon. fin., art. L. 519-1 (services bancaires) ; C. consom., art. L. 224-73 nouv. (contrats de jouissance à temps partagé) ; C. consom., art. L. 111-1 nouv. (obligation générale d'information précontractuelle dans les contrats de consommation) ; C. consom., art. L. 222-5 nouv. (contrats conclus à distance portant sur des services financiers) ; C. consom., art. L. 221-5 nouv. (contrats conclus à distance et hors établissement) ; C. consom., art. L. 312-12 nouv. (crédit à la consommation) ; etc.

¹⁴ C. civ., art. 1112-1 nouv. et 1112-2 nouv. issus de l'ord. n°2016-131 du 10 février 2016.

¹⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 7^e éd., coll. Droit civil, 2015, n° 776.

¹⁶ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis, Dalloz, 2013, n° 259, p. 285.

¹⁷ Pour un litige entre un non professionnel et un professionnel: Cass. com., 28 mai 2012, CCC, 2002, comm., p. 138, obs. LEVENEUR. V. aussi : Cass. 1^{re} civ., 24 novembre 1976, Bull. civ. I, n° 370, p. 291 : « celui qui traite avec un professionnel n'est pas dispensé de lui fournir les renseignements qui sont en sa possession et dont l'absence altère le consentement de son cocontractant. » A contrario, un professionnel peut être dispensé de cette obligation alors qu'il traite avec un non professionnel. Cass. 1^{re} civ., 19 mars 1985, Bull. civ., I, n° 98, p. 90, RTD civ. 1986, p. 339, obs. J. MESTRE. À noter, par ailleurs, que le juge retenait parfois l'obligation d'information entre particuliers ou entre professionnels.

¹⁸ Cass. 1^{re} civ., 4 octobre 1977, n° 75-10473, Bull. civ., I, n° 351, p. 279.

lui aurait été difficile d'en prendre connaissance. Ainsi, l'information n'avait pas à être fournie si le fait est connu de tous¹⁹, facile à connaître ou connu du débiteur²⁰.

518. - L'ordonnance de 2016 s'est largement inspirée de la jurisprudence pour consacrer, de manière autonome, l'obligation précontractuelle d'information générale au nouvel article 1112-1 du Code civil. Cet article rattaché à la sous-section 1 relative aux « négociations » n'est donc pas une nouveauté puisqu'il vient entériner un principe largement admis en jurisprudence.

Ce devoir général d'information d'ordre public²¹ a vocation à s'appliquer à tous les contrats, à défaut de texte spécial prévoyant une obligation d'information. Hormis cette hypothèse particulière, « *celles des parties qui connaît une information dont l'importance est déterminante pour le consentement de l'autre doit l'en informer dès lors que, légitimement, cette dernière ignore cette information ou fait confiance à son cocontractant.* »²² Il apparaît ainsi que le législateur encadre le droit à l'information en posant de strictes conditions à sa délivrance. Seul en sera tributaire, celui qui détient une connaissance effective et non présumée de l'information. Il faut, de plus, que celle-ci présente un caractère déterminant, à savoir en « *lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* »²³. Outre cela, l'information n'est due que si le cocontractant l'ignore ou fait confiance à son partenaire. Un contractant n'est, par ailleurs, pas tenu de délivrer des informations relatives à l'estimation de la valeur de la prestation²⁴. Pour ce qui est de la preuve, sa charge repose sur celui qui prétend qu'une information lui était due. S'agissant des sanctions, le texte prévoit que le manquement à cette obligation engage la responsabilité²⁵ de celui qui en était tenu et entraîne l'annulation

¹⁹ Cass. 3^e civ., 6 mars 2002, RGDA 2002, p. 386, obs. L. MAYAUX ; RTD civ. 2003, p. 81, obs. MESTRE ; Cass. 2^e civ., 20 novembre 2003, Bull. civ., II, n^o 355 (méfaits du tabagisme).

²⁰ Cass. com., 24 septembre 2003, Bull. civ., IV, n^o 137.

²¹ C. civ., art. 1112-1, al. 5 nouv. : « *Les parties ne peuvent ni limiter, ni exclure ce devoir* ».

²² C. civ., art. 1112-1, al. 1 nouv.

²³ C. civ., art. 1112-1, al. 3 nouv. Cette définition est une nouveauté légale.

²⁴ C. civ., art. 1112-1, al. 2 nouv. Cette restriction est justifiée par le législateur par le souci de ménager les entreprises. On pense, en particulier, au marché de l'art, au domaine immobilier et aux cessions de droit sociaux.

²⁵ Si la lettre du texte n'est pas explicite sur la nature de la responsabilité, il est cependant aisé de déduire de l'emplacement de l'article dans la sous-section relative aux négociations qu'il est question de responsabilité délictuelle. V., en ce sens, N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code civil*, Dalloz, 2016, p. 19. À noter qu'avant la réforme, le juge se fondait sur le droit commun afin de sanctionner la violation de l'obligation d'information. Lorsqu'elle était à l'origine d'un vice de consentement, elle était sanctionnée à ce titre et entraînait la nullité du contrat (erreur, réticence dolosive). Si elle constituait une faute délictuelle, la responsabilité délictuelle du fautif était engagée. Quand elle entraînait un vice caché ou une éviction, la garantie des vices cachés était invoquée (C. civ. 1641) ou la garantie d'éviction (C. civ., 1626). Le contractant lésé pouvait demander des

du contrat s'il a provoqué un vice du consentement²⁶. Si le défaut d'information résulte d'une simple négligence et non pas d'une intention de tromper, il ne sera sanctionné que par l'octroi de dommages et intérêts²⁷.

519. - La consécration d'une obligation générale d'information précontractuelle au sein du Code civil constitue une avancée, quoique le texte, en lui-même, pêche par endroit²⁸. La nouvelle norme pose l'exigence d'une obligation d'information préalable et fixe un cadre général. En cela, elle vise à réduire la dissymétrie d'information entre les parties qui contrarie l'expression optimale de leur consentement. Cette mesure est notamment profitable à la partie faible. Cette dernière est, en raison de sa position dans le contrat, la créancière privilégiée de l'obligation d'information même si évidemment, elle n'en est pas exempte.

Parce que l'obligation générale d'information précontractuelle s'impose à tous les contractants, les parties à un contrat assorti d'une entrée payante en sont tenues dans la mesure où elles ne sont pas soumises à un régime spécial. Le débiteur de l'entrée payante, en particulier, bénéficie de l'application de ce nouveau texte. Dans tous les cas précédemment recensés, il nous a été donné de constater, en effet, qu'il est à la fois la partie faible et celui qui requiert le plus d'être informé. Mais, s'il est indéniable que la consécration d'un devoir général d'information lui est profitable, il demeure que ce texte connaît de sérieuses restrictions quant à son application²⁹. Celles-ci découlent de la volonté du législateur d'instaurer un équilibre entre les intérêts des particuliers et des entreprises. Elles laissent apparaître également en filigrane la perpétuation du devoir de « se » renseigner³⁰, à côté du devoir « de » renseigner. Dès lors, se pose la question de savoir si cette conception étriquée³¹ de l'obligation générale d'information suffit à protéger efficacement le débiteur de l'entrée payante. S'il nous a été

dommages et intérêts sur le fondement de l'ancien article 1382 du Code civil si la méconnaissance de l'information l'avait fait contracté à des conditions moins avantageuses.

²⁶ C. civ., art. 1112-1, al. 6 nouv.

²⁷ Cette précision a été apportée par le Rapport au Président de la République relatif à l'ord. du 10 février 2016, JO 11 février 2016.

²⁸ V. sur ce point, entre autres, les critiques doctrinales : N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 18-20 ; M MEKKI, *Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information, La réforme du droit des obligations : questions pratiques*, Gaz. Pal., 12 avril 2016, n° 14, p. 15 ; LEBLOND N., *Négociier... éventuellement contre soi-même*, L'essentiel, Droit des contrats, 11 mars 2016, n°3 ;

²⁹ V. sur ce point, le détail des critiques très pertinentes du Professeur MEKKI, *op. cit.*, p. 15.

³⁰ V. en ce sens ; S. LE GAC-PECH, *Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil*, LPA, 16 août 2016, n° 162-163, p. 7 : « Cette délimitation précise révèle la volonté de responsabiliser le contractant qui ne saurait être dispensé du devoir corrélatif de se renseigner ».

³¹ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 18 : « À dire le vrai, l'obligation d'information est consacrée, mais ô combien corsetée ! » ; p. 19 : « Après un tel corsetage destiné à éviter tout débordement jurisprudentiel, affirmer

donné précédemment d'évoquer la nécessité d'une obligation d'information renforcée en faveur, spécifiquement, du débiteur de l'entrée « supplément »³², il paraît opportun de s'interroger sur la pertinence d'une obligation précontractuelle spéciale en faveur de ce dernier, indifféremment de la nature de l'entrée « payante ».

B. La pertinence d'une obligation précontractuelle spéciale en faveur du débiteur de l'entrée payante

520. - Incontestablement, un contractant doit être informé de l'étendue de ses obligations, y compris et surtout lorsque des obligations accessoires viennent s'ajouter à la prestation principale. Obligation accessoire et limite au libre accès au contrat, l'entrée payante devrait, en ce sens, faire l'objet d'une information. L'inconstance de l'entrée payante, dans certains cas, accroît encore cette nécessité. Or, de l'étude du droit positif, il apparaît que l'obligation générale d'information récemment introduite dans le Code civil est finalement confinée dans un cadre strict. Il reste que certaines dispositions spéciales régissent des entrées payantes, à l'instar de l'article L. 330-3 du Code de commerce, précédemment évoqué en matière de contrats de distribution³³. Il convient ainsi d'opérer un recensement de ces textes spéciaux pour juger de l'opportunité d'élaborer un texte particulier aux entrées payantes.

521. - Parmi ces dispositions spéciales, l'article 3 de la loi de 1989 relative au bail d'habitation dispose dans son alinéa 10° que le contrat de location doit préciser par écrit « *le montant du dépôt de garantie, si celui-ci est prévu.* » L'article 22 de cette même loi indique, par ailleurs, la contrepartie de cette obligation, son montant maximum et les modalités de sa restitution. Le locataire contracte donc en connaissant l'étendue exacte de ses obligations.

D'autres dispositifs légaux permettent d'assurer la protection du débiteur de l'entrée payante en soumettant le créancier au respect de règles de forme. Par exemple, en matière de gage, l'article 2336 du Code civil³⁴ impose à peine de nullité la rédaction d'un écrit comportant

³² *Supra* n° 500.

³³ V. nos développements précédents n° 300. Pour rappel, l'article L. 330-3 du Code de commerce prescrit la communication du contrat ou du projet de contrat vingt jours avant la signature du contrat ou du versement de la somme versée d'avance. Le texte précise par ailleurs que la contrepartie de cette somme soit indiquée. Cette loi, nous l'avons dit, mériterait d'être complétée. Une facturation détaillée de la contrepartie de l'entrée payante serait notamment opportune.

³⁴ C. civ., art. 2336 : « *Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi leur espèce ou leur nature.* »

un certain nombre de mentions énoncées au présent article. La protection du constituant est par ailleurs renforcée par la publicité du gage³⁵.

Dans le domaine de la vente immobilière, citons par exemple, le versement du dépôt de garantie de la vente en l'état futur d'achèvement qui est régi par l'article L. 261-15 du Code de la construction et de l'habitation. Toujours en matière de vente d'immeuble, lorsque le vendeur est un particulier partie à une promesse de vente supérieure à 18 mois, l'article L. 290-2 du même code dispose que la promesse doit prévoir à peine de nullité une indemnité d'immobilisation de 5% du prix de vente.

Par ailleurs, dans le contrat de communications électroniques, le professionnel est tenu d'indiquer au consommateur, entre autres mentions, le « détail des tarifs pratiqués », ce qui inclut les sommes versées d'avance³⁶. L'on ne manquera pas de rappeler que, de manière générale, le droit de la consommation met à la charge du professionnel une obligation générale d'information précontractuelle³⁷. Celle-ci s'applique, par conséquent, à toutes les entrées payantes « engagement » et « supplément », à défaut d'obligation d'information particulière.

522. - Au regard de cette énumération non exhaustive, il est loisible de constater que les mesures précédemment évoquées profitent essentiellement au débiteur des entrées « engagement ». Ces mesures éparses ayant trait à l'information de telle ou telle catégorie d'utilisateurs conduisent à une fragmentation du droit, ce qui le rend complexe et peu accessible. D'autant plus, que certaines situations échappent à l'application de ces textes. Face à cette inégalité de traitement devant l'information, se pose la question de savoir s'il ne serait pas nécessaire d'inscrire légalement l'obligation d'information du créancier de l'entrée payante, indifféremment de leur nature d'« engagement » ou « supplément ».

La reconnaissance d'un véritable droit à l'information en faveur du débiteur de l'entrée payante nous paraît opportune. Il ne s'agit pas ici de sous-estimer la capacité à contracter de ce dernier ni de le dispenser de son obligation de « se » renseigner³⁸, mais bien de lui donner les

³⁵ C. civ., art. 2337.

³⁶ C. consom., art. L. 224-27 nouv et L. 224-30 nouv.

³⁷ C. consom., art. L. 111-1 nouv. Cette disposition s'applique aux entrées « supplément » (droits d'entrée dans les clubs etc..) comme aux entrées « engagement » comme les arrhes et l'acompte qui ne sont pas visés par une obligation d'information particulière.

³⁸ Les informations recueillies lui permettront notamment de savoir s'il n'est pas plus avantageux de conclure le contrat avec une autre personne.

moyens de se décider sciemment. La mise à disposition de l'information est, en effet, le nécessaire préalable de l'exercice plein et entier de sa liberté de contracter. La lucidité de son consentement ne sera effective que dans la mesure où il connaît les informations essentielles sur ses propres obligations et sur leur contrepartie. Partant, la communication d'informations utiles et pertinentes relatives à l'entrée payante est fondamentale lors de la période précontractuelle, car elle offre au débiteur une protection *a priori*. Faut-il pour autant élaborer une règle spéciale imposant au créancier de l'entrée payante d'informer son cocontractant ? Ou une prise en compte jurisprudentielle sur les fondements textuels existants suffit-elle ?

À notre sens, la reconnaissance d'un droit à l'information ne saurait être effective sans texte. Nous avons relevé précédemment la nécessité d'une obligation d'information renforcée en faveur du débiteur de l'entrée « supplément »³⁹. Cette obligation doit être, à notre sens, étendue à toutes les entrées payantes indistinctement de leur nature. Il s'agirait, ainsi, d'édicter une règle générale posant le principe d'une obligation d'information renforcée en cas de stipulation d'une entrée payante, au sein de la sous-section 1 du Code civil relative aux négociations. Ce texte imposerait notamment la communication des informations relatives à leur contrepartie, leur nature, leur montant, leur sort ainsi que le délai de restitution, le cas échéant.

La mise en place de cette disposition présenterait plusieurs avantages. Tout d'abord, par sa généralité, elle permettrait d'appréhender tous les versements requis durant la phase précontractuelle, indifféremment de leur nature ou du contrat dans lequel ils sont exigés. Cette solution nous semble, d'ailleurs, préférable à celle consistant à légiférer au cas par cas. Plus visible et par conséquent plus accessible, cette nouvelle mesure présenterait également l'avantage de favoriser l'équilibre contractuel et la sécurité juridique des conventions. L'adoption d'une règle, plutôt que l'option jurisprudentielle, nous paraît également plus efficace en raison de son caractère contraignant et immédiat. Ainsi, pour toutes ces raisons, nous appelons de nos vœux une prise en compte légale de la question.

523. - Après s'être assuré de l'existence du consentement, le juge s'attachera à rechercher si la convention répond à l'exigence d'un consentement non vicié.

³⁹ V. *supra* n° 446 et s.

§2. L'exigence d'un consentement non vicié⁴⁰

524. - La validité de la convention est subordonnée au consentement de la partie qui s'oblige⁴¹. Il apparaît, de là, que le consentement procède nécessairement d'un échange. Cette réciprocité dans le consentement peut, cependant, être faussée. Le libre consentement de l'une des parties peut, en effet, être affecté par l'existence d'un vice, à savoir l'erreur, le dol et la violence. « *En droit français, les vices du consentement sont certains évènements qui altèrent la volonté dans son élément de conscience ou de liberté. Ils ne détruisent pas la volonté mais ils la rendent imparfaite au point que la valeur de l'acte juridique qui naît de cette volonté est remise en question.* »⁴² Autrement dit, ils peuvent être regardés comme les faits de nature à entamer la lucidité ou la liberté du consentement lors de la formation de l'acte⁴³ et constituent une cause de nullité relative selon les dispositions du nouvel article 1131 du Code civil.

La nullité du contrat entraîne nécessairement des répercussions. Lorsqu'une entrée payante est stipulée, deux éventualités sont envisageables. Si le vice affecte le contrat, sa nullité donnera lieu à la restitution de l'entrée payante (I). Dans une seconde hypothèse, plus rarissime, le vice peut porter directement sur la clause d'entrée payante, ce qui engendre d'autres implications (II).

I. La restitution de l'entrée payante suite à l'annulation du contrat vicié

525. - *Contracter, c'est vouloir.* »⁴⁴ Or, la volonté efficiente implique que le contractant n'ait pas été abusé ou induit en erreur lors de la réflexion préalable à l'engagement. Ainsi, le consentement n'a de valeur que dans la mesure où l'erreur, le dol et la violence ne l'ont pas altéré. Ces vices qui viennent entacher la qualité du consentement présentent un caractère

⁴⁰ V. sur le consentement : R. RODIÈRE (dir.), *Les vices du consentement dans le contrat*, 1977, éd. A. PEDONE ; R. SIRI, *La théorie générale des vices du consentement : entre mythe et réalité ?*, mémoire, PUAM, 2008 ; L. ATTUEL-MENDÈS, *Consentement et actes juridiques*, th. Paris 2, 2008, Litec ; C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris 2, Dalloz, 2002 ; F. LIMBACH, *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, th. Toulouse 1, LGDJ, 2004 ; V. FORRAY, *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry, LGDJ, 2007 ; G. FRANÇOIS, *Consentement et objectivation*, th. Clermont-Ferrand 1, PUAM, 2007 ; J. MESTRE, *Le consentement du professionnel contractant*, in *Mélange BRETON et DERRIDA*, p. 249 et s.

⁴¹ C. civ., art. 1128 nouv. À cette condition s'ajoutent deux autres : la capacité de contracter et un contenu licite et certain (sur ce dernier point, v. *infra* n° 536 et s).

⁴² Ch. SOUCHON in R. RODIÈRE (dir.), *Les vices du consentement dans le contrat*, 1977, éd. A. PEDONE, p. 45.

⁴³ G. CORNU, *Vocabulaire juridique H. CAPITANT*, 10^e, PUF/ Quadrige, 2014, p. 1071, v° *Vices, - du consentement*.

⁴⁴ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis, Dalloz, 2013, n° 93, p. 120.

psychologique et c'est, somme toute, la principale difficulté de la matière. L'application de la théorie des vices suppose, en effet, l'analyse par le juge de la psychologie des contractants, tâche ô combien ardue. Ce dernier devra s'imaginer à la place du contractant au moment de la formation du contrat⁴⁵. Le juge joue ainsi un rôle primordial dans le contrôle de la validité des consentements émis. Ce contrôle, quoique *a posteriori*, garantit l'efficacité et la qualité du consentement de tous les contractants y compris bien évidemment ceux parties à un contrat assorti d'une entrée payante. Le cas échéant, l'annulation du contrat emporte des conséquences car comme l'on sait, l'acte vicié sera rétroactivement considéré comme non venu⁴⁶, les choses étant alors remises « dans le même et semblable état » où elles se trouvaient avant l'acte incriminé⁴⁷. Dès lors, les parties sont tenues de restituer les prestations dont elles ont bénéficié⁴⁸. Par suite, très logiquement, lorsqu'une entrée payante a été versée, le débiteur est en droit de la récupérer si son consentement a été vicié. En effet, l'annulation du contrat donne lieu, entre autres, à la restitution de l'entrée payante incluant les intérêts légaux et les taxes acquittées entre les mains du créancier⁴⁹.

Ainsi, grâce à la trilogie des vices du consentement, le Code civil assure la protection du consentement en permettant l'annulation du contrat affecté d'un vice. Mais encore faut-il que le vice allégué soit réel et qu'il parvienne à en apporter la preuve. Quoi qu'il en soit, son existence est laissée à la libre appréciation des juges du fond.

L'application de la théorie des vices est subordonnée à l'existence de certaines conditions qu'il convient d'évoquer à présent.

⁴⁵ Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 1983, n°82-13560, Bull. civ., I, n° 249 ; Cass. 1^{re} civ., 20 mars 1989, Bull. civ., I, n° 127, p. 83.

⁴⁶ C. civ., art. 1178 nouv. al. 1 et 2 : « *Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord.* » / « *Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé.* »

⁴⁷ G. CORNU, *op. cit.*, p. 68, v° *Annulation*.

⁴⁸ C. civ., art. 1178, al. 3 : « *Les prestations exécutées donnent lieu à restitution dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9.* »

⁴⁹ C. civ., art. 1352-6 nouv. : « *La restitution d'une somme d'argent inclut les intérêts au taux légal et les taxes acquittées entre les mains de celui qui l'a reçue.* » On relèvera, non sans intérêt, que le comportement du contractant (de bonne ou de mauvaise foi) influe sur le point de départ des intérêts : C. civ., art. 1352-7 : « *Celui qui a reçu de mauvaise foi doit les intérêts, les fruits qu'il a perçus ou la valeur de la jouissance à compter du paiement. Celui qui a reçu de bonne foi ne les doit qu'à compter du jour de la demande.* »

526. - L'erreur⁵⁰ entendue comme un vice de consentement est la représentation fautive ou inexacte que se fait une partie d'un des éléments du contrat.⁵¹ L'*errans* considère soit comme vrai ce qui est faux, soit comme faux ce qui est vrai⁵². Parce qu'elle est une fautive idée de la vérité, l'erreur « *atrophie le consentement à sa racine intellectuelle.* »⁵³ Pour autant, sa prise en compte n'est pas systématique car cela reviendrait à prononcer la nullité de tous les contrats dans lesquels elle est invoquée. Or, cette nullité automatique aurait pour fâcheuse conséquence d'encourager ou d'accepter les recours abusifs des contractants imprudents ou désinvoltes au détriment de ceux qui sont sérieux⁵⁴. L'on irait, de ce fait, à l'encontre de la sécurité du commerce juridique⁵⁵. Pour remédier à ces désagréments, seules sont retenues par les tribunaux les erreurs présentant une certaine gravité c'est-à-dire celles qui sont déterminantes du consentement du contractant et celles qui sont excusables⁵⁶.

Le Code civil retient comme cause de nullité, l'erreur de droit ou de fait sur les qualités essentielles de la prestation due et l'erreur de droit ou de fait sur les qualités essentielles du contractant⁵⁷. L'erreur sur simple motif et l'erreur sur la valeur ne sont pas, en revanche, susceptibles de fonder la nullité du contrat, sauf si elles portent sur les qualités essentielles de la prestation⁵⁸.

Si l'erreur sur les qualités essentielles de la prestation trouve, d'ores et déjà, d'intéressantes applications dans les actions en nullité de contrats assortis d'une entrée payante, l'erreur sur la valeur peut être amenée à rencontrer un certain succès. Par exemple, en matière

⁵⁰ Sur l'erreur v. : J. GHESTIN, *La notion d'erreur en droit positif actuel*, th. Paris, LGDJ, 1971 ; G. VIVIEN, *De l'erreur déterminante et substantielle*, RTD civ. 1992, p. 305 et s.

⁵¹ WEILL, TERRÉ, *Les obligations*, 2^e éd., n°159 cité par Ch. SOUCHON in R. RODIÈRE (dir.), *Les vices du consentement dans le contrat*, éd. A. PEDONE, 1977, p. 45.

⁵² A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 1991, p. 297, v° *Erreur*.

⁵³ A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, 2^e éd., PUF, 1992, n° 16, p. 54.

⁵⁴ V. en ce sens, A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n° 16, p. 54.

⁵⁵ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., Précis, Dalloz, 2013, n° 208, p. 233.

⁵⁶ L'erreur n'est cause de nullité que dans la mesure où elle est excusable. C. civ., art. 1132 nouv. *in limine* consacrant une jurisprudence constante. V. par exemple : Cass. soc., 3 juillet 1990 (2^e esp.), Bull. civ., V, n° 329, p. 197 (l'erreur commise par un employeur lors de l'embauche d'un directeur présente un caractère inexcusable en ce qu'il pouvait facilement s'apercevoir que le postulant venait de déposer le bilan de la société qu'il dirigeait) ; D. 1991, p. 507, note MOULY ; RTD civ. 1991, p. 316, obs. MESTRE.

⁵⁷ C. civ., art. 1132 nouv. Avant l'ordonnance de 2016, le Code civil envisageait l'erreur sur la substance et l'erreur sur la personne.

⁵⁸ C. civ., art. 1135 nouv. (erreur sur un simple motif) et art. 1136 nouv. (erreur sur la valeur). Ces dispositions, nouveautés de l'ordonnance de 2016, codifient le droit constant.

de vente d'immeubles, le contrat implique le transfert de fortes sommes d'argent et dans la majorité des cas l'obligation de verser une entrée payante. Grâce à la théorie des vices, l'acquéreur, induit en erreur, dispose d'un recours efficace pour obtenir l'annulation de l'acte et la restitution des fonds préalablement versés. Ainsi⁵⁹, après avoir signé un compromis par acte sous seing privé et versé un acompte, un acquéreur a refusé de signer l'acte authentique suite à l'inondation du sous-sol due à des malfaçons de la maison mise en vente. La venderesse a assigné l'acquéreur en résolution de la vente à ses torts exclusifs et en paiement de frais divers. Ce dernier a demandé reconventionnellement la résolution de la vente sur le fondement des anciens articles 1110 ou 1116 du Code civil, la restitution de l'acompte et la condamnation de la venderesse au paiement de dommages et intérêts. Le tribunal va accueillir cette dernière demande en retenant l'erreur substantielle aux visés des articles anciens 1109, 1110, 1382 du code civil, en ordonnant la restitution sous astreinte de l'acompte et le paiement de dommages et intérêts. Saisie par la venderesse, la Cour d'appel va confirmer cette décision. Cette solution de la Cour d'appel s'imposait au regard des circonstances de l'espèce. La venderesse avait fait preuve d'une mauvaise foi manifeste ajoutée à de la « *résistance abusive* » selon les termes des juges du fond.

Le récente admission de l'erreur sur la valeur dans le Code civil⁶⁰ n'est pas sans faire écho à de récentes controverses nées de plusieurs arrêts rendus, avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2016, en matière de franchise⁶¹. La nullité de ces contrats avait été prononcé aux motifs que le franchisé ne s'était engagé qu'en raison d'une erreur sur la rentabilité de l'activité de l'entreprise. Dans ces affaires, les juges du fond avaient relevé un écart notable entre les prévisions de chiffre d'affaires indiqué par le franchiseur et les résultats concrets de l'exploitation du franchisé⁶². Ils s'étaient donc livrés à une appréciation économique de la situation de ce dernier, ce qui se rattache à la valeur. Cette jurisprudence est amenée à prospérer dans ce domaine dans la mesure où la rentabilité est de l'essence même du contrat de franchise. Autrement dit, elle fait partie intégrante des « qualités essentielles » du contrat de franchise, d'où la possibilité d'obtenir la nullité du contrat pour erreur sur la valeur. Bien évidemment, un

⁵⁹ CA Montpellier, 21 mars 2006, n° de RG : 05/00933.

⁶⁰ Pour rappel, l'expression ne figurait pas dans le Code civil de 1804.

⁶¹ Cass. com., 4 octobre 2011, n° 10-20956, D. 2011, p. 3052, note N. DISSAUX, D. 2012, p. 459, obs. AMRANI-MEKKI et M. MEKKI ; D. 2012, p. 577, obs. D. FERRIER ; JCP 2012, p. 135, note J. GHESTIN ; RDC 2012, p. 64, obs. T. GÉNICON, RLDA 2012, p. 3830, obs. RIÉRA ; Cass. com., 12 juin 2012, n° 11-19047, D. 2012, p. 2079, note N. DISSAUX.

⁶² Dans l'arrêt de 2011, ils font mention « *de résultats très inférieurs aux prévisions* » et dans celui de 2012, de « *chiffres prévisionnels exagérément optimistes* ».

écart faible ou modéré entre les prévisions du franchiseur et le résultat du franchisé ne permet pas d'envisager une nullité sur ce fondement⁶³. Il importe que le franchisé ait été réellement induit en erreur sur ses perspectives de résultat.

527.- À l'inverse de l'erreur, le dol consiste principalement à apprécier le comportement du cocontractant de la victime⁶⁴. Visé aux nouveaux articles 1137 à 1139 du Code civil, le dol peut être défini comme « *le comportement malhonnête d'une partie ayant pour objet et pour effet de provoquer une erreur déterminante du consentement de l'autre.* »⁶⁵ L'ordonnance de 2016 a élargi la notion de dol en y incluant, à côté des classiques « manœuvres »⁶⁶, les « mensonges »⁶⁷ et la réticence dolosive⁶⁸. Ainsi, le dol est manifestement une erreur provoquée et non pas spontanée. À ce titre, le droit civil le sanctionne plus fermement⁶⁹. La nullité du contrat sera encourue dès lors que les manœuvres du cocontractant ont été malhonnêtes et déterminantes du consentement de l'autre partie. Il importe peu, par exemple, que l'erreur provoquée par le dol ait trait aux qualités essentielles de la prestation, à celles de son cocontractant et même à la valeur de la prestation ou à un simple motif⁷⁰. L'erreur qui résulte du dol est, en effet, toujours excusable⁷¹.

L'auteur du dol est le cocontractant de la victime du dol⁷². Le Code civil précise, par ailleurs, consacrant une jurisprudence constante, que le dol est également constitué s'il émane

⁶³ L'admission trop aisée des recours aurait pour effet pervers d'encourager les actions en nullité abusives.

⁶⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, 1-Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., coll. Thémis, PUF, 2012, p. 340.

⁶⁵ B. FAGES, *op. cit.*, n° 109, p. 97.

⁶⁶ L'ancien article 1116 du Code civil assimilait uniquement le dol à des « manœuvres ». Avant l'ordonnance de 2016, la jurisprudence palliait déjà cette insuffisance en admettant les mensonges (v. par exemple : Cass. 3^e civ., 6 novembre 1970, JCP 1971 II. 16492, note GHESTIN) et la réticence dolosive en tant que pratiques dolosives (Cass. 3^e civ., 15 janvier 1971, Bull. civ., III, n° 38, p. 25 ; RTD civ. 1971, p. 839, obs. LOUSSOUARN ; Cass. 3^e civ., 2 octobre 1974, Bull. civ., I, n° 330, p. 251, GAJC, 11^e éd., n° 150 ; Cass. 3^e civ., 11 mai 2005, Bull. civ., III, n° 101, p. 94.)

⁶⁷ C. civ., art. 1137, al 1 nouv. : « *Le dol est le fait pour un contractant d'obtenir le consentement de l'autre par des manœuvres ou des mensonges.* »

⁶⁸ C. civ., art. 1137, al. 2 nouv. : « *Constitue également un dol la dissimulation intentionnelle par l'un des contractants d'une information dont il sait le caractère déterminant pour l'autre partie.* »

⁶⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 229, p. 255.

⁷⁰ C. civ., art. 1139 nouv. V déjà avant cet article : Cass. 1^{re} civ., 13 février 1967, Bull. civ., I, n° 58 ; Cass. 3^e civ., 2 octobre 1974 (précité), Bull. civ., I, n° 330, p. 251, GAJC, 11^e éd., n° 150 (erreur sur les motifs) ; CA Paris, 22 janvier 1953, JCP 1953. II. 7435, note J. M. (erreur sur la valeur) ; Cass. 3^e civ., 22 juin 2005, Bull. civ., III, n° 137, p. 126 ; CCC 2005, n° 186, note LEVENEUR ; LPA 24 janvier 2006, note THERON, LPA 17 octobre 2006, note CHARDEAUX ; RDC 2005, p. 1025, obs. STOFFEL-MUNCK (erreur sur la valeur).

⁷¹ *Ibid.* V. déjà avant cet article : Cass. 3^e civ., 21 février 2001, Bull. civ., III, n° 20, p. 17 ; D. 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD ; D. 2001, Somm., p.3236, obs. AYNÈS ; D. 2002, somm., p. 927, obs. CARON et TOURNAFOND ; JCP 2002 II. 10027, note JAMIN.

⁷² V. pour une illustration : Cass. com., 1^{er} avril 1952, D. 1952, p. 380 et 685 note COPPER-ROYER ; Cass. com., 22 juillet 1986, Bull. civ., IV, n° 163, p. 138.

du représentant, du gérant d'affaires, préposé ou porte-fort du contractant⁷³ ou encore d'un tiers de connivence⁷⁴.

Dans le droit des affaires, le dol est fréquemment invoqué pour annuler le contrat de franchise⁷⁵. Les fausses informations relatives à la notoriété du réseau ou la réticence dolosive du franchiseur peuvent, entre autres, donner lieu à une action en nullité de la convention⁷⁶ et en restitution du droit d'entrée. Il n'est pas rare, également, qu'une vente immobilière soit annulée en raison d'un dol. Dans une espèce, les juges du fond avaient annulé une promesse synallagmatique de vente et ordonné par voie de conséquence la restitution du dépôt de garantie du fait de la réticence dolosive du vendeur⁷⁷. En effet, ce dernier n'avait pas informé les acheteurs de la destination commerciale de l'immeuble alors que ces derniers souhaitaient acquérir un immeuble d'habitation.

528. - Contrairement à l'erreur qui affecte l'élément intellectuel du consentement, l'exercice de la violence⁷⁸ sur un contractant porte atteinte à l'élément volitif⁷⁹. Il ne consent à l'opération qu'en raison d'une contrainte. L'expression de sa volonté est faussée car il n'est pas en mesure de s'engager librement. Son consentement à l'acte est, par conséquent, vicié. Le Code civil, en ses nouveaux articles 1140 à 1143, modernise les contours du vice de violence en reprenant l'essentiel des règles prétorienne⁸⁰. La définition légale de la violence ne connaît pas

⁷³ C. civ., art. 1138, al. 1 nouv. V. avant cet article : Cass. com., 13 juin 1995, Bull. civ., IV, n° 175, p. 163 ; LPA 12 juillet 1996, note DAGORNE-LABBE (dol commis par représentant).

⁷⁴ C. civ., art. 1138, al. 2 nouv.

⁷⁵ E. LAMAZEROLLES, *La franchise in Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Etudes réunies par J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, LGDJ, 2005, p. 220. L'auteur précise que la demande ne conduit pas *ipso facto* à la nullité du contrat. C'est le dol principal et non incident qui entraîne la nullité.

⁷⁶ Cass. 1^{re} civ., 8 décembre 2009, n° 08-15927 (Nullité du contrat pour dol en raison de l'inexpérience du franchiseur qui s'était prévalu d'une « compétence élevée » alors qu'il n'avait que dix mois d'expérience dans le domaine et en raison de la qualité de la formation dispensée, assurée par la fille du franchiseur fraîchement diplômée dans une autre discipline), LPA 1^{er} mars 2010, note BRUSORIO-AILLAUD.

⁷⁷ CA Paris, 10 octobre 2007, n° de RG : 07/03741.

⁷⁸ Sur la violence : C. NOURISSAT, *La violence économique, vice du consentement, beaucoup de bruit pour rien*, D. 2000, chron. 369 ; B. EDELMAN, *De la liberté et de la violence économique*, D. 2001, chron. P. 2315, Ph. STOFFEL-MUNCK (dir.), *La consécration de la violence économique in Réforme du droit des contrats et pratique des affaires*, Dalloz, 2015, p. 33 ; J.-P. CHAZAL, *Violence économique ou abus de faiblesse in Réforme du droit des contrats*, Dr. et patr., n°240, octobre 2014, p. 47.

^{79/79} A. SÉRIAUX, *op. cit.*, n° 17, p. 61.

⁸⁰ Le nouvel article 1140 tient compte de la violence exercée à l'encontre des proches, et non pas celle uniquement visant l'époux, l'épouse, les descendants ou les ascendants (Comp. avec la rédaction de l'ancien article 1113). On notera, en outre, la suppression de la norme de référence de « personne raisonnable » et des attributs de la personne (âge, sexe, condition) pour l'appréciation du vice, et ce en raison de leur obsolescence. Par ailleurs, une disposition relative aux menaces de voies de droit intègre le Code civil (art. 1141 nouv.). Il y est précisé que cette menace ne constitue une cause de nullité que lorsque la voie de droit est détournée de son but ou lorsqu'elle est invoquée ou exercée pour obtenir un avantage manifestement excessif. De plus, le nouvel article 1142 relative

de bouleversement majeur : « *Il y a violence lorsqu'une partie s'engage sous la pression d'une contrainte qui lui inspire la crainte d'exposer sa personne, sa fortune ou celles de ses proches, à un mal considérable.* » La véritable innovation réside, en réalité, dans l'assimilation de l'abus de l'état de dépendance à une violence. Le nouvel article 1143 dispose, en effet, qu' « *il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* » Par ces dispositions, le législateur se montre plus protecteur que la jurisprudence qui admettait, sous conditions, la violence économique⁸¹. L'abus de l'état de dépendance ne se limite pas, en effet, à la seule dépendance économique mais englobe toutes les hypothèses de de dépendance, ce qui permet d'assurer aussi bien la protection des individus vulnérables que celle des entreprises, dans leurs rapports.

Ainsi, en sus des violences « courantes » que sont la violence physique⁸² et la violence morale⁸³, l'abus de l'état de dépendance peut, désormais, être invoqué pour obtenir la nullité

à l'auteur de la violence (partie ou tiers) simplifie la lettre de l'ancien article 1111. Enfin et surtout, l'abus de l'état de dépendance est assimilé à une violence en application du nouvel article 1143.

⁸¹ Cass. 1^{re} civ., 30 mai 2000, Bull. civ. I, n° 169, p. 109 (Si la transaction ne peut être attaquée pour cause de lésion, elle peut l'être dans tous les cas où il y a violence et par suite en cas de contrainte économique, laquelle se rattache à la violence) ; D. 2000, p. 879, note CHAZAL ; D. 2001, somm. p. 1140, obs. D. MAZEAUD ; JCP 2001. II. 10461, note LOISEAU ; JCP E 2001. 571, note SECNAZI ; Defrénois 2000, p. 1124, obs. DELEBECQUE ; CCC 2000, n° 142, note LEVENEUR ; LPA 22 novembre 2000, note SZAMES ; RTD civ. 2000, p. 827, obs. MESTRE et FAGÈS ; RTD civ. 2000, p. 863, obs. GAUTIER. Dans un arrêt du 3 avril 2002, la Cour de cassation a posé des conditions restrictives pour retenir ce type de violence : « *seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement.* ». V. : Cass. 1^{re} civ., 3 avril 2002, Bull. civ. I, n° 108, p. 84 ; D. 2002, p. 1860, note GRIDEL et note CHAZAL ; *ibid.*, somm., p. 2844, obs. D. MAZEAUD ; JCP 2002. I. 184, n° 6 s., obs. VIRASSAMY ; JCP E 2003. 278, n° 3, obs. CHERIGNY ; Defrénois 2002, p. 1246, obs. SAVAUX ; Gaz. Pal. 2003. 444, note ROVINSKI ; CCC 2002, n° 121, note LEVENEUR ; CCE 2002, n° 80, obs. CARON et n° 89, obs. STOFFEL-MUNCK ; Dr. et patr., sept. 2002, p. 26, étude LOISEAU ; RTD civ. 2002, p. 502, obs. MESTRE et FAGÈS, cassant CA Paris, 12 janvier 2000, JCP 2000. II. 10433, note PIERRE. Ainsi, Outre le nécessaire préalable de l'existence d'une situation de dépendance économique, les juges du droit exigeaient que l'exploitation abusive de la situation fasse craindre à la personne une atteinte grave portée à ses intérêts. L'existence d'une dépendance économique et d'une mise en péril, véritable ou vraisemblable aux yeux de la victime, de ses intérêts étaient, de ce fait, essentiels à la mise en cause de l'engagement. Soulignons, de plus, que la coexistence de deux éléments, l'un matériel (exploitation d'une situation de dépendance), l'autre psychologique (sentiment de crainte) était nécessaire.

⁸² La violence physique reste anecdotique. V. par exemple : Cass. 3^e civ., 13 janvier 1999, Bull. civ., III, n° 11, p. 7 (violences physiques et morales exercées dans le but de contraindre une mère de famille, séparée de son époux, à vendre sa maison) ; CA Caen, 21 mars 2002, n° de RG : 01/00384 (nullité de la reconnaissance de dette signée par une femme d'âge mûr suite aux violences physiques graves perpétrées à l'encontre de sa fille). V. dans le cas d'un conflit social, l'arrêt précité : Cass. soc., 8 novembre 1984, Bull. civ., V, n° 423 : violence caractérisée par des voies de fait auxquelles se sont livrés des syndicalistes et dont les effets se sont prolongés lors de la signature d'un accord selon lequel l'armateur d'un navire a accepté de verser une cotisation à une organisation internationale de salariés et des suppléments de salaire à l'équipage.

⁸³ Cass. soc., 23 mai 2013, D. 2013, p. 1355, obs. INES (menace d'atteinte à la réputation pour inciter la salariée à opter pour une rupture conventionnelle) ; Cass. 1^{re} civ., 3 novembre 1976, Gaz. Pal. 1977, 1, p. 67, note

du contrat. Rapportée à notre étude, cette évolution légale présente un vif intérêt. Le fait de payer pour contracter, en contradiction avec le principe de la liberté contractuelle, semble pouvoir être regardé, de prime abord, comme la manifestation d'un abus d'un état de dépendance. De fait, il est manifeste que le débiteur de l'entrée payante se passerait volontiers de cette obligation, majorant dans certaines hypothèses sa prestation principale⁸⁴. Par ailleurs, l'on ne manquera pas de rappeler que ce dernier poursuit parfois, à travers la conclusion du contrat, la satisfaction d'un besoin qui lui est essentiel. Faute de ne pouvoir s'en dispenser, il se résout à verser l'entrée payante. De là, se pose la question de savoir si ce versement ne constitue pas une contrainte telle qu'elle est susceptible de justifier une action en nullité du contrat pour abus d'un état de dépendance.

Ce postulat, quoique séduisant, ne saurait, en toutes hypothèses, être retenu. Ce serait, de fait, méconnaître les conditions d'application restrictives posées par le nouvel article 1143. Pour s'en prévaloir, le débiteur de l'entrée payante devra démontrer, à la fois, son état de dépendance vis-à-vis de son cocontractant, le caractère manifestement excessif de l'entrée payante et également l'existence d'un abus de cet état de dépendance. Or, la preuve de la dépendance et l'existence d'un abus de cet état n'est pas aisée à apporter. Effectivement, si le créancier a généralement l'ascendant sur le débiteur du fait de sa position contractuelle clairement avantageuse, cela ne signifie pas, pour autant, qu'il y a automatiquement une dépendance de l'un vis-à-vis de l'autre. L'existence de cette seule hiérarchie contractuelle n'entame pas, en effet, la liberté de contracter et celle de verser ou non une entrée payante. De plus, il faudra démontrer en quoi l'entrée payante constitue un avantage manifestement excessif. L'on n'est pas sans ignorer, en effet, qu'il n'y a pas de défiance à l'égard des entrées payantes. Elles ne sont pas illégales en soi : la loi et la jurisprudence les tolèrent et même les admettent expressément pour certaines. Ainsi, sauf à réunir les conditions imposées légalement, l'abus de l'état de dépendance ne saurait être invoqué avec succès. Le débiteur devra prouver que son

DAMIEN (exploitation de l'ignorance d'un client pour demander des honoraires excessifs) ; Cass. com., 28 mai 1991, D. 1992, p. 166, note MORVAN ; D. 1991, somm., p. 385, obs. AYNÈS ; RTD civ. 1991, p. 773, obs. BANDRAC ; RTD civ. 1992, p. 85, obs. MESTRE (violence morale résultant de pressions exercées par des élus locaux et le président du tribunal de commerce afin d'amener l'épouse du dirigeant d'une entreprise en règlement judiciaire à se porter caution pour favoriser la reprise de l'entreprise) ; Cass. soc., 30 janvier 2013, D. 2013, p. 368 (annulation d'un acte de rupture conventionnelle du contrat de travail conclu par une salariée qui, compte tenu du harcèlement moral dont elle a été victime et des troubles psychologiques qui en sont résultés, était sous l'emprise d'une violence morale).

⁸⁴ Rappelons ici que les entrées « engagement » se distinguent des entrées « supplément » en ce que les secondes surenchérissent les obligations du débiteur.

cocontractant a entendu « exploiter » la situation de dépendance dans laquelle il se trouvait afin d'obtenir un avantage manifestement excessif. .

529. - Les précédents développements ont mis en évidence que l'une des conséquences de l'annulation du contrat vicié est la restitution de l'entrée payante. L'issue est toute autre quand le consentement du créancier de l'entrée payante a été vicié par la faute du débiteur. Dans cette hypothèse, ce dernier ne saurait prétendre à la nullité du contrat et à la restitution des sommes déjà versées. En ce sens, il a été jugé que le fait pour un acquéreur de déclarer, lors de la signature du compromis de vente d'un immeuble, que ses revenus sont supérieurs à ceux déclarés au fisc et qu'il n'a contracté aucun emprunt alors qu'il en rembourse plusieurs dont un immobilier, constitue à l'égard du vendeur un ensemble de manœuvres dolosives ayant pour effet de causer un préjudice dont il doit réparation au vendeur⁸⁵. Pour ces raisons, les demandes de l'acquéreur tendant à faire annuler le compromis et à obtenir la restitution de l'acompte versé ont été rejetées par les juges du fond et il a été, de surcroît, condamné au paiement de dommages et intérêts.

II. Les implications de la clause d'entrée payante viciée

530. - Il demeure peu courant qu'un vice affecte uniquement la stipulation d'entrée payante. La nullité de l'acte est généralement encourue pour des motifs étrangers à l'existence de ce versement. De fait, le vice entache le plus souvent le contrat principal. La raison en est que l'entrée payante constitue une obligation accessoire. De là, l'intérêt qu'on lui porte est nécessairement moindre que celui relatif à la convention envisagée dans son ensemble.

La rareté des cas de vices affectant l'entrée payante ne saurait cependant occulter leur existence et relativiser leur importance. Ainsi, qu'il nous soit permis d'évoquer, à côté de quelques exemples jurisprudentiels, des situations auxquelles le débiteur pourrait se retrouver confronté.

⁸⁵ CA Lyon, 7 février 2002, n° de RG : 1999/05195.

531.- Tout d'abord, le débiteur peut être induit en erreur. Celle-ci peut, par exemple, porter sur la qualification juridique de l'entrée payante. Le débiteur peut penser verser des arrhes alors qu'il s'agit d'un acompte et vice-versa⁸⁶. Or, ces entrées payantes connaissent une différence notable quant à leurs régimes juridiques. La stipulation d'arrhes permet à l'acheteur de se dédire contrairement à l'acompte⁸⁷. On comprend ainsi l'enjeu d'une qualification correcte. Rappelons d'ailleurs, à ce propos, que le législateur, sensible à cette difficulté, a instauré une présomption selon laquelle les versements payés d'avance sont des arrhes en l'absence de stipulations contraires⁸⁸.

Outre l'erreur sur la qualification, le montant de l'entrée payante peut faire l'objet d'une erreur. Ce peut être une erreur sur l'unité monétaire⁸⁹ (dollars au lieu d'euros par exemple), une erreur matérielle sur l'indication du montant, une erreur de conversion etc...

L'erreur peut être également relative aux prestations attendues par le débiteur en contrepartie de l'entrée payante. Par exemple, en matière de franchise, une méprise des parties peut entraîner une différence entre les prestations espérées par le franchisé et celles réellement proposées par le franchiseur.

Par ailleurs, le sort de l'entrée payante est potentiellement une cause d'erreur. Une confusion peut s'établir en effet sur le point de savoir si l'entrée est conservée par le créancier ou restituée.

⁸⁶ Sur la confusion arrhes et acompte : v. par ex : Cass. com., 16 décembre 2014, n° 13-22410 ; Cass. 1^{re} civ., 8 janvier 2009, n° 08-10664 ; Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2006, n° 04-18638.

⁸⁷ V. *supra* n° 151.

⁸⁸ C. consom., art. L. 214-1 nouv. : « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil.* » / « *Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double.* »

⁸⁹ Pour un exemple d'erreur sur l'unité monétaire : Cass. com., 14 janvier 1969, D. 1970, p. 458, PÉDAMON ; RTD civ., 1969, p. 458, obs. LOUSSOUARN. L'arrêt en question n'est pas relatif à une entrée payante mais porte sur le prix d'une publicité.

532. - Au-delà de la simple erreur, le consentement du débiteur peut être altéré suite à des manœuvres dolosives. Par exemple, pour l'amener à contracter, le créancier de l'entrée payante peut lui délivrer des informations erronées sur la contrepartie de l'entrée payante ou lui taire certains éléments à ce sujet. Ainsi, le vendeur d'un immeuble peut traiter simultanément avec plusieurs acquéreurs potentiels au mépris de l'engagement d'exclusivité consentie par la promesse de vente à l'un d'entre eux. Autre exemple, une société peut exiger d'un nouvel actionnaire une prime d'émission d'un montant élevé en lui faisant faussement croire qu'elle est florissante⁹⁰. S'agissant du bail commercial, le bailleur peut solliciter un important pas-de-porte sous le faux prétexte de la qualité optimale de l'emplacement du local loué.

533. - L'entrée payante peut être, par ailleurs, obtenue sous la contrainte. Pour être prise en considération, la contrainte doit nécessairement présenter un caractère abusif et déterminant dans la prise de décision de celui qui s'en prétend victime. Elle donne lieu à une appréciation du juge au cas par cas. Visant expressément le versement d'une entrée payante, elle peut consister en des faits de harcèlements moraux exercés à l'encontre du débiteur ou de ses proches. Pour ce qui est de la mise en cause de l'entrée payante sur le fondement de l'abus d'un état de dépendance, il semble plus opportun de l'invoquer dans le cadre d'une action en nullité du contrat.

534. - Si la stipulation d'entrée payante est seule viciée, se pose la question de son incidence sur le contrat. Faut-il prononcer la nullité du contrat principal ou une nullité partielle est-elle envisageable ? Le nouvel article 1184 répond à cette interrogation en consacrant la théorie de la nullité partielle, jusqu'alors absente du Code de 1804⁹¹. Le premier alinéa de ce texte dispose que « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.* » Il apparaît ainsi le contrat n'est pas invariablement annulé en son entier. Le prononcé d'une nullité totale ou partielle découle

⁹⁰ V. l'affaire de l'Union générale précitée.

⁹¹ Avant ce texte, la jurisprudence admettait déjà la possibilité de n'annuler que certaines clauses en procédant à une interprétation extensive de l'article 900 et de l'ancien article 1172 du Code civil. Le contrat n'était annulé que si la stipulation exprimée apparaissait comme une condition dont les parties avaient entendu faire dépendre l'existence de l'obligation. V. en ce sens : Req., 3 juin 1863, GAJC, 13^e éd., n° 122 ; DP 1863. 1. 429 ; CA Paris, 30 avril 1963, D. 1963, p. 428, note ROUAST ; Civ., 19 octobre 1910, DP 1911. 1. 463.

de l'importance que les parties ont entendu attacher à la stipulation entachée de nullité. Si la clause est regardée comme étant déterminante, le contrat sera intégralement annulé. Dans le cas contraire, le contrat est maintenu, expurgé de sa clause litigieuse. Si la convention ne comporte pas de précisions relatives au caractère déterminant de cette clause, il appartiendra au juge, fort de son appréciation souveraine, de se prononcer et de rechercher quelle était la commune intention des parties.

Ainsi, il s'agira de déterminer si l'entrée payante présente un caractère déterminant pour les parties. Le cas échéant, le contrat tout entier sera annulé. Il importe de préciser, toutefois, que le contrat n'est pas annulé lorsque la loi répute la clause irrégulière, non écrite ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien⁹². De là, un contrat de bail reste valable, nonobstant l'existence d'une clause prévoyant le paiement de sommes d'argent autre que les frais d'agence et le dépôt de garantie⁹³.

Mise à part la validité du consentement de la partie qui s'oblige, le juge peut utilement se référer aux dispositions relatives à la teneur de l'accord afin de vérifier la validité de l'entrée payante.

SECTION 2 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LE CONTENU DU CONTRAT

535. - La validité de l'entrée payante peut être examinée à l'aune des règles relatives au contenu du contrat puisqu'elle s'y greffe. Dans cette optique, le juge dispose de plusieurs instruments juridiques. En effet, aux termes du nouvel article 1128 du Code civil, la validité d'une convention est subordonnée, en toutes circonstances, à l'existence d'un contenu licite et certain (§1). Et si le contrat porteur de la clause d'entrée payante est constitutif d'un contrat d'adhésion, le juge pourra se livrer également au contrôle des clauses à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties (§2).

⁹² C. civ., art. 1184 nouv.

⁹³ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, art. 4, o : « *Est réputée non écrite toute clause : [...] o) Qui impose au locataire le versement, lors de l'entrée dans les lieux, de sommes d'argent en plus de celles prévues aux articles 5 et 22* ».

§1. Contrôle fondé sur le contenu licite et certain du contrat

536. - L'ordonnance de 2016 est surtout emblématique en ce qu'elle a supprimé les notions classiques de « cause » et d'« objet » au profit de celle de « contenu du contrat » au sein du nouvel article 1128. Longtemps regardée comme une pièce majeure du système français des obligations, la cause, dont la disparition était annoncée, a pâti notamment de l'euphémisation de notre droit du contrat. Quoi qu'il en soit, si la référence aux notions de « cause » et d'« objet » ne figurent plus au nouvel article 1128, leurs fonctions subsistent et peuvent utilement permettre le contrôle des entrées payantes. Dans le droit nouveau des contrats, restent nécessaires à la validité d'une convention, un contenu licite (I) et certain (II).

I. Un contenu licite

537. - Le Code civil affirme, par deux fois, l'impérieuse nécessité de la conformité du contrat à l'ordre public⁹⁴. L'article 6 dispose, en effet, qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et le nouvel article 1162 du Code civil prévoit que « *le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* »⁹⁵. Ces restrictions apportées à l'exercice de la liberté contractuelle marquent la prééminence de l'intérêt général sur les intérêts particuliers⁹⁶. Cette norme constitue le nécessaire frein aux excès inéluctables engendrés par une liberté absolue. L'ordre public présente également « *une nature conceptuelle* »⁹⁷. Difficilement définissable en raison

⁹⁴ Sur l'ordre public : J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Ordre public et bonnes mœurs*, Rép. civ., mars 2004 ; C. BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public*, in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, LexisNexis Litec, 2007, p. 104 ; J. GHESTIN, *Les effets pervers de l'ordre public*, in *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001 ; M.-L. IZORCHE, *L'ordre et le droit*, in *Mélanges Michel CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 731 ; B. BEIGNIER, *Ordre public et compétence*, in *Mélanges BOYER*, Presses universitaires de Toulouse, 1996, p. 99 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 648-654 ; D. FENOUILLET, *Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique!*, in *Études offertes à P. Catala, Le droit privé à la fin du XXe siècle, 2001*, Litec, p. 487 ; G. PIETTE, *La correction du contrat*, th. Pau, tomes 1 et 2, PUAM, 2004.

⁹⁵ Comp. la lettre de C. civ., art. 1133 anc. « *La cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public.* » L'on observera, ici, que la référence aux bonnes mœurs a été supprimée. Si à l'origine, les codificateurs faisaient expressément des bonnes mœurs une norme de référence dont l'atteinte était sanctionnée, cette notion peu utilisée par la jurisprudence et boudée par la doctrine est actuellement désuète. Les bonnes mœurs renvoient à la morale sexuelle, la pudeur, la décence, aux rapports entre les sexes. L'évolution de la société de plus en plus permissive influe sur la norme, délaissée au nom du principe du droit au respect de la vie privée.

⁹⁶ V. en ce sens, Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 646.

⁹⁷ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 371, p. 418.

notamment de son contenu indéterminé et fluctuant, son application requiert souvent le concours du juge afin que cette norme soit moins abstraite, plus tangible.

Loin d'être cantonnée au seul droit civil, la notion d'ordre public s'applique à de nombreux domaines dont le droit public, le droit européen, le droit international privé, la procédure civile... Bien des auteurs se sont prêtés au périlleux exercice de l'élaboration de sa définition avec plus ou moins de succès. Nous retiendrons celle proposée par PLANIOL⁹⁸ selon laquelle une disposition serait d'ordre public « *toutes les fois qu'elle est inspirée par une considération d'intérêt général qui se trouverait compromise si les particuliers étaient libres d'empêcher l'application de la loi* ». Cette définition n'est pas sans rappeler des écrits du Doyen CARBONNIER considérant que la conformité des conventions à l'ordre public correspond au « *vouloir-vivre collectif de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats* »⁹⁹.

538. - Comme précisé précédemment, le nouvel article 1162 énonce que l'interdiction de déroger à l'ordre public regarde aussi bien les stipulations contractuelles¹⁰⁰ que le but¹⁰¹ de la convention. Supplantant l'objet et la cause subjective, les stipulations contractuelles et le but du contrat constituent les bases modernes permettant de juger de la conformité de l'acte à l'ordre public. Cette norme n'est, en effet, pas autonome. Il est nécessaire, en effet, de procéder au contrôle des stipulations contractuelles ou du but du contrat pour sanctionner les atteintes portées à l'ordre public. Cela est somme toute logique. Le juge se fonde nécessairement sur le contenu de la convention pour apprécier si celui-ci n'est pas en contradiction, soit par ses stipulations, soit par son but, à l'ordre public. Il lui sera évidemment plus aisé d'apprécier la conformité des stipulations que celle du but qui revête un caractère plus psychologique. Pour ce faire, seront analysés les mobiles animant tous les contractants. La vérification de la conformité du but à l'ordre public suppose, de fait, un examen subjectif. La violation de l'ordre public a pour conséquence la nullité absolue du contrat¹⁰². Afin de préserver la sécurité

⁹⁸ Citation extraite de J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *art. précité*, n°1.

⁹⁹ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. II, Thémis, n° 115 cité par C. BRUNETTI-PONS, *La conformité des actes juridiques à l'ordre public* in *Etudes offertes au Professeur Philippe MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 103, n°1.

¹⁰⁰ Avant la réforme, était exigée la licéité de l'objet. Le changement est donc de pure forme. Pour rappel, l'illicéité est « *le vice justifiant l'annulation d'un acte juridique lorsqu'il affecte un élément constitutif de celui-ci* » selon la définition G. CORNU, *op. cit.*, p. 517, v° *Illicéité*.

¹⁰¹ Anciennement, on se référait à la licéité de la cause subjective. La modification est juste terminologique.

¹⁰² C. civ., art. 1179, al. 1 nouv. : « *La nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général.* »

juridique et la stabilité des conventions, une jurisprudence, consacrée par la loi¹⁰³, impose comme condition de l'annulation de l'acte, que le motif ait été déterminant¹⁰⁴.

539. - Les juges ont eu à se prononcer spécifiquement sur la conformité d'une entrée payante à l'ordre public, preuve que ces obligations n'échappent pas au contrôle des tribunaux. Ainsi, a été prononcée la nullité des conventions apparentées à la pratique des « pots-de-vin »¹⁰⁵. L'on observera néanmoins que ces pratiques sont généralement sanctionnées au titre d'infractions pénales¹⁰⁶.

Par ailleurs, dans un arrêt du 15 décembre 1995¹⁰⁷ relatif à la licéité du pas-de-porte, la Cour de cassation a censuré la solution des juges du fond qui, pour condamner la bailleuse à restituer cette somme au locataire, avait considéré qu'en donnant à ce versement la dénomination de « loyer d'avance », le bailleur avait cherché à contourner les dispositions d'ordre public du décret du 30 septembre 1953 et que la clause était illicite. Les juges du droit ont prononcé la cassation de cet arrêt sur le fondement conjoint de l'article 6¹⁰⁸ et de l'ancien article 1134 du Code civil aux motifs « *qu'aucune disposition du décret du 30 septembre 1953 n'interdit la remise d'une somme au bailleur par le preneur, à son entrée dans les lieux, la cour d'appel a violé les textes susvisés* »

Dans le même esprit, dans un arrêt du 25 février 2004¹⁰⁹, la Cour de cassation a eu à statuer sur les conséquences du motif illicite du versement d'un acompte. En l'espèce, le bénéficiaire d'une promesse de vente avait versé aux vendeurs un acompte de 20 000 francs à faire valoir sur 50 000 francs dont le solde était payable à la signature de la vente. Suite à la caducité de la promesse de vente, le bénéficiaire avait assigné les vendeurs afin d'obtenir la restitution de cet acompte. La Cour d'appel ayant accédé à cette demande, les vendeurs ont

¹⁰³ C. civ., art. 1184, al. 1 nouv. : « *Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles.* »

¹⁰⁴ Ce sont les motifs qui ont déterminé la partie à contracter et sans lesquels elle ne se serait pas engagée.

¹⁰⁵ Req., 5 février 1902. I. 158 ; Req., 15 mars 1911.

¹⁰⁶ Cass. crim., 25 février 2015, n° 13-88506, Bull. crim., 2015, n° 35 ; Cass. crim., 16 décembre 2009, n° 08-88305, Bull. crim., 2009, n° 218.

¹⁰⁷ Cass. 3^e civ., 15 février 1995, n° 92-18769, Bull. civ., III, n° 92-18769 : « *aucune disposition du décret du 30 septembre 1953 n'interdit la remise d'une somme au bailleur par le preneur, à son entrée dans les lieux* »

¹⁰⁸ Le fondement de l'ancien article 1131 aurait pu parfaitement être utilisé en lieu et place de l'article 6.

¹⁰⁹ Cass. 3^e civ., 25 février 2004, n° 02-15269, Bull. civ., III, n° 42, p. 39 ; D. 2005, p. 2205, note TCHENDJOU ; JCP 2004. I. 149, n° 9 et s., obs. LABARTHE ; AJDI 2004, p. 917, note COHET-CORDEY ; RTD civ. 2004, p. 279, obs. MESTRE et FAGÈS ; RDC 2004, p. 635, obs. D. MAZEAUD et p. 689, obs. BRUN.

formé un pourvoi en se prévalant d'une violation de l'article 1131 et en arguant que l'illicéité de la cause de la convention rendait irrecevable les actions aux fins d'exécution de la convention ou de restitution des sommes déjà versées. Leur pourvoi sera rejeté par la Cour de cassation aux motifs « *qu'ayant, par motifs adoptés, relevé que la somme litigieuse avait été versée par le bénéficiaire de la promesse, hors déclaration fiscale, qu'une telle pratique frauduleuse procédait de l'accord concerté des parties qui trouvaient, chacune, un intérêt financier, la cour d'appel a retenu, à bon droit, que le promettant, qui avait reçu l'acompte non déclaré sur le prix de la vente, ne pouvait se prévaloir de la cause illicite de la remise pour se soustraire à sa restitution* ».

Par ailleurs, l'annulation d'un contrat en raison de son illicéité¹¹⁰ conduit nécessairement à la restitution de l'entrée payante.

Outre la nécessité d'un contenu licite, la validité du contrat suppose l'existence d'un contenu certain.

II. Un contenu certain

540.- S'intéresser à l'entrée payante et à sa contreprestation implique de s'interroger sur le caractère certain du contenu de la convention. Par suite, le contrôle de l'objet de l'obligation conduira le juge à rechercher si la prestation est avérée (A) et si elle comporte une contreprestation effective (B).

A. Une prestation avérée

541. - Dans une convention synallagmatique, chacune des parties s'engage à fournir à son cocontractant une prestation. Cette prestation revêt plusieurs caractères sous peine de nullité. La validité d'une convention est, en effet, subordonnée à l'existence d'« *une prestation présente ou future* », « *possible et déterminée ou déterminable* »¹¹¹. Ainsi, la prestation doit

¹¹⁰ V. en matière de franchise : Cass. 1^{re} civ., 11 juin 1996, n°94-15614, arrêt de rejet : (« *la cour d'appel a retenu que le consentement de Mme X avait été déterminé par la perspective d'exercer diverses pratiques dites de « médecine douce », pour la mise en œuvre d'une méthode d'amaigrissement et de rajeunissement associant diététique, acupuncture et auriculothérapie ; qu'ayant relevé que ces pratiques étaient prohibées par la loi dans le cadre d'une activité comme celle mise en place par le contrat de franchise, elle a pu en déduire que la cause du contrat était illicite.* »), CCC, 1996, n° 166, obs. LEVENEUR, RTD civ. 1997, p. 116, obs. J. MESTRE.

¹¹¹ C. civ., art. 1163, al. 1 et 2 nouv. Ce nouvel article est la combinaison de plusieurs anciens articles, v. C. civ., art. 1108 anc. (« *un objet certain qui forme la matière de l'engagement* ») ; art. 1129 anc. (« *Il faut que*

exister dans le présent ou l'avenir. Une obligation ne saurait être valable, en effet, si son objet n'existe pas¹¹² ou n'existe plus¹¹³. L'appréciation de l'existence de la prestation se fera au moment de la conclusion du contrat sauf si ce dernier porte sur une prestation future ou aléatoire.

Elle doit, de plus, être possible, à savoir réalisable.

Enfin, elle doit être déterminé ou déterminable. On entend par prestation déterminable, celle qui peut être déduite du contrat ou par référence aux usages ou aux relations antérieures des parties, sans qu'un nouvel accord des parties soit nécessaire¹¹⁴. Ces dispositions impliquent que la prestation puisse être clairement identifiée ou déterminable au jour de l'exécution des prestations¹¹⁵, d'après les indications même du contrat.

l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. » / « *La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée.* ») ; art. 1130, al.1 anc. (« *Les choses futures peuvent être l'objet d'une obligation.* »). Sur la notion d'objet, v. entre autres : A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion de d'objet du contrat*, th. Nantes 2, LGDJ, 2005 ; R. RODIÈRE (dir.), *Objet, cause et lésion du contrat*, éd. A. PEDONE, 1980.

¹¹² Cass. soc., 18 mai 1999, n° 97-40439, Bull. civ., V, n° 222, p. 163: Une transaction prévoyant qu'une salariée renonce à son droit au paiement de l'indemnité de licenciement sous la condition que son reclassement soit obtenu, qui énonce en vertu de dispositions contradictoires, que l'obligation de reclassement contractée par l'employeur est de fournir à la salariée un emploi de même nature ou de quelque nature que ce soit, est dépourvue d'objet certain et en conséquence nulle.

¹¹³ Par exemple, a été prononcée la nullité de la cession de parts, d'actions ou de droits conférés par ces titres, d'une société ayant disparu par l'effet d'une opération de fusion par absorption : Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-12691, Bull. civ., IV, n° 71 ; D. 2010, pan. p. 287, obs. LAMAZEROLLES ; RLDC 2009/63, n° 3522, obs. MAUGERI ; RDC 2009, p. 1341, obs. LAITHIER.

¹¹⁴ C. civ., art. 1163, al. 3 nouv.

¹¹⁵ L'on rappellera, à ce propos, que le caractère de chose de genre d'une prestation n'est pas un obstacle à sa détermination : il suffit, en effet, que sa nature et sa quantité soient spécifiées. On songe traditionnellement aux marchandises (cannes à sucre, vins...). V. pour un exemple atypique relatif à une location de vidéos : Cass. 1^{re} 23 mai 1995, Bull. civ., I, n° 214, p. 152 (cassation): « *Attendu qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat stipulait au profit du locataire une possibilité d'échange gratuit « dans le cadre des besoins spécifiques à chaque point club, à concurrence de la totalité du nombre des cassettes mises en place, à la demande du client », de sorte que la désignation de l'objet du contrat était déterminé quant à l'espèce et à la quantité, et que son identification dépendait, pour le surplus, de la volonté du locataire, et non du bailleur, la cour d'appel a violé les textes susvisés (C. civ., art. 1108 et 1129) » ; D. 1996. somm., p. 113, obs. AYNÈS ; RTD civ. 1995, p. 620, obs. MESTRE ; Defrénois 1996, p. 345, obs. DELEBECQUE. *A contrario*, est nul le contrat de création d'un point de location et de ventes de cassettes vidéo qui, s'il prévoit un échange de cassettes, ne stipule la gratuité que pour le premier échange, et laisse au loueur la possibilité discrétionnaire de fixer l'objet de la convention, en plaçant, à sa guise, les cassettes dans l'une des trois catégories prévues, dont les tarifs sont différents : Cass. com., 19 novembre 1996, Bull. civ., I, n° 275, p. 236 ; D. 1997, p. 609, note ZELCEVIC-DUHAMEL. V. aussi en matière de vente : Cass. 3^e civ., 15 février 1984, n°82-15465, Bull. civ. III, n° 41 : En cas de vente d'un terrain à prendre dans une parcelle plus vaste, les juges du fond décident à bon droit que l'immeuble vendu était déterminable au jour de la convention, dès lors que la superficie du terrain vendu était déterminée à l'acte et que le vendeur s'en était remis par avance aux acquéreurs quant à sa délimitation exacte. Rapp. : Cass. 3^e civ., 30 janvier 2008, n°06-20551, JCP N 2008. 1197, n° 8, obs. PIEDELIÈVRE.*

La détermination de la prestation participe à la protection des intérêts antagonistes des parties. Il advient, cependant, que cette prestation ne soit ni déterminée, ni déterminable, ce qui peut être source d'un déséquilibre entre les prestations. Afin de prémunir l'un des contractants de cette iniquité, le législateur de 2016, dans une nouvelle disposition inspirée des principes d'UNIDROIT¹¹⁶, a prévu que « *Lorsque la qualité de la prestation n'est pas déterminée ou déterminable en vertu du contrat, le débiteur doit offrir une prestation de qualité conforme aux attentes légitimes¹¹⁷ des parties en considération de sa nature, des usages et du montant de la contrepartie.* »¹¹⁸ Cette disposition répond, par-là, à une exigence de justice contractuelle. Reste, cependant, posée la question de l'appréciation de « la qualité » de la prestation¹¹⁹, faisant intervenir une part de subjectivité. Sur ce point, nous aimons à croire que l'existence de critères posés par l'article 1166 (qualité selon la nature, les usages et le montant de la contrepartie) alliée au nécessaire respect du devoir de bonne foi¹²⁰ limiteront les appréciations fallacieuses. Quoi qu'il en soit, il y a fort à parier que le juge français se laissera tenter par la notion de « qualité raisonnable » en cas de difficulté d'appréciation de la prestation fournie¹²¹.

542. - Ces précisions liminaires apportées, il convient de s'intéresser plus avant aux caractéristiques des prestations dans le cadre d'un contrat assorti d'une entrée payante. Abstraction faite des obligations purement contractuelles qu'elles doivent assumer, l'existence d'une entrée payante invite à scruter les obligations précontractuelles des parties. Partant, seront, tour à tour, examinées la prestation du débiteur puis celle du créancier de l'entrée payante.

L'entrée payante est une obligation monétaire, autrement dit une somme d'argent. Le problème de la détermination du montant de l'entrée payante ne se pose pas car, d'emblée, le

¹¹⁶ Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international de 2016, art. 5.1.6. : « *Lorsque la qualité de la prestation n'est pas fixée par le contrat ou déterminable en vertu de celui-ci, une partie est tenue de fournir une prestation de qualité raisonnable et, eu égard aux circonstances, au moins égale à la moyenne.* »

¹¹⁷ Sur la notion d'attentes légitimes, v. notamment : E. LÉVY, *Responsabilité et contrat*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1899, p. 373, E. LÉVY, *La confiance légitime*, RTD civ. 1910, p. 717 ; E. LÉVY, *Éléments d'une doctrine*, in *Les fondements du droit*, Paris, Ed. Félix Alcan, 1939, p. 131. V. aussi : H. AUBRY, *Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime*, RIDC, 2005, p. 627-651, J. CALAIS-AULOY, *L'attente légitime, une nouvelle source de droit subjectif*, in *Mélanges Y. GUYON*, Dalloz, 2003, p. 171.

¹¹⁸ C. civ., art. 1166 nouv.

¹¹⁹ En ce sens, N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 62.

¹²⁰ Qui est, rappelons-le, d'ordre public ! C. civ., art. 1106 nouv.

¹²¹ On retrouve cette référence dans l'article 5.1.6 des Principes UNIDROIT. Le Rapport relatif à la réforme (J.O., 11 février 2016) le laisse à penser, du reste : « *en cas d'indétermination de la qualité de la prestation, celle-ci doit correspondre à la qualité que le créancier pouvait raisonnablement espérer en fonction des circonstances.* »

créancier informe le débiteur de la somme qu'il aura à déboursier. L'entrée payante dans le contrat signifie littéralement qu'il faut payer pour pouvoir contracter. De fait, son montant est fixé en amont de la conclusion du contrat. Face au refus du débiteur de s'acquitter de cette obligation, le créancier sera, d'ailleurs, conduit à mettre fin aux négociations précontractuelles.

Si la prestation précontractuelle du débiteur de l'entrée payante est toujours une somme d'argent et elle est généralement déterminée, celle du créancier est en revanche plus diverse. Il peut s'agir d'une obligation de faire ou de ne pas faire et plus rarement, d'une obligation de donner. Il s'agira par exemple de réserver un bien (en contrepartie d'une indemnité d'immobilisation ou d'un dépôt de garantie dans le contrat de réservation) ou de l'engagement de réaliser une prestation de service (sous condition du versement d'un acompte). Ce peut être une obligation de remettre une chose (boules de bowling, clés d'un casier, etc..) en contrepartie d'un gage-espèces. Autre exemple, le franchiseur proposera des formations et remettra des documents ou du matériel. Ainsi, grâce à la notion d'objet de l'obligation, pourront-être vérifiées au cas par cas le caractère certain du contenu de l'engagement.

543. - Les règles sus-évoquées ont vocation à s'appliquer aux prestations précontractuelles comme aux prestations contractuelles des parties à un contrat assorti d'une entrée payante. L'entrée payante, sa contrepartie et les obligations contractuelles devront être présentes ou futures, possibles, déterminées ou déterminables. La violation de cette règle emporte la nullité du contrat, de sorte que se pose la question de l'étendue de la nullité. La nullité partielle peut être prononcée si seules l'entrée payante et/ou sa contrepartie sont affectées et ce, dans la mesure où elles ne sont pas déterminantes du consentement des parties¹²².

B. Une contrepartie effective

544. - Dans l'optique de garantir une certaine forme de justice contractuelle, le Code civil prohibe, sous peine de nullité, la contrepartie illusoire ou dérisoire dans un contrat à titre onéreux (1). C'est là une règle précieuse pour le contrôle de la validité des contrats assortis d'une entrée payante. Elle reste, néanmoins, contrebalancée par les dispositions permissives du nouvel article 1169 rappelant que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité des contrats (2).

¹²² C. civ., art. 1184 nouv.

1. La prohibition d'une contrepartie illusoire ou dérisoire

545. - La validité du contrat est subordonnée à l'existence d'une contrepartie effective. Le nouvel article 1169 du Code civil dispose, en effet, qu'« *un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage*¹²³ *est illusoire ou dérisoire.* »¹²⁴ Si, de prime abord, cet article semble viser prioritairement les contrats synallagmatiques, il concerne tout autant les contrats aléatoires et les contrats unilatéraux à titre onéreux¹²⁵.

En imposant au cocontractant la fourniture d'une prestation non illusoire ou dérisoire¹²⁶, en bref utile, les dispositions de cet article sous-tendent l'exigence d'une relation contractuelle plus juste¹²⁷. L'illusion est définie comme « *l'appréciation conforme à ce quelqu'un souhaite croire mais fausse par rapport à la réalité* »¹²⁸. Partant, l'illusoire peut être regardé comme ce qui tend à tromper par une fausse apparence, ce qui ne correspond pas à la réalité, qui est faux.¹²⁹ Il revêt une dimension qualitative¹³⁰. Au vu de cette définition, deux conceptions de la contrepartie illusoire sont envisageables¹³¹. En premier lieu, la contrepartie peut être qualifiée d'illusoire quand « *apparente au jour du contrat, elle est en réalité dépourvue de toute existence.* »¹³² En second lieu, ce caractère peut lui être reproché quand « *la contrepartie existe*

¹²³ L'expression « *contrepartie convenue* » nous renvoie à l'ancienne exigence d'une cause (objective). Comp. C. civ., art. 1131 anc. : « *L'obligation sans cause, ou sur une fausse cause, ou sur une cause illicite, ne peut avoir aucun effet.* » Sur la notion de cause, v. entre autres, : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006 ; J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, th. Paris 1, LGDJ, 1999 ; CERMOLACE, *Cause et exécution du contrat*, th., LGDJ ; P. CATALA, *Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats*, Defrénois 2008, p. 2365 et s.

¹²⁴ Cette formulation consacre la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation (Cass. com., 14 octobre 1997, D. 1998, Somm., p. 333, obs. FERRIER (2^e esp.) ; Defrénois 1998, p. 1040, obs. D. MAZEAUD. Dans le même sens, Cass. com., 8 février 2005, Bull. civ. IV, n^o 21 ; Cass. 1^{re} civ., 10 mai 2005, Bull. civ., I, n^o 203 ; Cass. 3^e civ., 21 septembre 2011) et se rapproche de la lettre de l'article 1125 de l'avant-projet CATALA : « *L'engagement est sans justification, faute de cause réelle, lorsque, dès l'origine, la contrepartie convenue est illusoire ou dérisoire.* »

¹²⁵ Rapport relatif à la réforme, J.O. 11 février 2016.

¹²⁶ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n^o 240 et s.; A. HONTEBEYRIE, *Article 1167: la contrepartie illusoire ou dérisoire*, Doss. *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, RDC 2015.3, p. 757 ;

¹²⁷ J. GHESTIN, *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, Chron. 1, p. 1.

¹²⁸ Dictionnaire Larousse (en ligne), 2017, v^o *Illusion*.

¹²⁹ La contrepartie illusoire s'apparente à la cause fautive qui était sanctionnée anciennement par la nullité du contrat (C. civ., art. 1131 anc.). Pour rappel, la fautive cause est une cause inexacte, erronée, non conforme à la vérité.

¹³⁰ N ; DISSAUX et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 68.

¹³¹ Comp. avec la définition du J. GHESTIN, *ouvrage préc.*, n^o 242, p. 167 : « *La contrepartie est illusoire « lorsque, dès la formation du contrat, son exécution est impossible, ou lorsqu'elle fait double emploi avec l'obligation résultant d'un autre contrat ».*

¹³² A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, p. 757.

*bel et bien mais ne présente pas l'utilité ou l'efficacité escomptée par son bénéficiaire lors de la conclusion du contrat. »*¹³³

Pour ce qui est de la contrepartie dérisoire, elle peut être regardée comme celle qui est insuffisante, quasi-nulle, trop infime pour être juridiquement pertinente¹³⁴. Contrairement à la contrepartie illusoire, l'on peut l'envisager à travers le prisme du quantitatif. Pour le Professeur GHESTIN, le dérisoire « *renvoie au presque rien* »¹³⁵. En ce sens, il se rapproche de l'absence de contrepartie¹³⁶. La jurisprudence a, d'ailleurs, souvent assimilé ces deux notions¹³⁷.

546. - L'existence d'une contrepartie illusoire ou dérisoire, appréciée au moment de la formation du contrat¹³⁸, emporte sa nullité relative¹³⁹. Dans le cas d'un contrat assorti d'une entrée payante, cette imperfection peut entacher soit l'entrée payante ou sa contrepartie, soit l'obligation principale du débiteur ou celle du créancier. Dans la plupart des cas, l'action en nullité du contrat pour absence de contrepartie entraîne par ricochet la nullité de l'obligation d'entrée payante et partant, sa restitution. Celle-ci, dès lors, n'est pas annulée en tant que telle, mais bien parce qu'elle est un élément parmi d'autres du contrat annulé. Cet état de fait n'a rien de surprenant puisque la stipulation d'entrée payante est une clause accessoire du contrat.

¹³³ *Ibid.* - Ces définitions ne sont pas sans évoquer des décisions jurisprudentielles, cf. Cass. 1^{re} civ., 3 juill. 1996, n° 94-14800, Bull. civ. I, n° 286, p. 200 (affaire du Vidéo Club dans laquelle a été sanctionné le défaut de contrepartie réelle). Dans le même sens : Cass. com., 27 mars 2007, n° 06-10452 ; CA Lyon, 24 oct. 2002, n° 00/03898. Rapp. Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-67369.

¹³⁴ S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., 2016, p. 372, v° *Dérisoire*.

¹³⁵ J. GHESTIN, *op. cit.*,

¹³⁶ Dans le langage du Code civil de 1804, il était question d'absence de cause (C. civ., art. 1131 anc.)

¹³⁷ Cass. com. 14 oct. 1997, D. 1998. Somm., p. 333, obs. FERRIER (2^e esp.); Defrénois 1998. 1040, obs. D. MAZEAUD (Au regard de l'engagement souscrit par le distributeur, qui consistait à s'approvisionner exclusivement, pendant cinq ans et pour une quantité minimale déterminée, auprès d'un fournisseur, l'engagement pris par ce dernier d'obtenir un prêt au profit de son cocontractant et de le cautionner est dérisoire et le contrat est donc nul pour absence de cause). Dans le même sens : Cass. com. 8 févr. 2005, Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2005, AJ p. 639 ; D. 2005, Pan., p. 2841, obs. AMRANI-MEKKI ; D. 2006, Pan. p. 515, obs. FERRIER ; JCP 2006. II. 10011, note Luciani ; JCP E 2005. 1177, n° 4, obs. MAINGUY et RESPAUD ; CCC 2005, n° 104, note LEVENEUR ; RDC 2005, p. 684, obs. D. MAZEAUD, et 771, obs. BÉHAR-TOUCHAIS.

¹³⁸ C. civ., art. 1169 nouv., in *limine*. V. déjà avant cette règle : Cass. com., 30 juin 1987, n° 84-16752 : « *La cour d'appel qui [...] a déduit l'absence de cause de la convention des circonstances de son exécution, a violé, par fausse application, l'article 1131 du Code civil* » ; Cass. 3^e civ., 17 juillet 1996, n° 93-19432 : « *en statuant alors que l'existence de la cause d'une obligation doit s'apprécier à la date où elle est souscrite, la cour d'appel, qui s'est fondée sur des faits postérieurs, a violé le texte susvisé* »

¹³⁹ C. civ., art. 1179, al. 2, nouv. : « *Elle (la nullité) est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé.* » Longtemps, la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la nullité absolue. La chambre commerciale a, en particulier, persisté sur cette position (v. par ex. Cass. com., 23 octobre 2007, D. 2007, AJ 2812, Defrénois 2007, p. 1729, obs. LIBCHABER.). Par la suite, les chambres civiles ont clairement favorisé la nullité relative. C'est, aujourd'hui, la solution retenue par le législateur.

Ainsi, la nullité du contrat de franchise pour absence de cause¹⁴⁰ emporte la nullité du droit d'entrée. Une disproportion entre les prestations réciproques ne suffit pas à provoquer la nullité¹⁴¹. Le franchisé devra établir le manque d'originalité du savoir-faire transmis¹⁴² ou le caractère non distinctif de la marque dont l'usage est concédé¹⁴³ et qui constitue souvent la contrepartie de l'entrée payante.

Quoique ces hypothèses restent exceptionnelles, des griefs tirés spécifiquement de l'absence de contrepartie de l'entrée payante ont été portés devant les juges, avec plus ou moins de succès. Dans la célèbre affaire Château Giscours¹⁴⁴, les demandeurs au pourvoi, arguant du caractère exorbitant de la prime d'émission, ont agi en nullité de l'augmentation de capital, sur le fondement de l'absence de cause¹⁴⁵. Ce recours n'a, cependant, pas été accueilli.

Dans une autre espèce, la cause d'un droit au bail, institution voisine du pas-de-porte, a été pareillement scrutée par les juges. Dans cette affaire, le locataire d'un local commercial avait exigé de son cessionnaire le versement d'un droit au bail alors que ce dernier n'était autre que le propriétaire dudit local. Dans un premier temps, la Cour d'appel avait débouté le locataire cédant de ses demandes de paiement du droit au bail et de dommages et intérêts en raison de l'absence de relation triangulaire, le bailleur et cessionnaire étant la même personne. Cependant, dans un arrêt de censure du 13 octobre 2004¹⁴⁶, la Cour de cassation a estimé que n'est pas dépourvue de cause l'acquisition par le bailleur du droit au bail mis en vente par son locataire, laquelle permet au premier de recouvrer la jouissance matérielle des lieux loués. Au premier abord, il semble surprenant que le propre propriétaire des locaux soit tenu de payer pour jouir de son bien. Mais à bien y regarder, la solution de la Cour de cassation est pleinement justifiée. Le cédant titulaire de la propriété commerciale est en droit de faire payer son transfert au cessionnaire quel qu'il soit, lequel pourra jouir matériellement des lieux. Le droit au bail étant causé, l'acte ne saurait encourir la nullité.

¹⁴⁰ CA Versailles, 7 février 2002, RG n° 1999/1548.

¹⁴¹ V. *infra* n°558.

¹⁴² CA Paris (5ème ch. A), 29 septembre 1992, RG n° 91/12436 : nullité du contrat de franchise pour absence de cause (pas de transmission de savoir-faire).

¹⁴³ E. LAMAZEROLLES, *La franchise in Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Etudes réunies par J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, LGDJ, 2005, p. 221.

¹⁴⁴ Cass. com., 22 mai 2001, n° 98-19.086.

¹⁴⁵ Un recours en nullité serait aujourd'hui fondé sur l'existence d'une contrepartie dérisoire.

¹⁴⁶ Cass. 3° civ, 13 octobre 2004, n° 03-12035, Bull. civ., III, n° 170, p. 157 ; D. 2005, p. 1617, note MONTEIRO ; D. 2005, pan. 2842, obs. AMRANI-MEKKI ; Defrénois 2005, p. 1245, obs. AUBERT ; RDC 2005, p. 1009, obs. D. MAZEAUD.

Comme indiqué précédemment, la nullité partielle du contrat est envisageable si la clause d'entrée payante affectée n'est pas un élément déterminant du contrat¹⁴⁷. Cette solution présente l'avantage de ne pas entraîner la nullité du contrat dans son ensemble, ce qui peut être contraire aux intérêts du contractant protégé.

2. La dispense d'équivalence des prestations

547. - L'existence d'une contrepartie non illusoire ou dérisoire débouche sur la nullité du contrat, ce qui permet de sanctionner les avantages excessifs que s'octroie une partie. En cela, est assurée une certaine équité. Dans les contrats synallagmatiques¹⁴⁸, le juge s'appliquera à vérifier si chacun des contractants reçoit une contrepartie véritable en échange de ses engagements. Il est difficilement concevable, en effet, qu'un individu, non désireux de gratifier, se trouve obligé sans aucune contrepartie. Cela serait contraire à « *la finalité économique et sociale du contrat à titre onéreux qui est d'être un instrument d'échange.* »¹⁴⁹ Or, il n'incombe pas au juge de vérifier l'équilibre des conventions, laquelle n'est pas une condition de validité du contrat, hormis le cas spécifique de la lésion. Reformulant une règle ancienne¹⁵⁰, le nouvel article 1168 énonce, en effet, que « *dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement.* » Partant, si la contreprestation ne peut être illusoire ou dérisoire, sous peine de nullité, il importe peu qu'elle ne soit pas équivalente à la prestation de son cocontractant. Autrement dit, l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat. Est toléré, de ce fait, le déséquilibre au sein de la relation contractuelle. La règle, réminiscence de notre droit civil traditionnel¹⁵¹, se comprend au regard de la prévalence persistante des principes de l'autonomie du contrat¹⁵² et de la liberté contractuelle. Elle satisfait, de plus, au principe de

¹⁴⁷ C. civ., art. 1184 nouv. V. déjà avant ce texte : Cass. 1^{re} civ., 11 décembre 1990 (Girard c/ Camb), JCP 1991. II. 21656, note J. BIGOT ; RTD civ., 1991, p. 325, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 6 avril 1993, D. 1993, p. 310, note GAVALDA ; JCP 1993. II. 22062, note STOUFFLET ; RTD com. 1993, p. 548, obs. CABRILLAC.

¹⁴⁸ Notre développement portera essentiellement sur ce type d'actes en raison de la nature des contrats assortis d'une entrée payante.

¹⁴⁹ F. TERRÉ, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 339, p. 384.

¹⁵⁰ C. civ., art. 1118 anc : « *La lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes, ainsi qu'il sera expliqué en la même section.* »

¹⁵¹ On retrouve l'esprit des codificateurs de 1804 par la référence implicite à l'ancien article 1118 du C. civ.

¹⁵² V. sur ce point, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, commentaire de l'article 1168, in Th. DOUVILLE (dir.), *La réforme du droit des contrats*, GUALINO, 2016, p. 134 : « *Les parties sont les meilleurs juges de leurs intérêts ; c'est à elles qu'incombe la recherche de l'équilibre contractuel. On sait que, pour fonder cette règle, la doctrine s'est appuyée sur le dogme de l'autonomie de la volonté, qui justifie la toute-puissance de la volonté des contractants.* »

sécurité juridique. Sur ce point précis, la réforme de 2016, en dépit de sa volonté affichée de rééquilibrer le contrat¹⁵³, n'est pas parvenue à s'affranchir des dogmes fondateurs¹⁵⁴.

548. - À l'instar du contractant ordinaire, le débiteur de l'entrée payante ne pourra se prévaloir du défaut d'équivalence entre sa prestation et celle de son cocontractant pour obtenir la nullité de l'engagement. Partant, la simple existence d'un déséquilibre entre les prestations réciproques des franchiseur et franchisé ne suffit pas à justifier la nullité du contrat pour absence de contrepartie¹⁵⁵.

Ainsi, le débiteur de l'entrée payante devra peut-être se contenter d'une contrepartie de qualité moyenne¹⁵⁶ alors qu'il a consenti un sacrifice financier. Reste, cependant, posée la question de la réfaction du contrat.

549.- Si le débiteur de l'entrée payante ne peut valablement évoquer le défaut d'équivalence, il dispose encore du recours fondé sur les clauses du contrat s'il est partie à un contrat d'adhésion. On peut légitimement s'étonner que ces dispositions s'inscrivent dans le régime général des obligations, car elles relèvent davantage des contrats spéciaux. Quoiqu'il en soit, le débiteur de l'entrée est fondé à s'en prévaloir. Le contrôle du juge peut ainsi porter sur les clauses à l'origine d'un déséquilibre significatif.

¹⁵³ L'on notera, à ce propos, les contradictions du Rapport relatif à la réforme, J.O. 11 février 2016, « *Les dispositions suivantes (art. 1168) veillent à l'équilibre du contrat. Il est rappelé que l'équivalence des prestations n'est pas une condition de validité du contrat, sauf lois particulières admettant la lésion.* » L'on ne voit pas comment l'admission du défaut d'équivalence des prestations pourrait favoriser l'équilibre de contrat ! Cela nous paraît, on ne peut plus, plus antinomique. Ce sentiment est conforté par la suite du Rapport qui précise « *Toutefois, les articles qui suivent* (à savoir 1169 sur la prohibition de la contrepartie illusoire ou dérisoire, 1170 sur la prohibition des clauses contredisant l'obligation essentielle du débiteur, 1171 sur les clauses abusives) *apportent des correctifs de nature à garantir une justice contractuelle, malgré la suppression de la notion de cause* ». L'existence de prestations équitables ne participerait-elle pas à plus de justice contractuelle ? Un contractant n'est-il pas en droit « *d'attendre légitimement* » en toutes circonstances (v. lettre art. 1167) une contrepartie équitable ?

¹⁵⁴ V. en ce sens, A.-S. CHONÉ-GRIMALDI, *op. cit.*, p. 134.

¹⁵⁵ E. LAMAZEROLLES, *La franchise in Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?*, Etudes réunies par J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE, LGDJ, 2005, p. 221.

¹⁵⁶ Puisque la contreprestation illusoire ou dérisoire est prohibée.

§ 2. Contrôle fondé sur la création d'un déséquilibre significatif¹⁵⁷

550.- Dans le Code civil, le contrôle des clauses du contrat peut s'opérer sur deux fondements juridiques distincts. Le premier de ces textes, applicable aux clauses des contrats de toute nature, répute non écrite les clauses contredisant l'obligation essentielle de son débiteur. La seconde, plus spécifique, porte sur le contrôle des clauses abusives dans les contrats d'adhésion. L'article 1170 relatif aux clauses contredisant l'obligation essentielle de son débiteur ne peut être utilisé en matière d'entrée payante car celle-ci et sa contrepartie sont des obligations accessoires du contrat. En revanche, l'article 1171 a vocation à s'appliquer à tous les contrats d'adhésion assortis d'une entrée payante.

Cet article dispose, en son premier alinéa, que « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.* » Cette règle constitue l'une des principales innovations de la réforme de 2016. Elle a trait, sans expressément les nommer, aux clauses abusives. L'éradication de ces clauses est, de fait, un indéniable outil de promotion de la justice contractuelle¹⁵⁸. En intégrant cette règle au droit commun des obligations, le législateur entend renforcer la cohérence de l'ensemble du dispositif du droit des contrats¹⁵⁹, restée lacunaire sur ce point¹⁶⁰.

L'on observera toutefois que le champ d'application de l'article est restreint, car il ne concerne que les contrats « *dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties.* »¹⁶¹ Son apport, est en ce sens, limité. D'autant plus limité par ailleurs que l'appréciation du déséquilibre significatif ne peut porter ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation¹⁶². C'est dire qu'elle peut être relative à une obligation accessoire¹⁶³. Or, c'est précisément le cas des entrées payantes.

¹⁵⁷ Th. REVET, *Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés*, D. 2015, p. 1217 ; L. GRATTON, *Les clauses abusives en droit commun des contrats*, D. 2016, p. 22 ; X. LAGARDE, *Questions autour de l'article 1171 du code civil*, D. 2016, p. 2174

¹⁵⁸ En ce sens, N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 70. ,

¹⁵⁹ Rapport relatif à la réforme, J.O., 11 février 2016.

¹⁶⁰ Des règles propres au droit de la consommation (C. consom., art. L. 212-1 et s.) et au droit des affaires (C. com., art. L. 442-6) prohibent les clauses abusives.

¹⁶¹ C. civ., art. 1110, al. 2 nouv. donnant la définition du contrat d'adhésion.

¹⁶² C. civ., art. 1171, al. 2 nouv.

¹⁶³ Mme GRATTON (*art. cit.*, p. 22) précise le champ d'application de cet article. Elle considère que « *le déséquilibre significatif pourrait être constitué lorsqu'une clause accessoire de l'accord place, de manière excessive et/ou injustifiée, l'un des contractants seulement dans une situation juridique moins favorable que celle qui résulterait des règles supplétives applicables au contrat.* »

551. - De l'étude des manifestations des entrées payantes, l'on a pu constater que certaines d'entre-elles étaient stipulées dans des contrats d'adhésion. Nous avons évoqué, entre autres, les sommes versées d'avance dans les contrats de communications électroniques et les droits d'entrée dans les clubs, les arrhes et les acomptes dans les contrats de vente ou prestation de service. Ces contrats relèvent du droit de la consommation et à ce titre, sont régis par le dispositif de contrôle des clauses abusives de l'article L. 212-1 du Code de la Consommation. Dès lors, peut-on envisager dans ce cas le cumul de l'article 1171 du Code civil et de l'article L. 212-1 du Code de la consommation ? Le Code civil l'exclut sans ambiguïté¹⁶⁴. L'alinéa 3 de l'article 1105 prévoit, en effet, que « *Les règles générales s'appliquent sous réserve [des] règles particulières.* » Par conséquent, le nouvel article 1171 n'est pas vocation à régir les entrées payantes sus-évoquées, sauf à considérer qu'elles sont stipulées dans des contrats d'adhésion entre particuliers. À partir de ce postulat, il faudrait encore que le débiteur puisse établir qu'il existe un déséquilibre significatif entre l'entrée payante et sa contrepartie. En définitive, se pose la question de l'efficacité et partant, de l'intérêt de cette mesure¹⁶⁵.

Conclusion du chapitre

552. - La théorie générale des obligations offre, à travers la protection du consentement et le contrôle du contenu du contrat, une incontestable protection au débiteur de l'entrée payante. Il jouit, par ailleurs, dans certains contrats d'une protection renforcée du fait de l'application de règles spécifiques.

¹⁶⁴ V. sur ce point les explications de M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif dans le Code civil*, JCP G, 2016, p. 662-665, v. spéc., p. 663.

¹⁶⁵ N. DISSAUX et Ch. JAMIN, *op. cit.*, p. 72 : « *L'article 1171 rassurera-t-il tout le monde en ne servant à personne? La question reste ouverte.* » ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, art. précité, p. 665 : « *Pour conclure, on pourrait le faire à la manière de Shakespeare : « beaucoup de bruit pour rien ». Compte tenu des textes spéciaux que nous avons, nous aurions pu faire l'économie d'inclure le déséquilibre significatif dans le Code civil.* » M. LAGARDE est, cependant, moins pessimiste sur l'avenir de ce texte (art. cité, p. 2174) : « *Il se pourrait que le texte connaisse une fortune processuelle, peut-être et pour l'heure encore sous-estimée.* » L'auteur fait notamment référence à l'action en justice d'associations.

CHAPITRE 2 - LE CONTRÔLE SPÉCIFIQUE DES ENTRÉES PAYANTES

553. - « *Le droit des contrats spéciaux prolonge (...) naturellement le droit des obligations qu'il enrichit, en retour, de certains mécanismes et concepts juridiques.* »¹ Plus élaborée et plus précise que la théorie générale des obligations, la théorie spéciale des obligations gouverne certains contrats en leur donnant « *un contenu préconstitué « omnibus* » »² aisément adaptable selon le gré des parties. Cette flexibilité dans la détermination du contenu de la convention a permis l'éclosion de nouvelles obligations à côté de celles prévues par les textes. Le paiement d'entrées payantes en fait parfois partie, d'où la nécessité de contrôler leur validité sur le fondement de la théorie spéciale des contrats (section 1). Par ailleurs, la place de plus en plus prééminente du droit de la concurrence, droit spécial³ atypique, ne saurait être ignorée dans la recherche des abus dans le contrat. Ainsi, sera également étudiée la validité des entrées payantes au regard de ce droit (section 2).

¹ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 5^e éd., coll. Hypercours, Dalloz, 2015, n° 1, p. 3.

² Ph. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., Defrénois, Lextenso, éd., 2014, n° 1, p. 4.

³ Des auteurs admettent le caractère de droit spécial au droit de la concurrence. Parmi eux, on compte J. HUET, *Traité de droit civil* sous la dir. de Jacques GHESTIN, *Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., 3^e éd., 2012, n° 4, p. 10 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des contrats*, th. Paris 1, Dalloz, 2004, n° 4, p. 5.

SECTION 1 - LE CONTRÔLE FONDÉ SUR LA THÉORIE SPÉCIALE DES CONTRATS

554. - Loin d'être superfétatoire, le contrôle fondé sur la théorie spéciale des contrats est complémentaire de celui opéré grâce à la théorie générale des obligations. Afin de contrôler la conformité de l'entrée payante au droit spécial du contrat, on aura égard à la nature juridique de l'entrée payante (§1) ou à la qualité du débiteur (§2).

§1. Le contrôle spécifique dû à la nature et au régime juridiques de l'entrée payante

555. - Parce qu'elles ont une nature juridique particulière et pour siège, un contrat spécial, certaines entrées payantes appellent un contrôle spécifique. Il en est ainsi des pas-de-porte et dépôt de garantie du bail commercial (II), du droit d'entrée dans les contrats de distribution (III). L'on ne saurait faire, par ailleurs, l'impasse sur le gage-espèces, sûreté originale régie par des règles spéciales (I).

I. Le gage-espèces⁴

556.- Quoique fort prisé dans la pratique des affaires et d'utilisation courante, le gage-espèces n'a pas fait l'objet de mesures spécifiques à l'occasion de la réforme du droit des sûretés, ce que d'aucuns déplorent⁵. En dépit de cette omission, la référence au droit commun du gage ou au nantissement de meubles incorporels permet au juge d'en contrôler l'utilisation selon que le gage porte sur une monnaie fiduciaire ou scripturale⁶. Dans le premier cas, il pourra utilement se référer aux dispositions des articles 2341 et 2342 du Code civil relatif aux choses

⁴ V. entre autres : *Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ?*, colloque organisé par A.E.D.B.F.-France, 23 janvier 2006 ; P. CROCQ, *Gage*, Rép. civ., sept 2007 (dernière mise à jour juin 2013) ; S. PRAICHEUX, v° *Sûretés financières*, Rép. sociétés, 2010 (dernière mise à jour 2012), V. art. 1: *Nantissement sur l'argent: le gage-espèces*, n° 128 ; S. ALAMOWITCH, *Le gage-espèces*, LPA, 26 août 1994, p. 4, n° 102 ; S. BROS, *Le gage-espèces*, Droit et patrimoine, 2007, n° 161.

⁵ S. PRAICHEUX, v° *Sûretés financières*, Rép. sociétés, 2010 (dernière mise à jour 2012), n° 128.

⁶ Cette distinction fortement critiquée par M. le Professeur MARTIN, a le tort d'obscurcir le régime du gage-espèces. En effet, l'application de deux régimes distincts n'apparaît pas pertinente eu égard au fait que l'objet du gage reste, en tout état de cause, de l'argent. V. ses écrits sur le sujet : D. R. MARTIN, *Du gage-espèces*, D. 2007, p. 2556 ; D. R. MARTIN, *De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi)*, Rev. dr. bancaire 2006, p. 43.

fongibles⁷. Dans le second cas, plus fréquent, le gage-espèce est assimilé à un nantissement de créance et est régi, à ce titre, par les dispositions des articles 2355 et suivants.

La première mission du juge et non la moins aisée, consiste à rechercher si l'opération envisagée par les parties correspond réellement à un gage d'espèces ou à un nantissement. De cette qualification, découle l'identification des règles applicables. Ainsi, il a été jugé que la consignation auprès du comptable du Trésor d'une somme pour assurer le recouvrement de la créance du Trésor public ne constitue pas un gage, d'où l'exclusion des règles propres à ce contrat⁸. En l'espèce, après avoir obtenu un sursis quant au paiement d'un impôt, une société avait versé une somme d'argent pour garantir son paiement sur un compte à terme ouvert à son nom à la recette des Finances. Suite à l'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire, le liquidateur de cette société réclama la restitution de cette somme, demande non accueillie par la Cour d'appel. Considérant que les sommes déposées constituaient une sûreté assimilable au gage, la juridiction du fond avait, en effet, ordonné la compensation entre la garantie détenue par la recette des Finances et la créance du Trésor public. Elle motivait sa décision, par ailleurs, en relevant que l'autorisation de surseoir au paiement de l'impôt avait été accordée en raison de la constitution de la garantie et que le litige avait trait au seul dessaisissement par le créancier éventuel de celle-ci. La Cour de cassation a censuré cet arrêt, au visa des articles L. 277 et R. 277-1 du Livre des procédures fiscales et de l'article 159 de la loi du 25 janvier 1985, au motif de l'inexistence d'un contrat de gage au vu des circonstances de l'espèce. Elle a également considéré que les conditions de la compensation légale, qui avait été seule invoquée, n'étaient pas réunies en raison du défaut d'exigibilité de la créance du Trésor public avant l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire.

Dans l'arrêt ci-dessus rapporté, la chambre commerciale livre pour la première fois son analyse de la consignation d'une somme au profit du Trésor public. Il reste que cette solution

⁷ L'article 2341 a trait au gage avec dépossession et fait obligation au créancier gagiste de tenir séparées les choses de même nature lui appartenant. Une dispense peut être aménagée ; le cas échéant, une restitution de la même quantité de choses équivalentes doit être effectuée. Le second article relatif au gage sans dépossession des choses fongibles prévoit que le constituant peut les aliéner à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes.

⁸ Cass. com., 27 octobre 1998, Bull. civ., IV, n° 266 ; D. 1999, Somm., p. 244, obs. JOBARD-BACHELLIER ; RTD com. 1999. 749, obs. A. MARTIN-SERF. Rapp. Cass. com., 3 juin 1997, RTD com. 1997, p. 663, obs. M. CABRILLAC ; D. 1998. 104, obs. S. PIEDELIÈVRE ; JCP 1997. II. 22891, rapp. J.-P. REMERY.

est discutable⁹ quoiqu'elle soit conforme à l'article L. 277 du Livre de procédures fiscales évoquant la possibilité pour le contribuable de consigner une somme à titre de « garantie » et non pas de sûreté.

Par ailleurs, la qualité des contractants n'est pas indifférente à la désignation de la règle de droit applicable au contrat de gage. Dans un arrêt du 25 février 1975¹⁰, la Cour de cassation a considéré que le gage constitué par un commerçant se constate, à l'égard des tiers comme à l'égard des parties contractantes, conformément à l'ancien article 109¹¹ (article L. 110-3) du Code de commerce. Dans une autre décision¹², il a été jugé que les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du Code de commerce au droit commun du gage de meubles sans dépossession. Le débiteur de l'entrée payante pouvant, selon les circonstances et le contrat en cause, être un simple particulier ou un commerçant, il s'ensuit que le régime juridique applicable et par suite le degré de protection, dépendront de sa qualité.

557. - Après avoir qualifié opportunément le versement, le juge exercera un contrôle à plusieurs niveaux, en raison des nombreuses exigences posées par les textes. Il se montre, en particulier, garant de l'application des normes visant à protéger le débiteur de l'entrée payante. Ainsi, dans l'hypothèse d'un nantissement de monnaie scripturale, la nullité de l'acte sera prononcée s'il n'a pas été conclu par écrit¹³. Le juge s'assurera également de la réunion des conditions de l'opposabilité du nantissement de créances au débiteur, à savoir sa notification ou l'intervention de ce dernier à l'acte¹⁴.

⁹ V. les critiques de M.-N. JOBARD-BACHELLIER, obs. sous cet arrêt, D. 1999, Somm., p. 244. *Contra* A. MARTIN-SERF qui approuve cette décision (RTD. com.1999, p.749).

¹⁰ Cass. com., 25 février 1975, Bull. civ. IV, n° 61 ; JCP 1975. II. 18133 bis, note BOST et STEMMER. V. aussi : Cass. com., 20 juin 1984, Bull. civ. IV, n° 204 ; Cass. com., 11 juin 1974, Bull. civ., IV, n° 190 (Un gage consenti pour garantir l'achat de marchandises entre deux sociétés commerciales, bien que consenti par un non-commerçant mais à l'occasion d'un acte de commerce, se prouve conformément aux dispositions de l'article 109 (article L. 110-3) du Code de commerce) ; Cass. com., 23 octobre 1984, Bull. civ., IV, n° 278.

¹¹ C. com., art. L. 110-3.

¹² Cass. com., 19 février 2013, D. 2013, Chron., p.1172, GUILLOU.

¹³ C. civ., art. 2356, al. 1. Cette formalité se révèle, par ailleurs, nécessaire lorsqu'il est question d'opposer l'acte aux tiers. Il a été jugé que la dépossession, réalisée au moyen de l'inscription sur un compte spécial des sommes affectées à la garantie de la créance, n'est pas opposable aux tiers en l'absence d'écrit ayant date certaine : Cass. com., 23 avril 2003, JCP 2003. II. 10140, note D. SCHMIDT et DELESPAUL ; JCP 2003.I. 176, n° 19, obs. DELEBECQUE.

¹⁴ C. civ., art. 2362.

558. - Reste que les litiges ne sont pas nécessairement relatifs à la qualification de la sûreté ou à sa mise en œuvre. Bien souvent, ce sont les effets du contrat qui sont discutés devant les tribunaux. Ainsi, dans un arrêt du 23 avril 2003¹⁵, ce sont les conséquences du gage-espèces à l'égard d'un tiers qui ont été à l'origine du litige opposant une banque créancière gagiste et un tiers créancier du constituant. Dans cette affaire, les juges avaient été saisis par le tiers aux fins de voir prononcer l'inopposabilité du gage-espèces et la condamnation de la banque à lui payer le montant correspondant au gage. La Cour d'appel, puis la Cour de cassation ont admis son recours aux motifs que la dépossession au profit du créancier gagiste n'était pas opposable aux tiers en l'absence d'écrit ayant date certaine. Par conséquent, l'inscription des sommes qui font l'objet d'un gage-espèces sur un compte spécial réalise la dépossession, mais ne suffit pas à rendre l'acte opposable aux tiers.

559. - Dans le cas de défaillance du débiteur, le créancier dispose de la faculté de solliciter une attribution judiciaire de la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y rattachent¹⁶. Il apparaît ainsi que la pratique du gage-espèces est strictement encadré, du fait de l'existence de nombreuses règles. Ainsi cantonné, il laisse moins le champ libre aux abus.

II. Le pas-de-porte et le dépôt de garantie dans le bail commercial¹⁷

560. - Contrat nommé, le bail commercial est prévu et réglementé par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce. Il connaît également des entrées payantes tels le pas-de-porte réclamé à titre de supplément de loyer, de contrepartie de la propriété commerciale ou d'avantages divers, et le dépôt de garantie.

561. - Reconnu licite par la jurisprudence, le pas-de-porte sera examiné à l'aune de la théorie spéciale des contrats afin de déceler d'éventuelles contradictions avec les règles

¹⁵ Cass. com., 23 avril 2003, n° 02-11015, inédit ; JCP 2003. II. 10140, note D. SCHMIDT ET M. DELESPAUL.

¹⁶ C. civ., art. 2365. À noter que le créancier n'est pas contraint de saisir le juge, ce texte précise, en effet, que l'attribution de la créance donnée en nantissement peut s'effectuer dans les conditions prévues par la convention.

¹⁷ M-P. DUMONT-LEFRAND, *Baux commerciaux*, Rép. civ., n° 299, 2009 (dernière mise à jour 2017) ; F. AUQUE, *Les baux commerciaux, Théorie et pratique*, LGDJ, 1996 ; J.-P. BLATTER, *Traité des baux commerciaux*, 5^e éd., coll. Référence juridique, éd. Le Moniteur, 2012, notam. p. 254-256 (pas-de-porte) et p. 257 (dépôt de garantie) ; A. BÉNABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 11^e éd., coll. Domat droit privé, LGDJ/ Lextenso éd., 2015, n° 399, p. 309 et s ; F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., Précis, Dalloz, 2015.

régissant la matière des baux commerciaux. Ainsi, il sera tenu compte des spécificités de ce statut afin de sanctionner d'éventuels abus quant au montant de l'entrée payante notamment.

Envisagé comme un supplément de loyer, l'entrée payante ne devra pas excéder un certain montant sous peine d'enfreindre la règle de plafonnement des loyers¹⁸. En effet, quoique le bailleur puisse librement fixer le montant du loyer initial¹⁹ car non tenu par le loyer payé par le précédent locataire ou un quelconque loyer de référence, il n'en est pas de même en cas de révision du loyer en cours de bail ou de bail renouvelé. Dans ces derniers cas, l'augmentation du loyer est strictement encadrée. L'article L. 145-33 du Code de commerce dispose, de fait, en son premier alinéa que « *Le montant des loyers des baux renouvelés ou révisés doit correspondre à la valeur locative.* »²⁰ En tant que supplément de loyer, le pas-de-porte intègre le calcul du loyer lors de la révision triennale à l'inverse du pas-de-porte « indemnité »²¹. De même, il est pris en considération lors du calcul du loyer du bail renouvelé. Dès lors, le prix de base servant à calculer le prix du bail renouvelé par application du coefficient légal inclut une partie du pas-de-porte (1/9^e pour un bail de neuf ans par exemple)²².

Ainsi, à travers la régulation légale des loyers, l'entrée payante que constitue le pas-de-porte « supplément de loyer », se trouve encadrée. Ce contrôle reste cependant restreint car le bailleur est libre d'opter pour une autre qualification, ce qui lui permettra de contourner ladite règle de plafonnement. Il suit de là qu'un contrôle effectif de cette entrée payante passe inévitablement par celui de la liberté du bailleur dans la détermination de l'objet de l'entrée payante.

¹⁸ Le décret n°72-678 du 3 juillet 1972 modifiant celui de 1953 a instauré les règles de plafonnement du loyer du bail commercial renouvelé.

¹⁹ Cass. 3^e civ., 17 juin 1987, Rev. Loyers 1987, p. 485 : L'article L. 145-33 est inapplicable au loyer du bail initial qui ne se conçoit pas sans un accord sur la chose et le prix. Ce loyer est librement déterminé sans que soit imposée une quelconque référence aux éléments constitutifs de la valeur locative.

²⁰ Les éléments retenus pour la détermination de la valeur locative procèdent du choix des parties. A défaut d'accord, l'alinéa 2 de l'article L. 145-33 du Code de commerce énumère un certain nombre de critères : les caractéristiques du local considéré, la destination des lieux, les obligations respectives des parties, les facteurs locaux de commercialité, les prix couramment pratiqués dans le voisinage. Par ailleurs, sans doute faut-il rappeler que le bail est indexé sur l'indice national trimestriel mesurant le coût de la construction, ou s'ils sont applicables l'indice trimestriel des loyers commerciaux ou l'indice trimestriel des loyers des activités tertiaires²⁰. Chacun de ces indices est publié trimestriellement par l'INSEE. L'emploi de l'indice de référence dépend généralement de l'activité exercée, les parties conservent toutefois la liberté d'en choisir un autre.

²¹ Cass. civ., 12 décembre 1968, AJPI 1969, p. 809.

²² Cass. 3^e civ., 11 octobre 1978, Bull. civ. III, n° 312.

562. Par ailleurs, l'article L. 145-40 du Code de commerce énonce que « *Les loyers payés d'avance, sous quelque forme que ce soit, et même à titre de garantie, portent intérêt au profit du locataire, au taux pratiqué par la Banque de France pour les avances sur titres, pour les sommes excédant celle qui correspond au prix de loyer de plus de deux termes.* » Ces dispositions d'ordre public, concernent tant le pas-de-porte²³ « supplément de loyer » que le dépôt de garantie dans le bail commercial quoique ces mécanismes ne soient pas comparables²⁴.

Le contrôle exercé sur le dépôt de garantie est ainsi tout autant limité en raison de la souplesse du droit commercial. En effet, si le bailleur est incité par les textes à limiter le montant de ces versements à deux termes²⁵, la fixation du montant des loyers d'avance et du dépôt de garantie demeure libre. Cette règle tend ainsi à limiter le recours abusif à ces versements anticipés mais sans être purement prohibitive, d'où le maintien de la liberté de la fixation des loyers et du dépôt de garantie.

563. - En définitive, par la règle du plafonnement des loyers et celle relative à la production d'intérêts au-delà de deux termes de loyers, le recours abusif aux versements anticipés est modéré. Toutefois, l'on constatera avec regret qu'aucun de ces dispositifs légaux n'encadre le versement du pas-de-porte « indemnité ». De plus, la liberté des parties (à vrai dire du bailleur) dans le choix du terme (loyer payé par mois, trimestre etc...) peut avoir pour conséquence une majoration des frais supportés par le locataire lors de son installation. Sans enfreindre la loi, un bailleur pourra exiger de son cocontractant, par exemple, un pas-de-porte « indemnité » et un dépôt de garantie de six mois (soit deux fois un trimestre de loyers). On

²³ L'expression « *loyers payés d'avance, sous quelque forme que ce soit* » permet d'appréhender indubitablement la pratique du pas-de-porte mais seulement entendu comme un supplément de loyer. V. également les commentaires de J. LAFOND, B. VIAL-PEDROLETTI, F. KENDERIAN, C. COUTANT-LAPALUS, *Code des baux*, 11^e éd., Litec, 2012 sous l'article L. 145-40 du Code de commerce : « *Le prix du bail peut être convenu payable en une ou plusieurs fois ; la pratique du pas-de-porte conçu comme un supplément de loyer est une application de cette liberté.* » ; « *Le versement d'un pas-de-porte qualifié supplément de loyer entre dans la définition des loyers payés d'avance.* »

²⁴ Rappelons qu'à la différence du pas-de-porte restant définitivement acquis au bailleur, le dépôt de garantie est en principe restitué au locataire à l'expiration du bail, après déduction d'éventuelles réparations ou autres sommes restant dues par ce dernier.

²⁵ Le « *terme* » mentionné correspond à celui précisé dans les clauses du bail ou celui résultant des usages. Le paiement du loyer peut ainsi s'effectuer par mois, par trimestre, etc. Dès lors, en cas de loyer mensuel, toute somme payable d'avance et excédant deux mois de loyer produira intérêt (Cass. 3^e civ., 6 mai 1985, n^o 83-11840, Bull. civ., III, n^o 78, p. 61 ; JCP N 1985, I, 249 ; CA Paris, ch. 5-3, 16 septembre 2009, Revue Administrer, décembre 2009, p. 33, obs. LIPMANN et BOCCARA : *Viola l'article 24 du décret du 30 septembre 1953, selon lequel les loyers payés d'avance portent intérêt au profit du locataire pour les sommes excédant celle qui correspond au prix du loyer de plus de deux termes, la Cour d'appel qui rejette une demande formée pour les intérêts des sommes payées d'avance excédant deux mois de loyers tout en constatant que le loyer était stipulé payable par terme mensuel.*) Lorsqu'il est payable par trimestre, la somme payée d'avance excédant six mois de loyer porte intérêt.

comprend bien que le total de ces sommes peut constituer un frein majeur et un handicap pour le locataire, notamment lorsqu'il débute une activité.

III. Le droit d'entrée dans le contrat de distribution²⁶

564. - Le contrôle du droit d'entrée dans le contrat de distribution ne peut être efficacement assuré en raison des lacunes légales. En effet, l'alinéa 3 de l'article L. 330-3 du Code de commerce ne met, à la charge du créancier de l'entrée payante, qu'une obligation d'information relative à la contrepartie de la « *somme exigée préalablement à la signature du contrat* ». Le texte indique, de plus, que ces informations doivent être écrites et communiquées vingt jours avant la conclusion du contrat ou le versement de la somme précitée le cas échéant. Dans une lettre dépourvue, l'article 1^{er} du décret de 1991²⁷ désormais codifié à l'article R. 330-1 énonce, de plus, dans son dernier alinéa que « *Le document précise (...) la nature et le montant des dépenses et investissements spécifiques à l'enseigne ou à la marque que la personne destinataire du projet de contrat engage avant de commencer l'exploitation.* » Applicable, entre autres, au versement de l'entrée payante, cette disposition est toutefois par trop succincte. En effet, si l'article R. 330-1 apporte des précisions sur le contenu de l'obligation d'information précontractuelle en énumérant un certain nombre d'informations à faire figurer sur le document DOUBIN²⁸, il pêche par sa concision s'agissant de l'entrée payante, obligation pourtant quasi-incontournable dans de nombreux contrats. Ces dispositions laconiques offrent par conséquent un large champ de manœuvre aux parties, ce qui peut se révéler préjudiciable pour le débiteur de l'entrée payante. Dans une position de faiblesse du fait de sa qualité de demandeur à l'accès au réseau, ce dernier est inapte à négocier à armes égales avec son cocontractant. Dès lors, l'entrée payante paraît plus imposée que librement consentie. De ce fait, eu égard à l'importance des sommes en jeu, il est essentiel que des informations complémentaires soient délivrées en

²⁶ V. entre autres : M. BÉHAR-TOUCHAIS et G. VIRASSAMY, *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999, n° 73, p. 53 et n° 1476, p. 810 ; D. FERRIER et N. FERRIER, *Droit de la distribution*, 7^e éd., Lexisnexis, 2014, n° 731, p. 403 et s.

²⁷ Décret n° 91-337 du 4 avril 1991 portant application de l'article 1^{er} de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique.

²⁸ Pour rappel et en bref, doivent figurer sur ce document des renseignements relatifs à l'adresse du siège de l'entreprise et à la nature de ses activités avec l'indication de sa forme juridique et de l'identité du chef d'entreprise ou des dirigeants ; au montant du capital social ; aux enregistrements de l'entreprise et à la marque ; aux domiciliations bancaires de l'entreprise ; à la date de la création de l'entreprise et à l'expérience professionnelle ; à la présentation du réseau d'exploitants ; et à l'indication de la durée du contrat proposé, des conditions de renouvellement, de résiliation et de cession, ainsi que le champ des exclusivités.

sus de celles exigées par les textes²⁹. Impérativement claires et précises, ces informations devront de plus être très complètes afin de permettre au débiteur de prendre toute la mesure de son engagement. Il est ainsi indispensable que la nature, les modalités, la contrepartie détaillée de l'entrée payante, son sort, l'existence d'une éventuelle faculté de rétractation soient mentionnés dans le document remis vingt jours avant tout versement. Cette liste énumérative et non exhaustive comporte, selon nous, les mentions *a minima* devant figurer sur le document DOUBIN. Ainsi, il semble opportun de compléter les textes existants afin de conférer une réelle efficacité à l'obligation d'information voulue par le législateur³⁰.

565. - La question de l'efficacité des sanctions en cas d'absence de communication du document DOUBIN reste, par ailleurs posée. En effet, le défaut de transmission de ce document dans le délai imposé par les textes est passible d'une amende de 1500 euros, pouvant atteindre 3000 euros en cas de récidive³¹. Hormis cette sanction spécifique, la qualification pénale de pratique commerciale trompeuse³² ou d'escroquerie³³ peut être retenue lorsque des informations inexactes sont délivrées à dessein. S'agissant des sanctions civiles, palliant l'absence de textes, la jurisprudence a apporté des précisions utiles. Il en ressort que l'inobservation du dispositif DOUBIN ne conduit pas automatiquement à l'annulation du contrat. En effet, la chambre commerciale a estimé qu'il convient de rechercher si le défaut

²⁹ Observons par ailleurs que les exigences posées par les textes (autres que celles relatives à l'entrée payante) devraient être élargies toujours dans une optique d'efficacité. Ainsi, devront être communiquées avec précision les éléments chiffrés du maximum de membres du réseau (date d'ouverture, résultats année après année, montant des investissements initiaux, etc.) ainsi que des succursales. Ces informations sont très utiles notamment lorsque le franchiseur connaît une prospérité que ne connaît pas ses franchisés. De plus, le potentiel d'exploitation du point de vente (emplacement, zone de chalandise) n'apparaît pas dans le chiffre d'affaires moyen communiqué par le franchiseur. Il serait opportun également que la liste des membres ayant quitté le réseau durant les trois dernières années (et non la dernière année) ainsi que le motif de la rupture (cessation de paiement, résiliation amiable) soient communiqués. De même, il est souhaitable que soit indiqué les membres en cours de dépôt de bilan.

³⁰ La création d'une autorité de régulation indépendante, chargée du contrôle des réseaux, serait également très utile en vue d'encadrer la pratique. Cela requerrait, il est vrai, un travail considérable nécessitant une analyse régulière des contrats, des documents d'information précontractuelle et du mode de fonctionnement des réseaux.

³¹ C. com., art. R330-2 : « *Est puni des peines d'amende prévues par le 5° de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la cinquième classe le fait de mettre à la disposition d'une personne un nom commercial, une marque ou une enseigne en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité pour l'exercice de son activité sans lui avoir communiqué, vingt jours au moins avant la signature du contrat, le document d'information et le projet de contrat mentionnés à l'article L. 330-3. / En cas de récidive, les peines d'amende prévues le 5° de l'article 131-13 du code pénal pour les contraventions de la cinquième classe commises en récidive sont applicables.* »

³² C. consom., art. L. 121-2 et s. nouv.

³³ C. pén., art. 313-1 : « *L'escroquerie est le fait, soit par l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité, soit par l'abus d'une qualité vraie, soit par l'emploi de manœuvres frauduleuses, de tromper une personne physique ou morale et de la déterminer ainsi, à son préjudice ou au préjudice d'un tiers, à remettre des fonds, des valeurs ou un bien quelconque, à fournir un service ou à consentir un acte opérant obligation ou décharge. / L'escroquerie est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende.* »

d'information a eu pour effet d'altérer le consentement du cocontractant pour prononcer la nullité du contrat conclu en violation de l'article 1^{er} de la loi DOUBIN³⁴. Ainsi, la nullité du contrat est subordonnée à la réunion de deux conditions à savoir l'absence d'information et l'existence d'un consentement vicié. Cette solution a été confirmée dans des arrêts ultérieurs³⁵. A été, maintes fois, affirmé que le prononcé de la nullité découle de l'existence d'un dol, voire d'une erreur, qui supposent tous deux un caractère déterminant sur le consentement qui a été donné³⁶. Le cocontractant devra par conséquent démontrer qu'il n'aurait pas contracté s'il avait eu connaissance des informations volontairement ou involontairement omises. Il a également été jugé que la nullité ne serait pas encourue si le candidat était informé en dépit de l'inobservation de la loi DOUBIN. C'est le cas, par exemple, lorsqu'il a une bonne connaissance du réseau ou en raison de sa qualité de professionnel averti ou encore si les informations communiquées ne sont pas dissuasives. L'appréciation de l'existence d'un vice découlera de l'examen par le juge du profil du candidat, de sa formation et de son expérience professionnelle.

Des précédents développements, on peut tirer le constat que l'obligation d'information est, dans la pratique, peu contraignante pour son débiteur, d'où une protection édulcorée du créancier. La nature et la faiblesse de la sanction pénale (contravention) et l'absence de réelle sanction civile tenant à la jurisprudence en sont la cause. Cet état de fait est regrettable car non conforme, à notre sens, à l'esprit de la loi³⁷.

³⁴ Cass. com., 10 février 1998, (n° 95-21906), Bull. civ., IV, n° 71, p. 55; D. 1998. Somm. p. 334, obs. FERRIER ; D. Affaires 1998, p. 375, obs. E. P.; JCP E 1998, n° 23, p. 894, note LEVENEUR ; Defrénois 1998, p. 733, obs. DELEBECQUE ; CCC 1998, n° 55, obs. LEVENEUR. Comp., jugeant suffisante la simple violation de l'article 1^{er} de la loi de 1989 (C. com., art. L. 130-3) : CA Paris, 24 mars 1995 ; D. 1995, IR, p. 138 ; JCP 1995 I 3867, n° 6, obs. JAMIN ; CA Paris, 17 mai 1995, D. 1997, Somm., p. 55, obs. FERRIER ; RJDA 1996, n° 331 ; CA Paris, 7 juillet 1995; CA Paris, 18 juin 1997, D. affaires 1997, p. 1040. V. aussi CA Montpellier, 4 décembre 1997, BICC 1998, n° 784 ; CA Montpellier, 21 mars 2000, (*L'inexécution, dans le délai légal, par le franchiseur, de l'intégralité de l'obligation précontractuelle de renseignement constituée, en elle-même, une infraction à l'ordre public qui suffit à entraîner la nullité du contrat par application de l'art. 6 C. civ.*) , D. 2001, Somm., p. 296, obs. FERRIER.

³⁵ Cass. com., 21 novembre 2000, JCP E 2001, n° 17, p. 712, note LEVENEUR ; Cah. dr. entr. 2001, n° 2, p. 28, obs. RESPAUD ; Cass. com., 15 mars 2011, RDLC 2011, n° 3, p. 125, obs. ERESEO. V. déjà en ce sens : T. com. Paris, 22 mars 1993, D. 1994. Somm. p. 281, obs. HASSLER ; RJ com. 1994. 30, note HASSLER. Dans le même sens : Cass. com., 13 avril 1999, RJDA 1999, n° 660; Cah. dr. entr. 1999, n° 5, p. 18, obs. GRIGNON ; Cass. com., 19 octobre 1999, D. 2001. Somm., p. 296, obs. FERRIER.

³⁶ V. par exemple : Cass. com., 8 juillet 2003, n° 02-11691.

³⁷ O. TIQUANT, *Rétablir l'autorité de la loi... DOUBIN*, D. 2002, p. 2597, V. contra D. FERRIER, note sous CA Montpellier, 21 mars 2000, D. 2001, Somm., p. 296 : « L'adéquation est ainsi assurée entre la finalité du dispositif : protéger un professionnel dans l'établissement d'une relation avec un autre professionnel plus informé, et sa portée : sanctionner pénalement le défaut d'information (et aussi sa communication tardive), civilement l'altération du consentement. »

§2. Le contrôle spécifique justifié par la qualité de l'un des contractants³⁸

566. - Soucieux de protéger les contractants présumés faibles, le législateur adopte de plus en plus des solutions dérogatoires au droit commun. Ces mesures s'adressent exclusivement à des catégories particulières de contractants, parfois redevables d'une entrée payante. Cette protection se justifie par la volonté de limiter les abus, fruits des disparités de connaissances et de pouvoirs entre contractants. C'est la qualité du contractant qui est directement à l'origine de la protection instituée par le législateur. Cela se vérifie en ce qui concerne le locataire à bail d'habitation (I), le consommateur (II) et l'acquéreur non professionnel (III).

I. Le locataire à bail d'habitation

567.- Sujet privilégié de l'attention du législateur, le locataire a récemment bénéficié de l'adoption de nouvelles mesures en matière de bail d'habitation. Le projet de loi ALUR³⁹ porté par la ministre Cécile DUFLOT a été définitivement adopté par le Parlement le 20 février 2014 avec une entrée en vigueur différée en septembre 2014. Parmi ses objectifs phares, la loi a entendu « *favoriser l'accès de tous à un logement digne et abordable* »⁴⁰, « *lutter contre l'habitat indigne et les copropriétés dégradées* »⁴¹, « *améliorer la lisibilité et l'efficacité des politiques publiques du logement* »⁴², « *moderniser l'urbanisme dans une perspective de transition écologique des territoires* »⁴³. À travers cette énumération, il est loisible de constater que l'accent a été clairement mis sur la protection du locataire (avec une connotation écologique) quoique l'objectif affirmé de la loi était de « *réguler les dysfonctionnements du marché, de protéger les propriétaires et les locataires, et de permettre l'accroissement de l'offre de logements dans des conditions respectueuses des équilibres des territoires* »⁴⁴. Cette

³⁸ C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, th. Reims, LGDJ, 2002.

³⁹ Loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové.

⁴⁰ <http://www.la-loi-alur.org/>

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

affirmation vise à persuader de l'équilibre des nouvelles dispositions, lequel a d'ailleurs été mis en cause par des parlementaires par une saisine du Conseil constitutionnel le 24 février 2014⁴⁵.

Ces quelques observations liminaires permettent de mieux comprendre l'esprit de la loi, d'autant qu'elle a amélioré le régime du dépôt de garantie dans un sens favorable au locataire. En effet, parmi les mesures de la loi ALUR, une retiendra particulièrement notre attention en ce qu'elle a modifié l'article 22 de la loi de 1989. Depuis son adoption, le dépôt de garantie doit être restitué au locataire dans un délai d'un mois et non plus de deux. Par ailleurs, la loi précise qu'en cas de retard dans la restitution le bailleur sera pénalisé d'un montant de 10% du dépôt de garantie par mois de retard.

568. - Ainsi, la loi a renforcé la protection du débiteur du dépôt de garantie en lui assurant une restitution encore plus prompte de cette somme. De plus et surtout, le bailleur est redevable d'une indemnité en cas de retard dans la restitution. Ces dispositions ne sont pas sans rappeler un projet de loi abandonné en 2011⁴⁶ qui prévoyait pareillement un délai de restitution raccourci et une pénalité à la charge du bailleur. En réduisant le délai de restitution du dépôt de garantie, le législateur a su trouver, à notre sens, un juste équilibre entre les intérêts du bailleur et ceux du locataire. En effet, une restitution tardive du dépôt de garantie à la fin du bail est préjudiciable à ce dernier, notamment s'il est tenu d'en payer un autre à son nouveau bailleur. Le délai de restitution raccourci permet ainsi au locataire de recouvrer ses fonds dans un délai relativement bref, fonds qu'il pourra alors réemployer. Dans le même temps, le montant du dépôt de garantie limité à un mois, qui est un délai somme toute raisonnable, permet au bailleur de procéder au calcul des frais devant éventuellement être amputés sur ce dépôt.

⁴⁵ N° d'affaire : 2014-691 DC. Les requérants considéraient notamment que l'article 3 de la loi ALUR contrevient au droit de la propriété par l'encadrement des loyers dans un certain nombre de zones (v. loi ALUR, art. 10). Ils estimaient également que l'application du régime d'autorisation préalable de changement d'usage à la location de meublés de courte durée et la mise en place d'un régime d'autorisation temporaire pour ce type de location « *fait peser sur les propriétaires une contrainte excessive et disproportionnée en regard des motifs d'intérêt général poursuivis* ». A noter que leur recours a été rejeté le 20 mars 2014, le Conseil constitutionnel a écarté la quasi-totalité de leurs critiques, n'apportant que quelques modifications mineures au texte.

⁴⁶ Projet de loi renforçant les droits, la protection et l'information des consommateurs, n° 3508, déposé le 1^{er} juin 2011.

II. Le consommateur

569. - Nul n'ignore le caractère prolifique de la législation en matière de consommation. Fallait-il encore, ne serait-ce que pour déterminer le champ d'application du droit de la consommation, définir le consommateur lui-même. C'est chose faite depuis 2014 : « *Est considérée comme un consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou agricole* »⁴⁷ Ainsi, la prise en compte de cette qualité permet de modérer les effets indésirables d'une liberté contractuelle par trop débridée, car guidée par les intérêts d'une seule partie. Et cela s'est révélé particulièrement nécessaire en matière de versements préalables à la conclusion du contrat, autrement d'entrées payantes. Elles sont encadrées en raison précisément de la qualité de consommateur de leur débiteur. Les exemples les plus significatifs nous sont fournis en matière d'arrhes (1), de paiements supplémentaires de l'article L.121-17 (2) et de contrats de communications électroniques (3).

A. La prise en compte de la qualité de consommateur⁴⁸ pour la qualification d'arrhes

570. - Les professionnels, dans leurs rapports entre eux, ne bénéficient pas de la présomption du nouvel article L. 214-1 du Code de la consommation⁴⁹ conférant la qualification

⁴⁷ C. consom., art. liminaire créé par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 et modifié par la loi n° 2017-203 du 21 février 2017.

⁴⁸ La protection d'un individu en raison de sa qualité de consommateur n'est pas une préoccupation récente des pouvoirs publics. Très tôt, l'acheteur a été au centre de dispositifs visant à assurer la défense de ses intérêts et à endiguer les abus perpétrés par des vendeurs peu scrupuleux. V. par exemple sur ce point la thèse de J.-M. TUFFERY, *Ébauche d'un droit de la consommation, la protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVIIe et XVIIIe siècles*, th. Toulouse 1, LGDJ, 1998.

⁴⁹ C. consom., art. L. 214-1 nouv. : « *Sauf stipulation contraire, pour tout contrat de vente ou de prestation de services conclu entre un professionnel et un consommateur, les sommes versées d'avance sont des arrhes, au sens de l'article 1590 du code civil.* » / « *Dans ce cas, chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double.* » Cette disposition est la première du nouveau chapitre IV « Arrhes et acompte » du titre 1^{er} du livre II de la nouvelle partie législative créée par l'ordonnance du 14 mars 2016. Avant la recodification, cette mesure était insérée à l'ancien article L.131-1 et avant la réforme de 2014, à l'ancien article L. 114-1 du Code de la consommation. Ces modifications successives apportent cependant plus de clarté et de cohérence à l'ensemble du texte actuel. Elles contribuent à l'accessibilité de la loi aux justiciables qu'elle est censée protéger. En effet, la règle de droit perd son attrait premier si elle ne satisfait pas à cet impératif reconnu par le Conseil constitutionnel comme un objectif de valeur constitutionnelle (Cons. const., décision du 16 décembre 1999, n° 99-421 DC, J. O. du 22 décembre 1999, p. 19041, Rec., p. 136 : reconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi ; Cons. const., décision du 27 juillet 2006, n° 200-540 DC, J. O. du 3 août 2006, p. 11541, Rec., p. 88. V. sur ce thème notamment, M. A. FRISON-ROCHE, W. BARANES, *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D. 2000, p. 361).

d'arrhes à la somme versée d'avance. Il en est de même pour le non-professionnel contractant avec un professionnel⁵⁰. C'est la preuve, s'il en faut, que c'est bien la qualité de consommateur qui a dicté l'élaboration de cette règle. L'existence de cette différence de traitement repose sur la disparité de savoirs, de compétences et de moyens financiers du débiteur, selon qu'il est un non professionnel, un professionnel ou un consommateur⁵¹. Classiquement, dans les deux premières hypothèses, le professionnel et le non-professionnel, forts de leurs connaissances et de son leur expérience, sont en mesure de défendre leurs intérêts face à leur cocontractant. La situation est tout autre lorsque la relation contractuelle intéresse un simple consommateur. En effet, tributaire de la bonne foi de son partenaire pour obtenir les informations nécessaires à l'expression éclairée de son consentement, il est *de facto* dans une position d'infériorité⁵². Cet état de fait le rend plus vulnérable aux sollicitations plus ou moins appuyées de son cocontractant et par là-même impuissant à défendre pleinement ses intérêts. Par ailleurs, il n'est pas toujours avantageux pour le professionnel de partager toutes les informations qu'il détient⁵³. À vrai dire, c'est rarement le cas. L'antagonisme quasi-systématique des intérêts des parties en est la cause. Pour ces raisons, la législation en droit de la consommation se veut, de manière générale, palliative en mettant en place divers dispositifs à visée corrective, voire protectrice en faveur des consommateurs.

⁵⁰ Le bénéfice des articles L. 214-1 et s. n'est pas étendu aux non-professionnels.

⁵¹ Ainsi, la différence de traitement naît de la volonté de rééquilibrer les conventions dans un sens favorable à la partie dite faible. Par conséquent, l'égalité, c'est aussi traiter différemment les situations différentes (v. Cons. const., décision du 17 juin 2011 n° 2011-136 QPC, JO n° 0140 du 18 juin 2011 p. 10458, texte n° 45 : « *en règle générale, le principe d'égalité impose de traiter de la même façon des personnes qui se trouvent dans la même situation* » ; mais ce principe n'oblige pas pour autant « *à traiter différemment des personnes se trouvant dans des situations différentes* ».).

⁵² Précédemment, il nous a été donné de constater que l'expression pleine et entière de la liberté contractuelle nécessitait que les parties soient de puissance égale, ce qui, en réalité, survient rarement. V. à ce propos nos développements précédents relatifs à la hiérarchie dans le contrat.

⁵³ À titre d'exemple, le professionnel ne révélera jamais au consommateur que son concurrent propose un meilleur rapport qualité/prix pour une prestation identique car il en va de la survie de son commerce. Sans aller à cette extrémité, on notera toutefois que l'étendue du devoir de conseil du professionnel est de plus en plus prégnante. Ce dernier est en effet tenu, en sus d'une obligation de loyauté (CA Orléans, 15 novembre 1995 : nécessité d'une reproduction fidèle du produit sur le catalogue publicitaire), de prévenir le consommateur des bénéfices et des risques de l'opération (Cass. 1^{re} civ., 1^{er} mars 2005, Bull. civ., I, n° 109, p. 94 : obligation du professionnel de mettre le consommateur en garde contre les risques inhérents à la manipulation du béton ; CA Grenoble, 10 décembre 2007, CCC juin 2008, n° 170, note G. RAYMOND : idem s'agissant des contraintes techniques de la chose et de son aptitude à atteindre le but recherché). De plus, le professionnel doit informer son cocontractant de toute circonstance ayant un rôle décisif ou devant conduire ce dernier à effectuer des démarches particulières. En ce sens, il devra informer son client des éventuelles restrictions d'utilisation du produit (CA Versailles, 30 septembre 2004, CCE 2004, n° 163, note GRYNBAUM : cas de CD) et devra, dans certains cas, l'informer à propos des modalités de financement du bien (CA Metz, 21 mai 2012, CCC février 2013, n° 46, obs. G. RAYMOND : cas de vente d'une automobile avec une proposition d'un plan de financement par l'intermédiaire d'un organisme tiers, vice du consentement retenu en raison de l'erreur de calcul de financement du vendeur).

Ainsi, la présomption d'arrhes posée par le nouvel article L. 214-1 permet au consommateur de bénéficier d'une faculté de dédit lorsque les stipulations contractuelles sont silencieuses sur la nature de la somme versée d'avance. En instaurant une telle règle, le législateur vient remédier à l'insouciance ou à l'incompétence du consommateur qui l'a amené à ne pas se préoccuper *a priori* de la qualification de la somme versée d'avance. Cette mesure est clairement favorable au débiteur de l'entrée payante car elle lui permet de se désengager. En outre, au-delà de la seule faculté de dédit, se trouve, sous-jacent, l'octroi d'un droit de réflexion supplémentaire⁵⁴. Dès lors, il serait opportun que le consommateur exploite utilement ce délai pour mener une réflexion plus poussée sur la portée de son engagement, pour rechercher des informations supplémentaires sur les obligations assumées de part et d'autre ou éventuellement comparer des offres. Il importe de préciser, toutefois, que le consommateur ne saurait prendre excuse de la faculté de dédit pour considérer à la légère ses engagements. D'ailleurs, il en serait malavisé puisque l'exercice de la faculté de dédit emporte la perte des arrhes. On constatera que cette dernière règle invite à la réflexion et est par conséquent dissuasive des engagements « *jocandi causa* »⁵⁵.

Rappelons enfin que le droit de rétractation résultant de la nature d'arrhes du versement ne dépossède pas le consommateur de son droit d'obtenir la résolution du contrat en cas de manquement du professionnel à son obligation de livraison du bien ou de fourniture du service dans le respect des délais contractuels⁵⁶. Une fois le contrat valablement résolu, le professionnel doit rembourser le consommateur de la totalité des sommes versées dans les quatorze jours suivant la dénonciation du contrat⁵⁷ sous peine de pénalités⁵⁸.

571. - Il apparaît ainsi que le juge dispose d'un panel de mesures très détaillées pour effectuer le contrôle des sommes versées d'avance par les consommateurs. La protection du débiteur de l'entrée payante est ainsi assurée non tant par le juge, que par la loi.

⁵⁴ Pour rappel, ce droit de réflexion *a posteriori* vient s'ajouter à d'autres mécanismes protecteurs légaux que sont le délai de réflexion et le droit de rétraction accordés dans un bon nombre de contrats de consommation.

⁵⁵ En ce sens, nous avons démontré antérieurement que les arrhes sont une entrée « engagement », symbole du sérieux du débiteur de l'entrée payante.

⁵⁶ C. consom., art. L. 216-2 nouv. Le texte précise les modalités de la résolution du contrat à l'initiative du consommateur.

⁵⁷ C. consom., art. L. 216-3 nouv.

⁵⁸ C. consom., art. L. 241-4 nouv.

B. La qualité de consommateur à l'origine de l'obligation d'information sur les paiements supplémentaires

572. - Bien que d'aucuns prétendent que le droit de la consommation est trop intrusif ou critiquent la surabondance des textes⁵⁹, il demeure que de nombreux abus perdurent dans la pratique. Par suite, la protection efficace des consommateurs contre certaines de ces pratiques nécessite l'adoption de nouvelles mesures. En ce sens, nous ne pouvons que saluer la création d'un chapitre spécifique aux paiements supplémentaires, offrant au juge un fondement textuel pour sanctionner efficacement ces pratiques. Si ce chapitre détonne par sa modestie (il ne comporte que deux articles), il est remarquable sur le fond. En effet, sont enfin pris en considération les frais supplémentaires par l'information qui doit être délivrée aux consommateurs.

Premier article de ce chapitre, l'article L. 121-17 a trait à la nécessité de consentement exprès du consommateur en cas de paiement supplémentaire⁶⁰. Cet article impose au professionnel de recueillir le « *consentement exprès* » du consommateur pour « *tous les paiements supplémentaires* » venant s'ajouter au prix de l'objet principal du contrat. Faute de cet assentiment explicite, le consommateur est fondé à prétendre au remboursement des sommes versées au titre du paiement supplémentaire⁶¹. Ces dispositions concernent spécifiquement les consommateurs dans leurs rapports avec les professionnels. Tous les paiements supplémentaires sont concernés selon la lettre du texte, c'est-à-dire aussi bien les entrées payantes que les versements réclamés en cours d'exécution, ou ceux devant être effectués à la fin du contrat.

⁵⁹ H. DAVO, *Le code de la consommation, 20 ans et après ?* in *Le code de la consommation : 20 ans et après ? Approche européenne & nationale*, colloque organisé par l'INC, Paris, 15 mars 2013 (participation consultable sur [http://www.conso.net/page/bases.1_actualites.6_dossier_d_actualite.64_colloque__les_20_ans_du_code_de_la_consommation.16_le_code_de_la_consommation__20_ans_et_apres__./](http://www.conso.net/page/bases.1_actualites.6_dossier_d_actualite.64_colloque__les_20_ans_du_code_de_la_consommation.16_le_code_de_la_consommation__20_ans_et_apres__/))

⁶⁰ C. consom., art. L. 121-17 nouv. V. antérieurement, art. L.111-4 anc. (issu de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

⁶¹ C. consom., art. L. 121-17, al. 1, nouv. *in fine* : « *Dans l'hypothèse où le paiement supplémentaire résulte d'un consentement du consommateur donné par défaut, c'est-à-dire en l'absence d'opposition expresse de sa part à des options payantes qu'il n'a pas sollicitées, le consommateur peut prétendre au remboursement des sommes versées au titre de ce paiement supplémentaire.* »

La rédaction de ce nouvel article est pleinement justifiée eu égard à la multiplication de frais annexes imposés aux consommateurs⁶², frais qui, au demeurant, sont souvent occultés⁶³. En effet, dans l'optique d'appâter un maximum de clients, certains professionnels n'hésitent pas à omettre sciemment le montant total de la prestation due par le consommateur. Cette omission s'accompagne généralement d'annonces publicitaires ou de clauses ambiguës ou complexes⁶⁴ qui entretiennent la confusion dans l'esprit des acheteurs. En imposant au professionnel de s'assurer du consentement exprès du consommateur, le législateur renforce ainsi le droit à l'information de ce dernier et œuvre pour la maximisation de la transparence et de la loyauté au sein de ces contrats.

On peut espérer une satisfaction de ces objectifs grâce au dispositif de sanction mis en place concomitamment par le législateur en cas de non-respect des prescriptions de l'article L. 121-17. En effet, l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est habilitée à sanctionner les contrevenants par une amende administrative n'excédant pas 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale⁶⁵.

⁶² Services faussement gratuits, accumulation de frais sans réelle information, perception de sommes indues, les dérapages en la matière ne sont pas rares : v. par exemple, Cass., crim., 7 novembre 1983, n° 83-90.884, Bull. crim., n° 289 : Constitue une pratique de prix illicites le fait de réclamer aux clients d'un établissement de cures thermales, en sus du prix des soins faisant l'objet d'un arrêté de blocage, des « frais de réservation » qui y sont normalement inclus.

⁶³ CA Grenoble, ch. soc., 10 décembre 2007, JurisData n° 2007-357579 ; CCC 2008, com., 170, note G. RAYMOND : L'information due au consommateur doit porter non seulement sur le prix de éléments de cuisines intégrées, mais aussi sur celui de l'installation en tenant compte des contraintes techniques. A noter, dans cette espèce, que les frais supplémentaires non indiqués étaient par ailleurs extrêmement élevés. Pour une affaire quasi-similaire: CA Amiens, 20 mai 2010, Jurisdata n° 2010-018362 : En facturant 13 319 euros des travaux alors que le devis accepté par le client s'élevait à 8991 euros, un garagiste a manqué à son obligation d'informer le consommateur sur le prix de ses prestations prévue par l'article L. 111-1 du Code de la consommation, ainsi qu'à l'obligation d'information et de loyauté résultant de l'article 1134 du Code civil, le fait que le devis mentionnait un prix « hors dépose du moteur » ne permettant pas au garagiste d'ajouter le coût de la dépose. V. aussi : Cass., 1^{re} civ., 23 novembre 2004, n° 02-13206, Bull. civ., I, n° 289, p. 243 (contrat de crédit) : Nécessité d'inclure dans le calcul du taux effectif global l'ensemble des frais ayant un lien direct avec les prêts (en l'espèce, le coût des sûretés réelles conditionnant la conclusion du prêt, les frais relatifs à l'assurance-incendie lorsqu'elle est exigée par le prêteur ainsi que le coût de la souscription de parts sociales auprès de l'organisme qui subventionne le prêt lorsqu'elle est imposée comme condition d'octroi de celui-ci ne figuraient pas dans l'offre de prêt).

⁶⁴ Cass., crim., 1 juin 1999, n° 98-83825 : condamnation d'agents immobiliers pour publicité trompeuse. Ces derniers avaient rédigé des annonces qui, en raison de leurs modalités d'insertion, leur imprécision, leur caractère confus et l'absence des mentions obligatoires, pouvaient laisser supposer qu'ils étaient des particuliers. Plus particulièrement, les mentions « F 950, LGM » (dans cet ordre ou dans l'ordre inverse) n'étaient pas révélatrices de la qualité de prestataire de service de l'intermédiaire (LGM pour LOGIMO) ni de la nature commerciale et rémunérée de la prestation (candidat à la location tenu de verser 950 francs sur 6 mois). V. aussi : CA Colmar, 14 mars 2007, JurisData n° 2007-336207 : Manquement du professionnel à son obligation de délivrer une information claire et complète sur les caractéristiques du bien (une cheminée) en raison des mentions illisibles et incompréhensibles du bon de commande, de divers rajouts sur l'exemplaire du vendeur ultérieurement à la signature de ce bon par l'acheteur, d'où un défaut d'accord sur la chose et le prix et par conséquent, la nullité de la vente.

⁶⁵ C. consom. , art. L. 132-22 nouv.

573. - On remarquera avec intérêt la prise en compte concrète par le législateur du problème épineux et récurrent des frais supplémentaires ; car au-delà de la nécessité d'un consentement exprès assorti d'une sanction en cas de manquement, c'est bien le caractère d'ordre public de ces mesures qui leur confère une réelle effectivité. Cette intervention législative est ainsi significative de la volonté d'accentuer encore le régime protecteur offert aux consommateurs. Peut-être pourrait-on regretter cependant que seule cette catégorie soit visée. Ce dispositif mériterait, en effet, d'être étendu à tous les contrats. Par ailleurs et surtout, plus qu'une simple obligation d'information, il conviendrait d'encadrer réellement ces versements à l'instar des autres entrées payantes⁶⁶.

C. Le consommateur dans les contrats de services de communications électroniques⁶⁷

574. - L'adhésion à un contrat de services de communications électroniques est actuellement quasi-incontournable que cela soit pour l'exercice d'une activité professionnelle ou pour un usage privé⁶⁸. La progression exponentielle du nombre de contrats conclus, alliée à l'existence d'abus dans ce domaine a conduit le législateur à adopter de nombreuses mesures. En effet, si l'on s'accorde généralement à reconnaître la supériorité du professionnel vis-à-vis du consommateur, cet état de fait est particulièrement marqué dans les contrats de services de communications électroniques. Tout d'abord, il ne saurait être perdu de vue que ces contrats sont couramment des contrats d'adhésion, par conséquent, propices aux stipulations abusives. Ensuite, la technicité et la complexité de certaines prestations proposées tendent à placer en position de faiblesse le consommateur le plus vulnérable⁶⁹. Enfin, de manière générale, il existe

⁶⁶ V. nos précédents développements dans lesquels nous avons abordé l'opportunité de légiférer s'agissant des entrées payantes (avec une obligation d'information sur la contrepartie, le montant, le sort, et la nécessité d'un droit de réflexion ou de rétractation).

⁶⁷ V. C. consom., art. L. 224-26 nouv. et s. et plus particulièrement l'article L. 224-35 nouv.

⁶⁸ Selon une enquête de l'*International Telecommunication Union* intitulée « *Internet et téléphonie mobile dans quelques pays du monde en 2012* » citée par l'INSEE, le taux de pénétration dans le secteur de l'internet est de 83 utilisateurs pour 100 habitants en France. Ce taux est de 98,1 pour 100 habitants s'agissant des abonnements à la téléphonie mobile soit 62 millions d'abonnés. Le taux de pénétration est le rapport entre le nombre d'abonnés à un service de téléphonie mobile ou d'utilisation d'Internet et la population totale, étant précisé qu'un individu peut posséder plusieurs abonnements. V. le détail de l'enquête sur http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=98&ref_id=CMPTEF05164. V. aussi sur la progression de l'utilisation d'internet en France, V. GOMBAULT, *L'internet de plus en plus prisé, l'internaute de plus en plus mobile*, http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?reg_id=0&ref_id=ip1452.

⁶⁹ On pense aux personnes âgées notamment. Chez cette catégorie d'usagers, le taux d'équipement à internet n'était que de 23 % en 2012 alors qu'il était de 96% chez les moins de 30 ans. La première raison évoquée pour

un déséquilibre significatif de savoirs et de puissance économique entre les consommateurs et les fournisseurs, grands groupes pesant plusieurs millions ou milliards d'euros⁷⁰.

Au vu de ces précisions, on admet aisément le bien-fondé d'une intervention législative dans le domaine des communications électroniques, d'autant plus que ces contrats sont couramment conclus. C'est ainsi clairement la position de faiblesse des consommateurs qui est à l'origine de la législation protectrice initiée depuis des décennies dans ce secteur. Le législateur a œuvré par touches successives, le texte initial ayant été régulièrement modifié ou renforcé par de nouvelles dispositions. Par la succession des mesures, le législateur fait montre de sa volonté d'éradiquer les abus et l'opacité dans les relations entre professionnels et consommateurs.

575. - Le nouvel article L. 224-35 régit spécifiquement les sommes versées d'avance par le consommateur, partie à un contrat de services de communications électroniques. Il impose au professionnel de restituer les sommes versées d'avance, sous réserve du paiement des factures restant dues, au plus tard dans un délai de dix jours à compter du paiement de la dernière facture. Le texte précise, par ailleurs, que le remboursement des sommes versées au titre d'un dépôt de garantie doit être effectué au plus tard dans un délai de dix jours à compter de la restitution au professionnel de l'objet garanti. Ces dispositions visent toutes les sommes payées d'avance de quelque nature que ce soit et versées dans le cadre de la relation liant le consommateur ou le non-professionnel⁷¹ et le fournisseur. La notion de non-professionnel permet d'étendre aux personnes morales agissant en dehors de leur activité professionnelle la protection accordée aux consommateurs.

En cas d'infraction à ces règles, le professionnel peut être condamné à une amende administrative d'un montant maximal de 3 000 € pour les personnes physiques et de 15 000 € pour les personnes morales. En effet, depuis l'adoption de la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, le régime des sanctions administratives s'applique en cas de non-respect des dispositions relatives aux contrats de services de communication électronique.

justifier l'absence d'équipement est le manque de compétences. Puis, sont cités l'inutilité d'Internet, le coût trop élevé du matériel ou celui de l'accès. Insee, *enquête Technologies de l'information et de la communication*, 2012 cité par V. GOMBAULT, *op. cit.*

⁷⁰ A titre d'exemple, le chiffre d'affaires en 2013 de l'opérateur historique Orange s'élève à 40,981 milliards d'euros selon un communiqué de l'entreprise du 6 mars 2014 (cité par A. FOURNIER, *Chiffre d'affaires en baisse pour Orange, mais les bénéfices décollent*, in *Le Monde. fr*, 6 mars 2014)

⁷¹ C. consom., art. L. 224-42 nouv.

III. L'acquéreur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation

576. - La protection de l'acquéreur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation est assurée en droit positif par la mise en place de diverses mesures inspirées par la volonté de pallier la faiblesse supposée de ce dernier. On relèvera, de manière non exhaustive, les lois n° 67-3 du 3 janvier 1967 et n° 67-547 du 7 juillet 1967, relatives aux ventes d'immeubles à construire qui ont initié le processus d'une législation de plus en plus protectrice vis-à-vis des prétendants à l'accession immobilière. Succédèrent d'autres lois répondant au même objectif dont notamment la loi SRU du 18 décembre 2000⁷² qui aménage la protection de l'acquéreur lors de la vente d'un immeuble d'habitation construit ou sur un terrain à bâtir que l'acquéreur destine à la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou à usage mixte d'habitation et professionnel.

C'est l'incompétence ou le non-professionnalisme de ces sujets de droit qui a conduit à l'élaboration de règles spécifiques et protectrices de leurs intérêts. On sait l'importance accordée par notre droit aux principes du droit à la propriété et du droit au logement. On relèvera notamment les dispositions relatives à l'information, la remise de fond à titre de garantie et les obligations des constructeurs. etc...

L'acquéreur non professionnel est par conséquent une catégorie protégée aux côtés du consommateur, du locataire, et cette qualité est à l'origine de la protection qui leur est accordée. De ce fait, tant le versement de l'indemnité d'immobilisation que celui du dépôt de garantie dans le contrat de réservation sont strictement encadrés par les textes⁷³.

⁷² Loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

⁷³ Dans le cas des ventes d'immeubles à construire, v. CCH, art. L. 261-12 (interdiction de versement dans les VEFA) ; L. 261-15 (réglementation du dépôt de garantie) ; v. aussi CCH, art. L271-2 (interdiction de versement avant 7 jours pour tout acte ayant pour objet la construction ou l'acquisition d'un immeuble à usage d'habitation) ; v. aussi CCH, art. L. 290-2 relatif aux mesures de protection concernant les particuliers, vendeurs de biens immobiliers).

SECTION 2 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE⁷⁴

577. - « La concurrence désigne la situation dans laquelle plusieurs offreurs - actuels ou potentiels sont en mesure de se disputer une même clientèle sur un marché donné. »⁷⁵ Quant au droit de la concurrence, il est défini au sens étroit comme le « corps des règles qui permettent de réprimer ceux, qui de différentes manières, entravent le libre jeu de la concurrence, notamment en constituant des ententes ou en exploitant une position dominante. »⁷⁶ Au sens large, c'est « l'ensemble des règles juridiques gouvernant les rivalités entre agents économiques dans la recherche et la conservation d'une clientèle. »⁷⁷ Plus communément, il est l'ensemble des règles visant à assurer l'équilibre des marchés et la protection du libre jeu de la concurrence entre entreprises.

Droit spécial⁷⁸ et « transversal »⁷⁹, le droit de la concurrence offre des outils supplémentaires aux contractants lésés à côté des instruments classiques du droit des contrats. En effet, si les finalités du droit de la concurrence et du droit des contrats sont incontestablement différentes car le premier a pour objet l'équilibre des marchés et la liberté de la concurrence alors que le second a pour but l'appréhension des comportements des candidats au contrat, lesquels doivent obéir à des règles pour être valables, l'on ne peut que constater qu'il existe, en

⁷⁴ A. DECOCQ et G. DECOCQ, *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 4^e éd., LGDJ, 2010 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^e éd., coll. Université, Dalloz, 2017 ; M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., coll. Précis, Dalloz, 2006 ; C. PRIETO et D. BOCO, *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013 ; D. MAINGUY, J.-L. RESPAUD et M. DEPINCÉ, *Droit de la concurrence*, LexisNexis Litec, 2010 ; A. CONDOMINES, *Guide pratique du droit français de la concurrence*, Gualino/Lextenso éd., 2014 ; V. PIRONON, *Droit de la concurrence*, coll. Master Pro, Gualino/Lextenso éd., 2009 ; L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., coll. Dyna' sup droit, Vuibert, 2011 ; M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, 4^e éd., Dalloz, 2015 ; M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris 1, Dalloz, 2004 ; N. DORANDEU, *Le dommage concurrentiel*, th. Perpignan, PU Perpignan, 2000.

⁷⁵ V. PIRONON, *Droit de la concurrence*, coll. Master Pro, Gualino/Lextenso éd., 2009, n° 1, p. 15.

⁷⁶ S. GUINCHARD et Th. DEBARD (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016, p. 414, v^{is} *Droit de la concurrence*.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ V. en ce sens : J. HUET, *Traité de droit civil sous la dir. de Jacques Ghestin, Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., 3^e éd., 2012, n°4 p.10, M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des contrats*, th. Paris 1, Dalloz, 2004, n° 4, p. 5 Comp. M.-A. FRISON-ROCHE, *Le modèle du marché*, in *Droit et esthétique*, APD 1996, Sirey, t. 40, p. 301, n° 35 selon laquelle le droit de la concurrence « n'est pas un droit spécial au sens que ce dernier n'existe que par rapport à un droit commun : c'est un droit autre. Ainsi la régulation du droit spécial et du droit général ne peut plus jouer. »

⁷⁹ L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., coll. Dyna' sup droit, Vuibert, 2011, n° 35, p. 33. V. aussi : M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des contrats*, th. Paris 1, Dalloz, 2004. Il est admis que ce droit influe sur de nombreuses branches du droit, des plus traditionnelles (droit civil, droit commercial) aux plus récentes (droit de la consommation).

conséquence, une vraie corrélation entre ces domaines. La relation qu'entretiennent le droit de la concurrence et le droit des contrats est donc plus étroite qu'il n'y paraît. En effet, le droit de la concurrence « *accomplit, là où parfois le droit des contrats échoue, une véritable régulation indirecte du contrat.* »⁸⁰ Il en résulte ainsi un réel empiètement du droit de la concurrence sur le droit des contrats⁸¹ et vice-versa. Par exemple, « *le droit des contrats est indispensable notamment pour l'appréciation des clauses de non-concurrence.* »⁸² Ainsi a-t-on estimé que « *Moins que jamais les spécialistes de droit des contrats ne sauraient se dispenser de connaître les règles de droit de la concurrence* ». ⁸³

On distingue traditionnellement le droit de la libre concurrence dont les règles préservent la liberté de la concurrence sur les marchés⁸⁴ du droit de la concurrence déloyale tendant à assurer la protection des acteurs économiques sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (art. 1240 aujourd'hui)⁸⁵. Certains auteurs ajoutent à ces deux catégories, une troisième soit « *le petit droit de la concurrence* » dit aussi « *faux droit de la concurrence* » qui « *veille à préserver l'équilibre entre les acteurs économiques, entre professionnels et consommateurs d'abord et entre professionnels ensuite* »⁸⁶. L'étendue du champ de contrôle assuré par le droit de la concurrence ne saurait que profiter aux parties à l'entrée payante en leur qualité d'acteurs économiques. On s'attachera particulièrement à démontrer comment la protection spécifique du débiteur de l'entrée payante (§1) et sa protection par l'application générale du droit de la concurrence (§2) peuvent être organisées.

⁸⁰ P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6^e éd., coll. Hypercours, Dalloz, 2015, n° 9, p. 8.

⁸¹ V. en ce sens : P. PUIG, *Contrats spéciaux*, 6^e éd., coll. Hypercours, Dalloz, 2015, n° 9, p. 8 ; M. CHAGNY, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, RDC, 1^{er} juillet 2004, n°3, p. 861 et s. ; L. IDOT, *L'empiètement du droit de la concurrence sur le droit du contrat*, RDC, 1^{er} juillet 2004, n°3, p. 882 et s.

⁸² L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., coll. Dyna' sup droit, Vuibert, 2011, n° 10, p. 15.

⁸³ L. LEVENEUR, obs. sous Cass. com., 7 octobre 1997, CCC 1998, n° 2 cité par M. CHAGNY, *th. précitée*, n° 3, p. 4. V. aussi M. CHAGNY, (*th. précitée*, n° 9, p. 12) qui a mis en évidence, dans ses travaux, la réciprocité des rapports inévitables et fructueux du droit de la concurrence et du droit commun des obligations ainsi que leurs interactions.

⁸⁴ Pratiques anticoncurrentielles dont les ententes, abus de position dominante.

⁸⁵ Ex : imitation d'un produit concurrent, utilisations de techniques d'une autre entreprise, débauchage du personnel etc..

⁸⁶ L. NICOLAS-VULLIERME, *Droit de la concurrence*, 2^e éd., coll. Dyna' sup droit, Vuibert, 2011, n° 9, p. 15.

§1. La protection spécifique du débiteur professionnel contre les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence

578. - Au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, les règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence contenues dans le livre IV du Code de commerce s'appliquent « à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques ». Ces dispositions ont, de ce fait, vocation à s'appliquer principalement au débiteur en tant que professionnel. Pour autant, les débiteurs non professionnels ne sont pas exclus car ils bénéficient de la mise en œuvre de ces règles dont le respect induit généralement une régulation des prix à leur avantage ainsi qu'une uniformisation des pratiques. Bénéficiant au plus grand nombre, les règles du droit de la concurrence permettent de fonder l'action du débiteur de l'entrée payante tant pour le contrôle du comportement anticoncurrentiel de son partenaire (I) que pour le contrôle des clauses qui lui sont imposées (II).

I. Le contrôle des comportements anticoncurrentiels du créancier

579. - Le droit de l'Union européenne et le droit interne ont adopté parallèlement des mesures visant à décourager et sanctionner les comportements incompatibles avec la liberté de la concurrence. Sur le plan européen, le règlement n° 1/2003, adopté par le Conseil le 16 décembre 2002, permet la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 101 et 102 du TFUE⁸⁷. En droit interne, le livre IV du Code de commerce regroupe les principales dispositions sanctionnant les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence. Hormis ces règles spéciales, des dispositions de droit commun peuvent être utilisées pour condamner des infractions à la libre concurrence à l'instar des nouveaux articles 1240 et 1241 du Code civil⁸⁸ en matière de concurrence déloyale. La question de la prohibition des comportements anticoncurrentiels étant particulièrement dense, l'étude sera circonscrite au seul droit interne et plus particulièrement aux comportements pouvant se révéler préjudiciables pour le débiteur de l'entrée payante. Seront ainsi abordés les ententes (A) et les abus de domination (B).

⁸⁷ Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE). V. particulièrement les articles 101(entente) et 102 (abus de position dominante).

⁸⁸ C. civ., art. 1382 et 1383 anc.

A. Les ententes⁸⁹

580. - Prohibée à la fois par l'article L. 420-1 du Code de commerce et l'article 101 TFUE, l'entente figure parmi les pratiques anticoncurrentielles les plus graves⁹⁰. Elle implique une concertation entre plusieurs entreprises ayant pour objet ou effet d'empêcher, restreindre ou fausser le libre jeu de la concurrence. L'entente recouvre plusieurs formes énumérées par la loi à savoir les actions concertées, les conventions, les ententes expresses ou tacites, les coalitions lorsqu'elles entravent le libre accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises. Ces diverses expressions employées par la loi traduisent des « *degrés dans la formalisation de l'entente* »⁹¹ sans pour autant que la distinction emporte des conséquences s'agissant du régime juridique applicable. Sanctionnés en cas d'atteinte à la liberté de la concurrence, ces comportements sont également interdits quand ils briment la liberté de fixation des prix par leurs hausses ou leurs baisses artificielles et ce, en contradiction avec les règles du marché. Il en est de même lorsque ces comportements tendent à limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou les progrès techniques ou encore à répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.

581. - L'entente est largement appréhendée par les juges puisqu'elle est sanctionnée indifféremment qu'elle soit écrite, orale, expresse ou tacite, horizontale entre concurrents sur un même marché ou verticale. Son caractère protéiforme est ainsi pris en considération tant par la loi que par les juges. La qualification d'entente a par exemple été retenue pour des échanges d'informations sur les prix et les marges, la mise en œuvre de contrats de distribution exclusive ou sélective, l'imposition de conditions générales de vente, les soumissions concertées en cas d'appel d'offres privé ou public, la répartition de marchés, les entraves à l'accès au marché... Les exemples jurisprudentiels foisonnent dans ce domaine. Ainsi, il a été jugé qu'une circulaire, un engagement d'honneur⁹², une règle déontologique⁹³, un code de bonne conduite⁹⁴, une transaction, de simples recommandations ou avis, une convention nulle au plan national⁹⁵, étaient constitutifs d'une entente. L'entente peut résulter d'un acte isolé (entente simple) ou

⁸⁹ P. ARHEL, v° *Entente*, Rép. com., janvier 2014.

⁹⁰ A. CONDOMINES, *op. cit.*, n°26, p. 39.

⁹¹ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n°154, p. 147.

⁹² CJCE, 15 juillet 1970, *Chemiefarma*, aff. 41/69, Rec. 661.

⁹³ TPICE 28 mars 2001, *Institut des mandataires agréés près l'Office européen des brevets (OEB)*, aff. T-144/9, CCC 2001, comm., p. 109 (en l'espèce, la règle déontologique interdisant toute publicité comparative).

⁹⁴ Cons. conc. , n°07-D-04, *Franchise Jeff de Bruges*, concurrences n° 2/2007, point. 99.

⁹⁵ CJCE, 11 janvier 1990, *Sandoz*, aff. C-277/87, Rec. 25.

naître d'un comportement continu ou d'une succession d'actes commis dans une même optique. On parle dans ces deux derniers cas d'entente complexe, appelée encore infraction globale⁹⁶.

La qualification d'entente suppose toutefois l'existence d'un concours de volontés émanant, au moins, de deux entreprises, une atteinte au marché ainsi qu'un lien de causalité entre la collusion et la restriction de concurrence.

582. - La prohibition de l'entente peut profiter au débiteur de l'entrée payante dans la mesure où les conditions de sa mise en œuvre sont réunies. Puisque la jurisprudence n'offre pas, à notre connaissance, d'illustrations, il s'agira d'en proposer une pour conforter notre propos. On considérera un marché X détenu par trois importantes enseignes de bricolage, lesquelles cohabitent difficilement en raison d'un climat conjoncturel morose. Deux de ces trois enseignes disposent de spacieux locaux commerciaux vides et mis en location. Or, une quatrième enseigne de bricolage de type discount souhaite intégrer le marché, sûr de se démarquer en raison de la diversité des produits qu'elle propose et de ses prix défiant toute concurrence. Elle souhaite pour ce faire louer l'un des locaux précédemment évoqués. Non désireux de perdre une partie de leur clientèle respective, les bailleurs se concertent afin d'aligner les montants du pas-de-porte et du loyer très sensiblement à la hausse, espérant ainsi dissuader le nouvel arrivant qu'ils savent novice dans la profession. Dans cette hypothèse, l'intention des bailleurs est manifestement d'empêcher l'installation d'un nouveau concurrent. Ils utilisent sciemment le pas-de-porte afin d'entraver l'accès au marché ; la collusion, l'objet et même les effets restrictifs de concurrence sont par conséquent incontestables. Il en est de même pour le lien de causalité. Par conséquent, le débiteur de l'entrée payante peut à bon droit intenter une action au sens de l'alinéa 2 de l'article L. 420-2.

B. L'abus de domination⁹⁷

583. - La loi du 2 juillet 1963 a introduit en droit français la notion d'abus de domination afin d'harmoniser le droit interne avec le droit européen de la concurrence. Sous ce vocable,

⁹⁶ V. par exemple à ce propos les développements de M. MALAURIE-VIGNAL, *op. cit.*, n° 507, p. 222.

⁹⁷ Sur l'abus de domination : L. VOGEL, *Traité de droit des affaires RIPERT et ROBLOT*, T. 1, Vol. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 19^e éd., LGDJ, 2010, v. spéc. n° 904-921, pp. 990-1014 ; L. VOGEL, *L'économie, serviteur ou maître du droit ?* in *Mélanges André DECOCQ, Une certaine idée du droit*, Litec, 2004, pp.605-614.

sont notamment réunies les incriminations d'abus de position dominante (1) et de dépendance économique (2).

1. L'abus de position dominante⁹⁸

584. - L'abus de position dominante ou exploitation abusive de position dominante, est l'une des deux pratiques prohibées par l'article L. 420-2 du Code de commerce. La notion de « position dominante » non définie dans le Code de commerce⁹⁹, a vu ses contours précisés par la jurisprudence communautaire. Elle est regardée comme la « *situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cours en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement des consommateurs.* »¹⁰⁰ Elle se définit comme un pouvoir économique et non pas de manière statique¹⁰¹.

À travers cette définition, il ressort que l'appréciation de l'existence d'un abus de position dominante s'opère par référence au marché. Pour que l'infraction soit constituée au sens de l'article L. 420-2, trois conditions cumulatives doivent être réunies, à savoir l'existence d'une position dominante, une exploitation abusive de cette position et un objet ou un effet restrictif de concurrence sur un marché. Ainsi, détenir une position dominante n'est pas illégal en soi, c'est le fait d'en abuser qui est prohibé.

585. - La position dominante peut être aussi bien individuelle que collective. Dans le cas d'une position dominante individuelle, l'abus sera retenu suite à l'examen de divers critères

⁹⁸ Sur l'abus de position dominante : M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, coll. Systèmes, LGDJ, 2003 ; C. PRIETO et D. BOSCO, *Droit européen de la concurrence*, coll. Droit de l'Union européenne, Bruylant, 2013 ; L. VOGEL, *Traité de droit des affaires RIPERT et ROBLOT*, T. 1, Vol. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 19^e éd., LGDJ, 2010, v. spéc. n° 905-914, pp. 990-1005 ; BLAISE, v° *Abus de position dominante*, Rép. com., janvier 2014 ;

⁹⁹ C. com., art. L. 420-2, al. 1 : *Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.*

¹⁰⁰ CJCE, 14 février 1978, *United Brands*, Aff. 27/76 ; CJCE, 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, Aff. 85/76. Sur ces deux arrêts, v. entre autres les développements de C. PRIETO et D. BOCO, *op. cit.*, n°s 1103 et 1104, pp. 797-800.

¹⁰¹ M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, coll. Systèmes, LGDJ, 2003. n° 96, p. 65.

tels les parts de marché détenues par l'entreprise incriminée, la notoriété, la détention d'une large gamme de produits, la présence territoriale, l'appartenance à un grand groupe, le pouvoir détenu sur des marchés connexes ou voisins, l'analyse du comportement de l'entreprise sur le marché¹⁰², la situation des concurrents. Pour ce qui est de la position dominante collective, elle découle soit de liens structurels et d'une ligne d'action commune¹⁰³, soit des caractéristiques du marché¹⁰⁴.

Une liste sommaire de pratiques susceptibles de constituer un abus de position dominante est énoncée à l'article L. 420-2, à savoir les refus de vente, les ventes liées ou les conditions de vente discriminatoires ainsi que la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

586. - En cas d'infractions, l'Autorité de la concurrence peut prononcer des injonctions et/ou des sanctions en application de l'article L. 464-2. Propres à chaque entreprise sanctionnée et nécessairement motivées, les sanctions sont proportionnelles à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques. Le montant maximum de la sanction est de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Outre l'Autorité de la concurrence, les juridictions pénales sont compétentes pour statuer sur ce type d'infractions¹⁰⁵.

Il importe de préciser par ailleurs que l'article L. 420-4 concède une exemption lorsque la situation de domination résulte de l'application de textes législatif ou réglementaire. D'autre part, une exemption est également accordée si la situation constitue un progrès économique et si le profit demeure équitable pour les utilisateurs. Rappelons à ce propos que le droit communautaire n'exempte pas les abus de domination mais uniquement les ententes.

¹⁰² A. CONDOMINES, *op. cit.*, n°s 170-174, pp. 132-174.

¹⁰³ CJCE, 16 mars 2000, Compagnie maritime belge, Aff. jointes C-395/96 P, C-395/96 P et C-396/96 P ; TPI, 7 octobre 1999, Irish sugar, Aff. T-228/97; Cass. com., 5 mars 1996, Total Réunion Comores, Bull. civ., IV, n° 76, p. 61 ; CA Paris, 30 octobre 2001, OMVESA, n° de RG: 2001/04911 ; CA Paris, 4 juin 2002, CFDT Radio Télé, n° de RG : 2002/01627.

¹⁰⁴ A propos du caractère alternatif des critères v. par exemple : Cons. conc., décision n° 07-D-13 du 6 avril 2007 relative à de nouvelles demandes de mesures conservatoires dans le secteur du transport maritime entre la Corse et le continent.

¹⁰⁵ C. com., L. 420-6 : Condamnation de toute personne physique à quatre ans de prison et à 75 000 euros d'amende en cas de participation personnelle et déterminante à la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de ces pratiques.

587. - L'action fondée sur les conditions de vente discriminatoires peut prospérer à l'avantage du débiteur à qui l'on impose une entrée payante ou une d'un montant plus élevé que celle réclamée à d'autres cocontractants du créancier. Par exemple, Monsieur A, petit commerçant de proximité pourra se prévaloir de la règle suscitée si l'entreprise B exploitant un hypermarché dans lequel A s'approvisionne (faute de mieux) lui impose des entrées payantes (acompte, arrhes ou gage-espèces) d'un montant trois fois supérieur à celui requis normalement par la grande enseigne. Pour préciser notre exemple, nous rajouterons que A est redevable du paiement d'un acompte de 60% devant être effectué le jour de la commande alors que la livraison des produits est différée et tardive pour des motifs fallacieux. Ce retard contrarie le bon fonctionnement du commerce de A qui ne dispose pas des produits pour satisfaire sa clientèle qui s'orientera logiquement alors vers l'hypermarché. Enfin, nous compléterons notre propos en indiquant que cet hypermarché fait partie d'une importante chaîne de distribution bien implantée sur le territoire. Le succès de son action découlera de la réunion avérée des trois conditions caractérisant l'abus de position dominante.

588. - La liste énoncée à l'article L. 420-2 n'est pas exhaustive et la jurisprudence a condamné d'autres comportements non moins néfastes conduisant à un abus de position dominante telles les « barrières à l'entrée »¹⁰⁶. Il importe de préciser que ces pratiques peuvent être révélatrices également d'ententes. Ces pratiques sont des « *obstacles auxquels se heurtent les entreprises ou qu'elles tentent d'ériger pour se protéger des forces concurrentielles et préserver leur pouvoir de marché* »¹⁰⁷. Plus précisément, ce sont « *les facteurs qui s'opposent aux efforts de concurrents efficaces tendant à pénétrer le marché et à acquérir une dimension suffisante pour exercer une pression concurrentielle significative sur la ou les entreprises en place.* »¹⁰⁸

Les barrières sont généralement naturelles (juridiques, technico-juridiques, économiques) ou stratégiques (stratégies de pression sur les pouvoirs publics, stratégies d'intimidation à l'encontre des concurrents potentiels)¹⁰⁹. Notre attention se concentrera surtout

¹⁰⁶ V. sur ce sujet entre autres : B. BRUN et A. TOULEMONT-DAKOURE, *Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence*, CCC, 2003, chron., p. 11 ; R. P. McAFEE et H. M. MIALON, *Barrières à l'entrée dans l'analyse antitrust*, RLC, 2004, n°1, p. 155 ; Aut. conc., *Etudes thématiques*, 2006, v. *Barrières à l'entrée*, pp. 139-160 ; Habib KAZZI, *L'analyse des barrières à l'entrée : entre convergences et risques*, CCC, n° 12, Décembre 2007, étude 15.

¹⁰⁷ Ch. BIALES, M. BIALES, R. LEURION et J.-L. RIVAUD, *Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains*, Foucher, 1999, v° *Barrière à l'entrée*, p. 55.

¹⁰⁸ Aut. conc., *Etudes thématiques*, 2006, v. *Barrières à l'entrée*, p. 139.

¹⁰⁹ Ch. BIALES, M. BIALES, R. LEURION et J.-L. RIVAUD, *op. cit.*, p. 55.

sur les barrières stratégiques, lesquelles nécessitent la participation active d'entreprises refusant de se soumettre au libre jeu de la concurrence. Ainsi, par l'instauration de barrières stratégiques, l'entreprise ou les entreprises verrouillent un marché en mettant en œuvre des techniques propres à en limiter ou empêcher l'accès à de nouveaux concurrents. Cette pratique est dommageable à maints égards tant pour les potentiels concurrents que pour les consommateurs.

Si le recours à cette notion est récurrent pour établir l'existence d'un abus de position dominante¹¹⁰, l'identification d'une barrière à l'entrée n'est toutefois pas aisée¹¹¹. L'expression en elle-même n'est pas sans nous faire songer à l'entrée payante, qui, on le sait, consiste pour le débiteur à payer pour contracter. De fait, l'entrée payante équivaut à bloquer ou limiter l'accès au contrat tout comme les barrières à l'entrée¹¹². Peut-on pour autant assimiler la première à la seconde ? Cette assimilation est possible si créancier et débiteur de l'entrée payante sont concurrents. La stipulation d'un pas-de-porte ou d'un droit d'entrée élevé peut, en effet, être analysé comme une barrière à l'entrée.

2. L'abus de dépendance économique¹¹³

589. - Introduite par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la notion d'exploitation d'un état de dépendance économique est inscrite aujourd'hui à l'alinéa 2 de l'article L. 420-2¹¹⁴. La prohibition de cette pratique est une spécificité du droit interne de la concurrence¹¹⁵, le TFUE

¹¹⁰ Aut. conc., *étud. préc.*, p. 139 : « Rôle central » joué dans les affaires d'abus de position dominante.

¹¹¹ R. P. McAFEE et H. M. MIALON, *op. cit.*, n°1, p. 155 évoquant les dissensions des économistes BAIN et STIGLER sur le concept de « barrière à l'entrée. »

¹¹² En cas de barrières à l'entrée insurmontables, l'entreprise n'est pas en mesure de conclure des contrats avec des clients ou d'autres entreprises concurrentes ou non.

¹¹³ G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris 1, LGDJ, 1986 ; L. VOGEL, *traité aff. précité*, n° 914-920, pp. 1005-1012 ; GLAIS, *La sanction des abus de dépendance économique : entre désillusion et espoir*, CCC 2006, p. 18 ; PÉDAMON, DECOCQ A. et PÉDAMON M., *L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence* J.Cl. Conc. consom., n° spéc. 1987, n° 30 ; M. PÉDAMON et H. KENFACK, *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, 3^e éd., Dalloz, 2011.

¹¹⁴ C. com., art. L. 420-2, al. 2 : *Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en vente liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme.*

¹¹⁵ Le droit allemand, dont s'est inspiré le droit français, distingue quatre types de situation de dépendance économique (dépendance pour cause d'assortiment, pour cause de pénurie, pour cause de relations d'affaires, pour cause de puissance d'achat. V. sur ce sujet les développements de A. DECOCQ et G. DECOCQ, *op. cit.*, n° 108, p. 166 ; A. DECOCQ et M. PÉDAMON, *L'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence*, Litec, 1987, n°31.

ne connaissant en effet que l'abus de position dominante en tant qu'abus de domination. L'élaboration de la règle française répond à un souhait de la Commission qui avait évoqué la nécessité de textes permettant « *de contrôler les comportements d'entreprises ou de groupes d'entreprises qui, sans détenir une position dominante, sont en raison de leur poids sur le marché, des partenaires obligés soit pour leurs fournisseurs, soit pour leurs clients.* »¹¹⁶

L'existence d'un abus de dépendance économique sera recherchée dans les rapports verticaux (interentreprises). À l'origine, la prohibition visait à protéger les fournisseurs contre la grande distribution. Dans la pratique cependant, il est plutôt invoqué par les distributeurs généralement à la rupture du contrat pour obtenir une indemnisation de leurs préjudices¹¹⁷. De manière générale, l'infraction sera constituée s'il y a dépendance d'une entreprise par rapport à une autre, un abus de la situation par l'entreprise dominante et l'existence d'une restriction de concurrence. Ces contrats de dépendance ont été pertinemment définis comme « *les contrats régissant une activité professionnelle dans laquelle l'un des contractants, l'assujetti, se trouve tributaire par son existence ou sa survie, de la relation régulière, privilégiée ou exclusive qu'il a établie avec son cocontractant, le partenaire privilégié, ce qui a pour effet de le placer dans sa dépendance économique et sous sa domination.* »¹¹⁸

590. - Afin de déterminer la dépendance d'un distributeur envers son fournisseur, il sera tenu compte de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du distributeur et de la place du fournisseur sur le marché (qui doit être importante mais pas nécessairement dominante)¹¹⁹. Pour ce qui est de la dépendance d'un fournisseur envers ses distributeurs, seront pris en considération l'importance de la part du distributeur dans le chiffre d'affaires du fournisseur, l'importance du distributeur dans la commercialisation des produits et les motifs à l'origine de la concentration des ventes du fournisseur auprès du distributeur¹²⁰. Précisons par ailleurs, que certaines décisions admettent encore que l'entreprise en situation de dépendance

¹¹⁶ Comm., Rapp. 1985, p. 15.

¹¹⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, *Droit de la concurrence interne et européen*, 7^e éd., Sirey, 2017, n° 661, p. 283 et s.

¹¹⁸ G. VIRASSAMY, *op. cit.*, n° 3, p. 10.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

économique est celle qui ne dispose pas, sur le marché, de solution alternative équivalente¹²¹, quoique la loi NRE ait modifié la rédaction de l'alinéa 2 de l'article L. 420-2¹²².

L'entreprise tenant son cocontractant sous sa dépendance économique n'est pas systématiquement en position dominante. C'est d'ailleurs tout l'intérêt de la règle, elle permet d'appréhender les pratiques abusives mises en œuvre par une entreprise ou un groupe d'entreprises exerçant une domination sur un ou des partenaires commerciaux sans pour autant détenir une position dominante sur le marché. Constituent un abus de dépendance économique selon la lettre du texte, les refus de vente, les ventes liées, les pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6 ou en accords de gamme ; cette liste n'étant pas exhaustive. Les sanctions applicables sont les mêmes que celles réprimant les abus de position dominante¹²³.

Les condamnations pour abus de dépendance économique sont rares en pratique notamment parce que l'état de dépendance et l'atteinte au marché sont difficilement caractérisés¹²⁴. Il demeure rare en effet qu'une entreprise soit contrainte de traiter avec un seul et unique partenaire, faute d'autres alternatives et qu'elle en ait à pâtir suite à la rupture des relations commerciales. On peut cependant relever l'affaire Héli-Inter assistance dans laquelle une entreprise été sanctionnée pour avoir abusé de sa position dominante et de la situation de dépendance dans laquelle son concurrent se trouvait à son égard en lui imposant une tarification forfaitaire injustifiée et discriminatoire¹²⁵.

¹²¹ V. par exemple : Cass. com., 25 juin 2013, n°12-21850 (inédit) ; Cass. com., 12 février 2013, n° 12-13603, Bull. civ., IV, n°23 ; Cons. conc., décision n° 04-D-44 du 15 septembre 2004 relative à la saisine présentée par le Ciné-théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films, BOCC, 9 décembre 2004, points 116 et s. ; Cons. conc., décision n° 04-D-36 du 23 juillet 2004 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport des petits colis, BOCC, 9 décembre 2004, point 9 ; Cons. conc., décision n° 04-D-26 du 30 juin 2004 relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupe d'intérêt public Champagne-Ardenne, BOCC, 8 novembre 2004, points 53 et s.. Sur cette question, v. les observ. de M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 120 ; p. 121 et n°s 131 et 132, pp. 130-132.

¹²² Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques. L'article L. 420-2 dans sa rédaction antérieure à 2001, prohibait l'exploitation abusive de « l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur qui ne dispose pas de solution équivalente. »

¹²³ V. *supra* n° 584 et s.

¹²⁴ Cons. conc., décision n° 10-D-08 du 3 mars 2010 relative à des pratiques mises en œuvre par Carrefour dans le secteur du commerce d'alimentation générale de proximité. Dans cette décision, l'abus de dépendance économique n'a pas été retenu car les candidats à l'ouverture de ce type de commerces disposaient d'autres alternatives que celle de conclure un contrat de franchise avec Carrefour et ce, en raison de la part relative de ce dernier sur le marché national.

¹²⁵ Cass. com., 25 janvier 2000, n° 97-20199 rejetant le pourvoi contre CA Paris, 1^{re} ch. H, section C, 9 septembre 1997 confirmant Cons. conc., décision n° 96-D-51 du 3 septembre 1996 relative à des pratiques de la SARL Héli-Inter Assistance. Pour d'autres illustrations, v. par exemple : Cons. conc., décision n° 93-D-59 du 15 décembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité et Cons. conc., décision n° 96-D-44 du 18 juin 1996 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la publicité.

591. - En dépit du relatif insuccès de la mise en œuvre de l'alinéa 2 de l'article L. 420-2, ces dispositions conservent un attrait certain puisqu'elles constituent un nécessaire garde-fou contre des pratiques présentant un caractère moins absolu que l'abus de position dominante. Aussi, le débiteur de l'entrée payante se référera utilement à ces règles lorsqu'il est sujet à une dépendance économique sous réserve de satisfaire aux conditions d'application du texte. À noter par ailleurs que l'abus de dépendance économique s'inscrit dans des rapports verticaux, plus propices aux stipulations d'entrées payantes.

II. Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence¹²⁶

592. - Le principe de la liberté de la concurrence suppose que tout individu puisse librement choisir d'exercer et d'organiser une activité économique. Cette activité se matérialise juridiquement par la conclusion de contrats. Liberté contractuelle et libre concurrence sont ainsi intimement liées. Toutefois, la libre concurrence peut être altérée par l'existence de pratiques restrictives. Amputé d'une partie de ses droits entrepreneuriaux, ce dernier paraît de prime abord lésé, et le fonctionnement normal du marché, perturbé. Aussi, constatera-t-on que la liberté contractuelle, si favorable à l'épanouissement de la concurrence, est ici utilisée au détriment du partenaire qui est le plus faible¹²⁷. Dans la mesure où le débiteur de l'entrée payante est susceptible d'y être confronté, il convient d'examiner ces pratiques à l'aune des règles du droit de concurrence afin d'en apprécier la conformité¹²⁸. En effet, plus vulnérable qu'un contractant ordinaire en raison de l'obligation d'entrée payante, une vigilance accrue doit être exercée quant aux pratiques restrictives qui lui sont imposées (B). Par ailleurs, on sait que qu'un certain nombre de clauses restrictives encourent la nullité si elles entrent dans le champ d'application de L. 442-6, II du Code de commerce (A).

¹²⁶ Sur les pratiques restrictives : P. ARHEL, *V^{is} Transparence tarifaire et pratiques restrictives*, Rép. com., octobre 2014 ; L. VOGEL, *traité aff. préc.*, n^{os} 783-801, pp. 803-817 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *manuel préc.*, n^o 262, p.130 et s ; V. PIRONON, *op. cit.*, n^{os} 541-5981, pp. 196-216 ; M. MARTIN, *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, th. Paris 2, PUAM, 2012.

¹²⁷ On s'en serait douté ! Il est avéré que l'équilibre parfait dans le contrat relève de l'utopie d'où le rééquilibrage effectué parfois par le législateur au profit de catégories d'individus particulièrement vulnérables (consommateurs, locataires, acquéreurs immobiliers, etc..).

¹²⁸ Bien entendu, ces clauses sont également soumises aux conditions générales de validité du droit des obligations (v. C. civ., art. 1108 à 1133).

A. Les pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6, I

593. - Les pratiques restrictives de concurrence font l'objet du chapitre II du titre IV du livre IV du Code de commerce. Leur prohibition vise à sanctionner les déséquilibres commerciaux et permet d'accroître la protection des contractants. Les pratiques restrictives sont interdites *per se* c'est à dire indépendamment de l'atteinte qu'elles sont susceptibles de porter à la liberté de concurrence sur le marché¹²⁹. Certaines dispositions du chapitre II sont consacrées aux pratiques tarifaires qui sont pénalement sanctionnées¹³⁰, les autres intéressent les pratiques non tarifaires et encourent une sanction civile. Cette dernière catégorie fait régulièrement l'objet de modifications, la dernière en date étant opérée par la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014.

La pléthore des dispositions législatives dans le domaine des pratiques restrictives nous conduit à n'étudier, par souci de concision, que les règles posées par les 1°, 2°, 3° et 4° du I de l'article L. 442-6¹³¹.

594. - Aux termes de l'article L. 442-6 I, 1°, la responsabilité du professionnel précité peut être engagée et le préjudice causé réparé lorsqu'il obtient ou tente d'obtenir de son partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Une liste non exhaustive d'exemples est proposée comprenant la surfacturation d'une opération d'animation commerciale, la pratique dite de la « corbeille de la mariée »¹³² (institution voisine de l'entrée payante¹³³), la clause dite du client le plus favorisé, etc..

¹²⁹ V. PIRONON, *op. cit.*, n° 541, p. 196.

¹³⁰ Entrent dans cette catégorie la pratique du prix minimal imposé ainsi que la revente à perte.

¹³¹ L'action en responsabilité ou en nullité des pratiques, des contrats ou clauses énumérés au I et II de l'article L. 442-6 peut être introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée à l'article L. 442-6 (v. C. com., art L. 442-6, III, al. 1 et s. relatif aux actions de justice, etc..).

¹³² Il s'agit, à l'occasion d'un regroupement d'enseignes, du fait que des distributeurs imposent à leurs fournisseurs de renégocier leur participation financière et subordonnent la poursuite des relations à l'acceptation de conditions supplémentaires au regard de celles précédemment stipulées. V. à ce propos entre autres, L. VOGEL, *Traité de droit économique, T. 1, Droit de la concurrence européen et français*, n° 757, LawLex, 2011, pp. 1000-1001.

¹³³ Pour rappel, l'entrée payante peut être définie comme l'obligation monétaire à la charge de l'un des cocontractants, versée avant ou concomitamment à la conclusion du contrat, qui constitue une condition *sine qua non* de la conclusion dudit contrat. De cette définition, il ressort tout d'abord que l'entrée payante s'inscrit dans une relation bilatérale : le débiteur paye pour contracter avec le créancier de l'entrée payante alors que le débiteur de la « corbeille » paye en raison de la conclusion d'un nouveau contrat liant son créancier à un tiers. La « corbeille » induit de plus une renégociation en cours du contrat alors que l'entrée payante est stipulée lors des pourparlers (phase précontractuelle).

S'il n'est pas fait mention dans la lettre du texte d'une pratique s'apparentant à l'entrée payante telle que nous la définissons, il demeure néanmoins possible d'intenter une action sur ce fondement. En effet, « *l'avantage quelconque* » visé par le texte peut parfaitement coïncider avec la demande d'une entrée payante. La stipulation abusive d'une entrée « supplément » notamment (ni restituable, ni imputable) pourrait ainsi engager la responsabilité de son auteur. Il importe d'insister d'ailleurs sur le fait que la liste des avantages énoncés dans cet article n'est pas limitative, ce qui laisse le champ libre à une éventuelle appréhension de l'entrée payante.

595. - Le 2° de l'article L. 442-6 retient ensuite particulièrement notre attention. Il permet d'engager la responsabilité et oblige à réparation celui qui soumet ou tente de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif¹³⁴ dans les droits et obligations des parties. Cette règle issue de la loi LME de 2008¹³⁵ rencontre un écho particulier, confrontée à l'obligation d'entrée payante et plus spécifiquement à celle d'entrée « *supplément* ». En effet, l'entrée « *supplément* » est précisément une obligation créatrice d'un déséquilibre entre le débiteur et le créancier de l'entrée payante. La jurisprudence ne s'y s'est pas trompée ainsi qu'en témoigne une décision rendue par le Tribunal de commerce de Lille le 6 janvier 2010¹³⁶. En l'espèce, le ministre de l'économie représenté par un directeur interrégional de la DGCCRF avait assigné la SAS Castorama France sur le fondement de l'article L. 442-6 I, 2°, en raison de diverses pratiques commerciales considérées comme abusives. Il lui était reproché d'exiger de ses fournisseurs le paiement de remises sous forme d'acomptes mensuels alors qu'elle réglait les factures de marchandises avec un délai de paiement maximum de 75 jours fin de mois, soit deux à trois mois après le paiement de l'acompte. Ce faisant, les fournisseurs faisaient des avances de trésorerie à Castorama occasionnant ainsi une dégradation de leurs fonds de roulement, qui générerait des coûts

¹³⁴ Sur la notion de déséquilibre significatif : M.-V. JEANNIN, *Le déséquilibre significatif ou une atteinte significative à la liberté contractuelle ?*, LPA, 6 octobre 2011, n° 199, p. 15 ; Y. PICOD, *Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel*, D. 2011, p. 415 ; M. CHAGNY, *L'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce entre droit du marché et droit commun des obligations*, D. 2011, p. 392 ; Emilie GICQUIAUD, *Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif*, RTD com. 2014 p. 267 ; M. CHAGNY, *L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ?*, RTD com. 2013 p. 500 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *La LME sanctionne le déséquilibre significatif*, CCC 2008, n° 238 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Le déséquilibre significatif*, RLC, octobre-décembre 2008, p. 45 ; F. BUY, *Entre droit spécial et droit commun : l'article L. 442-6, I, 2°*, LPA 17 décembre 2008 ; M. PICHON DE BURY et C. MINET, *Incidences de l'introduction de la notion de « déséquilibre significatif » par la LME*, CCC 2008, Etude 13 ; M. BÉHAR-TOUCHAIS, *Sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels*, RDC 2009, p. 202.

¹³⁵ Loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

¹³⁶ T. com. Lille, 6 janv. 2010, D. 2010, Jur. p. 1000, note J. SENECHAL ; RTD civ. 2010, p. 324, obs. FAGES ; JCP E 2010, n° 5, p. 5, note GRALL ; JCP 2010, n° 516, obs. CHAGNY ; CCC 2010, n° 71, obs. MATHEY ; RJDA 2010, n° 298 ; RLC avr.-juin 2010. 43, note BÉHAR-TOUCHAIS ; RDLC 2010, n° 2, p. 99, obs. CHAGNY ; RDC 2010, p. 928, note BÉHAR-TOUCHAIS ; CEPC, avis n° 10-09 du 3 juin 2010.

financiers supplémentaires. De plus, le ministre relevait que l'entreprise imposait le paiement par virement de ces acomptes, instaurait une différence de traitement dans le délai de règlement des créances, ne prévoyait pas de clause de modification du montant des acomptes en cas de variation d'activité en cours d'année. Estimant que l'ensemble de ces pratiques engendraient un déséquilibre significatif dans les droits et les obligations des parties au profit de Castorama, le ministre demandait une condamnation de cette entreprise sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2°. Le tribunal de commerce de Lille a dit recevable l'action du ministre contre le distributeur en énonçant que les pratiques incriminées sont fautives au sens de l'article précité, a enjoint au distributeur de cesser les pratiques dénoncées, et l'a condamné à une amende civile de 300 000 euros en faveur du ministre de l'économie.

Il convient de s'attarder un peu plus longuement sur le motif tiré du caractère abusif des acomptes dont étaient redevables les fournisseurs. En effet, le tribunal relève que *« qu'il est établi que les pratiques de Castorama. concernant le paiement d'acomptes mensuels ne respectent pas l'esprit de la LME ; qu'elles ne sont pas réciproques ; qu'elles sont sans contreparties et nettement défavorables aux fournisseurs ; que leur ampleur est caractérisée ; qu'elles s'appuient sur un rapport de dépendance lié à la puissance d'achat du distributeur ; qu'elles sont abusives ; que le déséquilibre ainsi provoqué en défaveur des fournisseurs est significatif »*. Fort de ce constat, le tribunal enjoint à la société Castorama de cesser ces pratiques car fautives au sens de l'article L. 442-6, I, 2°.

Il apparaît à la lecture des motifs du tribunal que les acomptes présentent un caractère « supplémentaire » et abusif car non réciproques et sans contrepartie. En effet, les fournisseurs, en faisant des acomptes sur une dette avant qu'elle ne soit exigible, effectuait des avances de trésorerie au distributeur. Leur versement devait de plus s'effectuer obligatoirement par virement et les accords commerciaux ne prévoyaient aucune clause de modification des montants des acomptes en cas de variation d'activité. Enfin, le retard de paiement entraînait la facturation de pénalités de retard. Evidemment, ces pratiques étaient préjudiciables aux fournisseurs même s'ils s'y conformaient, faute de pouvoir s'y soustraire. Ces diverses indications permettent de préciser la nature des acomptes en l'espèce. Il s'agissait d'entrées payantes s'inscrivant dans un contrat à exécution successive. Ils précédaient l'obligation (dette non exigible) et leur existence conditionnait le maintien de la relation contractuelle. En principe « entrée engagement », les acomptes revêtaient ici une nature mixte « engagement et supplément » car ils étaient plus qu'un simple gage du sérieux de l'engagement du débiteur. En

raison de l'inexistence de clauses de modification du montant en fonction des variations d'activité et de l'absence de contreparties, elles constituent un « supplément » illégal car sans cause. Il y a par conséquent un déséquilibre, entre les droits et obligations des parties, condamnable sur le fondement du droit de la concurrence.

596. - L'article L. 442-6, I, 3° mérite également d'être souligné. Il prohibe le « *chantage au référencement* »¹³⁷. Plus explicitement, le fait « *d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit* »¹³⁸, engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparations. Ainsi, l'objectif du législateur est de faire cesser les pratiques de primes de référencement sans contrepartie ou disproportionnées. Généralement, cette pratique abusive se manifeste par la subordination de la conclusion du contrat à la rémunération par le fournisseur de services fictifs de la centrale d'achat. Par exemple, les centrales d'achat obtiennent des fournisseurs un droit d'entrée sans aucune garantie de présentation de leurs produits et encore moins sans aucune garantie d'achat de leurs produits. Selon toute vraisemblance, l'avantage réclamé peut coïncider avec l'obligation de verser une somme d'argent. Préalable à la passation de commande, elle est assimilable à une entrée payante. Le texte est ainsi pleinement applicable et la responsabilité du créancier, engagée sur ce fondement. Observons cependant que la lecture a contrario de cet article permet, selon M. le Professeur VOGEL, d'admettre la licéité de la demande de contrepartie économique licite si elle ne conditionne pas la passation de commande ou si elle s'accompagne d'un engagement sur un volume d'achat proportionné prévisionnel et accessoirement sur un service demandé par le fournisseur¹³⁹.

597. - On signalera, enfin, l'article L. 442-6, I, 4° relatif aux menaces de déréférencement et de rupture d'une relation commerciale. Il énonce que le professionnel sera regardé comme responsable et tenu à réparation s'il obtient ou tente d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des conditions manifestement abusives concernant les prix, les délais de paiement, les modalités de vente ou les services ne relevant pas des obligations d'achat et de vente. « *Les conditions manifestement abusives concernant les prix* » peuvent recouvrer des entrées payantes « engagement » et

¹³⁷ L'expression est de V. PIRONON, n° 582, p. 211.

¹³⁸ C. com., art. L. 442-6, I, 3° (citation in extenso du 3°).

¹³⁹ L. VOGEL, *traité aff. préc.*, n° 785, p. 804.

« supplément » d'un montant excessif par exemple. La règle vise à sanctionner le caractère disproportionné des demandes qui sera jugé au regard des conditions générales de vente. L'application de cet article soulève toutefois des difficultés quant à l'appréciation du caractère manifestement abusif des conditions et à la preuve de la menace qui ne sont pas aisées à établir¹⁴⁰.

B. Les clauses restrictives de concurrence de l'article L. 442-6, II¹⁴¹

598. - Comme il a été souligné précédemment, l'article L. 442-6, I permet d'engager la responsabilité civile de tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers au titre des pratiques restrictives. Dans son second paragraphe, l'article L. 442-6 énonce un certain nombre de clauses nulles de plein droit. Sont concernées les clauses offrant la possibilité à ce professionnel de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale¹⁴² ainsi que celles permettant d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande¹⁴³. De même, les professionnels ne peuvent, sous peine de nullité, stipuler des clauses interdisant au cocontractant de céder à des tiers des créances qu'il détient sur eux. De plus, sont regardées comme nulles les clauses permettant au professionnel de bénéficier automatiquement de conditions plus favorables consenties aux entreprises concurrentes par le cocontractant¹⁴⁴ ainsi que celles lui offrant la possibilité d'obtenir sous certaines conditions d'un revendeur un droit de préférence sur la cession ou le transfert de son activité ou une obligation de non-concurrence

¹⁴⁰ M.-A. FRISON-ROCHE et M.-S. PAYET, *op. cit.*, n° 471, p. 372 ; M. MALAURIE-VIGNAL, *manuel préc.*, n° 287, p. 141. Pour une illustration jurisprudentielle : Cass. com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-14751 : dans cette affaire où, selon les propres dires des parties, « aucun écrit ne formalisait leurs relations commerciales » qui étaient « fondées sur le dialogue et la confiance réciproque », la menace a été appréciée souverainement par les juges du fond et la faute retenue au sens de l'article L. 442-6, I, 4° du Code de commerce.

¹⁴¹ Sur la propension du droit de la concurrence à participer à la protection des professionnels contre les clauses abusives : L. IDOT, *La protection par le droit de la concurrence*, in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, coll. Etudes juridiques, vol. 3, Economica, 1998, pp. 55-71. Mme le Professeur IDOT affirme notamment (v. n° 1, p. 55) : « Plus que le droit commun ou le droit de la consommation, dont il vient d'être démontré qu'ils n'assurent qu'une protection très imparfaite contre les clauses abusives entre professionnels, le droit de la concurrence peut sembler de prime abord le plus adapté pour atteindre cet objectif. Il paraît le mieux armé dans la mesure où précisément les relations entre professionnels, que sont les entreprises qui offrent des biens ou des services constituent son champ d'investigation principal. »

¹⁴² C. com., art. L. 442-6, II, a. Il s'agit notamment de la technique de la corbeille de la mariée évoquée précédemment. Ainsi, ce type de clause encourt la nullité et la victime pourra de plus engager la responsabilité de son auteur et prétendre à réparation.

¹⁴³ C. com., art. L. 442-6, II, b. Comp. avec C. com., L. 442, I, 3°. V. nos développements n° 598.

¹⁴⁴ C. com., art. L. 442-6, II, d. Est fait référence ici à la clause du client le plus favorisé. Comp. avec C. com., art. L. 442-6, I, 1°.

post-contractuelle, ou de subordonner l'approvisionnement de ce revendeur à une clause d'exclusivité ou de quasi-exclusivité d'achats de ses produits ou services d'une durée supérieure à deux ans.

Toutes les clauses énumérées ci-dessus peuvent intéresser et par conséquent affecter le débiteur de l'entrée payante contractant avec le professionnel visé à l'article L. 442-6¹⁴⁵. Mais, l'article L. 442-6, II, b est sans nul doute la mesure la plus clairement favorable au débiteur dans le domaine des pratiques restrictives. En effet, il prévoit expressément la nullité de plein droit des clauses prévoyant la possibilité d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande. Cette mesure va au-delà de la règle de l'article L. 442-6, I, 3° puisque le paiement effectué en contrepartie d'un droit d'accès est regardé comme nul : « *le droit d'entrée est illicite* ». Si cette règle est indéniablement utile, son application semble néanmoins cantonnée aux relations producteur/distributeur en raison de l'utilisation de la notion de « référencement » inscrite dans la lettre du texte¹⁴⁶.

599. - La prohibition du droit d'accès au référencement a trouvé une intéressante application dans une récente affaire. En l'espèce, une centrale d'achat d'un groupe de fourniture de services d'approvisionnement en denrées alimentaires avait confié à un fournisseur l'approvisionnement d'une clientèle de restauration collective affiliée au groupe. Une clause du contrat stipulait notamment qu'« *En contrepartie de la priorité donnée au fournisseur dans l'approvisionnement des Etablissements de Restauration du Périmètre de Référencement, du caractère exceptionnel du partenariat et des prestations réalisées par APREST (la centrale d'achat) dans le cadre de la mise en place des approvisionnements et de la mise à disposition de son savoir-faire (telle que précisée notamment à l'article 11), BFS (le fournisseur) verse à APREST une rémunération de un million d'euros HT.* Après avoir payé, le fournisseur assigna son cocontractant en restitution estimant cette rémunération infondée. Cette demande ayant été accueillie favorablement en appel, la centrale d'achat se pourvut en cassation sur le fondement de l'article L. 442-6, II, b du Code de commerce et de l'ancien article 1315 du Code civil. Dans la première branche du moyen, elle se prévalait du fait que des commandes avaient été effectuées antérieurement à la signature du contrat de référencement incluant la clause litigieuse. Dans la seconde, elle arguait que la charge de la preuve de l'illicéité de la clause

¹⁴⁵ Considérons par exemple le cas du débiteur exploitant une chaîne de cafétérias, redevables d'arrhes et d'acomptes qui s'approvisionne chez les producteurs de fruits et légumes de la région.

¹⁴⁶ L. VOGEL, *traité aff. préc.*, n° 796, p. 814.

reposait sur le fournisseur, ce dernier étant tenu de rapporter la preuve de l'absence de contrepartie à cette rémunération. Dans un arrêt de rejet du 25 juin 2013¹⁴⁷, la Cour de cassation a approuvé la position retenue par la Cour d'appel. Elle a considéré qu'après avoir relevé que la somme litigieuse n'avait pas été calculée sur la base des commandes effectuées et que la clause avait été imposée par la centrale d'achat dès la rédaction du contrat, les juges du fond avaient exactement déduit que la somme d'un million d'euros était une condition d'entrée en vigueur du contrat et que son versement avait pour seule cause le droit d'accès au référencement. En conséquence, la clause était nulle et la centrale d'achat a été condamnée à restituer la somme indûment perçue. Par ailleurs, les juges du droit ont rejeté l'argument tiré de l'inversion de la charge de la preuve.

Par l'exacte application de l'article L. 442-6, II, b, la Cour de cassation sanctionne clairement l'existence d'un droit d'accès au référencement et par là, l'entrée payante dénuée de contrepartie. Cette solution s'avère évidente eu égard aux circonstances de l'espèce. Le montant faramineux du droit d'accès était parfaitement disproportionné au regard des maigres contreparties assurées par la centrale d'achat et énoncées dans la clause litigieuse. En effet, selon les énonciations de la Cour d'appel, le fournisseur ne bénéficiait d'aucune priorité car aucune exclusivité ne lui était accordée ; le savoir-faire était non spécifique et transmis dans le cadre de l'appel d'offres à l'ensemble des entreprises sélectionnées pour y répondre. Enfin, les juges du fond n'ont relevé aucun élément justifiant la réalité du « *caractère exceptionnel du partenariat* », légitimant le paiement de la somme d'un million d'euros. La centrale d'achat percevait d'ailleurs une commission de 8,5% du montant des ventes « *en contrepartie des services* » qu'elle réalisait.

À travers cette application jurisprudentielle, force est de constater que l'article L. 442-6, II, b se révèle être un outil efficace et indispensable au service des intérêts du débiteur de l'entrée payante. Il permet d'enrayer les pratiques abusives particulièrement flagrantes telle que celle rencontrée dans l'exemple précité. Il est regrettable cependant que son champ d'application soit si restreint.

¹⁴⁷ Cass. com., 25 juin 2013, n° 12-21623 ; CCC 2013, n°213, obs. M. MALAURIE-VIGNAL, RJDA 2014, n° 800 ; LPA, 3 janv. 2014, obs. GARAUD. Dans cet arrêt, a été prononcée la prohibition des primes de référencement dès lors qu'il est constaté qu'une somme d'argent versée à une centrale n'avait pas été calculée sur la base des commandes effectuées mais avait été imposée dès la rédaction du contrat d'adhésion.

600. - Quoi qu'il en soit, en présence d'une clause restrictive au sens de l'article L. 442-6, II, le débiteur est en droit de demander sa nullité au juge qui ne peut la lui refuser car cette nullité est de plein droit. Une interrogation demeure toutefois quant à la possibilité d'étendre le champ de la nullité en dehors des cas expressément prévus à cet article. Des arrêts récents rendus par des Cours d'appel¹⁴⁸ ont peut être ouvert la voie vers une extension de la nullité puisqu'ils ont admis que la victime d'une pratique contrevenant à l'article L. 442-6, I pouvait la solliciter. Cependant, la motivation lapidaire des juges du fond dans ces deux affaires n'emporte pas complètement la conviction¹⁴⁹. Une incertitude demeure donc sur ce point.

Pour conclure, les mesures sus-citées certes louables demeurent encore insuffisantes pour assurer une réelle protection du débiteur de l'entrée payante et ce, en dépit de la particulière densité des règles en matière de pratiques restrictives.

§2. La protection du débiteur-consommateur par l'application générale du droit de la concurrence¹⁵⁰

601. - L'importance du consommateur dans le droit de la concurrence est avérée (I). Pour autant, le droit de la concurrence révèle son inaptitude à assurer la protection du débiteur quand il a cette qualité (II).

¹⁴⁸ CA Rouen, 12 décembre 2012, n°12/01200, SARL Azuki, CCC 2013, comm., p. 117, obs. N. MATHEY ; CA Paris, 7 juin 2013, SA Netmakers, CCC 2013, comm., p. 208, obs. N. MATHEY. Dans ces deux arrêts, la clause incriminée a été déclarée non écrite sur le fondement de l'article L. 442-6, I, 2° relatif au déséquilibre significatif.

¹⁴⁹ N. MATHEY, obs. sous l'arrêt précité CA Rouen, 12 décembre 2012, : « la sanction retenue était rien moins qu'évidente. En effet, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce crée un nouveau cas de responsabilité civile mais ne dit mot d'une éventuelle nullité. La cour d'appel semble avoir déduit la nullité de la clause de résiliation de la violation de l'ordre public. C'est assurément un peu court. Il est très douteux que la clause soit nulle du seul fait qu'elle crée un déséquilibre significatif au sens de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Cela ne veut pas dire que cette sanction ne serait pas pertinente. » N. MATHEY, comm. sous CA Paris, 7 juin 2013 : « motivation elliptique » de la décision ; « raccourci contestable » ; cet auteur estime également que la nullité ne peut être demandée que le ministre ou le ministère public.

¹⁵⁰ M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, th. Paris 9, Dalloz, 2001.

I. L'importance avérée du consommateur dans le droit de la concurrence¹⁵¹

602. - Le droit de la concurrence se donne pour objectif de garantir le respect du principe de la liberté du commerce et de l'industrie au sein d'une économie de libre marché. Partant, les commerçants, les entreprises apparaissent les destinataires premiers des règles du droit de la concurrence. Une lecture rapide des dispositions du livre IV du Code de commerce peut d'ailleurs le laisser penser. Mais, en réalité, le consommateur¹⁵² est au cœur du système de la concurrence. Plus précisément, il est à son origine. La définition économique de la notion de « concurrence » permet d'en être convaincu. En effet, elle est regardée comme le « *processus au cours duquel des vendeurs se rencontrent sur un marché et ont un comportement de compétition pour écouler leurs produits dont ils se disputent les acheteurs* »¹⁵³. De cette définition, il apparaît clairement que l'existence de consommateurs conditionne celles des concurrents dont la rivalité potentiellement virulente astreint à l'élaboration de règles de concurrence¹⁵⁴.

603. - La place du consommateur au sein du système concurrentiel a fait l'objet de nombreuses études doctrinales et certains auteurs estiment que les règles de concurrence tendent vers la protection des consommateurs. Ainsi, M. BEGIN s'interroge sur le point de savoir s'il est vrai « *qu'en dernier ressort le consommateur profite du système économique organisé en partie grâce au droit* »¹⁵⁵. Sans ambiguïté, Mme FAURE PROD'HOMME affirme que « *La protection du consommateur constitue la pierre angulaire du droit français de la concurrence* »¹⁵⁶. Dans le même ordre d'idée, Mme MALAURIE-VIGNAL s'exprime dans ces

¹⁵¹ Sur l'emprise respective du droit de la concurrence et du droit de la consommation : M.-S. PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, th. Paris 9, Dalloz, 2001.

¹⁵² Sera retenu pour nos développements l'acception économique du terme consommateur comprenant le consommateur final (utilisant des biens ou des services pour la satisfaction d'un besoin) et le consommateur intermédiaire (utilisant des biens dans un processus de production). V. pour de plus amples précisions : Ch. BIALES, M. BIALES, R. LEURION et J.-L. RIVAUD, *Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains*, Foucher, 1999, p. 124, v° Consommation. A noter qu'en droit de la consommation, la notion de consommateur renvoie au seul consommateur final (v. C. consom., art. préliminaire) à l'inverse du droit de la concurrence qui vise les deux catégories de sujet : consommateur final et consommateur intermédiaire. V. par exemple, les développements de PAYET (n° 17, pp.17-18) sur ce point.

¹⁵³ *Id.*, p. 115, v° Concurrence (1^{er} sens du mot).

¹⁵⁴ Comp. avec l'avis de J. HEMARD qui considère que « *Quoique le droit de la concurrence paraisse a priori comme concernant principalement, sinon exclusivement, les commerçants puisque c'est entre eux que joue la concurrence, il est bien évident qu'elle s'exerce en vue de s'assurer la clientèle des consommateurs et que, par conséquent, ses effets se produisent à leur égard* ». J. HEMARD, *Droit de la concurrence et protection des consommateurs*, Gaz. pal. 1971, 2, doct., p. 575 (cité par PAYET, *op. cit.*, note 3, p.3).

¹⁵⁵ Y. BEGIN, *Droit protecteur du consommateur et organisation économique et concurrentielle*, th. Nice, 1988, p. VI (cité par PAYET, *op. cit.*, note 3, p.3).

¹⁵⁶ I. FAURE PROD'HOMME, *Les aspects juridiques des interférences du consumérisme sur la concurrence*, th. Rennes 1, 1989, p. 14 (cité par PAYET, *op. cit.*, note 3, p.3).

termes : « *La protection du « marché n'est pas une fin en soi. La protection des individus (dans une logique économique de concurrence, il faut parler de consommateur) est une valeur supérieure* »¹⁵⁷. Cet auteur franchit un cap supplémentaire en assurant que « *Tous les droits de la concurrence affichent comme objectif cardinal le bien-être du consommateur* »¹⁵⁸. Elle rappelle cependant que « *la jurisprudence (européenne) hésite entre protection de la structure de la concurrence en elle-même et prise en considération des intérêts des consommateurs* »¹⁵⁹ et qu' « *en l'état du droit positif, le bien-être du consommateur n'est pas un standard juridique du droit de la concurrence, mais est plutôt un principe directeur d'interprétation de la règle de concurrence* »¹⁶⁰.

Sensible ou non à cette présentation, on ne saurait nier la prise en considération textuelle du consommateur par le droit de la concurrence et ce, en raison de la naturelle connexité des domaines de la concurrence et de la consommation. On en veut pour preuve l'adoption de mesures dans le domaine de la concurrence au bénéfice de consommateurs¹⁶¹ ou encore le renvoi au sein même du livre IV du Code de commerce à des textes du Code de la consommation¹⁶².

604. - Par ailleurs, l'Autorité de la concurrence, instance gardienne du bon fonctionnement des marchés, se proclame « *au service des consommateurs* » sur son site officiel¹⁶³. Il y est précisé en outre qu'elle « *est chargée de veiller au bon fonctionnement concurrentiel des marchés, une condition sine qua non pour garantir au consommateur les meilleurs prix et le choix le plus large de produits et de services. Les pratiques anticoncurrentielles sont nuisibles au consommateur final, qu'elles privent de la liberté de*

¹⁵⁷ M. MALAURIE-VIGNAL, *L'abus de position dominante*, coll. Systèmes, LGDJ, 2003, n° 7, p. 14.

¹⁵⁸ M. MALAURIE-VIGNAL, *Le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste ?* in Colloque « *Le droit de la concurrence et l'analyse économique* », Rev. Le Concurrentialiste, mai 2013, p. 56, n°1.

¹⁵⁹ *Id.*, p. 58, n°14.

¹⁶⁰ *Id.*, p. 59, n°25.

¹⁶¹ Évoquant la loi GALLAND de 1996, Mme NICOLAS-VULLIERME considère que « *l'équilibre recherché entre producteurs et distributeurs ne l'est qu'au bénéfice du consommateur* ». L'auteur cite également la loi CHATEL du 3 janvier 2008 intitulée « *loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs* » et la loi LME du 4 août 2008 qui comporte un chapitre sur le « *renforcement de la protection du consommateur* » dans le titre « *mobiliser la concurrence comme levier de croissance* ».

¹⁶² V. par exemple C. com., art. L. 441-1.

¹⁶³ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=167 : *L'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante, spécialisée dans le contrôle des pratiques anticoncurrentielles, l'expertise du fonctionnement des marchés et le contrôle des opérations de concentration. Au service du consommateur*, (nous soulignons) *elle a pour objectif de veiller au libre jeu de la concurrence et d'apporter son concours au fonctionnement concurrentiel des marchés aux échelons européen et international.*

*choisir au meilleur prix. Mais elles portent aussi atteinte à son bien-être de façon plus diffuse, puisqu'elles sont préjudiciables à l'innovation, à l'efficacité économique et, finalement, à la croissance. C'est pourquoi la loi confie à l'Autorité la mission de préserver ou de restaurer la vitalité concurrentielle.*¹⁶⁴

D'après ces énonciations, l'Autorité se positionne sans aucune ambiguïté en faveur de la protection du consommateur. Ce dernier apparaît comme le bénéficiaire final et privilégié de l'action mise en œuvre par cette autorité. On sait, de plus, que s'il n'est pas possible pour un particulier de saisir directement l'instance, l'action est ouverte, entre autres, aux organisations de consommateurs et aux entreprises¹⁶⁵. En outre, le consommateur peut alerter l'Autorité sur l'existence d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles, laquelle s'autosaisira après examen des éléments produits si la réalité des infractions est avérée. Le consommateur peut également se rapprocher de la Direction générale de la concurrence de la consommation et de la répression des fraudes qui a qualité pour saisir l'Autorité.

605. - Le droit de l'Union européenne n'est également pas indifférent aux intérêts du consommateur. Le règlement n° 1/2003 a mis en place un nouveau régime d'application des procédures antitrust visant à assurer un respect plus effectif des règles de concurrence de l'Union européenne dans l'intérêt des consommateurs et des entreprises. Par l'adoption de ce règlement, les tribunaux judiciaires sont dits compétents pour appliquer directement le droit communautaire de la concurrence, ce qui est indiscutablement favorable aux consommateurs. L'accessibilité à la justice est en effet gage de l'efficacité du respect des règles de concurrence. Par ailleurs, un livre vert du 19 décembre 2005, intitulé « *Actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante* » propose de faciliter les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante¹⁶⁶. Ainsi, les entreprises et les particuliers jouissent du droit de réclamer des dommages et intérêts.

La prise en considération du consommateur sur les plans interne et communautaire est légitime et fondée.

¹⁶⁴ http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/standard.php?id_rub=287

¹⁶⁵ La notion d'entreprise est interprétée largement : il s'agit de toute personne morale de droit privé ou toute personne physique, exploitant individuel ou membre d'une profession libérale.

¹⁶⁶ europa.eu/legislation_summaries/other/126120_fr.htm

II. Le constat de l'inaptitude du droit de la concurrence à protéger le débiteur-consommateur

606. - Hors des rapports interentreprises¹⁶⁷, le débiteur de l'entrée payante est regardé par le droit de la concurrence comme un simple consommateur et à ce titre, il bénéficie de son application. Agent économique, le consommateur est titulaire d'une prérogative essentielle : celle de pouvoir exercer un choix sur un marché concurrentiel. Il détient des ressources qui lui permettent de se procurer des biens ou des services disponibles sur le marché. Pour autant, le consommateur n'est pas en position de force car soumis à la loi du marché : « *il est instrumentalisé ; il est un otage* »¹⁶⁸. C'est une victime de la compétition parfois vive des entreprises dont le but est de conquérir et de conserver une clientèle. Ainsi des stratégies commerciales sont mises en place, tel l'effet de réseau lock-in qui consiste à enfermer l'utilisateur dans un réseau en lui faisant supporter des coûts financiers et/ou psychologiques s'il décide de quitter le réseau. Les arrêts Microsoft 2001¹⁶⁹ et LiveUniverse c/ MySpace¹⁷⁰ sont particulièrement révélateurs en la matière.

Ainsi, en sa qualité de consommateur, le débiteur de l'entrée payante encourt le risque d'être exposé à des comportements anticoncurrentiels. Comme tout consommateur, il n'est qu'un bénéficiaire « discret » des règles anticoncurrentielles car ces dernières visent essentiellement à juguler les comportements contraires à la libre concurrence et à protéger l'économie de marché. Sa spécificité de devoir payer pour contracter n'est pas reconnue à ce titre par le droit de la concurrence. Et pour cause ! La protection du consommateur est assurée par le droit de la consommation, lequel préserve spécifiquement les intérêts de certains débiteurs¹⁷¹. Qu'en est-il des autres ?

607. - Quoi qu'il en soit, l'application des normes concurrentielles peut toujours lui profiter par ricochet. Par exemple, l'Autorité de la concurrence a annoncé le 13 juin 2014, une

¹⁶⁷ V. *supra* n° 578 nos développements relatifs à la protection spécifique du débiteur dans son cadre professionnel.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ Com. europ., déc. COMP/37.792, 24 mars 2004 : la Commission européenne a condamné Microsoft au titre de l'article 82 du Traité CE notamment pour sa pratique ayant consisté à lier la vente de son lecteur Windows Media (WMP) avec son système d'exploitation pour PC clients (Windows). Cette pratique de vente liée avait un effet sur les fournisseurs de contenus et les concepteurs de logiciels du fait des effets de réseau indirects constatés sur le marché des lecteurs multimédias.

¹⁷⁰ United States District Court, 4 juin 2007, case n°06-6994 (LIVEUNIVERSE vs MYSPACE).

¹⁷¹ Le débiteur tributaire d'arrhes et de sommes versées d'avance dans le contrat de communications électroniques bénéficient de mesures spécifiques.

sanction de 45,9 millions d'euros à l'encontre de SFR et de sa filiale réunionnaise SRR¹⁷². Pendant plus de 12 ans à La Réunion et plus de 3 ans à Mayotte, l'opérateur et sa filiale réunionnaise SRR ont mis en place une différenciation tarifaire excessive au regard des coûts supportés entre les appels passés sur son réseau et ceux passés vers les réseaux concurrents. Les premières victimes de ces pratiques étaient bien entendu les utilisateurs car ils subissaient de plein fouet les coûts supplémentaires imposés par l'entreprise. Mais la sanction est intervenue suite à la saisine de deux concurrents (Orange et Outremer télécom) sur le fondement de l'abus de position dominante. En effet, il résultait des offres pratiquées par SFR un « *effet de club* » ou « *effet tribu* » car les utilisateurs avaient intérêt à ce qu'un maximum de leurs correspondants soient eux aussi abonnés à SFR afin de jouir de tarifs plus attractifs¹⁷³. Ainsi, force est de constater que l'initiative de ces entreprises s'est révélée profitable aux consommateurs. Le contrôle opéré par l'instance a permis de mettre fin à des pratiques qui leur étaient particulièrement dommageables. Il n'est pas exclu qu'une saisine ait, un jour, pour effet indirect de mettre un terme à une pratique d'entrée payante.

Conclusion du chapitre.

608. - Comme instrument de protection des débiteurs d'une entrée payante, le droit de la concurrence, sans être définitivement réfractaire à une telle mission, ne constitue pas celui qui y est le plus adapté. Pour autant, ses dispositions peuvent être sollicitées et peut-être pourrait-on déplorer qu'elles ne le soient pas davantage.

Conclusion du titre

609. - L'entrée payante connaît ainsi, comme toute obligation, un contrôle judiciaire. Ce dernier trouve notamment son fondement dans la protection du consentement du débiteur de l'entrée payante et dans le contenu du contrat, en raison de la nature exceptionnelle du versement. À côté de ces instruments classiques, le juge peut également s'appuyer sur des textes plus spécifiques, propices à un contrôle ciblé des obligations d'entrée payante.

¹⁷² Journal Le Monde, *SFR et sa filiale réunionnaise sanctionnées*, éd. numérique du 13 juin 2014.

¹⁷³ On notera le mécanisme de protection adopté par les consommateurs : par l'« effet tribu », il ressent moins péniblement l'abus. Toutefois, cette « technique » connaît vite des limites. Une entreprise seule sur le marché peut pratiquer des prix abusifs. La concurrence a ainsi pour effet de réguler les prix par le bas.

Conclusion de la seconde partie

610. - Notre étude de la validité des entrées payantes dans le contrat a révélé la nécessité d'opérer un contrôle différencié de ces versements. La raison en est que l'entrée « engagement » se distingue foncièrement de l'entrée « supplément » au regard de l'atteinte portée au libre accès au contrat et aux répercussions sur le patrimoine du *solvens*. De là, la réception par notre droit de la seconde pose sérieusement question.

CONCLUSION GÉNÉRALE

« Cette égalité, disent-ils, est une chimère de spéculation qui ne peut exister dans la pratique. Mais si l'abus est inévitable, s'ensuit-il qu'il ne faille pas au moins le régler ? C'est précisément parce que la force des choses tend toujours à détruire l'égalité, que la force de la législation doit toujours tendre à la maintenir... »¹

611. - La présence non négligeable de versements durant la phase précontractuelle nous a conduit à théoriser ces pratiques sous le vocable « d'entrée payante », formulation qui se justifie par le fait que le versement des sommes réclamées conditionne la formation du contrat. Dit autrement, il faut payer pour contracter. Nous avons mis en lumière leurs points communs ainsi que leurs dissemblances, si bien que l'intérêt d'une sous-classification bipartite est apparu. A ainsi été dégagée une distinction entre les entrées « engagement » et les entrées « supplément » fondée sur leurs justifications et leurs régimes.

De l'étude de leurs manifestations, il ressort que ces obligations, particulièrement inconstantes, sont souvent le fruit de la pratique ou de la volonté de l'une des parties, avant d'être parfois consacrées par la loi. Élaborées notamment dans le but de se prémunir d'un risque, de rétablir un équilibre, ou d'acquiescer le statut de contractant, les entrées payantes connaissent diverses justifications. Nous avons pu observer, par ailleurs, qu'elles constituent une atteinte plus ou moins marquée à l'égal et au libre accès au contrat. Ce phénomène est accru en l'absence de textes. En effet, la liberté contractuelle, ainsi débridée, s'exprime dans un sens défavorable à la partie faible. Des conditions lui sont imposées et l'entrée payante se révèle alors singulièrement inconstante. Pour cette raison notamment, elle devrait relever de l'exception et n'être tolérée qu'à défaut d'alternatives. Cette exigence doit être satisfaite en particulier lorsqu'une entrée « supplément » est stipulée.

¹ J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, éd. Beaulavon 1903, p. 192.

612. - Il reste, qu'en toute hypothèse, la validité de l'entrée payante est soumise à contrôle, dont le caractère satisfaisant peut être discuté. Si le juge dispose en effet d'outils issus de la théorie générale des obligations ou du droit spécial des contrats, ceux-ci ne permettent pas un contrôle optimal de ce versement. À bien des égards, ce contrôle se révèle lacunaire. Il peine à s'exercer pleinement en raison des limites textuelles et de la large marge de liberté laissée aux parties.

613. - Se pose, dès lors, la question de l'opportunité d'instaurer un nouvel instrument textuel au service de la protection de la partie la plus faible. Plusieurs méthodes sont envisageables. Dans un premier temps, l'on peut imaginer rectifier l'existant et dans les autres cas, créer des normes spécifiques afin de pallier le vide juridique. Cette première méthode présente cependant l'inconvénient de morceler encore notre droit et de le rendre peu accessible à ses principaux bénéficiaires. Une législation spéciale peut être, du reste, plus facilement contournée. Enfin, légiférer au cas par cas se révélerait fastidieux sans être pour autant efficace². Par suite, cette voie nous paraît devoir être écartée.

Ensuite, la seconde méthode consisterait à encadrer l'entrée payante en élaborant une norme générale qui pourrait figurer dans la nouvelle sous-section 1 du Code civil, relative aux négociations précontractuelles. Il ne s'agirait pas ici de prohiber purement et simplement la pratique d'entrée payante qui présente parfois un réel intérêt, ni de brimer de manière drastique la liberté contractuelle, nécessaire à la pratique des affaires. Ce texte aurait, en réalité, pour visée d'établir un équilibre, à la fois propice aux échanges et non préjudiciable au débiteur de l'entrée payante. Il pourrait être ainsi rédigé : « *Durant la phase précontractuelle, aucun versement ne peut être requis sans le consentement exprès de son débiteur, sous peine de nullité. La contrepartie doit être réelle et dûment détaillée par écrit préalablement à tout versement. Dans le cas contraire, le débiteur peut prétendre au remboursement de la somme versée* ».

Cette proposition de texte appelle plusieurs observations. La généralité de notre formulation permet, tout d'abord, d'appréhender largement tous les versements exigés avant la conclusion du contrat. Le juge disposerait donc d'une intéressante marge d'appréciation quant au contrôle de la réalité de la contrepartie. Sur le fond, le texte uniformise le régime des entrées

² Certaines situations seraient susceptibles d'échapper à l'encadrement légal.

payantes qui ne font pas encore l'objet de dispositions spécifiques. Sans les interdire, il impose au créancier de recueillir le consentement du débiteur et de préciser préalablement par écrit la contrepartie du versement. C'est au demeurant la méthode retenue par le législateur dans l'article L. 330-3 du code de commerce. Le compromis ainsi réalisé assure une protection élémentaire des intérêts du débiteur de l'entrée payante sans pour autant contrarier l'expression de la liberté contractuelle des parties. Il répond, par-là, à l'impératif de justice contractuelle.

BIBLIOGRAPHIE

I. TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

ALBIGES (Ch) et DUMONT-LEFRAND (M.-P.)

- *Droit des sûretés*, 5^e éd., coll. *Hypercours*, Dalloz, 2015.

ANCEL (P.),

- *Droit des sûretés*, 6^e éd., coll. *Objectif droit - cours*, LexisNexis, 2011.

ANTONMATTÉI (P.-H.) et RAYNARD (J.)

- *Droit civil, Contrats spéciaux*, 7^e éd. (par J. RAYNARD), coll. *Manuel*, LexisNexis, 2013.

ARCHEVÊQUE (J.), LEGRAND (J. M.) et DE BELOT (Ph.)

- *Le statut des baux commerciaux*, 2^e éd., Sirey, 1966.

AUBERT (J.-L.) et COLLART-DUTILLEUL (F.)

- *Le contrat*, coll. *Connaissance du droit*, Dalloz, 2010.

AUBY (J.-B.), PÉRINET-MARQUET (H.) et NOGUELLOU (R.)

- *Droit de l'urbanisme et de la construction*, 9^e éd., coll. *Domat*, Montchrestien, Lextenso, 2012.

AUQUE (F.)

- *Les baux commerciaux*, *Théorie et pratique*, LGDJ, 1996.

AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.)

- *Droit du travail*, coll. *Précis*, 30^e éd., Dalloz, 2015.

AYNÈS (L.) et CROCQ (P.)

Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, 6^e éd., Defrénois, Lextenso éd., 2012.

BARBIÉRI (J.-J.)

- *Contrats civils, Contrats commerciaux*, Ed. Masson, Armand Colin, 1995.

BARRET (O.)

- *Les contrats portant sur le fonds de commerce*, LGDJ, 2001.

BASCHE (D.)

- *La Franchise : Guide juridique, Conseils pratiques*, Gualino, 2005.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.) et VIRASSAMY (G.),

- *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Les contrats de la distribution*, LGDJ, 1999.

BÉNABENT (A.)

- *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. *Domat droit privé*, LGDJ/Lextenso éd., 2013.

- *Droit des obligations*, 14^e éd., coll. *Domat droit privé*, LGDJ/Lextenso éd., 2014.

BÉNOIT (F.-P.)

- *De Hegel à Marx*, Dalloz, 2009.

BESSIS (Ph.)

- *Le contrat de franchisage, Notions actuelles et apport du droit européen*, LGDJ, 1990.

BIHR (Ph.)

- *Droit civil général*, 19^e éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2013.

BLATTER (J.-P.)

- *Droit des baux commerciaux*, 5^e éd., coll. Analyse juridique, Le Moniteur, 2012.

BLATTER (J.-P.) et BLATTER HODARA (W.) (avec la collab.),

- *Traité des baux commerciaux*, 5^e éd., coll. Référence juridique, Le Moniteur, 2012.

BONNARD (J.),

- *Droit des sociétés 2013-2014*, 10^e éd., coll. Les fondamentaux, Hachette, 2013.

BOURASSIN (M.), BREMOND (V.) et JOBART-BACHELLIER (M.-N.)

- *Droit des sûretés*, 4^e éd., Sirey, 2014.

BROS (S.) et LARROUMET (Ch.)

- *Traité de droit civil* (dir. Ch. LARROUMET), *Les obligations, le contrat*, T.III, 7^e éd., Économica, 2014.

BRUSORIO-AILLAUD (M.)

- *Droit des obligations*, 3^e éd., Paradigme, 2011.

BUFFELAN-LANORE (Y.) et LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- *Droit civil, Les obligations*, coll. Sirey université, 14^e éd. par V. LARRIBAU-TERNEYRE, 2014.

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.) et PÉTEL (Ph.)

- *Droit des sûretés*, 9^e éd., LexisNexis Litec, 2010.

CABRILLAC (R.)

- *Droit des obligations*, 11^e éd., Dalloz, 2014.

CALAIS-AULOY (J.) et TEMPLE (H.)

- *Droit de la consommation*, 8^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010.

CAPITANT (H.)

- *De la cause des obligations, Contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3^e éd., Dalloz, 1927.

CARBONNIER (J.)

- *Droit civil*, T. 4, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, 2000.

- *Flexible droit*, 10^e éd., LGDJ, 2001.

CHATILLON (S.)

- *Le contrat international*, Librairie Vuibert, 4^e éd., mars 2011.

COHET-CORDEY (F.), LABORRIER (B.) et LAFOND (J.)

- *Ventes d'immeubles*, coll. Litec Immo, éd. LexisNexis Litec, 2006.

COLLART-DUTILLEUL (F.)

- *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble*, Sirey, 1988.

COLLART-DUTILLEUL (F.) et DELEBECQUE (Ph.)

- *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015.

COLLART-DUTILLEUL (F.), MAGOIS (B.), BLOND (C) et LAURENT (Ph.)

- *Achat ou vente d'un bien immobilier*, 5^e éd., Delmas, 2009.

CONDOMINES (A.)

- *Guide pratique du droit français de la concurrence*, Gualino /Lextenso éd., 2014.

CONSTANTIN (A.)

- *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Mémentos, Série droit privé, Dalloz, 2012.

COZIAN (M.), VIANDIER (A.) et DEBOISSY (F.)

- *Droit des sociétés*, 26^e éd., LexisNexis Litec, 2013.

D'ANDIGNÉ-MORAND (A.)

- *Baux commerciaux, industriels et artisanaux 2013-2014*, 16^e éd., coll. Encyclopédie, Delmas, 2012.

DE JUGLART (M.) et IPPOLITO (B.)

- *Traité de droit commercial, Vol. 2 : Les sociétés, P. 2 : Sociétés de capitaux, sociétés anonymes et commandites par actions, sociétés à responsabilité limitée*, 3^e éd. par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Montchrestien, 1982.

DE JUGLART (M.), IPPOLITO (B.) et DUPICHOT (J.)

- *Les sociétés commerciales, Cours de droit commercial, Vol. 2*, 10^e éd., Montchrestien, 1999.

DECOCQ (A.) et DECOCQ (G.)

- *Droit de la concurrence, Droit interne et droit de l'Union européenne*, 5^e éd., LGDJ, 2012.

DELACOLLETTE (J.)

- *Les contrats de commerce internationaux*, De Boeck, 1996.

DELEBECQUE (Ph.) et GERMAIN (M.)

- *Traité de droit commercial, T. 2*, 17^e éd., LGDJ, 2004.

DELEBECQUE (Ph.) et PANSIER (F.-J.)

- *Droit des obligations, Régime général*, 6^e éd., Litec, 2012.

DEMOGUE (R.)

- *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, éd. La mémoire du droit, 2001 (Réimpression de l'édition de 1911).

DERRUPPÉ (J.), BRIÈRE DE L'ISLE (G.), MAUS (R.) et LAFARGE (P.),

- *Baux commerciaux*, Dalloz, 1979.

DERRUPPÉ (J.)

- *Les baux commerciaux*, 2^e éd., Dalloz, 1996.

DES LYONS (H.) et ROUQUET (Y.)

- *Baux d'habitation, Logement privé, logement social*, 8^e éd., coll. Encyclopédie Delmas, Delmas, 2014.

DIDIER (P.) et DIDIER (Ph.)

- *Droit commercial, T. 2, Les sociétés commerciales*, coll. Corpus droit privé, Économica, 2011.

DIDIER (P.)

- *Droit commercial, T.4, L'entreprise en difficulté*, 2^e éd., PUF, 1999.

DIOUX (J.) et DUPUIS (M.)

- *La distribution, Stratégies des réseaux et management des enseignes*, 2^e éd., éd. Pearson Education, 2009.

DUCOS (M.)

- *Rome et le droit*, Série « Antiquités », Librairie Générale Française, 1996.

DUCROCQ (C.)

- *La distribution*, 4^e éd., Vuibert, 2005.

FABRE-MAGNAN (M.)

- *Droit des obligations, I-Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., coll. Thémis, PUF, 2012.

FAGÈS (B.)

- *Droit des obligations*, 4^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2013.

FAURE-ABBAD (M.)

- *Droit de la construction*, coll. Master pro, Gualino éd., 2013.

FAVENNEC-HÉRY (F.) et VERKINDT (P.-Y.)

- *Droit du travail*, 4^e éd., LGDJ, 2014.

FERRIER (D.) et FERRIER (N.)

- *Droit de la distribution*, 7^e éd., Lexisnexis, 2014.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.) et SAVAUX (É.)

- *Droit civil, Les obligations, T. 1, L'acte juridique*, 16^e éd. (par E. SAVAUX), coll. Sirey université, Dalloz, 2014.

FRANÇOIS (J.)

- *Droit civil, Les Sûretés personnelles*, T. VII, Économica, 2004.
- *Traité de droit civil* (dir. Ch. LARROUMET), T. 4, *Les Obligations, Régime général*, 3^e éd., 2013.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et PAYET (M.-S)

- *Droit de la concurrence*, 1^{re} éd., Dalloz, 2006.

GATSI (J.)

- *Les contrats spéciaux*, éd. Armand Colin, 1998.

GAUDEMET (J.) et CHEVREAU (E.)

- *Droit privé Romain*, 3^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2009.

GAUDU (F.) et VATINET (R.)

- *Traité des contrats* (dir. J. GHESTIN), *Les contrats de travail*, LGDJ, 2001.

GAZZANIGA (J.-L.)

- *Introduction historique au droit des obligations*, 1^{re} éd., PUF, 1992.

GERMAIN (M.) et MAGNIER (V.)

- *Traité de droit des affaires*, T. II, *Les sociétés commerciales*, 21^e éd., LGDJ, 2014.

GHESTIN (J.), LOISEAU (G.) et SERINET (Y.-M.)

- *Traité de Droit civil, La formation du contrat, T. 1, Le contrat, le consentement*, LGDJ, 2013

GRIMALDI (C.), MERESSE (S.) et ZAKHAROVA-RENAUD (O.)

- *Droit de la franchise*, LexisNexis Litec, 2011.

GROSS (B.) et BIHR (Ph.)

- *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2^e éd., coll. Thémis Droit privé, PUF, 2002.

GRYNBAUM (L.)

- *Droit civil, Les obligations*, Hachette supérieur, 2005.

GUYENOT (J.)

- *Les contrats de concession commerciale*, Sirey, 1968.

GUYON (Y.)

- *Droit des affaires*, T. 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 12^e éd., Économica, 2003.
- *Droit des affaires*, T. 2, *Entreprises en difficultés, Redressement judiciaire, Faillite*, 8^e éd., Économica, 2001.

HAMEL (J), LAGARDE (G.) et JAUFFRET (A.)

- *Droit commercial*, T. 1, Vol. 2, Dalloz, 1980.

HESS-FALLON (B.) et SIMON (A.-M.)

- *Droit des affaires*, 19^e éd., Sirey, 2012.

HOUTCIEFF (D.)

- *Droit commercial*, 3^e éd., coll. Université, Sirey, 2011.

HUET (J.), DECOCQ (G.), GRIMALDI (C.), LÉCUYER (H.) et MOREL-MAROGER (J.) (avec la collab.)

- *Traité de Droit civil* (dir. J. GHESTIN), *Les principaux contrats spéciaux*, 3^e éd., LGDJ, 2012.

JAVILLIER (J.-C.)

- *Droit du travail*, 6^e éd., LGDJ, 1998.

JEANTIN (M.) et LE CANNU (P.)

- *Droit commercial, Entreprises en difficulté*, 7^e éd., Dalloz, 2007.

JEULAND (E.),

- *Droit des obligations*, 3^e éd., Montchrestien, 2009.

KAHN (M.)

- *Franchise et partenariat*, 2^e éd., Dunod, 2009.

LACHÏÈZE (Ch.)

- *Droit des contrats*, 2^e éd., Ellipses, 2007.

LAFOND (J.) et LAFOND (F.)

- *Les baux d'habitation*, 6^e éd., Litec, éd. du Juris-classeur, 2005.

LARROUMET (Ch.)

- *Les Obligations, Le Contrat*, T. 3, 5^e éd., coll. Droit civil, Économica, 2003.

- *Traité de droit civil, Introduction à l'étude du droit*, T. I, 6^e éd., coll. Droit civil, 2013.

LE CANNU (P.) et DONDERO (B.)

- *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2013.

LE CORRE (P.- M.)

- *Droit des entreprises en difficulté*, 6^e éd., Dalloz, 2014.

- *Droit et pratique des procédures collectives*, 7^e éd., Dalloz, 2013.

LE GALL (J.- P.) et RUELLAN (C.)

- *Droit commercial, Notions générales*, 16^e éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2014.

LE GOFF (J.)

- *Droit du travail et société, 1. Les relations individuelles de travail*, PUR, 2001.

LE TOURNEAU (Ph.) et ZOÏA (M.) (avec la participation),

Les contrats de franchisage, 2^e éd., Litec professionnels, LexisNexis Litec, 2007.

LE TOURNEAU (Ph.)

- *Les contrats de concession*, 2^e éd., coll. Litec professionnels, Litec, 2010.

- *Le contrat de vente*, coll. Connaissance du droit, Dalloz, 2005.

- *Les contrats de franchisage*, Litec, 2003.

LECLERC (F.)

- *Droit des contrats spéciaux*, 2^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2012.

LEGEAIS (D.)

- *Droit commercial et des affaires*, 22^e éd., coll. Université, Sirey, 2015.

- *Sûretés et garantie du crédit*, 8^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2011.

LELOUP (J.-M.)

- *La franchise, Droit et pratique*, 4^e éd., Delmas, 2004.

LEMEUNIER (F.)

- *Société anonyme*, 20^e éd., Delmas, 2007.

LÉVY (J.-Ph.) et CASTALDO (A.)

- *Histoire du droit civil*, 2^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2010.

LÉVY-LAMBERT (H.)

- *La vérité des prix*, Ed. du Seuil, 1975.

LOKIEC (P.)

- *Droit du travail*, T. 1, Les relations individuelles de travail, coll. Thémis droit, PUF, 2011.

LYON-CAEN (Ch.), RENAULT (L.) et AMIAUD (A.) (avec la collab.)

- *Traité de droit commercial*, t. II, 5^e éd., LGDJ., 1926.

MAGNIER (V.)

- *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2014.

MAINGUY (D.)

- *Contrats spéciaux*, 10^e éd., coll. Cours, Dalloz, 2016.

MAINGUY (D.) et RESPAUD (J.-L.)

- *Droit des obligations*, coll. cours magistral, Ellipses, 2008.

MAINGUY (D.), RESPAUD (J.-L.) et DEPINCÉ (M.)

- *Droit de la concurrence*, LexisNexis Litec, 2010.

MAISTRE DU CHAMBON (P.)

- *Droit des obligations, Régime général*, PUG, 2005.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et GAUTIER (P.-Y.)

- *Les contrats spéciaux*, 7^e éd., coll. Droit civil, LGDJ, 2014.

MALAURIE (Ph.), AYNÈS (L.) et STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- *Les obligations*, 7^e éd., coll. Droit civil, Defrénois, Lextenso éd., 2015.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- *Droit de la concurrence interne et européen*, 6^e éd., coll. Université, Dalloz, 2014.

- *Droit de la distribution*, 2^e éd., coll. Université, Sirey, 2012.

- *L'abus de position dominante*, coll. Systèmes droit, LGDJ, 2003.

MALINVAUD (Ph.), FENOUILLET (D.) et MEKKI (M.)

- *Droit des obligations*, 13^e éd., coll. Manuel, LexisNexis, 2014.

MAZEAUD (A.)

- *Droit du travail*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2012.

MAZEAUD (H.) et (L.), MAZEAUD (J.) et CHABAS (F.)

- *Leçons de droit civil, T. I, Vol. 1., Introduction à l'étude du droit*, 12^e éd. par François CHABAS, Montchrestien, 2000.

- *Leçons de droit civil, T. II, Vol. 1, Obligations, Théorie générale*, 9^e éd., par François CHABAS, éd. Montchrestien, 1998.

MENDOZA-CAMINADE (A.)

- *Droit de la distribution*, coll. cours, Montchrestien, Lextenso éditions, 2011.

MERLE (Ph.) et FAUCHON (A.) (avec la collab.)

- *Droit commercial, Sociétés commerciales*, 19^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015.

MESTRE (J.), PANCRAZI (M.-È.), ARNAUD-GROSSI (I.), MERLAND (L.) et TAGLIARINO-VIGNAL (N.)

- *Droit commercial, Droit interne et aspects de droit international*, 29^e éd., LGDJ, 2012.

MONÉGER (J.)

- *Dix ans de baux commerciaux, 1993-2003*, Lexisnexus Litec, 2004.

MORTIER (R.)

- *Opérations sur capital social, Aspects juridiques et fiscaux, Toutes sociétés*, LexisNexis Litec, 2010.

NICOLAS-VULLIERME (L.)

- *Droit de la concurrence*, 2^e éd., coll. Dyna' sup droit, Vuibert, 2011.

NOVELLA (J.-P.) et FERRIER (D.)

- *Liberté des prix et nouveau droit de la concurrence*, Lamy, 1987.

PÉDAMON (M.) et KENFACK (H.)

- *Droit commercial, Commerçants et fonds de commerce, Concurrence et contrats du commerce*, 5^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2015.

PÉDAMON (M.)

- *Baux commerciaux, Droit civil français*, T. V-2, 7^e éd., Librairies techniques, 1979

PÉLISSIER (J.), AUZERO (G.) et DOCKÈS (E.)

- *Droit du travail*, coll. Précis, 27^e éd., Dalloz, 2013.

PÉROCHON (F.)

- *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., coll. Manuel, LGDJ, 2014.

PETIT (B.)

- *Droit commercial*, 5^e éd., coll. Objectif droit cours, LexisNexis, 2012.
- *Droit des sociétés*, 5^e éd., coll. Objectif droit, Cours, Litec 2010.

PIRONON (V.)

- *Droit de la concurrence*, coll. Fac universités, Master pro, Gualino, 2009.

PLANIOL (M.) et RIPERT (G.)

- *Traité pratique de droit civil français, T. VI, Obligations*, 1^{re} partie par P. ESMEIN, 2^e éd., LGDJ, 1952.

POUMARÈDE (M.)

- *Droit des obligations*, Montchrestien, Lextenso éd., 2011.

PRIETO (C.) et BOSCO (D.)

- *Droit européen de la concurrence, Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013.

PUIG (P.)

- *Contrats spéciaux*, 6^e éd., coll. HyperCours, Dalloz, 2015.

REINHARD (Y.), THOMASSET-PIERRE (S.) et NOURISSAT (C.),

- *Droit commercial, Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, concurrence, consommation*, 8^e éd., coll. Manuel, Litec, 2012.

RENAULT-BRAHINSKY (C.)

- *Droit des obligations*, 11^e éd., coll. Fac universités, Mémentos LMD, Gualino/ Lextenso éd., 2014.

RIPERT (G.) et ROBLOT (R.)

- *Traité de droit commercial* (dir. M. GERMAIN), T. 1, Vol. 2, *Les sociétés commerciales*, LGDJ, 18^e éd., 2002.

RUET (L.)

- *Les baux commerciaux*, 3^e éd., Defrénois, 2014.

SAINT-ALARY (R.)

- *Le contrat de franchising*, in *Nouvelles techniques contractuelles*, Litec, 1971.

SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

- *Droit des entreprises en difficulté*, 8^e éd., coll. Domat droit privé, Montchrestien, 2013.

SÉRIAUX (A.)

- *Contrats civils*, coll. Droit fondamental, droit civil, PUF, 2001.
- *Manuel de droit des obligations*, 2^e éd., coll. Droit fondamental, manuel, PUF, 2014.

SIMLER (Ph.) et DELEBECQUE (Ph.)

- *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, 7^e éd., Précis, Dalloz, 2016.

SIMON (F.-L.)

- *Théorie et pratique du droit de la franchise*, Joly éd., Lextenso, 2009.

TERRÉ (F.)

- *Introduction générale au droit*, 9^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2012.

TERRÉ (F.), SIMLER (Ph.) et LEQUETTE (Y.)

- *Droit civil, Les obligations*, 11^e éd., coll. Précis, Dalloz, 2013.

TEYSSIÉ (B.)

- *Droit du travail, relations collectives*, 10^e éd., Litec, 2016.

VERMELLE (G.)

- *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 5^e éd., coll. Mémentos, Dalloz, 2006.

VIDAL (D.)

- *Droit des procédures collectives*, 2^e éd., Gualino, 2009.

VOGEL (L.)

- *Droit de la négociation commerciale*, 210 décisions commentées, Law lex, 2009.

- *Traité de droit des affaires RIPERT et ROBLOT*, T. 1, Vol. 1, *Du droit commercial au droit économique*, 19^e éd., LGDJ, 2010.

- *Traité de droit économique*, T. 1, *Droit de la concurrence européen et français*, LawLex, 2012.

YILDIRIM (G.)

- *Droit des obligations*, coll. Lexifac, 6^e éd., Bréal, 2014.

II. THÈSES

ALBIGÈS (Ch.)

- *De l'équité en droit privé*, th. Montpellier 1, LGDJ, 2000.

AMIEL-COSME (L.)

- *Les réseaux de distribution*, th. Paris 1, LGDJ, 1995.

ANCEL (M.-É.)

- *La prestation caractéristique du contrat*, th. Paris 1, Économica, 2002.

ATTUEL-MENDÈS (L.)

- *Consentement et actes juridiques*, th. Paris 2, Litec, 2008.

BAKOUICHE (D.),

- *L'excès en droit civil*, th. Paris 2, LGDJ, 2005.

BASCHET (D.)

- *Les clauses d'exclusivité*, th. dact., Paris, 1977

BÉNAC-SCHMIDT (F.)

- *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, th. Paris 1, LGDJ, 1983.

BERGER (C.)

- *L'offre de reprise d'une entreprise en procédure collective*, th. Aix-Marseille 3, PUAM, 2001.

BERLIOZ (G.)

- *Le contrat d'adhésion*, th. Paris 2, LGDJ, 1973.

BERTHIAU (D.)

- *Le principe d'égalité des créanciers et le droit civil des contrats*, th. Paris 2, LGDJ, 1999.

BOURASSIN (M.)

- *L'efficacité des garanties personnelles*, th. Paris 10, LGDJ, 2006.

BOURRIER (Ch.)

- *La faiblesse d'une partie au contrat*, th. Dijon, ACADEMIA/BRUYLANT, 2003.

BOURSICAN (J.)

- *La franchise commerciale*, Th. dact., Toulouse, 1973.

CAILLARD-D'AILLIÈRES (B.)

- *La prime d'émission en droit fiscal*, th. Paris, Imprimerie BELLANGER et DAGRON, 1924.

CATHIARD (A.)

- *L'abus dans les contrats conclus entre professionnels : l'apport de l'analyse économique du contrat*, th. Cergy Pontoise, PUAM, 2006.

CHAGNY (M.)

- *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, th. Paris 1, Dalloz, 2004.

CHALVIGNAC (F.)

- *La rédaction d'un acte juridique : le bail commercial*, th. Toulouse 1, LGDJ, 1999.

CHARAF (M.)

- *La clause de non-concurrence au carrefour du droit des contrats et du droit de la concurrence*, th. Paris Ouest, 2013, (non publié).

COURDIER-CUISINIER (A.-S.)

- *Le solidarisme contractuel*, th. Dijon, Litec, 2006.

CUMYN (M.)

- *La validité du contrat suivant le droit strict de l'équité : étude historique et comparée des nullités contractuelles*, th. Paris 1, LGDJ, 2002.

DARMAISIN (S.)

- *Le contrat moral*, th. Paris 2, LGDJ, 2000.

DASTE (P.),

- *La prime d'émission dans les sociétés par actions*, th. Toulouse, Imprimerie H. CLEDER, 1925.

DE BOÛARD (F.)

- *La dépendance économique née d'un contrat*, th. Paris 1, LGDJ, 2007.

DE TARDE (A.)

- *L'idée du juste prix*, th. Paris, Sarlat, 1906.

DIESSE (F.)

- *Le devoir de coopération dans le contrat*, th. Lille II, 1998 (non publiée).

DORANDEU (N.)

- *Le dommage concurrentiel*, th. Perpignan, PU Perpignan, 2000.

EDEL (V.)

- *La confiance en droit des contrats*, th. Montpellier 1, 2006.

FABRE-MAGNAN M.

- *De l'obligation d'information dans les contrats, essai d'une théorie*, th. Paris 1, LGDJ, 1992.

FIN-LANGER (L.)

- *L'équilibre contractuel*, th. Orléans, LGDJ, 2002.

FORRAY (V.)

- *Le consensualisme dans la théorie générale du contrat*, th. Chambéry, LGDJ, 2007.

FRANÇOIS (G.)

- *Consentement et objectivation*, th. Clermont-Ferrand 1, PUAM, 2007.

GAHDOUN (P.-Y.)

- *La liberté contractuelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Montpellier 1, Dalloz, 2008.

GARAUD (É.)

- *La transparence en matière commerciale*, th. Limoges, 1995 (non publié).

GARDOUNIS (E.)

- *La détermination du prix dans le contrat, Étude comparé entre le droit français et le droit hellénique*, th. Lille 2, Ed. Ant. N. Sakkoulas Athènes, Bruylant Bruxelles, 2007.

GASTINEL (É.),

- *La franchise commerciale et le droit communautaire des ententes*, th. Lyon 3, 1990.

GOMY (M.)

- *Essai sur l'équilibre de la convention de non-concurrence*, th. Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan, 1999.

GRIMALDI (C.)

- *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, th. Paris 2, Defrénois, 2007.

IZORCHE (M.-L.)

- *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1995.

JESTAZ (Ph.)

- *L'urgence et les principes classiques du droit civil*, th. Paris, LGDJ, 1968.

LABARTHE (F.)

- *La notion de document contractuel*, th. Paris 1, LGDJ, 1994.

LASBORDES (V.)

- *Les contrats déséquilibrés*, th. Toulouse 1, tomes 1 et 2, PUAM, 2000.

LE CALVEZ (J.)

- *Les aspects juridiques des conventions de concession exclusive*, th. dact., Paris 1, 1979.

LE GAC-PECH (S.)

- *La proportionnalité en droit privé des contrats*, th. Paris 11, LGDJ, 2000.

LIKILLIMBA (G.-A.)

- *La fidélité en droit privé*, th. Aix-Marseille, PUAM, 2003.

LIMBACH (F.)

- *Le consentement contractuel à l'épreuve des conditions générales*, th. Toulouse 1, LGDJ, 2004

LITTY (O.)

- *Inégalité des parties et durée du contrat : étude de quatre contrats d'adhésion usuels*, th. Paris 1, LGDJ, 1999.

LUCAS-PUGET (A.-S.)

- *Essai sur la notion d'objet du contrat*, th. Nantes 2, LGDJ, 2005.

MARTIN (M.)

- *Le droit français de la transparence et des pratiques restrictives de concurrence*, th. Paris 2, PUAM, 2012.

MAZIÈRE (P.)

- *Le principe d'égalité en droit privé*, th. Paris 2, PUAM, 2003.

MBOTAINGAR (A.)

- *Statut des baux commerciaux et concurrence*, th. Paris-Dauphine, Litec, 2007.

MÉLIN-SOUCRAMANIEN (F.)

- *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, th. Aix-en-Provence, Économica, PUAM, 1997.

NAFFAH (G.)

- *La prime d'émission*, th. Paris 2, Économica, 1987.

NARAYAN-FOURMENT (H.)

- *L'approche concurrentielle et contractuelle de la détermination du prix dans les ventes commerciales et les contrats-cadre*, th. Nancy 2, PUAM, 2003.

NOBLOT (C.)

- *La qualité du contractant comme critère légal de protection : essai de méthodologie législative*, th. Reims, LGDJ, 2002.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES (C.)

- *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, th. Paris 2, Dalloz, 2002.

PANCRAZI-TIAN (M.-È.)

- *La protection judiciaire du lien contractuel*, th. Aix-Marseille, PUAM, 1996.

PAYET (M.-S.)

- *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, th. Paris 9, Dalloz, 2001.

PICOD (Y.)

- *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, th. Dijon, LGDJ, 1989.

PIETTE (G.)

- *La correction du contrat*, th. Pau, tomes 1 et 2, PUAM, 2004.

RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA (H.)

- *Le raisonnable en droit des contrats*, th. Poitiers, Ed. université de Poitiers, LGDJ, 2009.

RIEM (F.)

- *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, th. Nice, L'Harmattan, 2002.

ROCHFELD (J.)

- *Cause et type de contrat*, th. Paris 1, LGDJ, 1999.

SAYAG (A.)

- *Essai sur le besoin créateur de droit*, th. Paris, LGDJ, 1969.

SERRA (Y.)

- *L'obligation de non-concurrence dans le droit des contrats*, th. Montpellier, Sirey, 1970.

SHINDLER-VIGUIÉ (S.)

- *La notion de juste prix en droit positif français*, th. Paris 2, 1992.

SIBONY (A.-L.)

- *Le juge et le raisonnement économique en droit de la concurrence*, th. Paris-Dauphine, LGDJ/Lextenso éd., 2008.

STOFFEL-MUNCK (Ph.)

- *L'abus dans le contrat essai d'une théorie*, th. Aix Marseille 3, LGDJ, 2000.

TODOROVA (L.)

- *L'engagement en droit, L'individuation et le Code civil au XXI^e siècle*, th. Paris 2, Ed. Publibook Université, 2007.

TUFFERY (J.-M.)

- *Ébauche d'un droit de la consommation, la protection du chaland sur les marchés toulousains aux XVII^e et XVIII^e siècles*, th. Toulouse 1, LGDJ, 1998.

VIGNAL (N.)

- *La transparence en droit privé des contrats (Approche critique de l'exigence)*, th. Aix-Marseille 3, PUAM, 1998.

VIRASSAMY (G. J.)

- *Les contrats de dépendance, essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*, th. Paris 1, LGDJ, 1986.

III. MONOGRAPHIES

BADINTER (R.)

- *La concession automobile*, LGDJ, 1965.

BARRÉ-PÉPIN (M.)

- *La protection du logement en droit privé*, coll. Litec Professionnels, Lexisnexis, 2009.

CLIQUET (G.), FADY (A.) et BASSET (G.)

- *Management de la distribution*, 2^e éd., Dunod, 2006.

COURET (A.) et MEDUS (J.-L.)

- *Les augmentations de capital*, Économica, 1994.

GHESTIN (J.)

- *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

JOSSERAND (L.)

- *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, éd. du CNRS, 1984.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- *L'abus de position dominante*, coll. Systèmes droit, LGDJ, 2003.

MARX (K.)

- *Salaire, prix et profit*, éd. Sociales, 1973.

MILHAUD (J.)

- *Les Indemnités prévues par les lois sur la propriété commerciale*, Sirey, 1935.

NOVELLA (J.-P.) et FERRIER (D.)

- *Liberté des prix et nouveau droit de la concurrence*, Lamy, 1987.

PERELMAN (Ch.)

- *Le raisonnable et le déraisonnable en droit, Au-delà du positivisme juridique*, Bibliothèque de la philosophie du droit, vol. 29, LGDJ, 1984.

QUIGLEY (C.)

- *Droit communautaire des contrats, L'effet du droit communautaire sur les obligations contractuelles*, Edition Bruylant, Kluwer Law international, 1998.

IV. ARTICLES ET CHRONIQUES

AEDBF (org.),

- *Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur somme d'argent*, colloque du 23 janvier 2006.

ALAMOWITCH (S.),

- *Le gage-espèces*, LPA, 26 août 1994, p. 4, n° 102.

ALBIGÈS (Ch.)

- *Le développement discret de la réfaction du contrat* in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 3 et s..

ALPA (G.)

- *Les nouvelles frontières du droit des contrats* in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p.1 et s.

AMÉDÉE-MANESME (G.) et CLÉMENT (J.P.)

- *Analyse fiscale d'un contrat de franchise*, Gaz. Pal. 1978. 1. doct., p. 220.

AMRANI-MEKKI S. et FAUVARQUE-COSSON (B.)

- *Droit des contrats*, D. 2005, p. 2836.

ANDERNACK (I.)

- *Amortissement et dépréciation des actifs*, Rép. sociétés, avril 2005.

ANSELME-MARTIN (O.)

- *Le sentiment de confiance cause génératrice et sustentatrice du contrat* in *Mélanges GROSS*, PU Nancy, 2009, p. 21 et s.

ARTZ (J.-F.)

- *Action*, Rép. sociétés, juin 2002.

AUBERT De VINCELLES (C.)

- *Pour une généralisation encadrée de l'abus dans la fixation du prix*, D. 2006.

AUQUE (F.)

- *Les particularités d'application du régime des baux commerciaux dans les centres commerciaux*, RDI 2007, p. 497
- *Loi n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, RTD Civ. 1992 p. 456.

AYNÈS (L.)

- *La confiance en droit privé des contrats*, in V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 153 et s.

BANDRAC (M.)

- *Procédures civiles d'exécution et droit des sûretés*, RTD Civ. 1993, p. 49.

BARRET (O.)

- *v^{is} Promesses de vente*, Rép. immo., janvier 2011.
- *v^{is} Promesse de vente*, Rép. civil, décembre 2003.
- *v^o Vente*, Rép. civ., janvier-2007.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.)

- *Grande distribution et concurrence*, LPA, 1^{er} juillet 2005 n°130 p. 11.

BÉNAC-SCHMIDT (F.)

- *La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité*, D. 1990, p. 7.

BESSE V.-A. et N. MORELLI,

- *Le prepackaged plan à la française : pour une saine utilisation de la procédure de sauvegarde*, JCP Ent. et aff. n° 25, 18 juin 2009.

BLAISE (H.)

- *Réflexions sur le pas-de-porte* in *Dix ans de conférences d'agrégation, Études de Droit commercial offertes à Joseph HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 339 et s.

BLATTER (J.-P.)

- *Chronique d'actualité législative et jurisprudentielle mars 2007-2008 (baux commerciaux)*, AJDI 2008, p. 987.

BOCCARA (B.)

- *De la notion de promesse unilatérale*, JCP 1970.I.2357 bis, n° 9.
- *Le pas-de-porte versé au propriétaire d'un local commercial*, JCP éd. G 1963, doct. I 1741.

BOURGEON (C.)

- *L'indétermination du prix : les apports économiques*, RTD Com, 1997.

BOYER (L.)

- *v^{is} Contrats et conventions*, Rép. civ., août 1993.
- *La clause de dédit* in *Mélanges offerts à Pierre RAYNAUD*, Dalloz- Sirey, 1985, pp. 43 et s.

BROUSSEAU (É.)

L'économiste, le juriste et le contrat in Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, pp. 153-176.

BROS (S.),

- Le gage-espèces, Droit et patrimoine, 2007, n° 161.

BRUN (B.) et TOULEMONT-DAKOURE (A.)

- Les barrières à l'entrée en droit de la concurrence, CCC, 2003, chron., p. 11.

BRUSCHI (M.)

- La loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 et l'amélioration de la protection des consommateurs, RLDA, février 2008, n° 24, p. 51.

BUHAGIAR (T.)

- La concession exclusive dans la branche automobile, JCP 1980, éd. C.I., II, 13438.

CABRILLAC (M.)

- Les sûretés conventionnelles sur l'argent in Mélanges offerts à J. DERRUPPÉ, Les activités et les biens de l'entreprise, GLN Joly Editions, Litec, 1991, p. 333 et s.

- Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes de la pratique commerciale in Mélanges dédiés à Gabriel MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, n° 8, p. 238 et 239.

CADET (L.)

- Une justice contractuelle, l'autre in Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, p. 177 et s.

CALAIS-AULOY (J.)

- Les sanctions en droit de la consommation in Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. BOULOC, Dalloz, 2007, p. 75 et s.

CASATI (R.)

- Les primes d'émission sont-elles légitimes ? Rev. Sociétés 1963, p. 127.

CASTELL (R.)

- v° Réserves, Rép. sociétés, mars 1998.

CATALA (P.)

- Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrat, Defrénois 2008, p. 2365 et s.

CHAGNY (M.)

- La confiance dans les relations d'affaires in V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, (dir.), La confiance en droit privé des contrats, coll. Thèmes et commentaires, Actes, Dalloz, 2008, p. 35 et s.

CHEVRIER (É.)

- Synthèse de la 5^e conférence juridique du collège des experts de la fédération française de la franchise, D. 2001, p. 842.

CLÉMENT (J.-P.)

- *De quelques problèmes posés par le franchisage aux rédacteurs de contrat*, Gaz. Pal. 1977. 2. 543
- *Franchise et droit des marques* in *Mélanges offerts à J.-J. BURST*, Litec, 1997, p. 113 et s.

COHEN (D.)

- *La prime d'émission, entre liberté et contrôle*, JCP E 2002, étude 35, p. 21.

COLLART-DUTILLEUL (F.)

- *Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble : vingt ans après* in *Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit*, *Mélanges offerts à J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 67 et s.

CUNIBERTI (G.)

- *Le gage-espèces (De l'accession en matière monétaire)*, LPA, 5 novembre 1999, n° 221, p. 4.

CZAPSKI (W.)

- *Les arrhes dans l'hôtellerie et l'organisation des voyages*, in *Études offertes à Barthélemy MERCADAL*, Ed. Francis Lefebvre, 2002, p. 429 et s.

DAMAS (N.)

- *Bail d'habitation janvier 2007- février 2008*, D. 2008, p. 1300.

DAVO (H.)

- *Le code de la consommation, 20 ans et après ?* in *INC (org.) Le code de la consommation : 20 ans et après ? Approche européenne & nationale*, colloque du 15 mars 2013, Paris (<http://www.conso.net>).

DE BISSY (A.)

- *L'indemnité d'immobilisation*, RDI 2000, p. 287.

DEJOIE (A.) et PHAN THANH (A.)

- *Les relations financières entre bailleur et preneur à bail commercial*, AJDI 2009, p. 289.

DELFOSSÉ (A.)

- *Pas-de-porte et indemnité d'éviction*, *Essai de synthèse fiscale*, JCP N 1995 prat. 3375 p. 817 et s.

DERRUPPÉ (J.)

- *Souvenirs et retour sur le droit réel du locataire* in *Mélanges dédiés à L. BOYER*, Presses de l'université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 169 et s.

DIDIER (P.) et MARTEAU-PETIT (M.)

- v° *Prime d'émission*, Rép. Soc., janvier 1993 (actualisation : décembre 2010).

DISTEL (M.)

- *La réforme des marchés d'intérêt national*, AJDA 2006 p. 2263.

DJOUDI (J.)

- v° *Arrhes*, Rép. civ., octobre 2008.

DUMONT (M.- P.)

- *v^{is} Baux commerciaux*, Rép. com., janvier 2003.

ENGEL (P.) et THEVENAZ (A.)

- *Le contrat de franchise* in *Les contrats de distribution, Contributions offertes au Professeur F. DESSEMONTET*, Cedidac, 1998, p. 75 et s.

ESMEIN (P.)

- *Le pas-de-porte dans les baux commerciaux*, J.C.P. G 1964 I, Doctrine n° 1823 .

FENOUILLET (D.)

- *Premières remarques sur le projet de loi « en faveur des consommateurs » ou Comment un inventaire à la Prévert dissimule mal l'asphyxie de l'action en groupe*, D. 2006 p. 2987.

FERRIER (D.)

- *La rupture du contrat de franchisage*, JCP, éd. CI, 1977, I, 12441 .

- *Franchise et savoir-faire* in *Mélanges offerts à J.-J. BURST*, Litec, 1997, p. 157.

- *La preuve et le contrat* in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 105 et s.

FLECHEUX (G.)

- *Renaissance de la notion de bonne foi et de loyauté dans le droit des contrats* in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 341 et s.

FONTAINE (M.)

- *Fertilisations croisées du droit des contrats* in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 347.

FRISON-ROCHE (M.-A.) et BARANES (W.)

- *Le principe constitutionnel de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi*, D. 2000, p. 361.

GAST (O.)

- *Le droit de la franchise aujourd'hui*, Cahiers de droit de l'entreprise, 1981/4, p. 23.

GHESTIN (J.)

- *L'utile et le juste dans les contrats*, D. 1982, Chron. 1, p. 1.

GODFRIN (V.)

Le droit au logement, un exemple de l'influence des droits fondamentaux sur le droit de propriété in *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Ch. BOLZE*, (dir. : Ph. PEDROT), Economica, 1999, p. 137 et s.

GRIGNON (Ph.)

- *Le concept d'intérêt commun dans le droit de la distribution* in *Mélanges (M.) Cabrillac*, Litec, 1999, p. 127.

GRUA (F.)

- *L'obligation et son paiement* in *Mélanges en l'honneur d'Y. GUYON, Aspects actuels du droit des affaires*, Dalloz, 2003, p. 479 et s.
- *Le dépôt de monnaie en banque*, D. 1998, p. 259.

GUILLEMAIN (A.) et DENIZOT (Ch.)

- *Bail commercial, la conclusion du bail*, J-cl.com 2006, Fasc. 217.

GUYENOT (J.)

- *La franchise commerciale, Étude comparée des systèmes de distribution interentreprises constitutifs de groupements de concessionnaires*, RTD Com., 1973, p. 171.

HALLOUIN (J.-C.)

- *Conditions de validité d'une prime d'émission*, D. 2002, p. 476.

HAUSER (J.) et LEMOULAND (J.-J.)

- v° *Ordre public et bonnes mœurs*, Rép. civ., mars 2004.

HONTEBEYRIE (A.)

- *Article 1167: la contrepartie illusoire ou dérisoire*, Doss. *Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats : articles choisis*, RDC 2015.3, p. 757.

HUMANN (C.)

- *La spécificité de la clause de dédit*, RDI 1997, p. 169.

IDOT (L.)

- *La protection par le droit de la concurrence*, in Ch. JAMIN et D. MAZEAUD (dir.), *Les clauses abusives entre professionnels*, coll. *Études juridiques*, vol. 3, *Économica*, 1998, p. 55 et s.

IZORCHE (M.-L.)

- *Contrats conditionnels et définitifs*, RTD com. 1998, p. 521.
- v° *Paiement*, Rép. civ., janvier 2000.

JAMIN (Ch.)

- *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel* in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIe siècle*, LGDJ, 2001, p. 441 et s.

JEANNIN (M.-V.)

- *Le déséquilibre significatif ou une atteinte significative à la liberté contractuelle ?* », LPA, 6 octobre 2011, n° 199, p. 15.

JOBERT (L.)

- *Les garanties du passif dans les augmentations de capital de sociétés anonymes*, JCP Ent. n° 39, 25 septembre 2003, 1360.

JUSTIER (S.) et JAUNET (V.)

- *Les impacts de la loi du 3 janvier 2008 sur le secteur des communications électroniques : quand une petite impatience ruine un grand projet*, CCC n°4, avril 2008, étude 4, n° 3.

KENFACK (H.)

- *L'obligation précontractuelle d'information : l'espoir déçu ?* in J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE (études réunies par), *Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?* LGDJ, 2005, p. 155 et s.

LAFOND (J.)

- *Le « droit d'entrée » versé au bailleur est-il un revenu foncier imposable ?* JCP éd. N. 1990, prat. 1556 p.529

- *Le versement d'un pas-de-porte au bailleur lors de la prise à bail de locaux commerciaux : Incidences juridiques et fiscales*, J.C.P. N. 1981. I. 113.

LAGARDE (X.)

- *Observations critiques sur la renaissance du formalisme*, JCP G n°40, 6 octobre 1999.

LAITHIER (Y.-M.)

- *À propos de la réception du contrat relationnel en droit français*, D. 2006, p. 1003.

LAMAZEROLLES (E.)

- *La franchise* in J.-C. HALLOUIN et H. CAUSSE (études réunies par), *Le contrat électronique, Au cœur du commerce électronique. Le droit de la distribution : droit commun ou droit spécial ?* LGDJ, 2005, p. 217 et s.

LE GAC-PECH (S.)

- *Les nouveaux remèdes au déséquilibre contractuel dans la réforme du Code civil*, LPA, 16 août 2016, n° 162-163, p. 7.

LE NABASQUE (H.)

- *Options de souscription ou d'achat d'actions*, Revue de Droit bancaire et financier n°6, Novembre 2007, comm., p. 241.

LE TOURNEAU (Ph.)

- *Le franchisage*, JCP 1980, éd. C.I., II, 13362.

LE TOURNEAU (Ph.) et ZOÏA (M.)

- *Fasc. 1035 : Concession exclusive, Effets, Rupture*, J.cl. Contrats, Distribution, 15 juillet 2010.

LEBLOND (N.)

- *Négociateur... éventuellement contre soi-même*, L'essentiel, Droit des contrats, 11 mars 2016, n° 3.

LÉCUYER (H.)

- *Le principe de proportionnalité et l'extinction du contrat*, in CEDAG (org.), *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* Colloque du 20 mars 1998, LPA 30 septembre 1998.

LEDUC (P.)

- *Les contrats de distribution exclusifs*, Gaz. Pal. 1979, 2, doct. 647.

LEGEAIS (D.)

- *Franchise*, J.-cl. com. 2004, Fasc. 316.

LUCAS (F.-X.)

- *Du plan de continuation au plan de sauvegarde, la restructuration de l'entreprise*, in Colloque Toulouse I, *La loi du 25 janvier 1985 a 20 ans ! Entre bilan et réforme*, Rev. Lamy, dr. aff. suppl. mars 2005, n° 80, p. 35.

MALAURIE-VIGNAL (M.)

- *Le bien-être du consommateur, une rencontre possible entre juriste et économiste ?* in Colloque *Le droit de la concurrence et l'analyse économique*, Rev. Le Concurrentialiste, mai 2013, p. 56 et s.

MARTIN (D. R.)

- *De l'inscription en compte d'actifs scripturaux*, D. 1998, p. 15.
- *De la garantie monétaire (regard critique sur une offre de loi)*, RD bancaire et fin. 2006, p. 43.
- *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, D. 1996, p. 47.
- *Du gage-espèces*, D. 2007, p. 2556.
- *Des promesses précontractuelles* in *Études offertes à Jacques BEGUIN*, Litec, 2005, p. 487.

MAZEAUD (D.)

- *La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges)*, JCP N 1992, p. 113 et s.
- *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?* in *Mélanges F. TERRÉ, L'avenir du droit*, Dalloz, PUF, éd. du Juris-Classeur, 1999.
- *Mystères et paradoxes de la période précontractuelle*, in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 637.
- *Le principe de proportionnalité et la formation du contrat*, in CEDAG (org.), *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* Colloque du 20 mars 1998, LPA 30 septembre 1998.

MC AFEE (R. P) et MIALON (H. M.)

- *Barrières à l'entrée dans l'analyse antitrust*, Lamy conc., 2004, n°1, p. 155.

MEKKI (M.)

- *Fiche pratique sur le clair-obscur de l'obligation précontractuelle d'information*, *La réforme du droit des obligations : questions pratiques*, Gaz. Pal., 12 avril 2016, n° 14, p. 15.

MELLERIO (R.) et SAVOVA (D.)

- *La franchise internationale ou comment exporter un concept original*, JCP E n° 30, 28 Juillet 2005, p. 1144.

MENDOZA-CAMINADE (A.)

- *Le loyer du bail commercial, facteur de rigidité du statut des baux commerciaux*, Droit et patrimoine, n° 215, juin 2012, p. 54.

MESTRE (J.)

- *D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration*, RTD civ. 1986, p. 101.

- *Dernières nouvelles sur le front des clauses abusives*, RTD Civ 1990, p. 474.

- *Du souci de pérennité contractuelle*, RTD Civ 1990, p. 653.

MOLFESSIS (N.)

- *La sécurité juridique et l'accès aux règles de droit*, RTD Civ 2000, p. 662.

- *Le principe de proportionnalité et du contrat*, in CEDAG (org.) *Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ?* Colloque du 20 mars 1998, LPA 30 septembre 1998.

MONÉGER (J.)

- *Bail commercial et code de commerce*, RTD Com. 2000, p. 851.

- *Baux commerciaux : statut ou liberté contractuelle*, AJDI 2000, p. 484.

MONSÈRIÉ-BON (M.-H.)

- *La procédure de sauvegarde 1re partie : Se mettre sous la protection de la justice...*, LPA, 14 juin 2007.

MOUSSERON (J.-M.) et MOUSSERON (P.)

- *La langue du contrat* in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 219 et s.

PICOD (Y.)

- *Droit de la distribution et droit des contrats*, LPA, 1er juillet 2005, n° 130, p. 19.

PIZZIO (J.-P.)

- *La loi n°92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs*, D. 1992, p. 181.

POILLOT-PERUZZETTO (S.) et LUBY (M.)

- *Les contrats de distribution*, Rev. sociétés 2001, p. 235.

PONTON-GRILLET (D.)

- *Le contrat de réservation*, D. 1991, p. 26.

PRAICHEUX (S.)

- *v° Sûretés financières*, Rép. sociétés, 2010 (dernière mise à jour 2012).

PUECH (M.)

- *La vente multiniveau au regard du droit pénal*, D. 1995, p. 117.

PY (P.)

- v° *Hôtelier*, Rép. civ., octobre 2000.

RAYNARD (J.)

- *De l'influence communautaire et internationale sur le droit des contrats : quand une directive réglemente les contrats à distance conclus avec les consommateurs, matière déjà amplement pourvue par le code de la consommation*, RTD Civ. 1997, p. 1015.

RETTNERER (S.)

- v° *Contrat de référencement*, J.-cl. com. 2001, Fasc. 320.

RIZZO (F.)

- *Regards sur la prohibition des engagements perpétuels*, Dr. et patr. 2000.

ROBINE (F.)

- *Pas-de-porte et droit au bail*, AJDI 2000, p. 499.

ROUHETTE (G.)

- « *Droit de la consommation* » et *théorie générale du contrat* », in *Études offertes à René RODIÈRE*, Dalloz, 1981, p. 254.

SÉRIAUX (A.)

- *Conception juridique d'une opération économique : le paiement*, RTD Civ. 2004, p. 225.
- *La notion de contrat synallagmatique*, in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 777 et s.

STRICKLER (Y.)

- *La protection de la partie faible dans la vente en l'état futur d'achèvement*, in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Études à la mémoire du Professeur A. RIEG*, Bruylant, 2000, p. 915 et s.

TERRÉ (F.)

- *L'inutile et l'injuste* in *Études offertes à J. GHESTIN, Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, p. 865 et s.

THABAUT (I.)

- *L'indemnité d'immobilisation*, Gazette du Palais, 09 novembre 2002, n° 313, p. 5.

THIBIERGE-GUELFUCCI (C.)

- *Libres propos sur la transformation du droit des contrats*, RTD Civ. 1997, p. 378.

THRÉARD (J.)

- *La distribution de produits de marque et le concessionnaire*, Gaz. Pal. 1975, 1, doct. 30.
- *Le statut légal du concessionnaire*, JCP 1977, éd. C. I., II, 12536.

THUNIS (X.)

- *L'obligation précontractuelle d'information : un terrain de choix pour la construction doctrinale* in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec, 1999, p. 314.

TORCK (S.)

- *Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007*, RDBF, n° 1, Janvier 2008, étude 2.

TOURNAFOND (O.)

- v° *Vente d'immeuble à construire*, Rép. civ., mars 2004.

TRICLIN (A.)

- *La renaissance des arrhes (Analyse de l'article 3, alinéa 4, de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992)*, JCP G., n° 3, 1994. 3732, p. 33.

V. NOTES ET OBSERVATIONS

BEAUGENDRE (S.)

- note sous Cass. 3^e civ., 19 décembre 2000, AJDI 2001, p. 326.

BÉHAR-TOUCHAIS (M.)

- note sous Cass. 3^e civ., 28 juin 2006, D. 2006, p. 2439.

BÉNAC-SCHMIDT (F.)

- note sous Cass. 1^{re} civ., 9 mai 1996, D. 1996, p. 539.

- note sous Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, D. 1994, p. 507.

BOURDOISEAU (J.)

note sous CA Angers 1^{re} ch. A, 24 octobre 2006, AJDI 2008, p. 147.

CABRILLAC (M.)

- note sous Cass. com., 3 juin 1997, RTD Com 1997, p. 663.

- note sous Cass. 3^e civ., 28 mars 1990, Bull. civ. III, n° 86, p. 46, D. 1991 p. 187.

- note sous Cass. 3^e civ., 28 mars 1990, D. 1991, p. 187.

CHASSAGNARD-PINET S.

- note sous Cass. ass. pl., 24 février 2006, D. 2006, p. 2057.

CHIARINY-DAUDET (A.- C.)

- note sous Cass. 3^e civ., 4 juillet 2007, D. 2007, p. 3045.

COHET-CORDEY (F.)

- note sous Cass. 3^e civ., 20 mars 2002, AJDI 2003, p. 699.

COLLART-DUTILLEUL (F.)

- note sous Cass. 3^e civ., 1^{er} mars 2000, RDI 2000, p. 251.

CROCQ (P.)

- note sous Cass. com., 6 février 2007, RTD Civ. 2007, p. 373.

DANET (D.)

- note sous CA Paris, 15 juin 1999, 3^e ch. A, Sté GSD c/ LABABEDI, RTD Com. 1999, p. 879.

DE LA MARNIÈRE (E. S.)

- note sous Cass. com., 27 mars 1990, D. 1990, p. 390.

DUPICHOT (Ph.)

- note sous Cass. 3^e civ., 8 octobre 2003, D. 2004, p. 2002.

FAGÈS (B.)

- note sous Cass. 3^e civ., 24 septembre 2008, RTD Civ. 2008, p. 675.

FILLON-DUFOULEUR (B.)

- note sous Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 1995, D. 1996, p. 486.

FOREST (G.)

- note sous Cass. 3^e civ., 24 septembre 2008, D. 2008, p. 2497.

GAUTIER (P.-Y.)

- note sous Cass. 1^{re} civ., 19 octobre 1999, RTD civ. 2000, p. 354.

- note sous Cass. 3^e civ., 27 février 1991, RTD Civ. 1992, p.136.

GROSLIÈRE (J.-C.) et SAINT-ALARY-HOUIN (C.)

- note sous CA Versailles, 3^e ch., 17 mars 1994, RDI 1994, p. 462.

- note sous Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1997, RDI 1998, p. 109.

- note sous Paris 25^e ch. B, 2 mai 1997, RDI 1997, p. 458.

- note sous CA Paris 2^e ch., Sect. B., 21 octobre 1994, RDI 1995, p. 120.

- note sous Cass. 3^e civ., 5 décembre 1995, RDI 1996, p. 232.

- note sous Cass. 3^e civ., 22 nov. 1995, RDI 1996, p. 231.

- note sous CA Paris, 25 mars 1999, RDI 1999, p. 420.

- note sous Cass. 3^e civ., RDI 1998, p. 656.

KENFACK (H.)

- note sous Cass. soc., 4 décembre 2001, D. 2002, p. 1934.

LEGEAIS (D.)

- note sous Cass. com., 6 février 2007, Lamy Droit civil, 2007, p. 25.

LÉVY (L.)

note sous Cass. com., 14 avril 1992, JCP G, II, 21957.

LUCAS (F.-X.)

- note sous Cass.com 22 mai 2001, JCP N. n° 10, 8 mars 2002, 118.

MALAURIE (Ph.)

- note sous Cass. com., 23 juin 1958, D. 1958, p. 581.

MARTIN-SERF (A.)

- note sous Cass. com. 3 juin 1997, RTD Com. 1997, p. 686.
- note sous Cass. com., 14 avril 1992, RTD Com. 1993, p. 183.

MATHEY (N.)

- note sous CA Paris, 7 juin 2013, CCC 2013, comm., p. 208.
- comm. sous CA Rouen, 12 décembre 2012, n°12/01200, CCC 2013, comm., p. 117.

MAZEAUD (D.)

- note sous CA Paris, 31 mai 1990, JCP N. 1992 p. 113.
- note sous Cass. 1^{re} civ., 30 juin 2004, D. 2005, p. 1828.

NAJJAR (I)

- note sous Cass. 3^e civ., 26 juin 1996, D. 1997, p. 119.

OLIVIER (J.-M.)

- note sous Cass. 3^e civ., 5 décembre 1984, Defrénois 1986, article 33653, n° 35.

PAISANT (G.)

- obs. sous CA Paris, 16^e ch. A, 22 octobre 1991, D. 1993, Somm., p. 234.

PIEDELIEVRE (S.)

- note sous Cass. com., 3 juin 1997, D. 1998, p. 104.
- note sous Cass. com., 9 avril 1996, D. 1996, p. 385.

ROUQUET (Y.)

- note sous Cass. 3^e civ., 5 juin 2002, D. 2002, p. 2333.

ROZÈS L.,

- note sous Cass. 3^e civ., 15 février 1995, D. 1997, p. 308.
- note sous Cass. com., 14 avril 1992, D. 1994, Somm. p. 47.

STAPYLTON-SMITH D.,

- note sous Cass. 3^e civ., 15 décembre 1993, AJDI 1996, p. 568.

VASSEROT (J.)

- note sous Cass. 2^e civ., 4 novembre 1992, D. 1993, p. 250.

WERTHE TALON (S.)

- note sous Cass. 3^e civ., 10 mars 2004, D. 2004, p. 2221.

WILLMANN (Ch.)

- note sous Cass. com., 14 octobre 1997, D. 1999, p. 103.

VI. DIVERS

- Dictionnaires

BIALÈS (Ch.) BIALÈS (M.), LEURION (R.) et RIVAUD (J.-L.)

- *Dictionnaire d'économie et des faits économiques et sociaux contemporains*, Foucher, 1999.

BISSARDON (S.)

- *Guide du langage juridique, Vocabulaire, pièges et difficultés*, 3^e éd., LexisNexis Litec, 2009.

CORNU (G.) (dir.)

- *Vocabulaire juridique*, Association Henry CAPITANT, 10^e éd., coll. Quadrige, PUF, 2014.

GUINCHARD (S.) et DEBARD (Th.) (dir.)

- *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd., Dalloz, 2016.

LALANDE (A.)

- *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 2002.

MOULINIER (A.)

- *Dictionnaire de la vente*, Librairie Vuibert, 2005.

REY A. (dir.)

- *Dictionnaire historique de la langue française*, T. 1 à 3, Le Robert, 2006.

REY (A.) (dir.) et MORVAN (D.) (dir. édit.)

- *Dictionnaire culturel en langue française*, Le Robert, 2005.

REY-DEBOVE Josette et REY Alain (dir.)

- *Le Petit Robert, Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, Le Robert, 2011.

- Principaux sites internet

archives.assemblee-nationale.fr/

gallica.bnf.fr/

www.assemblee-nationale.fr

www.crisco.unicaen.fr/

www.dstripedie.com/

www.franchise-magazine.com/

www.insee.fr

www.larousse.fr/

www.legifrance.gouv.fr

www.senat.fr

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes.

A

Abus : 116-121

- de confiance : 8, 95.
- de l'état de dépendance : 316, 589-591.
- de position dominante : 584-589.

Accès au contrat :

- Égal __ : 397- 406, 487, 489, 495, 508.
- Libre __ : 380-381, 384-386, 390, 397, 445-448, 451, 461, 470, 473, 476, 481, 520, 609.

Acompte : 149-178, 225, 230.

- contrat d'hôtellerie : 139, 158-159,
- entrée engagement : 172-178, 162.
- montant : 139.

Affiliation (contrat d'__) : 289, 324, 332-336.

Arrhes : 149-178

- contrat d'hôtellerie : 139.
- entrée engagement : 172-174.
- licéité : 165-170.
- montant : 139.

Augmentation de capital : 299, 305, 312, 365-366, 371-372, 462, 463, 474-475, 485, 492, 546

Avant-contrat : 158, 223, 234, 245, 250, 252-253, 257, 267.

B

Bail :

- bail commercial : 60, 191-194, 216, 296, 350-352, 354, 356-357, 360, 418-420, 422, 454, 457, 472, 484, 532, 560.
- bail d'habitation : 183-191, 193-194, 212-215, 217-218, 389, 393, 406, 420-424.
- bail de logement meublé : 55, 58.

Barrière à l'entrée : 588.

C

Communications électroniques (contrat de) : 178-180, 205-208, 210, 410, 521.

Concession (contrat de) : 328-332, 338.

Concurrence (Droit de la) : 577- 608.

Confiance : 22, 25, 49, 95, 102, 115, 165, 178, 399, 405, 500-501, 518.

Consommateur : 81, 87, 110, 164-168, 206- 210, 220-222, 335, 339-347, 404, 417, 441, 469, 479, 484, 506, 521, 569- 576, 584, 588, 601-608.

Contrat :

- définition : 3.
- en Droit romain : 71-73.
- verbal : 71-73, 74-78.
- écrit : 80-88.

D

Dédit : 139, 153-159, 161-162, 165, 441, 451, 505, 570.

Dépôt de garantie :

- du bail d'habitation : 129-133, 137, 143, 186-190, 193, 212-215.
 - restitution : 211-215 ;
- du bail commercial : 191-193, 216-218.
 - restitution : 216-218.
- Intangibilité du montant : 131
- du contrat de réservation dans la vente d'immeuble à construire : 243-270.

Déséquilibre : 11, 387-389, 391, 393-395, 398, 400, 402, 404, 48.

- significatif : 550- 551.

Dessous-de-table : 8, 62.

Distribution (contrat de) : 324-338 465-467, 477-478, 486, 489, 494.

Dol : 337, 372, 472, 524-525, 527, 529, 532, 565.

Droit au logement : 57, 61, 134, 186-187, 576.

Droit d'entrée :

— consommation : 339- 347, 468-469.

— distribution : 81, 452, 324-338 465-467, 477-478, 486, 489, 494.

E-F

Égalité : 116, 118, 136, 363,372, 387, 389, 399-406, 462.

Engagement : 17- 272, 377-445, 510-608.

— caractères : 20-24.

— définition : 17-18, 25.

Entente : 580- 582.

Entrée payante

— définition : 6-7.

— engagement : 26-161,

— supplément : 273-376,

— validité : 377-608.

Équilibre contractuel : 119, 522.

Escroquerie : 8., 39, 95, 345, 565.

Extorsion de fonds : 8.

Franchise : 280, 289-290, 293, 300, 305, 308-310, 325-328, 337-338, 446, 467, 477, 498, 504-505, 527, 531, 542, 546, 548.

G

Gage-espèces : 144, 149, 179, 180, 194-205,

H

Hiérarchie dans le contrat : 387- 396.

I-J-K

Indemnité d'immobilisation : 102, 120, 124- 128, 133, 140-141, 143, 223-242, 385, 391, 404, 432, 433, 439, 443-444, 521, 542, 576.

— de l'art. L. 290-2 CCH : 112, 124-128. 143

— de l'art. L. 442-8 C. urb. : 128.

Inégalité : 118, 360, 387-396, 398-400, 403, 405, 480-487, 498, 516-517, 522.

Information : 80-81, 92, 110.

Juge : 510-608.

Krack : 292, 474.

L

Liberté contractuelle : 1, 63, 116, 120, 127, 135, 142, 145-146, 477, 481-482, 490, 496, 508, 512, 528, 537, 609, 611.

Loyer d'avance : 130, 192, 457, 539.

M

Monnaie :

— fiduciaire : 198-199, 219, 426-427, 556.

— scripturale :198-199, 203-204, 219, 426, 428, 557.

Montant de l'entrée payante :

— critères d'évaluation du montant : 107-115.

— détermination : 122-

— détermination conventionnelle : 142-146.

— détermination légale : 123-137.

— détermination par les usages : 138-141.

- importance du montant de l'entrée payante : 96-102.
- juste : 97-98, 103-106.
- sérieux : 97-102.

O

Ordre public : 52, 138, 163, 186-187, 267, 318, 334, 354, 362, 383, 457, 516, 518, 537-539, 562, 573.

P

Paiement supplémentaire : 163-320.

Partie faible : 81, 126, 128, 135, 141, 169, 389, 452, 516, 519, 609

Pas-de-porte : 289, 291, 293, 301, 305, 311, 348, 352-357, 360, 361, 454-460, 471-473, 484, 490-491, 496, 507, 532, 539, 555, 560-563, 582, 588.

Pratiques restrictives de concurrence : 592-597.

Prestations à la boule de neige : 344-346.

Prime d'émission : 363- 375, 451, 456, 462-464, 474- 476, 482, 482, 485, 492-493, 497, 506, 532, 546.

Promesse unilatérale de vente : 124-127, 223-242.

R

Réflexion : 28, 80, 91-94, 125, 128, 141, 167, 235-238, 240-241, 284, 398, 451, 503, 525, 570.

Rétractation : 69-70, 87-88, 92, 94, 126, 159, 173, 190, 239-240, 269, 391, 432, 433, 435, 564, 570.

Restitution (de l'entrée payante) : 407-435.

S

Sérieux :

- cause réelle et sérieuse du licenciement : 44-53.
- contrat verbal : 70-78.
- définition : 28.
- écrit : 19-88.
- en Droit (vue d'ensemble) : 29, 68.
- en Droit des procédures collectives : 30-43.
- entrée payante : 69, 89-95.
- importance du montant de l'entrée payante : 96-102.
- motif légitime et sérieux en droit des baux : 54-61.
- offre sérieuse de reprise : 36-43.
- possibilité sérieuse de sauvegarde : 31-35.
- prix sérieux en droit de la vente : 62-67.

Somme versée d'avance dans le contrat de services de communications électroniques : 206-209.

Supplément : 273-376, 446-508, 553-608.
— définition du supplément : 288-293.

V

Vente à la boule de neige : 344-346.

Violence : 318, 528.

—

TABLE DES MATIÈRES

Liste des abréviations.....	I
Résumé	III
Sommaire.....	IV
INTRODUCTION.....	1
PREMIÈRE PARTIE - JUSTIFICATIONS DES ENTRÉES PAYANTES.....	11
TITRE 1 - L'ENTRÉE PAYANTE, SIGNE DU SÉRIEUX DE L'ENGAGEMENT	13
α. Définition de l'engagement.....	14
β. Les caractères de l'engagement.....	17
CHAPITRE 1 - L'ENTRÉE PAYANTE : LA MESURE DU SÉRIEUX DE	
L'ENGAGEMENT.....	19
SECTION 1 - LE SÉRIEUX DE L'ENGAGEMENT	20
§1. Le sérieux, une exigence constante du droit.....	20
I. Le sérieux en droit des procédures collectives	21
A. La possibilité sérieuse pour l'entreprise d'être sauvegardée.....	22
B. L'offre sérieuse de reprise	25
II. La cause réelle et sérieuse du licenciement.....	29
III. Le motif légitime et sérieux en droit des baux.....	33
A. Reprise du logement et motif légitime et sérieux.....	34
B. - Autres applications de la notion de motif légitime et sérieux en droit	
des baux.....	35
IV. Le prix sérieux en droit de la vente	37
§ 2. L'entrée payante, un engagement sérieux	40
I. Le contrat verbal et l'écrit : inégale assurance du sérieux de l'engagement	
.....	41
A. En droit romain.....	41
B. Le code civil	42
1. L'admission du contrat verbal	43
2. Le progrès de l'écrit.....	45
a . Les raisons du succès de l'écrit	45

b . Les problèmes posés par l'écrit	48
II. L'entrée payante, garantie du sérieux de l'engagement	51
A. L'entrée payante, gage accru de la volonté de contracter	51
B. L'entrée payante, claire manifestation de la volonté de contracter	52
SECTION 2 - L'IMPORTANCE DU MONTANT VERSÉ, SIGNE DU	
SÉRIEUX	53
§1. Le sérieux de l'engagement jaugé au regard du montant versé.....	53
I. Un montant « sérieux » et « juste »	54
A. Un montant sérieux	54
B. Un montant « juste ».....	56
II. Les critères d'évaluation du « sérieux » et de la « justesse » du montant	
.....	58
A. Les critères objectifs.....	58
1. Le rapport entre le montant de l'entrée payante et la valeur globale	
de l'engagement.....	58
2. La qualité des parties	59
3. Le sort du versement	59
4. L'instigateur du versement	60
B. Les critères subjectifs	61
1. La volonté de contracter induite par la prise de risque.....	61
2. La confiance portée à l'engagement.....	62
§2. L'abus , risque de dérive dans la fixation du montant.....	63
SECTION 3 - LA DÉTERMINATION DU MONTANT À VERSER	66
§1. La détermination légale	66
I. Dispositions fixant le minimum	67
II. Dispositions fixant le maximum	68
§2. La détermination par les usages	73
§3. La détermination par les parties	75
Conclusion du chapitre	76
CHAPITRE 2 - MANIFESTATIONS DES ENTRÉES PAYANTES ENGAGEMENT	
.....	79
SECTION 1 - LES ENTRÉES PAYANTES, AVANCE SUR LE PRIX OU	
GARANTIE.....	80

Sous-section 1 - Les arrhes et l'acompte	80
§1. La délicate distinction entre arrhes et acompte	81
I. Des notions « voisines »	81
A. Les caractères distinctifs	81
B. Difficultés et intérêt de la distinction	87
II. Palliatif aux difficultés nées de la qualification : présomption de l'existence d'arrhes posée par le législateur	91
§2. Les enjeux de la distinction dans la qualification d'entrée payante	95
I. Les arrhes et l'acompte, des entrées « engagement »	95
II. Un engagement accru en cas d'acompte	97
Sous-section 2 : Le dépôt de garantie dans les baux, le gage-espèces et le versement d'avance dans le contrat de communications électroniques	99
§1. Un engagement sérieux manifesté par le versement à titre de garantie	99
I. Le dépôt de garantie	99
A. L'évolution du bail	100
B. La stipulation d'un dépôt de garantie dans les baux d'habitation et commerciaux	103
1. Le dépôt de garantie dans les baux d'habitation	103
2. Le dépôt de garantie dans les baux commerciaux	108
II. Le gage-espèces.....	112
A. La spécificité du gage-espèces	112
1. Le gage-espèces, le mal nommé.....	112
2. Le régime du gage-espèces.....	118
B. Le gage-espèces : une entrée payante « engagement »	120
III. La somme versée d'avance dans le contrat de services de communications électroniques.....	122
§2. Le sérieux de l'engagement récompensé par la restitution de la somme .	124
I. Le dépôt de garantie	124
A. Le dépôt de garantie dans les baux d'habitation	125
B. Le dépôt de garantie dans les baux commerciaux	127
II. Le gage-espèces.....	128
III. La somme versée d'avance dans le contrat de services de communications électroniques.....	129

SECTION 2 - LES ENTRÉES PAYANTES, CONTREPARTIE DE LA RÉSERVATION D'UN IMMEUBLE	131
Sous-section 1 - L'indemnité d'immobilisation dans la promesse unilatérale de vente	131
§1. Une entrée payante, contrepartie de l'exclusivité consentie au bénéficiaire	132
I. La promesse de vente, siège de l'indemnité d'immobilisation	132
II. Les spécificités d'une entrée payante jadis controversée.....	136
§. 2. Une entrée payante, signe du sérieux relatif du bénéficiaire.....	139
I. Le sérieux dans la réflexion.....	140
II. L'indécision dans l'exercice de l'option	141
Sous-section 2 - Le dépôt de garantie dans le contrat de réservation.....	146
§1. Le dépôt de garantie, prix de la réservation de l'immeuble à construire .	146
I. Le contrat de réservation de la vente d'immeuble à construire, siège du dépôt de garantie	146
A. Les spécificités de la vente d'immeuble à construire.....	147
B. L'intérêt du recours au contrat de réservation	150
II. Le dépôt de garantie, entrée payante signe du sérieux du réservataire .	152
A. La contrepartie de l'obligation du réservant	153
B. Une entrée payante « engagement ».....	154
§2. Une entrée payante « engagement », particulièrement encadrée	155
I. Un interventionnisme légal très poussé	156
A. Dispositions relatives au montant et aux modalités du versement du dépôt de garantie	156
B. Un droit à restitution aménagé par les textes.....	157
II. Les répercussions de l'encadrement légal sur le sérieux de l'engagement	159
A. Un sérieux dicté par les textes.....	159
B. Un entrée payante finalement peu contraignante au profit d'un débitéur surprotégé.....	160
Conclusion du chapitre	161
Conclusion du titre	161

TITRE 2 - L'ENTRÉE PAYANTE, PAIEMENT SUPPLÉMENTAIRE DU DROIT DE CONTRACTER	163
CHAPITRE 1 - LA NOTION DE « SUPPLÉMENT ».....	165
SECTION 1 - L'ÉLÉMENT CONSTANT DU SUPPLÉMENT : LA COEXISTENCE D'UN PRIX PRINCIPAL ET D'UNE SOMME SUPPLÉMENTAIRE	166
§1. Le prix regardé comme l'exécution d'une obligation contractuelle.....	166
I. Une contre-prestation logique dans un contrat synallagmatique.....	166
II. L'indifférence de la stipulation de l'entrée payante sur les autres obligations contractuelles des parties.....	169
§2. Le supplément, adjonction d'une obligation monétaire	171
I. Un indiscutable supplément.....	172
A. Éclaircissements préliminaires sur la notion de « supplément ».....	172
B. Définition de l'entrée payante « supplément ».....	173
II. Un versement inassimilable à l'entrée engagement	179
SECTION 2 - LES ÉLÉMENTS VARIABLES DU SUPPLÉMENT	181
§1. La source du supplément	181
I. Le supplément consacré a posteriori par la loi	181
II. Le supplément régi par la pratique	182
§2. Le montant du supplément	185
I. Un montant pluriel.....	185
A. Un montant variable selon le type de contrat concerné.....	185
B. Un montant variable au sein d'un même type de contrat	186
II. L'influence du montant de l'entrée payante supplément	190
A. L'indifférence du montant sur la qualification d'entrée payante supplément	190
B. L'importance du montant dans la recherche d'un éventuel abus	190
Conclusion du chapitre	192
CHAPITRE 2 - MANIFESTATIONS ET FINALITÉS DES ENTRÉES PAYANTES « SUPPLÉMENT »	193
SECTION 1 - LA RÉMUNÉRATION PAR LE SUPPLÉMENT DE L'ACQUISITION DU STATUT DE CONTRACTANT	194

§1. L'entrée payante « supplément » en droit de la distribution	194
I. L'inconstance du supplément dans les contrats de distribution	194
A. Un versement quasi systématique dans le franchisage.....	195
B. Un versement rarissime dans le contrat de concession	197
C. Un versement, objet de l'attention du législateur dans le contrat d'affiliation.....	200
II. La rémunération de l'acquisition de la qualité de membre du réseau ...	204
§2. Le droit d'entrée en droit de la consommation.....	206
I. Un supplément sous surveillance	207
A. Le paiement supplémentaire préalable à la conclusion du contrat...	207
B. Le droit d'entrée dans les ventes ou prestations à la boule de neige	210
II. La rémunération de l'acquisition de la qualité d'adhérent.....	212
SECTION 2 - LA RESTAURATION D'UN ÉQUILIBRE ET LE PAIEMENT	
DE L'ACCÈS AU CONTRAT	213
§1. Le pas-de-porte	214
I. Un supplément à la nature juridique controversée	214
A. Controverses doctrinales, refus d'ingérence du législateur et triomphe de la liberté contractuelle	214
B. Les enjeux de la qualification du pas-de-porte.....	220
II. Un supplément visant à instaurer un équilibre	221
§2. La prime d'émission	223
I. Un supplément librement régi	223
A. Domaine	223
B. La liberté dans le recours et dans la fixation du montant de la prime d'émission	227
II. Une entrée payante, instrument d'équilibre	229
Conclusion du chapitre	232
Conclusion du titre	232
Conclusion de la première partie	232

SECONDE PARTIE - VALIDITÉ DES ENTRÉES PAYANTES	233
TITRE 1 - VALIDITÉ DIFFERENCIÉE DES ENTRÉES « ENGAGEMENT » ET « SUPPLÉMENT »	235
CHAPITRE 1 - VALIDITÉ SOUS CONDITIONS DES ENTRÉES PAYANTES « ENGAGEMENT »	237
SECTION 1 - LES CRITIQUES FORMULÉES À L'ENCONTRE DES ENTRÉES PAYANTES « ENGAGEMENT »	238
§1. Une atteinte au libre accès au contrat	238
§2. L'expression d'une inégalité de besoin à l'origine d'une hiérarchie dans le contrat	244
I. L'inégalité de position dans le besoin de contracter.....	244
II. La hiérarchie issue de l'inégalité de positions dans le contrat	247
SECTION 2 - LES FONDEMENTS DE LA VALIDITÉ DES ENTRÉES PAYANTES « ENGAGEMENT »	252
§1. Des entrées payantes préservant l'égal accès au contrat	252
I. La notion d'égal accès au contrat, peu envisagée par la doctrine.....	253
II. Les motifs de l'absence d'atteinte à l'égal accès au contrat en cas d'entrée engagement	257
§2. Des entrées payantes non préjudiciables au solvens	260
I. La restitution de l'entrée payante « engagement ».....	261
A. La restitution, issue classique d'une relation contractuelle satisfaisante	261
1. Une restitution encadrée par les textes	261
a. La restitution dans le bail d'habitation (loi de 1989).....	261
b. La restitution dans le contrat de services de communications électroniques.....	268
2. La restitution régie par la liberté contractuelle.....	270
a. La restitution du dépôt de garantie dans le bail commercial	270
b. La restitution du gage-espèces.....	273
B. La restitution, symptomatique d'un contrat avorté.....	278
II. L'imputation des sommes versées sur le prix final	280
A. Principe.....	280
B. La mise en œuvre de l'imputation.....	282

1. Les arrhes et l'acompte.....	282
2. Le dépôt de garantie dans le contrat de réservation	283
3. L'indemnité d'immobilisation.....	284
Conclusion du chapitre	285

CHAPITRE 2 - VALIDITÉ CONTROVERSÉE DES ENTRÉES PAYANTES

« SUPPLÉMENT »	287
----------------------	-----

SECTION 1 - L'ENTRÉE PAYANTE SUPPLÉMENT, EXPRESSION

CRITIQUE DE LA LIBERTÉ CONTRACTUELLE	288
--	-----

§1. Le régime des entrées « supplément » vecteur d'une atteinte aggravée au libre accès au contrat	288
--	-----

I. Un accès payant conduisant à la perte inéluctable des fonds versés	288
---	-----

A. Un accès payant en contradiction avec le principe de la liberté contractuelle	289
--	-----

B. La perte définitive des fonds versés à titre d'entrée payante « supplément »	292
---	-----

1. La conservation du pas-de-porte par le bailleur	292
--	-----

2. La conservation de la prime d'émission par la société.....	297
---	-----

3. La conservation du droit d'entrée dans les contrats de distribution par le fournisseur	299
---	-----

4. La conservation du droit d'entrée en droit de la consommation par le professionnel.....	301
--	-----

II. Une atteinte amplifiée en cas de contrepartie inéquitable.....	302
--	-----

A. Les abus en matière de pas-de-porte	302
--	-----

B. Les abus en matière de prime d'émission.....	306
---	-----

C. Les abus en matière de droit d'entrée dans les contrats de distribution	308
--	-----

D. Les abus en droit de la consommation	309
---	-----

§2. Des atteintes à l'égal accès au contrat.....	310
--	-----

I. L'inégal accès au détriment du débiteur.....	310
---	-----

II. L'inégal accès au contrat des débiteurs parties à un même type de contrat	311
---	-----

SECTION 2 - LA NÉCESSAIRE SUBORDINATION DE LA VALIDITÉ DES ENTRÉES SUPPLÉMENT À L'EXISTENCE DE CERTAINS CRITÈRES ...	314
--	-----

§1. L'inexistence de solutions alternatives.....	314
I. Les solutions alternatives au pas-de-porte.....	315
II. Les solutions alternatives à la prime d'émission.....	318
III. Les solutions alternatives au droit d'entrée dans le contrat de distribution	320
§2. Une contrepartie indiscutable.....	320
§3. Un versement imposant une transparence.....	323
I. La transparence induite par l'information du débiteur.....	324
II. Une transparence encore trop lacunaire.....	326
Conclusion du chapitre.....	330
Conclusion du titre.....	330
TITRE 2 - VALIDITÉ DES ENTRÉES PAYANTES CONTRÔLÉE PAR LE JUGE	332
CHAPITRE 1 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LA THÉORIE GÉNÉRALE DES OBLIGATIONS.....	333
SECTION 1 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LA PROTECTION DU CONSENTEMENT.....	334
§1. L'exigence d'un consentement lucide.....	334
I. L'existence d'un consentement.....	334
II. La nécessité d'un consentement éclairé.....	335
A. L'obligation d'information, instrument de protection du débiteur de l'entrée payante.....	336
B. La pertinence d'une obligation précontractuelle spéciale en faveur du débiteur de l'entrée payante.....	339
§2. L'exigence d'un consentement non vicié.....	342
I. La restitution de l'entrée payante suite à l'annulation du contrat vicié..	342
II. Les implications de la clause d'entrée payante viciée.....	350
SECTION 2 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LE CONTENU DU CONTRAT.....	353
§1. Contrôle fondé sur le contenu licite et certain du contrat.....	354
I. Un contenu licite.....	354
II. Un contenu certain.....	357
A. Une prestation avérée.....	357

B. Une contreprestation effective.....	360
1. La prohibition d'une contrepartie illusoire ou dérisoire.....	361
2. La dispense d'équivalence des prestations.....	364
§ 2. Contrôle fondé sur la création d'un déséquilibre significatif.....	366
Conclusion du chapitre.....	367
CHAPITRE 2 - LE CONTRÔLE SPÉCIFIQUE DES ENTRÉES PAYANTES.....	369
SECTION 1 - LE CONTRÔLE FONDÉ SUR LA THÉORIE SPÉCIALE DES CONTRATS.....	370
§1. Le contrôle spécifique dû à la nature et au régime juridiques de l'entrée payante.....	370
I. Le gage-espèces.....	370
II. Le pas-de-porte et le dépôt de garantie dans le bail commercial.....	373
III. Le droit d'entrée dans le contrat de distribution.....	376
§2. Le contrôle spécifique justifié par la qualité de l'un des contractants.....	379
I. Le locataire à bail d'habitation.....	379
II. Le consommateur.....	381
A. La prise en compte de la qualité de consommateur pour la qualification d'arrhes.....	381
B. La qualité de consommateur à l'origine de l'obligation d'information sur les paiements supplémentaires.....	384
C. Le consommateur dans les contrats de services de communications électroniques.....	386
III. L'acquéreur non professionnel d'un immeuble à usage d'habitation..	388
SECTION 2 - CONTRÔLE FONDÉ SUR LE DROIT DE LA CONCURRENCE	389
§1. La protection spécifique du débiteur professionnel contre les pratiques anticoncurrentielles et restrictives de concurrence.....	391
I. Le contrôle des comportements anticoncurrentiels du créancier.....	391
A. Les ententes.....	392
B. L'abus de domination.....	393
1. L'abus de position dominante.....	394
2. L'abus de dépendance économique.....	397
II. Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence.....	400

A. Les pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6, I	401
B. Les clauses restrictives de concurrence de l'article L. 442-6, II	405
§2. La protection du débiteur-consommateur par l'application générale du droit de la concurrence	408
I. L'importance avérée du consommateur dans le droit de la concurrence	409
II. Le constat de l'inaptitude du droit de la concurrence à protéger le débiteur-consommateur.....	412
Conclusion du chapitre.....	413
Conclusion du titre	413
Conclusion de la seconde partie	414
CONCLUSION GÉNÉRALE	415
Bibliographie	419
Index alphabétique.....	449
TABLE DES MATIÈRES.....	452