



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

L'INDEMNITÉ D'IMMOBILISATION

ARNAUD DE BISSY

Référence de publication : RDI 2000 p.287

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

L'INDEMNITÉ D'IMMOBILISATION

1. - Dans les contrats de promesses unilatérales de ventes, le promettant reçoit du bénéficiaire de la promesse, en échange du maintien de son offre pendant un certain délai, une somme d'argent (1) que l'on appelle « indemnité d'immobilisation », « indemnité d'indisponibilité » ou tout simplement « dédit ». Il s'agit d'une institution née de la pratique notariale qui s'est peu à peu imposée. Son utilité n'est plus aujourd'hui à démontrer, à tel point qu'un notaire manquerait sûrement à son devoir de conseil s'il ne l'insérait pas au contrat de promesse (2). Elle répond en effet à un véritable besoin, celui du promettant qui veut se couvrir au cas où la vente ne se réaliserait pas. L'indemnité d'immobilisation assure la sécurité financière de l'un et de l'autre contractant. Le promettant sait que, au cas de désistement du bénéficiaire, il n'aura pas attendu pour rien. Le bénéficiaire dispose quant à lui d'un délai supplémentaire de réflexion ou du temps pour réunir les conditions matérielles ou juridiques de son acquisition, sans crainte de voir un autre acquéreur le supplanter dans la vente.

2. - En pratique cependant, force est de constater que la tranquillité du bénéficiaire est très relative, et ce pour deux raisons au moins. En premier lieu, parce qu'elle lui a coûté fort cher, et qu'un renoncement de sa part aurait des conséquences financières douloureuses, alors que s'il décide de lever l'option, il est généralement convenu entre les parties que l'indemnité d'immobilisation tiendra lieu d'acompte à valoir sur le prix. En second lieu, parce que la valeur des promesses unilatérales de vente a récemment été mise à mal par la Cour de cassation (3). Par deux arrêts en date du 15 décembre 1993, la troisième chambre civile de la haute juridiction affirma que le promettant n'était tenu que d'une obligation de faire, ce qui excluait toute rencontre des volontés au cas de levée de l'option postérieure à la rétractation (4). Par voie de conséquence, la violation du contrat par le promettant ne serait sanctionnée que par l'octroi de dommages et intérêts. La solution fut très critiquée au motif qu'elle fragilisait abusivement les promesses unilatérales de vente (5). Sur un plan juridique, on lui reprocha d'assimiler l'engagement du promettant à une simple offre de contracter et d'opérer une distinction injustifiable entre la valeur de l'engagement du promettant

dans une promesse unilatérale, laquelle ouvre droit à une réparation par équivalent, et dans une promesse synallagmatique, susceptible elle d'exécution forcée (6).

3. - L'indemnité d'immobilisation fit elle-même l'objet de sérieuses contestations et l'on a un temps discuté sur la validité de ces clauses (7). Initialement, la jurisprudence était divisée, et certaines juridictions les annulaient pour absence de cause (8). Il était ainsi soutenu qu'à partir du moment où le bénéficiaire de la promesse n'était pas obligé d'acquérir le bien considéré, il ne pouvait être contraint de payer une somme d'argent qui était censée représenter le prix de son dédit (9). L'objection semblait imparable... sous réserve de l'exacte qualification de l'indemnité versée. Or, ainsi qu'il a été dit, l'argument reposait sur une utilisation inappropriée du terme « dédit » pour qualifier l'indemnité (10). Derrière une maladresse de forme se cachait une erreur de fond : l'indemnité stipulée dans la promesse unilatérale de vente ne représente pas le prix de la rétractation du bénéficiaire mais la contrepartie de l'immobilisation du bien chez le promettant (11). Contrairement au promettant, le bénéficiaire ne prend aucun engagement contractuel, si ce n'est celui de payer l'indemnité d'immobilisation. Celle-ci est donc causée par l'engagement du promettant qui a promis de lui réserver le bien.

4. - Aujourd'hui, la plupart des promesses unilatérales de ventes d'immeubles, mais aussi de fonds de commerce ou de droits sociaux, renferment une clause invitant le bénéficiaire à verser au promettant une certaine somme à titre d'indemnité d'immobilisation. Le contrat de promesse unilatérale de vente précisera à la fois son montant et ses modalités de paiement. Curieusement, le montant de l'indemnité d'immobilisation n'est pas fixé en fonction de la durée de l'option mais en proportion de la valeur du bien objet de la promesse. Le plus souvent égale à 10 % du prix de vente, l'indemnité d'immobilisation est versée en principe au jour de la signature du contrat par le bénéficiaire, soit sur un compte bancaire ouvert au nom du promettant, soit au notaire constitué séquestre qui a rédigé l'acte sous-seing privé. Cette dernière solution est préférable : elle présente l'avantage d'éviter les problèmes liés à la preuve du paiement de l'indemnité (12), elle rend le notaire responsable des sommes qui lui sont remises (13), et permet au bénéficiaire de récupérer plus facilement les fonds au cas d'échec de la transaction, à condition qu'il ne lui soit pas imputable, par exemple au cas de disparition de la chose promise (14). Si l'indemnité

d'immobilisation n'est pas versée immédiatement, le bénéficiaire devra en garantir le paiement, généralement par le biais d'une caution solvable (15) ou toute autre sûreté jugée équivalente (16).

5. - Dans l'hypothèse où le bénéficiaire de la promesse ne lève pas l'option, l'indemnité reste acquise au promettant (17). En pratique, il faut bien avouer que la plupart des litiges relatifs aux promesses unilatérales de vente concernent la restitution ou le paiement de l'indemnité d'immobilisation. Ayant généralement été versée lors de la signature de l'acte sous-seing privé, c'est le bénéficiaire qui en demandera le reversement, même partiel, ceci parce qu'il a été contraint de renoncer à son acquisition malgré lui. Le plus souvent en effet, le délai d'option permet au bénéficiaire de la promesse d'obtenir un ou plusieurs prêts bancaires, un permis de construire ou un certificat d'urbanisme attestant de l'inexistence de servitudes particulières, et sans lesquels l'achat envisagé ne serait plus possible ou n'aurait plus aucune justification. La perspective de perdre une somme relativement importante incite donc le bénéficiaire de la promesse à s'engager dans une procédure contentieuse (18). Pour le garantir juridiquement, les promesses de vente sont généralement conclues sous la condition suspensive de l'obtention du prêt ou de l'autorisation administrative qui lui sont nécessaires. La non-réalisation de la condition entraîne la caducité de la promesse et donc la restitution de l'indemnité versée, sauf si c'est par son fait que la condition n'a pu se réaliser (19).

6. - L'indemnité d'immobilisation est donc un point de « friction » courant entre le promettant et le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente. L'absence de texte applicable, alliée à certaines insuffisances dans la rédaction des clauses insérées aux contrats, est à l'origine d'une insécurité juridique fort mal vécue en pratique. La jurisprudence a donc logiquement fait oeuvre créatrice en précisant les règles qui lui sont applicables. Elle a sur ce point largement été influencée par la doctrine qui a notamment travaillé sur la qualification juridique de l'indemnité d'immobilisation. Comme le régime juridique d'une institution dépend en définitive de sa nature, nous rechercherons d'abord celle de l'indemnité d'immobilisation (I) avant de se pencher sur la façon dont est appelée à jouer la clause qui l'a prévue dans le contrat (II).

I. - DE LA NATURE DE L'INDEMNITÉ D'IMMOBILISATION

7. - Très souvent, les textes qui fondent un mécanisme ou une notion juridique ne précisent pas sa nature. Il revient donc aux juridictions, aidées en cela par la doctrine, d'en affirmer le genre. Ce qui est vrai pour les lois et les règlements l'est encore davantage lorsque l'institution est née de la pratique. Puisque aucun texte ne régleme l'indemnité d'immobilisation, les juristes se sont attachés à la qualifier. Nous évoquerons en priorité les difficultés de qualification soulevées par l'indemnité d'immobilisation (A) avant de souligner les influences réciproques qu'exercent entre elles le contrat de promesse de vente et la nature de l'indemnité d'immobilisation (B).

A. - Qualification juridique de l'indemnité d'immobilisation

8. - Les problèmes de qualification sont, dit-on, le pain quotidien des juristes. Ceux-ci travaillent à partir de classifications préétablies dans lesquelles il convient de replacer le bien ou le contrat objet de l'analyse. Or, ces dernières sont parfois ancestrales et les classifications du droit privé ne sont pas toujours parfaitement adaptées aux avancées de la science juridique. En outre, le caractère exhaustif de l'étude ici menée nous conduit aussi à envisager la nature fiscale de l'indemnité d'immobilisation. Les concepts fiscaux sont certes moins connus des privatistes, mais les conséquences pécuniaires qui en découlent sont d'une importance telle que l'on ne peut les ignorer.

1° La nature juridique

9. - La somme versée par le bénéficiaire de la promesse unilatérale de vente représente la contrepartie pécuniaire de l'immobilisation du bien dans le patrimoine du promettant pendant une certaine durée (20). La doctrine est unanime et la jurisprudence constante depuis 1958 (21). Avant d'en arriver là, il fallut pourtant écarter plusieurs qualifications plus ou moins voisines. Ainsi, l'indemnité d'immobilisation a-t-elle été successivement et inexactement qualifiée de clause de dédit ou de clause pénale (22). Sa nature de prix lui permet d'être comparée à certaines autres notions telles que l'acompte, le « pas de porte » (ou « droit d'entrée ») et le dépôt de garantie.

a) Indemnité d'immobilisation et faculté de dédit

10. - Dans un contrat de promesse de vente, le ou les promettants peuvent se soustraire à leurs engagements si une clause de dédit figure dans l'acte qu'ils ont signé ou si l'acquéreur a versé des arrhes (c. civ., art. 1590).

11. - *La clause de dédit* insérée dans un contrat permet au débiteur d'une obligation de s'y soustraire, souvent en versant une certaine somme que l'on appelle aussi « dédit ». Ce terme désigne donc aussi bien la faculté de ne pas exécuter l'obligation que son prix pour le débiteur (23). Dans le langage courant, l'indemnité d'immobilisation est encore souvent appelée « dédit » (24), mais nous avons vu que le doute sur la validité de la clause stipulant l'indemnité d'immobilisation reposait sur une mauvaise utilisation de ce terme (25). A l'évidence, l'indemnité d'immobilisation ne peut représenter un moyen de dédit pour le bénéficiaire de la promesse de vente puisque ce dernier ne prend aucun engagement d'acquérir le bien (26). Tel n'aurait pas été le cas s'il avait signé une promesse d'achat tout en se réservant la possibilité de se dédire moyennant le versement d'une certaine somme qui alors aurait été justement qualifiée de dédit.

12. - *Les arrhes* sont envisagées par l'article 1590 du code civil, lequel dispose 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* ». Selon ce texte, les arrhes représentent tout à la fois le prix du dédit de l'acheteur et sa garantie au cas de rétractation du vendeur (27). Pour la majorité des auteurs, les arrhes impliqueraient donc une faculté de dédit réciproque qui ne peut exister que dans les promesses synallagmatiques (28).

Cependant, une certaine doctrine semble se rallier à une conception plus large de la notion d'arrhes qui désigneraient alors toute somme d'argent, ou bien mobilier, versé par le débiteur d'une obligation qui en contrepartie se réserve le droit de se départir de son engagement. La qualification d'arrhes pourrait alors être légitimement retenue, même dans une promesse unilatérale de vente ou d'achat, lorsque le promettant abandonne une certaine somme d'argent au cas de rétractation (29). Ce débat sur le domaine d'application des arrhes met en lumière la spécificité de l'indemnité d'immobilisation. Quelle que soit la conception retenue en effet, les arrhes sont toujours l'expression d'une faculté de dédit, c'est donc nécessairement le promettant qui supporte le prix de son désengagement. Nous savons au contraire que l'indemnité d'immobilisation représente le prix de la promesse, c'est donc le bénéficiaire qui doit la payer.

13. - Cette controverse s'est prolongée d'une autre : les arrhes sont-elles réservées aux seuls avant-contrats ? La doctrine traditionnelle y inclinait (30), alors que certains auteurs les étendaient aux contrats définitifs (31). La loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs est allée dans leur sens. L'article 3 alinéa 4 dispose en effet que « *Sauf stipulation contraire du contrat, les sommes versées d'avance sont des arrhes, ce qui a pour effet que chacun des contractants peut revenir sur son engagement, le consommateur en perdant les arrhes, le professionnel en les restituant au double* » (32). Par conséquent, il faut admettre que, dans tout contrat ou avant-contrat de consommation, les sommes versées par avance sont présumées être des arrhes au sens de l'article 1590 du code civil (33). Cette extension du champ d'application des arrhes les éloignent encore un peu plus de l'indemnité d'immobilisation qui, étant le prix de la promesse, ne peut figurer que dans un avant-contrat.

b) Indemnité d'immobilisation et clause pénale

14. - *La clause pénale* fixe à l'avance le dédommagement du créancier au cas où le débiteur ne satisferait pas à son obligation. Selon l'article 1226 du code civil en effet : « *La clause pénale est celle par laquelle une personne pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution.* » La clause pénale possède donc à la fois un caractère comminatoire, car elle a pour mission de garantir l'exécution de l'obligation (34), et un caractère indemnitaire, car elle fixe préalablement et forfaitairement les dommages et intérêts au cas d'inexécution. Ici aussi,

la clause qui prévoit une indemnité d'immobilisation ne peut être qualifiée de clause pénale puisqu'elle est versée par le créancier de l'obligation qui n'est pas lui-même tenu d'acquérir le bien (35). La tentative d'assimilation de l'indemnité d'immobilisation à la clause pénale avait un objectif bien défini : permettre sa révision sur la base de l'article 1152 alinéa 2 du code civil (36). Après une première décision allant dans ce sens (37), la 3^e chambre civile de la Cour de cassation a écarté cette assimilation de façon très nette en 1984 : « *Attendu qu'après avoir exactement énoncé que le bénéficiaire d'une promesse de vente, n'étant pas tenu d'acquérir, ne manque pas à une obligation contractuelle en s'abstenant de requérir du promettant l'exécution de sa promesse, l'arrêt retient à bon droit que la stipulation d'une indemnité d'immobilisation au profit du promettant ne constitue pas une clause pénale* (38). » Cette décision n'est pas restée isolée (39) et les juridictions du fond se sont alignées sur cette jurisprudence (40).

15. - La Cour de cassation a par la suite écarté plus généralement toute qualification de dommages et intérêts (41). Cette précision s'imposait tant il est vrai que le qualificatif « d'indemnité d'immobilisation » pouvait induire en erreur (42). Elle n'était pourtant pas si évidente de prime abord, car l'on pourrait faire observer que la somme versée a pour but d'indemniser le promettant du préjudice qu'il subit faute de ne pouvoir vendre le bien durant une certaine période (43). Mais subit-il vraiment un préjudice ? Le seul préjudice dont on soit certain, mais qui est difficilement évaluable, résulte du retard pris dans la conclusion du contrat. Tout autre préjudice ne peut être qu'éventuel : perte d'une chance de vendre le bien ou vente future du bien mais à des conditions moins avantageuses. Si la perte d'une chance peut être indemnisée en tant que préjudice actuel, le préjudice futur né du manque à gagner du promettant suppose qu'il soit effectivement constaté. A supposer que l'on reconnaisse l'existence de ces différents préjudices, l'indemnité d'immobilisation représenterait donc la réunion de dommages et intérêts moratoires et compensatoires. Peut-on pour autant estimer que les sommes versées ont précisément et exactement pour objet de les indemniser ? Il n'en est rien. En dépit de sa terminologie, « l'indemnité d'immobilisation » ne vient nullement sanctionner une quelconque responsabilité du bénéficiaire mais seulement rémunérer le promettant pour sa promesse (44). Comme la Cour de cassation, il faut estimer que l'indemnité d'immobilisation a une nature de « prix », peu importe alors si celui-ci est fixé en considération du sacrifice financier consenti par le promettant.

c) Indemnité d'immobilisation et acompte

16. - *L'acompte* représente une fraction du prix convenu payé par avance. L'indemnité d'immobilisation ne possède pas, *a priori*, cette nature puisqu'elle n'est que la rémunération d'un engagement pris par le promettant. Pourtant, si la convention se réalise, il est d'usage de prévoir que ladite indemnité s'imputera sur le prix de vente. Dans les faits, elle joue alors comme un acompte à valoir sur le prix total. En cela, l'indemnité d'immobilisation se rapproche des arrhes prévues dans une promesse d'achat. En effet, outre qu'elles sont un moyen de dédit, les arrhes jouent aussi un rôle d'acompte lorsque la volonté des parties est confirmée (45). Comme pour les arrhes néanmoins, il n'est pas de l'essence de l'indemnité d'immobilisation d'être considérée comme un acompte sous condition de la réalisation de la vente. En théorie, seule la volonté clairement exprimée des parties permet de la considérer comme telle. S'agissant des arrhes, il est plus satisfaisant de considérer que la créance de restitution des arrhes suite au non-exercice de la faculté de dédit par l'acheteur se compense avec la dette du prix envers le vendeur (46). Il s'agit ici d'une compensation légale qui doit s'opérer à l'insu même des parties, conformément à l'article 1290 du code civil (47). Naturellement, ceci suppose que les arrhes et le prix soient de même nature, ce qui montre bien qu'elles n'ont pas une vocation naturelle à se transformer en acompte.

d) Indemnité d'immobilisation et « pas de porte »

17. - *Le « pas de porte »* désigne le prix d'acquisition de la créance de bail dénommée « droit au bail ». Il est versé initialement par le premier locataire au profit du bailleur puis entre les preneurs successifs. Il s'agit donc d'un « droit d'entrée » dans le contrat comme dans les lieux loués. L'indemnité d'immobilisation représente aussi un « droit d'entrée » dans le contrat puisqu'elle constitue le prix de la promesse. Comme le droit au bail, le droit d'option est un droit personnel qui peut être cédé dans le cadre d'une cession de créances, soumise à l'article 1690 du code civil ainsi qu'à la formalité de l'enregistrement (CGI, art. 1840 A) (48). On peut dire que l'indemnité d'immobilisation est à la promesse de vente ce que le pas de porte est au bail, c'est-à-dire le prix du contrat (49). Mais dans un cas, c'est d'un avant-contrat dont il s'agit et dans l'autre du contrat définitif. Cette seule considération suffit pour ne pas les confondre. En effet, l'indemnité

d'immobilisation représente le prix de la liberté contractuelle alors que le preneur d'un bail commercial ne recouvrira la sienne qu'à l'issue de chaque période triennale, au besoin en versant une indemnité destinée à compenser le préjudice subi par le bailleur au cas de résiliation anticipée (50). On se situe alors dans l'hypothèse inverse : celle où le créancier doit payer pour « sortir » du contrat.

e) Indemnité d'immobilisation et dépôt de garantie

18. - *Le dépôt de garantie* recouvre plusieurs significations. *Dans un premier sens*, il désigne une somme d'argent remise en garantie d'une dette. La garantie peut porter sur une dette future, comme c'est le cas du « cautionnement » versé par le locataire au propriétaire lors de la signature du contrat de bail. Elle peut aussi porter sur une dette existante mais à terme ; il s'agit alors d'une variété de gage dénommé « gage-espèce » mais dont le régime est particulier puisque le créancier peut librement disposer des sommes remises en garantie (51). L'indemnité d'immobilisation ne peut être assimilée à cette garantie puisque le bénéficiaire n'est débiteur de rien d'autre que l'indemnité elle-même, avec laquelle il a précisément acheté sa liberté contractuelle. *Dans un second sens*, le dépôt de garantie désigne le prix de la réservation d'un bien. Le meilleur exemple est à prendre dans le contrat de vente d'immeuble à construire soumis à la loi du 3 janvier 1967. Ce contrat peut être précédé d'un « contrat préliminaire » ou « contrat de réservation » par lequel le vendeur s'engage à réserver le bien à l'acheteur le plus souvent moyennant le versement d'un « dépôt de garantie » (52). La parenté avec l'indemnité d'immobilisation est ici plus sérieuse dans la mesure où le contrat préliminaire est parfois analysé en une promesse unilatérale de vente soumise à la formalité de l'enregistrement (CGI, art. 1840 A) (53). Le dépôt de garantie pourrait alors représenter le prix de cette promesse et constituer en fait une indemnité d'immobilisation. Néanmoins, les incertitudes qui règnent sur la nature juridique du contrat de réservation ne permettent pas d'en déduire celle du dépôt de garantie (54). Il faut au contraire raisonner à partir du dépôt de garantie lui-même. Or, si la valeur de l'engagement du réservant est sujet à caution, celle du réservataire ne l'est pas : le versement du dépôt de garantie marque son engagement dans le contrat (55). Il peut certes se désister mais en perdant les sommes consignées. En fait, c'est un dédit (56). Lorsque la vente définitive sera signée, le dépôt de garantie s'imputera sur le prix dû.

2° La nature fiscale

19. - Les qualifications de droit civil ne sont pas sans incidence au regard de l'application des règles fiscales. C'est tout particulièrement le cas des droits de mutation qui sont fonction de l'analyse juridique de l'acte qui doit être enregistré (57). La matière de l'enregistrement n'est cependant pas isolée et, si le droit fiscal utilise parfois des concepts qui lui sont propres, il intègre aussi des qualifications juridiques plus traditionnelles. Ainsi, le régime fiscal des indemnités dépend du point de savoir si leur nature indemnitaire est usurpée (58). Si on estime que l'indemnité d'immobilisation possède une nature de dommages et intérêts, elle doit échapper à la fois à l'impôt direct, puisqu'elle n'est pas un « revenu imposable », et à la TVA, puisqu'elle n'est pas une « recette taxable ». Si elle représente au contraire le prix d'une prestation, elle y sera soumise. Les solutions retenues en droit fiscal sont les mêmes qu'en droit privé, mais il faut tenir compte des exigences propres à cette matière.

a) Pour l'assujettissement à la TVA

20. - L'assujettissement de l'indemnité d'immobilisation à la TVA implique le respect des critères légaux qui en déterminent le domaine d'application. Aux termes de l'article 256-I du CGI, « *Sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel* ». Si le caractère onéreux de la promesse de vente ne souffre aucune contestation, puisqu'il est exprimé par l'indemnité d'immobilisation elle-même qui représente la contrepartie financière de l'immobilisation du bien chez le promettant, quelques hésitations sont permises s'agissant de la qualification de prestation de services de l'opération et plus encore de la qualité d'assujetti du promettant.

21. - La qualification de prestation de services a été implicitement, mais nécessairement, retenue par le Conseil d'Etat dans une décision du 23 décembre 1981, où la haute juridiction administrative estimait que les débits « ... *doivent être regardés comme des recettes commerciales procédant*

d'opérations autres que les ventes... » (59). La solution doit être approuvée à la lumière de l'article 256-IV du CGI énonce que « Les opérations autres que... la cession ou la concession de biens meubles corporels... sont considérés comme des prestations de services ». Elle est surtout parfaitement logique puisque l'indemnité d'immobilisation rémunère, in limine, l'engagement pris par le promettant de réserver le bien au bénéficiaire de la promesse pendant un certain délai : la vente n'a pas encore été conclue, et ne le sera peut-être jamais.

22. - Quant à la qualité d'assujetti, l'article 256 A du CGI pose en principe que « *Sont assujetties à la taxe sur la valeur ajoutée les personnes qui effectuent de manière indépendante une des activités économiques mentionnées... quels que soient le statut juridique de ces personnes, leur situation au regard des autres impôts et la nature ou la forme de leur intervention* ». Depuis que ledit article ne précise plus que les opérations peuvent être effectuées à titre occasionnel ou habituel (60), un simple particulier ne court plus le risque d'être assujetti à la TVA (61). Par contre, si le promettant est un professionnel, il prend logiquement la qualité d'assujetti lorsqu'il agit « en tant que tel », c'est-à-dire dans le cadre de son activité et doit donc facturer à ce titre la TVA au bénéficiaire de la promesse (62). Cependant, il est nécessaire d'attendre le dénouement du contrat de promesse car la TVA ne s'appliquera effectivement que si la vente ne s'est pas réalisée (63), alors que dans le cas contraire, l'indemnité d'immobilisation jouera comme un acompte et en suivra le régime (64).

b) Pour l'imposition à l'impôt sur le revenu

23. - *Si le promettant est un particulier*, ce sont les règles propres à la fiscalité des ménages qui s'appliquent. Ainsi, l'imposition d'un profit à l'impôt sur le revenu suppose que certains préceptes fiscaux soient respectés. *En premier lieu*, il doit s'agir d'un véritable « revenu » au sens économique du terme, c'est-à-dire quelque chose qui ajoute à la fortune de son titulaire, et non de simples dommages et intérêts, qui viennent compenser une perte sans enrichir le contribuable. Si l'indemnité d'immobilisation représente bien le prix d'une prestation de service, la qualification de dommages et intérêts doit nécessairement être écartée. *En second lieu*, ce revenu doit être disponible (65), or l'indemnité d'immobilisation ne le sera effectivement qu'à l'issue de la période d'indisponibilité prévue au contrat. *Enfin*, il faudra préciser dans quelle catégorie fiscale l'indemnité sera imposée, puisque chacune d'elles fait l'objet d'une réglementation spécifique.

L'administration fiscale, tout comme les tribunaux, ne semble pas s'être prononcée sur ce point. L'analyse la plus objective conduit à penser qu'il s'agit d'un revenu de capitaux, mobiliers ou immobiliers selon la nature du bien promis. Cette solution paraît néanmoins difficilement envisageable ; d'abord parce que le Conseil d'Etat semble insensible à l'effet attractif que peut exercer la nature de l'opération dans son ensemble sur la qualification du revenu en cause (66), ensuite parce que les catégories de « revenus de capitaux mobiliers » ou de « revenus fonciers » accueilleront difficilement l'indemnité d'immobilisation (67). Faute de mieux, il semble qu'elle doive être déclarée et imposée au titre des bénéfices non commerciaux (68).

24. - *Si le promettant est une entreprise*, il tient nécessairement une comptabilité qui sert de base au calcul du bénéfice imposable. De deux choses l'une. *S'il s'agit d'une entreprise civile*, le résultat est calculé à partir d'une comptabilité civile et imposé dans la catégorie fiscale correspondant à l'activité de l'entreprise (revenus fonciers ou bénéfices non commerciaux), de telle sorte que les règles exposées ci-dessus sont transposables. *S'il s'agit d'une entreprise commerciale*, le résultat est calculé à partir d'une comptabilité commerciale et imposé dans la catégorie des « bénéfices industriels et commerciaux » (69). Dans ce cas de figure, plusieurs difficultés doivent être envisagées. La question se pose d'abord de savoir si le résultat imposable doit tenir compte de l'indemnité d'immobilisation. La réponse est clairement positive ; tous les profits qui génèrent une variation d'actif net sont imposables (CGI, art. 38-2). Par conséquent, il importe peu que l'indemnité d'immobilisation soit considérée comme le prix d'un service ou comme des dommages et intérêts, puisque même ces derniers sont imposables. Pourtant, on enseigne habituellement que les indemnités sont imposables lorsqu'elles constituent un revenu de remplacement et si la perte qu'elles viennent compenser est fiscalement déductible (70). Or, tel n'est pas le cas des dommages et intérêts moratoires si le retard dans l'exécution de la prestation n'a pu être quantifié et déduit en tant que charge de l'exercice. L'assimilation de l'indemnité d'immobilisation aux dommages et intérêts moratoires permettrait de la faire échapper à l'impôt sur les bénéfices, mais nous avons émis des réserves sur cette qualification (71). La question se pose ensuite de savoir à quel titre l'indemnité d'immobilisation doit-elle être imposée. Plus précisément, s'agit-il d'un profit ordinaire ou d'une plus-value sur immobilisation ? La seconde qualification supposerait que le profit résulte de la cession d'un élément d'actif alors que le seul actif professionnel susceptible d'être cédé ne fait

l'objet que d'une promesse de vente. Par conséquent, l'indemnité doit être imposée au titre du bénéfice résultant de l'exploitation du fonds (72). La question se pose enfin de savoir à quel moment l'indemnité devient imposable. La réponse est simple : le promettant qui tient une comptabilité « commerciale », doit enregistrer les créances acquises et non les créances encaissées, ce qui doit le conduire à comptabiliser l'indemnité d'immobilisation dès la signature de la promesse (73).

B. - Interdépendance entre la nature de l'indemnité d'immobilisation et du contrat

25. - L'indemnité d'immobilisation représente donc le prix d'une prestation de service consistant elle-même à immobiliser un bien pendant une certaine durée au profit d'un acheteur potentiel. On peut dire que l'indemnité d'immobilisation est de l'essence de la promesse unilatérale de vente. Les deux notions paraissent si intimement liées qu'il paraît difficile d'envisager que l'une puisse exister sans l'autre et qu'en pratique rares sont les promesses de ventes consenties à titre gratuit. Certes, d'autres avant-contrats peuvent aussi stipuler le versement de sommes d'argent, mais il ne peut pas s'agir d'indemnités d'immobilisation. A l'inverse, la présence d'une telle indemnité dans un avant-contrat permet de qualifier ou de requalifier ce dernier en promesse unilatérale de vente conclue à titre onéreux. Ce sont ces différentes influences réciproques entre l'indemnité d'immobilisation et le contrat de promesse qu'il faut mettre en valeur.

1° Influence de la nature du contrat sur les sommes versées

26. - Dans ce cas de figure, on part du postulat que la nature du contrat est acquise : pacte de

préférence ou promesse d'achat ou de vente (unilatérale ou synallagmatique). Il ne reste plus qu'à qualifier les sommes remises lors de leur signature.

a) Les pactes de préférence

27. - Le pacte de préférence est une convention par laquelle l'une des parties s'engage envers l'autre à lui donner la préférence au cas où elle se déciderait à vendre (74). Elle s'apparente à une promesse de vente sauf sur un point : le promettant n'est pas engagé. Aussi est-il parfois affirmé qu'il s'agit d'une promesse unilatérale de vente conditionnée par l'engagement du promettant (75). Cette qualification est contestable, notamment parce qu'il ne saurait être question d'ériger en condition l'un des éléments fondamentaux du contrat (76). Quoi qu'il en soit, il demeure que, comme dans une promesse unilatérale de vente, nous avons un promettant (le vendeur hypothétique) et un bénéficiaire (l'acheteur potentiel). Le bénéficiaire dispose d'un droit qui lui est reconnu par le pacte : celui d'être préféré à tout autre si le promettant se décidait à vendre. Cette prérogative peut être rémunérée par une somme d'argent qui pourrait se transformer en acompte lors de la réalisation de la vente. Par conséquent, comme l'indemnité d'immobilisation, les sommes versées représentent le prix d'une option, mais cette dernière n'est qu'éventuelle. La qualification « d'indemnité de préférence » semble mieux adaptée.

b) Les promesses d'achat et de vente

28. - *S'il s'agit d'une promesse synallagmatique de vente*, chacune des deux parties est contractuellement liée, de sorte que la somme versée par l'acquéreur représente nécessairement, soit le prix de son dédit éventuel, soit un simple acompte à valoir sur le prix global. Pour un avant-contrat, la qualification de dédit paraît logiquement s'imposer, mais les promesses de vente prévoient généralement que la somme versée à titre de garantie s'imputera sur le prix lorsque la vente définitive sera conclue. La qualification de « dédit » emporte une conséquence majeure : s'agissant d'une promesse synallagmatique de vente, la clause de dédit doit s'analyser en une stipulation d'arrhes envisagée à l'article 1590 du code civil (77). Cette qualification n'est pourtant pas définitive, dans la mesure où les juges s'arrogent souvent le droit de réviser le montant du dédit prévu au contrat en le requalifiant de clause pénale (78).

29. - *Dans le cas d'une promesse unilatérale de vente*, les sommes dues ou versées par le promettant constituent une clause de dédit grâce à laquelle il peut s'exonérer de son engagement en les abandonnant au bénéficiaire. Par contre, les sommes dues ou versées par le bénéficiaire représentent nécessairement la contrepartie financière de l'obligation du promettant qui s'est engagé à vendre le bien. Il ne peut en aucune manière s'agir d'une clause de dédit puisque le bénéficiaire ne prend aucun engagement, sans quoi il n'aurait pas été causé. Par conséquent, on peut affirmer que la qualification des sommes versées dépend de la qualité de leur débiteur : « prix du dédit » ou « prix de l'option », selon qu'il doit être payé par le promettant ou le bénéficiaire. En pratique, c'est le bénéficiaire qui verse l'indemnité au promettant, de sorte que la qualification de « prix de la promesse » ne fait plus de doute aujourd'hui.

30. - *Les promesses unilatérales d'achat* sont beaucoup plus rares que les promesses unilatérales de vente, elles n'en suivent pas moins un régime juridique identique, sauf sur un point : elles sont dispensées d'enregistrement. Pour autant, les sommes qui sont versées à l'occasion de ces promesses ne sont pas des indemnités d'immobilisation. Le plus fréquemment, c'est le promettant qui versera un « dépôt de garantie » au bénéficiaire (79). Comme l'indemnité d'immobilisation, il servira d'acompte si le vendeur lève l'option, mais devra être restituée au promettant dans le cas contraire car il n'est pas le prix d'un service. Par contre, les sommes qui sont versées par le bénéficiaire au profit du promettant représentent le prix de la promesse, et non un simple dédit, mais il ne s'agit pas d'une indemnité d'immobilisation puisque la promesse d'achat ne rend pas le bien indisponible. Par ailleurs, comme pour la promesse de vente, il faudra veiller à ce que la rémunération soit équitable, car dans le cas contraire, il existe un risque de voir la qualification de promesse unilatérale remise en cause. On assiste alors à l'effet contraire : celui exercé par l'indemnité d'immobilisation sur le contrat.

2° Influence de l'indemnité d'immobilisation sur la nature du contrat

31. - Elle est sans doute moins perceptible dans la mesure où cette « lecture » du contrat n'est pas habituelle. Elle reste pourtant très classique, car la simple présence d'une contrepartie à l'obligation du promettant suffit pour conférer à la promesse de vente à la fois une nature de promesse unilatérale et celle d'un contrat à titre onéreux.

a) La nature unilatérale de la promesse

32. - La promesse de vente qui contient une indemnité d'immobilisation est nécessairement unilatérale. En effet, si l'indemnité d'immobilisation représente bien le prix de la promesse, elle trouve naturellement sa place dans une convention où seul le promettant est engagé. S'il s'agissait d'un véritable « dédit », cela présupposerait que le bénéficiaire est symétriquement engagé, donc que la promesse est bilatérale. Une difficulté se présente alors : qu'en est-il si le montant de l'indemnité versée est tel que le bénéficiaire de la promesse est matériellement, si ce n'est juridiquement, obligé d'acquiescer le bien ? Dans cette situation, les tribunaux estiment que la promesse devient synallagmatique, puisque le bénéficiaire a une obligation symétrique à celle du promettant (80). La qualification de promesse synallagmatique de vente n'était pas innocente à défaut d'être juridiquement inattaquable.

33. - La qualification de promesse synallagmatique présente un double intérêt pour le bénéficiaire de la promesse. En premier lieu, les promesses synallagmatiques échappent à la nullité qui frappe les promesses unilatérales de vente qui n'ont pas été enregistrées dans un délai de 10 jours à compter de leur acceptation (CGI, art. 1840 A). En second lieu, et surtout, la disqualification de la promesse unilatérale en promesse bilatérale a pour corollaire la transformation de l'indemnité d'immobilisation en dédit (81). Or, lorsque la rédaction du contrat n'est pas suffisamment précise (82), les magistrats n'hésitent pas à qualifier de clause pénale ce qui devrait logiquement être une faculté de dédit, et ainsi s'arroger le pouvoir de réviser le montant de la somme versée sur le fondement de l'article 1152 al. 2 du code civil (83). Allant plus loin, certains auteurs remettent en cause l'autonomie des deux notions (84). La démonstration serait la suivante : dans une promesse synallagmatique de vente, le dédit fixerait préalablement et forfaitairement les dommages et intérêts que devrait verser la partie qui refuse de signer le contrat définitif (85). Pourtant, ainsi qu'il

a justement été fait observer, la clause pénale ne concerne que l'inexécution du contrat, alors que la partie qui use de sa faculté de dédit ne fait qu'exercer un droit prévu par le contrat lui-même (86).

34. - La qualification de promesse synallagmatique de vente est juridiquement contestable. Au préalable, une première mise au point est nécessaire : c'est bien la promesse qui deviendrait synallagmatique et non le contrat de promesse, car ce dernier l'était déjà depuis l'origine étant donné que le bénéficiaire avait l'obligation de verser une indemnité d'immobilisation (87). Ce point acquis, les critiques formulées à l'encontre de la qualification de promesse bilatérale ont porté sur deux points. Un problème d'évaluation tout d'abord : comment en effet déterminer à partir de quel montant l'indemnité d'immobilisation devient coercitive pour le bénéficiaire de la promesse ? En théorie, il faudrait tenir compte d'une multiplicité d'indices, liés tout autant au montant de l'indemnité d'immobilisation, à la durée de l'indisponibilité du bien, qu'à la situation financière du débiteur. Pourtant, on estime généralement qu'une indemnité inférieure à 20 % du prix n'est pas de nature à transformer la promesse unilatérale en promesse synallagmatique (88). La deuxième critique est plus fondamentale. Sur le plan des principes en effet, le montant de l'indemnité d'immobilisation n'exerce aucune influence sur la nature de la promesse. A partir du moment où le bénéficiaire n'est pas juridiquement engagé, la promesse ne peut qu'être unilatérale, quel que soit le coût du renoncement (89). La jurisprudence, et tout particulièrement la Cour de cassation, devra à l'avenir clairement faire prévaloir le critère juridique, fondé sur une analyse technique du contrat, sur le critère économique, basé sur l'équivalence des prestations.

b) La nature onéreuse de la promesse

35. - Dans la plupart des cas, la promesse n'est pas gratuite, et le promettant reçoit en contrepartie de son engagement un prix, dénommé indemnité d'immobilisation. En son absence, le contrat de promesse devient unilatéral puisque le bénéficiaire ne prend aucun engagement réciproque (90). De la même façon, il faut estimer qu'il est conclu à titre gratuit, si l'on considère qu'il n'y a aucune contrepartie (91). Mais allons plus loin. Nous avons vu que le caractère excessif de l'indemnité d'immobilisation pouvait conduire à la disqualification de la promesse unilatérale en promesse synallagmatique. En sens inverse, on peut se demander si son caractère dérisoire aura une influence sur la nature onéreuse de la promesse. On sait que la vente à « vil prix » peut, soit être

considérée comme une vente sans prix, nulle puisque non causée en l'absence d'intention libérale, soit être considérée comme une donation déguisée (92). Dans le cas de promesses de vente à prix dérisoire, la nullité sera évitée car la promesse est en réalité une libéralité déguisée sous une forme onéreuse. La solution est parfaitement logique : la promesse de vente n'est pas, contrairement à la vente elle-même, un acte à titre onéreux par nature. Elle ne le devient que si les parties ont prévu une indemnité d'immobilisation. La discussion reste néanmoins purement académique car les donations déguisées sont utilisées en pratique pour échapper au paiement des droits de mutation à titre gratuit, or les promesses de ventes n'y sont pas assujetties (93).

II. - DU JEU DE L'INDEMNITÉ D'IMMOBILISATION

36. - Le caractère onéreux de la promesse unilatérale de vente est le signe d'un certain équilibre contractuel. En effet, une indemnité d'immobilisation correctement calculée vient rémunérer exactement le promettant sans affecter la liberté du bénéficiaire. Ce dernier sait par ailleurs que si l'affaire se conclut, la somme qu'il a versée viendra s'imputer sur le prix de vente. Il a donc peu de chance de faire une mauvaise opération en la circonstance. Telle est, du moins, la vision quelque peu idyllique que l'on peut avoir à la description du mécanisme de l'indemnité d'immobilisation. La pratique est pourtant bien différente à partir du moment où le montant de ladite indemnité est suffisamment important pour que l'échec de la transaction apparaisse comme financièrement inacceptable pour le bénéficiaire. Qui peut renoncer sans sourciller à 10 % du prix convenu ? Le sort de l'indemnité d'immobilisation est donc l'objet de très nombreux litiges entre bénéficiaires et promettants (A). A défaut d'obtenir la restitution des sommes versées, le bénéficiaire peut-il espérer leur révision (B) ?

A. - Le sort de l'indemnité d'immobilisation

37. - *A priori*, le sort de l'indemnité d'immobilisation n'est pas lié à celui de la promesse : elle reste acquise au promettant que le bénéficiaire ait levé l'option ou non. Dans l'un ou l'autre cas, l'étude du droit positif nous montre pourtant que le droit acquis du promettant sur l'indemnité d'immobilisation n'est pas sans limites.

1° Lorsque l'option est levée par le bénéficiaire

38. - Lorsque le bénéficiaire lève l'option dans les délais impartis, il transforme la promesse unilatérale de vente en contrat définitif (94) et par la même occasion, l'indemnité d'immobilisation en acompte à valoir sur le prix si le contrat le stipule. Ce schéma sera néanmoins contrarié dans la mesure où la levée de l'option peut dans certains cas s'avérer inefficace. Il en ira naturellement ainsi lorsqu'elle est faite hors délais, mais aussi parfois alors même qu'elle est faite dans les délais.

a) L'option est levée hors délais

39. - Dans l'hypothèse d'une option levée après la fin du délai prévu dans la promesse unilatérale, le bénéficiaire ne saurait rien reprocher au promettant et devra se résigner à la perte de l'indemnité versée (95). Une difficulté existe néanmoins lorsque l'acte de promesse de vente ne précise pas le délai dans lequel doit s'exercer l'option. La promesse est dite alors à « durée indéterminée ». Comme il ne saurait être question d'admettre que la promesse de vente s'éternise, le promettant devra mettre en demeure le bénéficiaire de se déterminer dans un délai « raisonnable » (96). Si l'option est levée après l'expiration du délai accordé, elle est hors délai donc inefficace.

b) L'option est levée dans les délais

40. - L'option, bien que levée dans les délais, ne sera pas efficace si le promettant avait préalablement retiré son engagement. L'inefficacité peut aussi être celle de la promesse devenue synallagmatique à la suite de la levée de l'option par le bénéficiaire, lorsque l'une des deux parties

au contrat se refuse à signer l'acte de vente définitif.

41. - Si la levée de l'option intervient dans le délai mais après le retrait du promettant, l'attitude de ce dernier est certes condamnable, mais doit-on pour autant aller jusqu'à considérer que le contrat définitif s'est valablement formé ? On sait que la Cour de cassation s'y est refusée, elle qui, après avoir rappelé que la formation d'un contrat exige la rencontre des volontés, avait condamné le promettant fautif en réparation du préjudice subi par le bénéficiaire (97). Bien que le problème ne fût pas abordé dans cette décision, on peut s'interroger sur le sort de l'indemnité d'immobilisation au cas de retrait abusif du promettant. A l'évidence, l'indemnité d'immobilisation devient sans objet et le séquestre doit la restituer au bénéficiaire, ou bien celui-ci être dispensé de la verser dans l'hypothèse, peu fréquente il est vrai, où il ne s'en était pas acquitté lors de la conclusion du contrat de promesse. Si le promettant avait encaissé l'indemnité, les dommages et intérêts auxquels il sera condamné devront en tenir compte.

42. - Le refus par l'une des parties de signer l'acte de vente définitif présente une difficulté similaire. Généralement en effet, le contrat de promesse prévoit que la vente devra être réitérée par acte authentique avant une certaine date. Plus précisément, alors que normalement le transfert de propriété a lieu dès la levée de l'option (98), les parties en retardent souvent l'effet jusqu'au jour de la signature de l'acte authentique (99). Que décider si l'une des deux parties se refuse à régulariser la vente ? Aujourd'hui, il est unanimement admis que chacune d'entre elles peut obtenir une décision judiciaire valant titre (100). Dès lors, l'indemnité d'immobilisation jouera normalement son rôle d'acompte. Néanmoins, lorsque c'est le bénéficiaire qui est à l'origine du refus, les promesses de vente prévoient le plus souvent que l'indemnité d'immobilisation restera acquise au promettant à titre de dommages et intérêts (101). Par contre, lorsque le refus provient du promettant, les dommages et intérêts qu'il sera amené à verser au bénéficiaire en réparation du préjudice subi consécutivement au retard pris dans l'exécution du contrat (102) pourront se compenser avec l'indemnité d'immobilisation.

2° Lorsque l'option n'est pas levée par le bénéficiaire

43. - Dans ce cas, le promettant conservera l'indemnité d'immobilisation ou en demandera le paiement au séquestre, au bénéficiaire ou à sa caution. Par principe, il importe peu que le bénéficiaire ait renoncé volontairement à acquérir le bien ou qu'il y ait renoncé malgré lui ; le promettant a respecté son engagement et sa rémunération s'en trouve parfaitement justifiée. Pourtant, la perte de l'indemnité d'immobilisation sera particulièrement difficile à accepter pour le bénéficiaire lorsque son désistement ne lui est pas imputable. Ainsi, les tribunaux n'hésitent pas à ordonner la restitution de l'indemnité d'immobilisation au bénéficiaire lorsque le promettant n'a pas respecté ses obligations de renseignement (103), de délivrance ou de garantie (104). Il est surtout conseillé aux bénéficiaires de lier la promesse de vente à la réalisation des conditions matérielles ou juridiques dont dépend l'issue de la transaction. En pratique, les promesses de vente, même unilatérales, sont le plus souvent assorties de conditions suspensives telles que l'obtention d'un prêt bancaire ou d'une autorisation administrative. Cependant, il ne faudrait pas que le légitime souci de protection du bénéficiaire aboutisse à une dénégation de sa responsabilité, et l'échec de la condition par son fait ne lui permettra pas de se dégager sans frais d'un contrat dont il ne veut plus.

a) La mise sous condition de la promesse unilatérale

44. - L'utilisation de la condition suspensive dans une promesse unilatérale de vente peut initialement surprendre. En effet, puisque le bénéficiaire n'est pas tenu d'acquérir le bien, la subordination de la promesse de vente à la réalisation d'une ou de plusieurs conditions ne devrait rien lui apporter. En fait, tel est bien le cas lorsque la promesse est consentie à titre gratuit. Tout au contraire, lorsqu'elle est accordée à titre onéreux, contre le versement d'une indemnité d'immobilisation, le jeu de la condition suspensive présente un intérêt évident pour le bénéficiaire. En effet, si la condition ne se réalise pas, la promesse devient caduque puisque l'indemnité d'immobilisation est privée de cause ; le promettant ne peut s'opposer à sa restitution (105). Ainsi, lorsque la promesse est liée à l'obtention d'un permis de construire, l'indemnité devra être restituée

au bénéficiaire si le permis a été refusé (106), ou délivré pour une superficie inférieure à celle stipulée au contrat de promesse (107). Egalement, lorsque le prêt qui conditionnait la promesse a été refusé ou si le prêt accordé ne correspond pas à la demande qui avait été déposée (108), ou si le prêteur s'est légalement rétracté (109).

45. - Il apparaît que c'est donc l'indemnité d'immobilisation qui justifie la mise sous condition(s) suspensive(s) de la promesse unilatérale de vente. Comme la plupart d'entre elles sont conclues à titre onéreux, la présence d'une condition suspensive dans ces contrats est presque toujours assurée, du moins lorsque la réalisation de la vente dépend aussi d'un événement extérieur. La loi du 13 juillet 1979 sur la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier rend même obligatoire cette condition lorsque la promesse de vente porte sur un immeuble d'habitation financé au moins pour partie à l'aide d'un ou de plusieurs prêts (c. cons. art. L. 312-15 à L. 312-17). Si le prêt n'est pas obtenu, les sommes versées par l'acquéreur au vendeur doivent lui être restituées (art. L. 312-16, al. 2) (110). Cette disposition est d'ordre public, il n'est donc pas possible de prévoir dans la promesse que l'indemnité d'immobilisation restera acquise au promettant si le bénéficiaire n'a pu justifier du prêt dans le délai convenu (111).

46. - La promesse de vente précisera à la fois le contenu et les modalités de la condition suspensive. Notamment, elle devra avoir été réalisée dans un certain délai et, lorsque la promesse est liée à l'obtention d'un prêt ou d'une autorisation administrative, ceux-ci seront strictement encadrés : montant, durée et rémunération du prêt notamment (112). Si le prêt ou l'autorisation n'est pas obtenu dans les délais, ou s'il n'est pas conforme à la promesse, la condition est réputée être défaillie. Cette rigidité dans le jeu de la condition suspensive permet d'assurer la sécurité juridique des parties, mais elle ne doit pas autoriser le bénéficiaire à échapper indûment au paiement de l'indemnité.

b) L'échec de la condition par le fait du bénéficiaire

47. - Il n'est pas rare en effet de voir un bénéficiaire qui a changé d'avis provoquer lui-même l'échec de la condition suspensive. Cette attitude ne lui sera pas profitable. Aux termes de l'article 1178 du code civil en effet, « *La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé*

sous cette condition qui en a empêché l'accomplissement ». Par voie de conséquence, la promesse de vente s'en trouve rétroactivement validée et l'indemnité d'immobilisation devra être honorée. Il en est ainsi lorsque la demande de prêt n'est pas conforme à la promesse de vente (113), lorsqu'elle est faite hors délais (114) ou si elle n'est pas déposée (115). En revanche, l'emprunteur n'est pas tenu d'effectuer plusieurs démarches auprès de plusieurs banques, sauf convention contraire des parties (116). Par ailleurs, on observera que, au cas de refus du prêt proposé, il n'est pas nécessaire de faire jouer l'article 1178 puisque, si l'offre de prêt est conforme à la convention des parties et à la législation applicable, la condition est déjà remplie (117). Aujourd'hui ce point est acquis, mais la notion « d'obtention d'un prêt » avait autrefois suscitée des opinions divergentes (118). La solution est juridiquement imparable, mais elle peut être sévère pour le bénéficiaire qui a dû renoncer à son acquisition après avoir perdu son emploi. Afin d'éviter que sa situation ne s'aggrave encore un peu plus, il peut être stipulé dans le contrat que la condition suspensive ne sera accomplie que lors de l'acceptation de l'offre de prêt (119).

48. - Conformément aux règles posées à l'article 1315 du code civil, si le bénéficiaire d'une promesse doit apporter la preuve de l'échec de la condition, il revient au promettant de démontrer qu'il lui est imputable. La Cour de cassation estime néanmoins que, au cas où l'offre de prêt ne répond pas aux exigences de la condition, il appartient au bénéficiaire de prouver que sa demande de prêt était conforme à la promesse de vente (120). La solution doit être approuvée à la lumière de l'article 1315. Pour prouver son bon droit, le bénéficiaire doit en effet être en mesure de démontrer les deux composantes indispensables de l'échec de la condition : une demande de prêt conforme à la promesse de vente et une offre de prêt non conforme à la demande (ou refusée). Les dissocier conduirait à mettre à la charge du promettant une preuve négative. Par contre, il lui revient de démontrer que les éléments apportés par le bénéficiaire sont inexacts. Le « dialogue » instauré par l'article 1315 est ainsi préservé.

49. - On a pu reprocher aux juridictions de faire jouer trop facilement l'article 1178 du code civil, dans des situations où le prêt aurait de toute façon été refusé, ou alors que la faute de l'acquéreur n'était pas probante (121). Les deux arguments ne sont pas d'égale valeur. Le premier repose sur une certaine doctrine qui refuse de faire application de l'article 1178 lorsque la condition ne se

serait de toute façon pas réalisée (122). Ce point de vue, au demeurant isolé, est contraire à l'opinion générale selon laquelle l'article 1178 édicte une mesure de sanction à l'encontre du débiteur sous condition (123). Dès lors, l'échec de la condition importe peu, et l'indemnité d'immobilisation doit rester acquise au promettant. Le deuxième argument mérite sans doute plus d'attention. Si la jurisprudence s'attache à vérifier que l'attitude de l'emprunteur est fautive (124), on peut en effet critiquer certaines décisions qui l'ont admis alors qu'elle était dictée par une prise de conscience certes tardive mais bien légitime (125), ou par des difficultés financières qui n'existaient pas au jour de la signature de la promesse (126). Cette dernière hypothèse est la plus douloureuse, mais pas la moins critiquable. Le salarié licencié commet-il une faute en demandant à sa banque de ne pas lui accorder le prêt ? On peut en douter, mais la preuve du licenciement devra être rapportée (127). Malgré tout, la voie est incertaine et ici aussi il est plus sûr de stipuler que la condition ne se réalisera que lors de l'acceptation du prêt (128). Il reste que, fondamentalement, le problème demeure ; on a simplement laissé un peu plus de temps à l'acquéreur pour se déterminer. Lorsque la condition sera réalisée, la promesse sera validée et l'indemnité sera due. Après, ce n'est plus le problème de l'exigibilité de l'indemnité mais celui de sa révision.

B. - La révision de l'indemnité d'immobilisation

50. - Le montant élevé de l'indemnité d'immobilisation incitera le bénéficiaire de la promesse à en demander la révision lorsqu'il n'a pas été en mesure de lever l'option à l'issue du délai d'option ou lorsqu'il y a renoncé de façon anticipée. De deux choses l'une : soit le contrat de promesse a prévu un mécanisme de révision auquel cas il suffit de l'appliquer (129), soit il n'a rien prévu et le bénéficiaire ne peut que former une demande de révision en justice. Il reste à trouver un fondement juridique à la révision judiciaire de l'indemnité. C'est ici que les choses se compliquent. Initialement, on pensait que la réponse à cette question dépendait exclusivement de la nature juridique de l'indemnité d'immobilisation. Or, en lui attribuant une nature de prix, la Cour de cassation rendait impossible toute réduction reposant sur le seul caractère de dommages et intérêts,

en même temps qu'elle ouvrait des perspectives nouvelles pour une révision fondée sur la recherche d'un certain équilibre contractuel.

1° La révision impossible

51. - C'est celle qui se fonde exclusivement sur la nature juridique de l'indemnité d'immobilisation. Seule la qualification de dommages et intérêts aurait pu permettre sa réduction judiciaire, soit en tant que clause pénale sur la base de l'article 1152 alinéa second du code civil, soit éventuellement en prouvant un préjudice moindre du promettant dans la mesure où la qualification de clause pénale n'est pas retenue. Ces analyses ont tour à tour été justement condamnées par la Cour de cassation.

a) La révision de la clause pénale

52. - Après avoir posé le principe de la fixité de la clause pénale en son alinéa premier, l'article 1152 alinéa second précise que « *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite* ». S'agissant de l'indemnité d'immobilisation, cette disposition ne trouvera pas à s'appliquer dès lors que la qualification de clause pénale a été formellement écartée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation en 1984 (130). La solution était attendue (131) : la clause pénale est une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts dus par le débiteur qui n'a pas exécuté l'une de ses obligations contractuelles, alors que le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente qui renonce à acquérir le bien promis ne méconnaît aucun engagement puisqu'il ne fait qu'user d'une faculté offerte par le contrat lui-même (132).

53. - Ceci ne signifie nullement que le bénéficiaire n'a pas d'obligations : il doit au moins payer l'indemnité d'immobilisation. Il s'agit d'une obligation pure et simple et non alternative ou facultative comme il est parfois affirmé. Ramenée à l'hypothèse d'une promesse unilatérale de

vente à titre onéreux, l'obligation alternative se caractériserait par le choix entre lever l'option ou payer l'indemnité d'immobilisation. En réalité, le choix ne se situe qu'au niveau de l'option (133), alors que l'obligation principale du bénéficiaire reste celle du paiement du prix. L'existence d'obligations facultatives doit, pour la même raison, être réfutée. Contrairement à l'obligation alternative, l'obligation est unique, mais le débiteur peut y substituer une autre (134). Dans le cas présent, l'obligation unique ne peut qu'être celle du paiement de l'indemnité, obligation qui serait éteinte si le débiteur lève l'option (135). Cette analyse n'est pas non plus admissible parce que l'indemnité d'immobilisation reste due au promettant en tant que rémunération de son engagement, et si elle se transforme ensuite en acompte ce n'est que par la volonté des parties (136). C'est cette nature de prix qui s'opposera aussi à la révision de l'indemnité au titre des dommages et intérêts contractuels qui ne résultent pas de l'inexécution d'une obligation par le débiteur.

b) La révision des autres dommages et intérêts

54. - Tous les dommages et intérêts prévus contractuellement ne constituent pas une clause pénale, mais seulement ceux qui permettent de sanctionner le débiteur qui n'a pas respecté l'une de ses obligations (137). Dès lors, ne pouvait-on pas estimer que l'indemnité d'immobilisation a pour fonction la réparation d'un autre préjudice que celui né de l'inexécution d'une obligation contractuelle ? Notamment, si l'on estime que l'indemnité d'immobilisation vient réparer le dommage causé au promettant qui s'interdit de céder le bien pendant le délai d'option, il peut sembler légitime de reconnaître aux magistrats la possibilité de réviser l'indemnité due par le bénéficiaire, particulièrement au cas de renonciation anticipée. Cette analyse trouve quelque écho en jurisprudence, mais la Cour de cassation s'y est très nettement opposée.

55. - Ceci présupposerait d'abord que la révision de dommages et intérêts forfaitaires est possible hors application de l'article 1152, ce qui a été implicitement condamné par le législateur en 1975, ou que le domaine d'application de l'article 1152 alinéa second n'est pas limité aux seules clauses pénales (138), alors que la Cour de cassation s'est clairement opposée à la révision de dommages et intérêts forfaitaires lorsqu'ils ne sont pas constitutifs d'une clause pénale (139). Surtout, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes : l'indemnité d'immobilisation constitue la rémunération du promettant et non pas son indemnisation (140). Ainsi, le rejet de l'approche réparatrice devait à

elle seule exclure toute forme de révision fondée sur ce seul motif. La première chambre civile consacra cette idée en 1995, dans une affaire où le bénéficiaire entendait recouvrer l'intégralité de l'indemnité d'immobilisation du fait que les promettants ne subissaient aucun préjudice puisqu'ils avaient finalement renoncé à vendre leur bien (141). De même, aucune réduction de l'indemnité d'immobilisation pour préjudice moindre ne devrait être accordée au cas de renonciation anticipée du bénéficiaire (142).

56. - Toute révision de l'indemnité d'immobilisation par assimilation à des dommages et intérêts, constitutifs ou non d'une clause pénale, doit donc être exclue. Il demeure que les notions de prix et d'indemnité ne sont pas nécessairement incompatibles, dans la mesure où le prix peut justement être fixé en considération du préjudice subi par le vendeur. Particulièrement, il n'est pas inconcevable de penser que l'indemnité d'immobilisation sert à indemniser le promettant qui s'est engagé à maintenir son offre pendant un certain délai en même temps qu'elle constitue le prix de ce service. Cela étant, il faut faire un choix, et l'on comprend aisément celui des bénéficiaires qui pensaient accéder plus facilement à la révision d'une « indemnité » en prouvant un préjudice moindre ou inexistant, que par la révision d'un « prix » qu'ils estiment déséquilibré. Cette dernière qualification est pourtant plus accessible.

2° La révision envisageable

57. - Puisque l'indemnité d'immobilisation possède une nature de « prix », il paraît difficile d'envisager sa révision, même s'il n'est pas ou plus en adéquation avec l'engagement du débiteur, à partir du moment où il est l'expression de la liberté contractuelle. Le dogme de l'autonomie de la volonté s'oppose ainsi à la révision judiciaire de l'indemnité d'immobilisation lorsqu'elle a été librement débattue et acceptée par le bénéficiaire. Les magistrats essayent néanmoins, dans la mesure du possible, de restaurer un certain équilibre contractuel avec les armes dont ils disposent et qui leurs sont fournies par le code civil lui-même : la théorie de la cause (art. 1131) ou

l'interprétation de la volonté des parties (art. 1134). Toutefois, alors que le premier fondement permettra de sanctionner un déséquilibre présent lors de la formation du contrat, le second sera utilisé lorsque la convention se révélera déséquilibrée à l'usage. Précisément, le caractère exagéré de l'indemnité d'immobilisation peut être patent lors de la conclusion de la promesse unilatérale de vente ou apparaître *a posteriori* (143).

a) L'indemnité a priori exagérée

58. - C'est l'hypothèse la plus rare, tant il est vrai qu'en pratique l'usage est de fixer l'indemnité d'immobilisation à hauteur de 10 % du prix convenu, et qu'à ce niveau nul n'invoque son caractère exagéré, alors qu'une indemnité très supérieure à ce montant risquerait de dénaturer la promesse plus que d'aboutir à une révision de l'indemnité (144). Pourtant, toute idée de révision ne doit pas être définitivement abandonnée, alors même que l'indemnité est d'un montant usuel, ceci parce qu'il faut aussi tenir compte d'un autre paramètre que la seule valeur du bien : la durée de l'option. L'indemnité d'immobilisation ne représente-t-elle pas le prix de cette option ? Il doit donc être en adéquation avec le service rendu, si bien qu'une même indemnité apparaîtra tour à tour excessive, justement proportionnée ou insuffisante, selon la durée du délai d'option. Certes, les promesses unilatérales prévoient le plus souvent un délai de quelques mois, mais elles peuvent aussi être à durée indéterminée ou prévoir un délai très bref. C'est dans ce dernier cas que l'indemnité pourrait être réduite, mais sur quelle base ? On peut éventuellement songer à la lésion ou plus efficacement à l'absence de cause.

59. - *L'idée de lésion* est celle qui vient immédiatement à l'esprit puisqu'elle représente justement un défaut d'équivalence dans les prestations au moment de la signature du contrat (145). Il s'agit pourtant d'une impasse dans la mesure où la lésion n'est pas en droit français une cause générale d'annulation ou de révision des conventions (c. civ. art. 1118), mais pour certaines d'entre elles et sous certaines conditions seulement. Or justement, aucun texte ne permet de fonder une action en rescision ou en révision de l'indemnité d'immobilisation pour cause de lésion. Certes, notamment, les ventes d'immeubles peuvent être rescindées si le prix stipulé à l'acte n'atteint pas les 5/12 de la valeur du bien (c. civ. art. 1674), mais d'une part la sanction encourue est ici la nullité du contrat et d'autre part c'est du prix de la vente dont il s'agit et non celui de la promesse. Plus judicieusement,

on a pu suggérer (146) d'étendre à l'indemnité d'immobilisation la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la réduction de la rémunération des mandataires et des professions libérales (147). On peut effectivement raisonner par analogie, mais dans ce cas les situations doivent être comparables, ce qui n'est pas le cas ici puisque l'indemnité d'immobilisation n'est pas à classer parmi les revenus professionnels (sauf si le promettant est un marchand de biens). Mais là n'est pas l'essentiel, car après tout, la révision de l'indemnité d'immobilisation pour cause de lésion ne serait pas plus critiquable que celle des mandataires professionnels, simplement elle porterait une fois de plus atteinte à la force obligatoire du contrat (148).

60. - *L'absence de cause*, ou son caractère notoirement insuffisant, pourrait aussi permettre la révision du contrat, et donc porter atteinte à sa force obligatoire, mais elle a un fondement légal indiscutable : l'article 1131 du code civil (149). Il y a encore quelques années, l'idée selon laquelle un contrat déséquilibré pourrait être révisé sur le seul fondement de l'article 1131 aurait été considérée comme subversive car contraire à l'article 1118 précité (150). Pourtant, la jurisprudence relative à la révision des honoraires excessifs pouvait déjà lui être rattachée (151), mais surtout, la Cour de cassation a le 22 octobre 1996 fondé de la façon la plus nette qui soit le droit de réviser un contrat sur l'article 1131 (152), faisant de la cause un « outil de justice contractuelle » (153). Dans l'arrêt « Chronopost » en effet, la haute juridiction rééquilibre les obligations contractuelles des parties en réputant non écrite une clause limitative de responsabilité du transporteur professionnel. Le raisonnement est aussi simple qu'efficace : la clause limitative de responsabilité contrevient à l'obligation essentielle du transporteur qui est de livrer la chose transportée en temps et en heure ; l'obligation du créancier est donc sans cause. Cette jurisprudence ouvre de nouvelles perspectives aux justiciables, mais peut-elle autoriser la révision judiciaire de l'indemnité d'immobilisation ? On peut en douter. D'abord, parce que l'absence de cause étant un vice de formation du contrat, seule une indemnité *a priori* déséquilibrée pourrait être révisée sur ce fondement (154), alors que le caractère excessif de l'indemnité d'immobilisation apparaîtra le plus souvent *a posteriori*. Ensuite et surtout, parce que la cause n'a pas pour mission d'assurer l'équilibre des prestations, mais elle permet de vérifier que la contrepartie existe bien au moment de la formation du contrat (155). L'arrêt « chronopost » ne dit d'ailleurs pas autre chose lorsqu'il constate que l'engagement principal du débiteur est remis en cause par la limitation de sa responsabilité. Simplement, cette décision

offre aux magistrats une possibilité supplémentaire de réfaction du contrat lorsque le débiteur manque à son obligation essentielle. Ainsi, dans une promesse unilatérale de vente à titre onéreux, à partir du moment où le promettant prend l'engagement de maintenir son offre pendant la durée de l'option, l'obligation du bénéficiaire de verser l'indemnité d'immobilisation est parfaitement causée, alors même que son montant peut paraître excessif eu égard au délai fixé (156). La situation est différente lorsque l'indemnité se révèle excessive après coup.

b) L'indemnité a posteriori excessive

61. - C'est la situation la plus fréquente. Voici une indemnité d'immobilisation qui a été fixée conformément aux usages mais qui, compte tenu des circonstances, apparaît ensuite disproportionnée. Quelles sont ces « circonstances » qui peuvent rendre la promesse de vente déséquilibrée ? Essentiellement lorsque le bénéficiaire renonce à l'opération avant la fin du délai d'option. Nous avons vu que la nature de « prix de la promesse » s'oppose à la suppression de l'indemnité par la preuve de l'absence de préjudice du promettant, pourtant évident s'il a finalement renoncé à vendre son bien, ou à sa réduction par la preuve d'un préjudice moindre, plausible s'il a renoncé par anticipation. Malgré tout, beaucoup de juridictions sont tentées de réduire l'indemnité d'immobilisation lorsque le bénéficiaire n'a pas utilisé tout le délai qui lui était accordé, afin de préserver un certain équilibre contractuel. Il demeure que la révision du prix suppose la réfaction du contrat, c'est-à-dire un nouvel accord de volonté. Toute modification judiciaire ou unilatérale du prix serait directement contraire à l'article 1134 du code civil.

62. - Pourtant, c'est ce même article 1134 qui permet la révision judiciaire de l'indemnité si le bénéficiaire renonce à lever l'option avant l'expiration du délai. L'idée est simple mais arbitraire : il faut supposer que les parties aient entendu fixer le montant de l'indemnité d'immobilisation « prorata temporis ». Dès lors, rien ne s'oppose à la réduction du prix, et surtout pas l'article 1134, puisque ce sont précisément les parties qui sont réputées l'avoir voulu ainsi (157). La Cour de cassation a rendu une première décision allant en ce sens lorsque, après avoir rappelé que l'indemnité d'immobilisation ne constituait pas une clause pénale, elle avait reproché à la cour d'appel d'avoir statué « *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 au bénéfice de la promesse de vente » (158). Ainsi qu'il a été montré, cette décision était susceptible de deux interprétations différentes (159). Dans l'absolu, l'arrêt ne paraît pas remettre en cause le caractère immuable de l'indemnité ; il envisage seulement la possibilité de sa révision fondée sur la recherche de la commune intention des parties (160). Pourtant, la formulation de l'attendu final de l'arrêt, rendu sous le visa de l'article 1134, ne peut tromper. Inévitablement, la Cour de cassation créait un lien entre la durée de l'option et le montant de l'indemnité, sauf à démontrer la volonté contraire des parties. C'est bien comme cela que l'ont interprété par la suite certaines juridictions du fond (161).

63. - La solution retenue par la Cour de cassation a pour mérite d'exclure toute idée de révision fondée sur un moindre préjudice du promettant. En effet, admettre la réduction « *prorata temporis* » de l'indemnité d'immobilisation fondée sur une conception indemnitaire de celle-ci reviendrait à admettre que le préjudice est exactement proportionnel à la durée effective de l'option, difficilement admissible, sauf s'il s'agit exclusivement de dommages et intérêts moratoires, ce que nous avons exclu (162). Elle a aussi pour mérite celui de l'équité, mais c'est au prix d'une interprétation quelque peu divinatoire de la volonté des parties. On peut en effet penser que si les contractants avaient entendu fixer le montant de l'indemnité en fonction de la durée de l'option, ils l'auraient spécifié dans le contrat. D'ailleurs, ils peuvent avoir envisagé contractuellement l'éventualité d'une réduction de l'indemnité, soit pour en consacrer l'idée au moyen d'une clause de révision du prix, soit au contraire pour la rejeter en stipulant que l'indemnité sera due « en tout état de cause ». Dans ce dernier cas, la Cour de cassation refuse fort justement aux magistrats le pouvoir d'en réduire le montant (163). En l'absence de stipulations de cette nature, les juges sont tentés de réduire l'indemnité *prorata temporis*. On regrettera que ce rééquilibrage du contrat se fasse au détriment de sa force obligatoire... qui par ailleurs lui sert justement de fondement ! Utiliser la loi contre elle-même ; n'est-ce pas la définition de la fraude à la loi ?

64. - La nature de prix de l'indemnité d'immobilisation est un obstacle à sa révision. Cette dernière possède inévitablement un caractère forfaitaire puisqu'elle est presque uniformément fixée à 10 % du montant de la transaction quelle que soit la durée de l'option. Par conséquent, sauf à rapporter la preuve inverse, il faut aussi convenir que le prix n'est pas fixé en proportion de la durée effective

du délai d'option. Au contraire, le bénéficiaire supporte un aléa qui résulte de l'engagement de payer un prix ferme et définitif alors qu'il ne sait pas lui-même sous quel délai il lèvera l'option. Car dans l'esprit du bénéficiaire, et là se situe le problème, il ne fait pas de doute qu'il entend acquérir le bien. Nul n'acquitterait une indemnité d'immobilisation aussi importante si elle concernait un bien dont l'achat est simplement éventuel. Pour le bénéficiaire, l'indemnité d'immobilisation n'est pas simplement le prix de l'option ; elle représente en fait le prix de la réservation (164). Comme la condition suspensive à laquelle la promesse peut-être subordonnée ne doit pas reposer sur l'unique volonté du débiteur, sans quoi elle serait purement potestative, seule la réduction prorata temporis de l'indemnité peut lui permettre de récupérer au moins une partie des fonds versés. Il s'agit donc d'un argument de circonstance qui ne résiste pas à l'analyse juridique. Néanmoins, afin d'éviter toute spéculation inutile, il est préférable d'attirer l'attention du bénéficiaire sur le caractère forfaitaire de l'indemnité d'immobilisation, sauf à l'indexer sur la durée du délai d'option. En contrepartie, le promettant pourrait accepter une baisse de son montant. L'équilibre du contrat n'en souffrirait pas.

(1) La contrepartie peut aussi prendre d'autres formes, telles que l'engagement du bénéficiaire de réaliser certaines prestations au profit du promettant. V. F. Bénac-Schmidt, *Le contrat de promesse unilatérale de vente*, LGDJ 1983, n° 45 et s.

(2) V. Civ. 1^{re}, 30 mai 1995, Bull. civ. I, n° 225, où il est reproché au notaire de ne pas s'être assuré du droit de son client sur l'indemnité d'immobilisation lorsque la promesse de vente devint caduque à la suite de sa renégociation.

(3) D. Tomasin, *La valeur des promesses unilatérales de vente*, Rev. Administrer, oct. 1996, n° 282, p. 15 et s.

(4) Une décision a été publiée au bulletin civil (Bull. civ. III, 1993, n° 174, p. 115, *consorts Cruz c/ Mme Godard*). Cette décision a fait l'objet de nombreux commentaires. V. not. F. Bénac-Schmidt, D. 1994, p. 507 ; D. Mazeaud, JCP éd. G, 1995.II.22366 ; et P. Delebecque, Defrénois, 1994, art. 35845, p. 795.

(5) P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, Cujas, 13^e éd. 1999-2000, n° 120.

(6) C. Larroumet, note sous Civ. 3^e, 20 déc. 1994, JCP éd. G, 1995.II.22491.

(7) Sur ce débat déjà ancien, V. F. Bénac-Schmidt, *op. cit.* n° 41 et s. Aussi, P. Allouard, *La promesse de vente : aspects de droit notarial*, thèse droit, Lyon, 1990, p. 27 et s.

(8) En ce sens : Paris, 2 juill. 1931, Gaz. Pal. 1931.2.726 et Paris, 3 déc. 1931, D. 1931.2.147. *Contra* : Orléans, 21 janv. 1948, JCP 1948.I.4388, note Becque et Orléans, 5 janv. 1949, JCP 1949.II.4962, note Voirin.

(9) B. Boccara, *De la notion de promesse unilatérale*, JCP 1970.I.2357 *bis*.

(10) F. Collart-Dutilleul, Les contrats préparatoires à la vente d'immeuble, S. 1988, n° 45.

(11) Com., 23 juin 1958, D. 1958.581, note P. Malaurie et JCP 1958.II.10857, note P.E. Selon la Cour de cassation : « *La cause de l'engagement pris par l'acquéreur de verser un dédit réside dans l'avantage que lui procure le promettant en s'interdisant de céder son fonds de commerce à une autre personne pendant un délai déterminé.* »

(12) B. Bevière, La preuve du paiement d'une indemnité d'immobilisation dans la promesse de vente, note à propos de Cass. com., 23 avr. 1997, Petites affiches, 1998, n° 131, p. 6. A supposer toutefois que les sommes transitent par la comptabilité du notaire, ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

(13) P. ex. Civ. 1^{re}, 3 mai 1995, JCP éd. N, 1995, n° 37, p. 1227.

(14) L. Boyer, Rép. Dalloz, Promesse de vente, n° 33, p. 5.

(15) La caution est stipulée dans le seul intérêt du promettant. Le bénéficiaire qui n'a pu l'obtenir ne saurait s'en servir comme excuse pour ne pas payer l'indemnité d'immobilisation, Paris, 10 juill. 1992, D. 1992.IR.256. Aussi, Civ. 3^e, 15 déc. 1998, Lamy (Cassation), arrêt n° 1921, pourvoi n° 97-13.025.

(16) Relevant l'inefficacité de la caution liée à son caractère accessoire, certains avaient suggéré de la remplacer par une garantie à première demande, V. Ch. Bastard de Crisnay, Brèves remarques sur l'application du cautionnement et de la garantie à première demande en matière de promesse unilatérale de vente, Defrénois, 1992, p. 1393, n° 35389.

(17) F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, Contrats civils et commerciaux, D. 1998, n° 65 ; P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 121 ; J. Schmidt-Szalewski, J.-Cl. (Vente), art. 1589, fasc. 80, n° 70.

(18) Le volume du contentieux né des demandes en restitution ou en paiement des indemnités d'immobilisation est considérable. S'agissant d'une action personnelle et mobilière, c'est le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent, Civ. 2^e, 23 oct. 1991, Bull. civ. II, n^o 270.

(19) Cf. *infra*, n^o 43 et s.

(20) F. Bénac-Schmidt, thèse précitée, n^o 41 et s., F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n^o 44. Certains auteurs préfèrent parler de « prix de l'option », V. B. Gross, P. Bihr, Contrats, T1, Ventes civiles et commerciales, Baux d'habitation et baux commerciaux, Thémis, PUF, 1993, p. 78, ou encore de « prix de la promesse », V. J. Ghestin, Traité de droit civil, La formation du contrat, LGDJ 1993, n^o 236.

(21) Com., 23 juin 1958, précité. En dernier lieu, Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, Petites affiches, 3 juill. 1996, p. 38, note Y. Dagherne-Labbe : « *L'indemnité d'immobilisation, stipulée dans une promesse unilatérale de vente comme acquise au promettant en cas de défaut de réalisation de la vente, constitue le prix de l'exclusivité consentie au bénéficiaire de la promesse.* » Et sur renvoi après cassation, Paris, 7 mai 1997, Bull. Joly, oct. 1997, n^o 319, note P. Le Cannu.

(22) V. A. Benet, Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale, JCP éd. G, 1987.I.3274.

(23) V. L. Boyer, La clause de dédit, Mélanges offerts à L. Raynaud, p. 43.

(24) G. Azema, Promesses et compromis de vente, Delmas, 6^e éd., 1996, p. 58.

(25) Cf. *supra*, n^o 3.

(26) F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n^o 52, p. 32. D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ 1992, n^o 369 et s. Par contre, la distinction entre la clause de dédit et la clause pénale est souvent rendue délicate, en partie parce que la rédaction des contrats n'est pas suffisamment précise, Cf. *infra*, n^o 33.

(27) L'article 1590 du code civil précité concerne les promesses synallagmatiques puisqu'il fait référence à l'engagement du vendeur et de l'acheteur, L. Boyer, Les promesses synallagmatiques de vente, RTD civ. 1949, p. 1 et s.

(28) En ce sens, P.H. Antonmattei et J. Reynard, Contrats spéciaux, Litec, 1^{re} éd. 1997, n° 60 ; A. Bénabent, Les contrats spéciaux, Montchrestien, 4^e éd. 1999, n° 113, p. 75 ; F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 80 ; P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 111.

(29) J. Schmidt, J.-Cl. (Vente), art. 1590, fasc. I-1, n° 6 et s. En ce sens, Civ. 3^e, 30 mai 1969, JCP.1969.II.16039, note P.L.

(30) Aubry et Rau, Droit civil, T5, 6^e éd. par Esmein, n° 349 ; Carbonnier, RTD civ. 1956, p. 363.

(31) R. Decottignies, Arrhes, Rép. Dalloz, n° 17 ; Mazeaud, Leçons de droit civil, T3, vol. 2, n° 806. V. la jurisprudence citée par F. Bénac-Schmidt, art. précité, n° 12 et s.

(32) J.C. Grall, Présentation et analyse de la loi du 18 janvier 1992 renforçant la protection du consommateur, Petites affiches, 1992, n° 97, p. 14 et 1992, n° 98, p. 9 ; J. Huet, Les hauts et les bas de la protection contre les clauses abusives (à propos de la loi du 18/01/92 renforçant la protection du consommateur, JCP éd. G, 1992.I.3592 ; G. Raymond, Commentaire de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, Contrats, Concurrence, Consommation, févr. 1992, p. 1 et s.

(33) V. A. Triclin, La renaissance des arrhes (Analyse de l'art. 3, al. 4 de la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992). La disposition ne concernerait que les contrats de vente de meubles ou de prestation de services.

(34) D. Mazeaud, La notion de clause pénale, Thèse précitée, n° 269.

(35) B. Gross et P. Bihr, *op. cit.*, p. 78 ; F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n° 54, p. 33.

(36) Cf. *infra*, n° 52.

(37) Cass. civ. 3^e, 26 avr. 1978, Bull. civ. III, n° 160, p. 125. OÙ la haute Cour semble consacrer implicitement cette thèse en reconnaissant aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de réviser l'indemnité forfaitaire. En ce sens : A. Benet, art. précité et Y. Loussouarn, obs. sous Cass. civ. 3^e, 26 avr. 1978, précité, RTD civ. 1978, p. 672.

(38) Cass. civ. 3^e, 5 déc. 1984 (deux arrêts), D. 1985, p. 544, note F. Bénac-Schmidt ; JCP 1986.II.20555, obs. G. Paisant (2^e espèce) ; RTD civ. 1985, p. 372, obs. J. Mestre et p. 592, obs. P. Rémy ; Defrénois, 1985, art. 33596, p. 1077, obs. J.L. Aubert ; Defrénois, 1986, art. 33653, obs. J.M. Olivier. V. aussi Paris, 2^e ch., 19 mars 1981, RD imm. 1982, p. 110, obs. Jestaz et Groslière.

(39) Civ. 3^e, 24 juin 1987, Gaz. Pal. 1987.2. pan. 224 ; Civ. 3^e, 29 juin 1994, Bull. civ. III, n° 139.

(40) P. ex. Paris, 31 mai 1990, D. 1992. Somm. 194, obs. G. Paisant et Versailles, 27 mars 1992, D. 1993. Somm. 233, obs. G. Paisant. En dernier lieu, Paris, 25 mars 1999, D. 1999.IR.154.

(41) Cass. civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, précité, où la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait estimé que « *l'indemnité a été fixée en fonction du préjudice éventuel né de la nécessité pour les promettants de rechercher un autre acquéreur, préjudice dont il est établi que les consorts Ireland (vendeurs) n'ont pas souffert puisqu'ils ont renoncé à la vente de leurs parts sociales* ».

(42) P. Pierre, Le prix de l'exclusivité dans les promesses de vente onéreuses (à propos de l'arrêt de la première chambre civile du 5 décembre 1995), JCP éd. G, 1996.I.3981, p. 465 et s., n° 6.

(43) L. Boyer, Rép. Dalloz, art. précité, n° 31.

(44) L. Boyer, Rép. Dalloz, art. précité, n° 32.

(45) R. Decottignies, Arrhes, Rép. Dalloz, n° 30 et s. ; G. Cornu, vocabulaire juridique H. Capitant, 7^e éd., 1998, Arrhes, p. 70.

(46) J. Schmidt, J.-Cl. (Vente) précité, n° 87 et s. Lorsque la faculté de dédit n'a pas été exercée, les arrhes doivent être restituées à celui qui les a versées.

(47) Selon cet article « *La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, à concurrence de leurs quotités respectives* ».

(48) Sur le principe de la cession de la promesse, Civ. 31 janv. 1866, D.P. 1866.I.69 et Sirey 1866.I.152. Sur l'application de l'article 1690, Civ. 4 mars 1931, D.P. 1933.I.73, note Radouant. L'enregistrement de l'acte de cession est quant à lui expressément prévu par l'article 1840 A du CGI précité.

En revanche l'exercice d'une clause qui permet au bénéficiaire de se substituer une autre personne n'a pas le caractère d'une cession de créances, Civ. 3^e, 2 juill. 1969, D. 1970, 150, note J.L. Aubert, mais cette analyse fait l'objet d'un vif débat en doctrine, V. L. Boyer, Clause de substitution et promesse unilatérale de vente, JCP éd. G, 1987.I.3310, P. Brun, Nature juridique de la clause de substitution dans le bénéfice d'une promesse unilatérale de vente : une autonomie de circonstance ?, RTD civ. 1996, p. 29 et s., C. Nourissat, La clause de substitution insérée dans une promesse unilatérale de vente : une cession conventionnelle de contrat, JCP éd. N, 1999, 21, p. 874 et s., J. Ghestin, La nature juridique de la faculté de substitution stipulée dans une promesse de vente, Petites affiches, 30 oct. 1987, p. 13.

(49) Ils suivent d'ailleurs le même régime fiscal, Cf. *infra*, n° 24, note 72.

(50) Cette stipulation est légale, Civ. 3^e, 21 juin 1995, D. 1997, p. 303, obs. L. Rozes.

(51) D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 2^e éd. 1999, n° 399.

(52) Ce dernier ne peut excéder 5 % ou 2 % du prix prévisionnel selon que la durée de la réservation est inférieure à un ou deux ans. Aucun dépôt n'est exigé si le délai est supérieur à deux

ans (CCH, art. R 261-18).

(53) Civ. 3^e, 18 nov. 1992, RD imm. 1993, p. 89, obs. J.C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.
Contra : Civ. 3^e, 27 oct. 1975, Defrénois, 1976, n° 31050, note Franck.

(54) Sur les différentes qualifications qui ont été proposées, V. M. Dagot, La vente d'immeuble à construire, Litec, 1983, n° 232 et s. Aujourd'hui, il semble acquis que le contrat préliminaire n'a pas une nature juridique unique mais qui varie en fonction du contenu de chaque contrat, V. Lamy droit immobilier, 1999, n° 3796.

(55) Dans les promesses synallagmatiques de ventes aussi, le versement d'un dépôt de garantie permet de souligner l'engagement de l'acquéreur. Si celui-ci entend se désister de son engagement, le vendeur pourra conserver le dépôt de garantie ou procéder à la réalisation forcée de la vente. V. F. Chalvignac, Clause pénale et dépôt de garantie : un cumul délicat, JCP éd. N, 2000, p. 438, n° 13 et s.

(56) V. Ph. Malinvaud et Ph. Jestaz, Le contrat préliminaire à la vente d'immeuble à construire (à propos de l'arrêt de la 3^e chambre civile de la Cour de cassation du 27 oct. 1975), JCP 1976.I.2790.

(57) Ici, ce sont les qualifications de droit civil qui gouvernent l'assujettissement à un impôt. Ceci explique que le droit de l'enregistrement ait d'abord été enseigné par des civilistes, et qu'il reste encore aujourd'hui un domaine de compétence naturel et privilégié pour les privatistes/fiscalistes.

(58) Ins. adm. 8 sept. 1994. Doc. adm. 3B du 20 juin 1995. Doc. Pratique, F. Lefebvre, TVA, VI, n° 1230 et s.

(59) CE, 23 déc. 1981, D. 1982, Jur. p. 229 et s., note J. Schmidt et F. Bénac-Schmidt.

(60) L'article 256 A a été modifié par l'article 3 de la loi n° 92-677 du 17 juill. 1992, applicable le 1^{er} janv. 1993.

(61) Jusqu'alors, l'administration fiscale estimait que le caractère habituel ou occasionnel était « en principe » sans incidence sur la qualité d'assujetti.

(62) CE, 23 déc. 1981, précité, qui reproche à un marchand de biens de n'avoir pas reversé la TVA au trésor.

(63) CE, 23 déc. 1981, précité. La solution est logique dans la mesure où, s'agissant d'une prestation de service, le fait générateur de l'imposition se situe au jour de l'achèvement de la prestation (CGI, art. 269-1-a), c'est-à-dire lorsque l'obligation d'immobiliser prend fin par le renoncement du bénéficiaire de la promesse.

(64) Elle sera donc en principe soumise aux droits de mutation, mais la TVA s'appliquera si la vente porte sur : 1. un terrain à bâtir si l'acquéreur professionnel prend l'engagement de construire dans les 4 ans, 2. un immeuble « neuf », c'est-à-dire achevé depuis moins de 5 ans, ou vendu en état futur d'achèvement, 3. des droits sociaux qui confèrent en droit ou en fait la jouissance d'un immeuble ou d'une fraction d'immeuble (CGI, art. 257-7°).

(65) Selon l'article 12 du CGI, « *L'impôt est dû chaque année à raison des bénéfices ou revenus que le contribuable réalise ou dont il dispose au cours de la même année* ».

(66) CE, 30 nov. 1977, Dr. fisc. 1978, 6, n° 184. En l'espèce, le Conseil d'Etat estime que les sommes perçues à titre de dédit à l'occasion d'une opération immobilière ne sont pas des profits de construction.

(67) Par exemple, si on estime qu'elle entre dans la catégorie des revenus fonciers, l'indemnité d'immobilisation ouvrira-t-elle droit à l'abattement forfaitaire de 14 % pour frais et charges ?

(68) F. Bénac-Schmidt, thèse précitée, n° 67. Les BNC jouent alors le rôle d'une catégorie « fourre-tout ». Selon l'article 92 du CGI en effet « *Sont considérés comme provenant de l'exercice d'une profession non commerciale... (les) profits ne se rattachant pas à une autre catégorie de bénéfices ou de revenus* ».

(69) Ou à l'impôt sur les sociétés s'il s'agit d'une entreprise qui y est soumise. Cela n'affecte pas les modalités de calcul du bénéfice imposable, puisque le code général des impôts renvoie aux règles BIC (CGI, art. 209).

(70) P. Serlooten, Droit fiscal des affaires, D. 1999, n° 108 et s.

(71) Cf. *supra*, n° 15.

(72) Rép. Courroy, Sén. 9 févr. 1965, p. 25, n° 4774. En revanche, le bénéficiaire « professionnel » ne peut déduire l'indemnité d'immobilisation en tant que charge de l'exercice mais doit au contraire immobiliser son droit de créance à l'actif de son bilan. C'est exactement le même régime fiscal qui s'applique au « pas de porte » : imposition chez le bailleur en tant que revenu foncier et non déductibilité chez le locataire (sauf si l'ensemble du loyer et du pas de porte est inférieur à sa valeur locative, CE, 31 janv. 1983, Dr. fisc. 1983, 16-17, n° 822).

(73) Il importe peu que les sommes soient placées sous séquestre, V. CE, 19 mai 1999, RJF 1999, 7, n° 868. Pour le cas où la vente se réaliserait, l'indemnité d'immobilisation servira d'acompte, il faudra donc veiller à ne pas l'imposer deux fois : une fois en tant que bénéfice ordinaire et une fois en tant que plus-value sur cession. On notera que la difficulté n'existe pas si le promettant tient une comptabilité civile, puisque dans ce cas l'indemnité d'immobilisation n'est imposable que lorsqu'elle est effectivement encaissée, soit comme une plus-value de cession si le bénéficiaire a levé l'option, soit comme un profit ordinaire s'il y a renoncé.

(74) L. Boyer, Rép. Dalloz, art. préc., n° 55.

(75) P. ex., Civ. 3^e, 16 mars 1994, Petites affiches, 1995, n° 52, p. 6, note M.H. Monserie.

(76) F. Collart-Dutilleul, P. Delebecque, *op. cit.*, n° 67.

(77) Cf. *supra*, n° 12.

(78) Cf. *infra*, n° 33.

(79) Le contrat apparaît très déséquilibré, le bénéficiaire ne s'engageant à rien, à tel point que l'on peut s'interroger sur l'existence d'une cause à l'obligation du promettant. V. O. Tournafond, note sous Civ. 3^e, 13 mai 1998, D. 1999. Somm. p. 10.

(80) Cass. com., 13 févr. 1978, JCP éd. N, 1978.II.137, pour qui « *la Cour d'Appel a pu constater que, par son importance, l'indemnité ne constituait pas simplement la compensation de l'immobilisation du fonds dans la période d'à peine trois mois allant du 22 mars au 30 juin et qu'elle traduisait l'engagement de l'acheteur* ».

(81) A. Benet, art. précité, *in fine*.

(82) Sur l'insuffisance rédactionnelle des contrats de promesse, V. L. Boyer, La clause de dédit, précité, p. 58, A. Benet, art. précité ; C. Willmann, note sous Cass. com., 14 oct. 1997, D. 1999, Jur. p. 103 et s. L'intérêt de la qualification est variable pour le débiteur : si c'est une clause de dédit, la vente n'est pas effectivement conclue (ce qui le dispense notamment de rémunérer l'intermédiaire professionnel qui est intervenu dans la transaction) mais par contre l'indemnité de dédit ne pourra être révisée à la baisse, et inversement si c'est une clause pénale, V. les observations de G. Paisant, note sous Cass. civ., 17 nov. 1993, D. 1994. Somm. p. 233.

(83) P. ex., Paris, 9 nov. 1981, D. 1982, p. 171, note J.L. Aubert, pour une clause d'un contrat de promesse unilatérale de vente qui prévoyait le versement d'une certaine somme destinée, soit à remplir le rôle d'une indemnité d'immobilisation si le bénéficiaire renonçait à lever l'option, soit celui de dommages et intérêts pour le cas où après avoir levé l'option, il décidait de ne pas signer le contrat définitif (cas en l'espèce).

(84) J. Schmidt et F. Bénac-Schmidt, note sous CE, 23 déc. 1981, précité : « *Le dédit est une clause pénale : c'est une compensation d'un préjudice que le créancier subit du fait de*

l'inexécution du débiteur. »

(85) V. F. Bénac-Schmidt, thèse précitée, n° 39, p. 51, où l'auteur estime que le dédit « *se traduit par la fixation forfaitaire de dommages et intérêts et n'est exigible que si l'obligation n'est pas exécutée* ».

(86) En ce sens, J.L. Aubert, note précitée, A. Benet, art. précité *in fine*, *Contra*, G. Paisant, Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale, *RTD civ.* 1985, p. 647 et s., où l'auteur estime que les deux clauses « *sont relatives à l'inexécution d'un contrat* » (n° 30, p. 660).

(87) V. F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n° 50, p. 31, note n° 101. C. Larroumet, *Droit civil*, T3, Les obligations, Le contrat, *Economica*, 4^e éd., 1998, n° 310, note n° 3. V. Cass. civ. 3^e, 10 déc. 1986, *JCP éd. N*, 1988.II, p. 224, note G. Paisant, où la Cour de cassation valide la décision d'appel qui avait prononcé la résolution d'une promesse unilatérale assortie d'une indemnité d'immobilisation sur le fondement de l'article 1184 du code civil, qui ne vise que les contrats synallagmatiques. Par contre, la promesse de vente consentie à titre gratuit est unilatérale. En ce sens : G. Paisant, note précitée.

(88) En ce sens, Com., 9 nov. 1971, *JCP* 1972.II.16962, qui rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Caen, 16 févr. 1970, *D.* 1970, 399, laquelle avait estimé que « *n'atteignant pas un cinquième du prix total, il n'est pas possible de décider qu'elle avait pour effet de contraindre le bénéficiaire de la promesse à acheter et de transformer la promesse unilatérale en contrat synallagmatique* ». D'autres décisions ont aussi validé des promesses unilatérales de vente où l'indemnité n'atteignait pas 1/5 du prix. Cass. com., 8 nov. 1972, *JCP* 1973.II.17565, obs. B. Boccara. Certains auteurs paraissent en tirer un principe général, V. F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n° 50. D'autres sont plus nuancés, V. F. Bénac-Schmidt, thèse précitée, n° 54 et s. qui estime qu'il faut aussi prendre en compte la durée de l'immobilisation. En ce sens, Paris, 22 oct. 1991, *D.* 1993. *Somm.* 234, note G. Paisant, pour qui la promesse devient synallagmatique, bien que l'indemnité représente 10 % du prix de vente, si l'option n'est accordée que pour 5 semaines.

(89) En ce sens : I. Najjar, note précitée, qui estime que « *quelle que soit l'importance du dédit, la nature de la promesse ne change pas. L'intention d'acquiescer n'est pas l'engagement d'acheter, alors que la promesse engage le promettant et le lie* ». Aussi, B. Boccard, note précitée, pour qui « *le seul fait que dans un mécanisme contractuel précis, une personne puisse être indirectement contrainte à acquiescer n'équivaut pas à un engagement direct ; en fait l'importance du dédit n'en modifie pas nécessairement la nature juridique* ». *Contra*, P. Allouard, thèse préc., n° 31, p. 36, selon qui « *une personne qui se trouve dans l'obligation économique de lever l'option à peine de réaliser une opération catastrophique, n'a pas contracté une obligation facultative mais une obligation pure et simple d'acquiescer, ce qui transforme la promesse en convention synallagmatique* ». Y. Dagonne-Labbe, note sous Com., 25 avr. 1989, Defrénois, 1991, art. 34950, p. 108 ; Honorat, note sous Com., 25 avr. 1989, préc., Defrénois, 1990, art. 34889, p. 1218 ; Lusseau, Des problèmes actuels posés par la promesse unilatérale de vente immobilière, RTD civ. 1977, p. 483, n° 16.

Les praticiens en tout cas soulignent le risque de requalification et les dangers liés à la tentation de fixer l'indemnité d'immobilisation à un niveau trop élevé, V. les obs. de J. Picard, L'avant-contrat en matière de vente immobilière, JCP éd. N, 1977.I, p. 333 et s., n° 36 et s.

(90) Cf. *supra*, n° 34. Selon l'article 1102 du code civil, « *Le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres* ».

(91) La concordance entre les contrats unilatéraux ou synallagmatiques et les contrats gratuits ou onéreux n'est pas toujours parfaite, mais les exemples contraires sont rares. On citait le cas du prêt qui, bien que conclu à titre onéreux lorsqu'il prévoit la rémunération du prêteur, possédait aussi un caractère unilatéral dans la mesure où, selon l'analyse classique, il se formait par la remise de la chose, ce qui n'induisait qu'une seule obligation : celle à la charge de l'emprunteur qui doit restituer la chose prêtée.

Or, en conférant au contrat de prêt de consommation un caractère consensuel et non plus réel, la Cour de cassation vient nécessairement de le ranger parmi les contrats synallagmatiques. V. Civ. 1^{re}, 28 mars 2000, D.2000, Jur. p. 482, note S. Piedelièvre.

(92) P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 215 ; A. Bénabent, *op. cit.*, n° 36.

(93) L'enregistrement des promesses *unilatérales* de vente (CGI, art. 1840 A, préc.) donne seulement lieu au paiement d'un droit fixe (500 F, CGI, art. 680).

(94) P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 119 ; J. Schmidt-Szalewski, J.-Cl. précité, art. 1589, fasc. 80, p. 17. D'unilatérale, la promesse devient synallagmatique. En ce sens : F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 60 ; C. Larroumet, note préc. sous Civ. 3^e, 20 déc. 1994.

(95) Même si le délai accordé pour la réalisation de la condition suspensive à laquelle la promesse de vente était liée n'est pas encore achevé, sauf accord contraire des parties, Civ. 3^e, 22 nov. 1995, Bull. civ. III, n° 244, p. 162 (accord non rapporté en l'espèce).

(96) V. B. Couttenier, La durée de l'option dans la promesse unilatérale de vente, Petites affiches, 1998, n° 30, p. 4 et s., sp. n° 19 et s.

(97) Civ. 3^e, 15 déc. 1993, préc.

(98) Req. 6 avr. 1925, DH 1925, p. 285.

(99) Curieusement, la Cour de cassation estime qu'au cas de mise en jouissance des lieux dès avant la signature de l'acte authentique, le bénéficiaire dispose d'un « *droit de caractère immobilier* » de la nature à lui permettre de louer le bien considéré, Civ. 3^e, 12 janv. 1994, D. 95, p. 52, note F. Macorig-Venier.

(100) L. Boyer, promesse de vente, Rép. Dalloz, précité, n° 232 et 306. La solution est la même qu'il s'agisse d'un compromis de vente ou d'une promesse devenue synallagmatique à la suite de la levée de l'option.

(101) Cette stipulation doit s'analyser en une clause de dédit pour le bénéficiaire, insusceptible de

révision, et non en une clause pénale, révisable sur le fondement de l'article 1152, al. 2. *Contra* : Paris, 9 nov. 1981, préc., et la note critique de J.L. Aubert.

(102) Civ. 3^e, 9 févr. 1983, RD imm. 1983, p. 469, obs. J.C. Groslière et P. Jestaz.

(103) Civ 3^e, 1^{er} juill. 1998, D. 1999. Somm. 13, note G. Paisant, pour une promesse de vente d'un terrain soi-disant constructible, alors que la présence de câbles souterrains empêchaient la délivrance du permis de construire. La Cour de cassation ordonne la restitution de l'indemnité versée sur le fondement de l'article 1602, al. 1^{er} du code civil aux termes duquel « *Le vendeur est tenu d'expliquer clairement ce à quoi il s'oblige* ».

(104) Civ. 3^e, 28 janv. 1987, Bull. civ. III, n° 13, p. 88, pour un immeuble souffrant d'un vice caché.

(105) D'une façon générale, toutes les sommes versées « pendente conditione » doivent être remboursées, V. H. Kenfack, La défaillance de la condition suspensive, Defrénois, 1997, p. 833 et s., n° 21. Le bénéficiaire peut toutefois agir en responsabilité civile contre le notaire rédacteur de l'acte s'il parvient à prouver un manquement à son devoir de conseil. Civ. 1^{re}, 17 mars 1998, Lamy (cassation), n° 523, pourvoi n° 96-12.016.

(106) Civ. 3^e, 15 déc. 1998, Lamy (cassation), n° 1838, pourvoi n° 97-12.482 ; Civ. 3^e, 30 sept. 1998, Lamy (cassation), n° 1386, pourvoi n° 96-20.456.

(107) Civ. 3^e, 12 mai 1998, Lamy (cassation), n° 734, pourvoi n° 96-15.221.

(108) Civ. 3^e, 9 nov. 1988, D. 1989. Somm. p. 340, obs. Aubert et JCP 1989.II.21296, note Thuillier.

(109) Civ. 1^{re}, 20 janv. 1993, Bull. civ. I, n° 30. Civ. 1^{re}, 17 nov. 1998, D. 1999.IR.11, mais en l'espèce, la rétractation de la banque étant intervenue après la date limite de régularisation de la vente, l'indemnité d'immobilisation ne peut être restituée au bénéficiaire car c'est par son fait que la

vente n'a pu avoir lieu.

(110) Civ. 3^e, 9 nov. 1988, Bull. civ. III, n° 159, p. 86.

(111) Civ. 1^{re}, 7 juill. 1993, D. 93.IR.193.

(112) Néanmoins, aux termes d'un avis rendu le 18 mai 1998, la Cour de cassation estime qu'aucune disposition du code de la consommation n'exige que l'indication du taux du prêt envisagé, la durée du remboursement, le montant maximal des échéances mensuelles ou l'une quelconque de ces indications, doivent figurer à peine de nullité dans l'acte visé à l'article L. 312-15 du code de la consommation, C. cass. ch. réunies, 18 mai 1998, avis n° 0980003, D. Aff. 1998, p. 1169. *Contra*, Paris, 30 janv. 1991, D. 1991.IR.59.

(113) Civ. 1^{re}, 13 nov. 1997, Bull. civ. I, n° 310, p. 211 ; Civ. 3^e, 29 avr. 1998, Lamy (cassation), n° 635, pourvoi n° 96-15.063 ; Civ. 3^e, 21 juill. 1998, Lamy (cassation), n° 1311, pourvoi n° 96-20.79 ; Civ. 3^e, 19 mai 1999, RD imm. 1999, p. 420, note J.C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

(114) Civ. 3^e, 12 mai 1998, Lamy (cassation), n° 747, pourvoi n° 96-19.378 ; Civ. 3^e, 15 déc. 1998, Lamy (cassation), n° 1854, pourvoi n° 97-18.708.

(115) *Contra*, Civ. 3^e, 18 mars 1998, Lamy (cassation), n° 435, pourvoi n° 95-21.763, mais la solution s'explique par la rédaction même de la promesse, qui prévoyait la restitution de l'indemnité au cas d'échec de la condition, par le seul écoulement du délai d'option, donc même en l'absence de toute démarche de l'acquéreur.

(116) Civ. 3^e, 8 déc. 1999, RD imm. 2000, p. 63, obs. J.C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin.

(117) Civ. 3^e, 18 nov. 1992, D. 1993. Somm. 210, obs. A. Penneau, et Civ. 1^{re}, 9 déc. 1992, mêmes réf. *Contra*, Com., 31 mars 1989, JCP éd. G, 1989.II.21382, obs. Dagorne-Labbe, pour une promesse d'achat de fonds de commerce sous condition de l'obtention d'un prêt, qui fonde la restitution du dédit sur le refus fautif de l'emprunteur.

(118) Certains estimaient que seule compte l'offre de prêt, Cf. L. Aynes, La condition de l'obtention d'un prêt dans une promesse unilatérale de vente, D. 88. Chron. 283. Il suffit donc que l'offre soit conforme à la demande pour que le prêt soit « obtenu », F. Bénac-Schmidt, La promesse unilatérale de vente : à propos de deux questions d'actualité, D. 1990. Chron. 7. D'autres pensaient au contraire que l'offre devait avoir été acceptée pour que la condition soit remplie, du moins dans le cadre de la loi de 1979, Cf. J.G. Raffray, et P. Cornille, L'obtention d'un prêt au sens de l'article 17 de la loi Scrivener, JCP éd. N, 1986. Prat. 593.

(119) Cette stipulation est légale, Civ. 3^e, 30 avr. 1997, D. 1997. Somm. 342, obs. Tournafond.

(120) Jurisprudence constante. Cf. not. Civ. 1^{re}, 9 févr. 1999, RD imm. 1999, p. 274, obs. J.C. Groslière et C. Saint-Alary-Houin, Civ. 1^{re}, 13 nov. 1997, D. 1997.IR.264.

(121) F. Steinmetz, L'acquéreur, le vendeur, le prêteur et la condition suspensive de l'obtention du prêt (Loi du 13 juillet 1979), RD imm. 1993, p. 305 et s., sp. n° 4 et s.

(122) Marty et Raynaud, par P. Jestaz, Les obligations, T. 2, Le régime, n° 81.

(123) Rép. civ. Dalloz, Condition, n° 110, p. 9 ; B. Starck, Droit civil, Les obligations, T. 2, le contrat, 6^e éd., 1998, par H. Roland et L. Boyer, n° 1298.

(124) Ainsi, au cas de refus du prêt proposé : pour un exemple de refus fautif, Com., 31 mars 1989, précité, et pour un exemple de refus non fautif, Civ. 3^e, 9 nov. 1988, D. 89. Somm. 340, obs. Aubert (où le vendeur avait proposé à l'acquéreur de se substituer à l'établissement de crédit sous les mêmes conditions).

(125) Civ. 1^{re}, 16 juill. 1991, Defrénois, 1992, p. 748, obs. Aubert.

(126) Civ. 1^{re}, 9 févr. 1999, préc.

(127) Dans la décision du 9 févr. 1999, précitée, la Cour de cassation relève *in fine* que « *M. D. n'a pas rapporté la preuve de son licenciement* ». Cette précision a semble-t-il fait naître quelques espoirs chez certains, Cf. P. Malaurie, L. Aynes et P.Y. Gautier, *op. cit.*, n° 126, note 6.

(128) Cf. *supra*, n° 47.

(129) Pour un exemple de formule, Cf. F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n° 62, p. 37.

(130) Civ. 3^e, 5 déc. 1984, préc., Cf. *supra*, n° 14.

(131) Y. Dagorne-Labbe, Contribution à l'étude de la faculté de dédit, Thèse, Paris, 1984, n° 123 et s.

(132) L'indemnité d'immobilisation n'est pas constitutive d'une clause pénale car elle n'a pas pour objet de faire assurer par une des parties l'exécution de son obligation, Civ. 3^e, 29 juin 1994, préc.

(133) Ce choix ne traduit nullement l'existence d'une obligation alternative mais celle d'un simple pouvoir. En ce sens, A. Benet, art. préc. ; F. Bénac-Schmidt, thèse préc., p. 70 ; L. Boyer, art. préc., p. 57, n° 15.

(134) B. Starck, Droit civil, Les obligations, T. 2, le contrat, par H. Roland et L. Boyer, *op. cit.*, n° 1335.

(135) P. Allouard, thèse préc., n° 28, p. 30.

(136) Cf. *supra*, n° 16.

(137) Cf. J. Mestre, De la notion de clause pénale et de ses limites, RTD civ. 1985, p. 372 et s.

(138) En ce sens, V. G. Paisant, art. préc., n° 16 et s., sp. n° 31 et 32, p. 661.

(139) Civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, RTD civ. 1986, p. 103, obs. J. Mestre, également Civ. 1^{re}, 21 févr. 1995, RJDA 1995, n° 1198.

(140) Cf. *supra*, n° 15.

(141) Civ. 1^{re}, 5 déc. 1995, préc., *supra*, notes 21 et 40. Sur renvoi, Paris, 7 mai 1997, préc., *supra*, note 21.

(142) Les juridictions du fond ne sont pourtant pas insensibles à cette argumentation. V. p. ex., Paris, 31 mai 1990, préc., pour qui « *l'indemnité ainsi stipulée, destinée dans la commune intention des parties à réparer le préjudice subi par le promettant notamment du fait de l'impossibilité pour lui d'aliéner son bien, à une personne pendant toute la durée de la promesse, peut, bien que ne constituant pas une clause pénale, être judiciairement réduite, lorsque le bénéficiaire a renoncé à son acquisition avant l'expiration du délai d'option* ». Nous verrons que la Cour de cassation a fondé la réduction judiciaire de l'indemnité au cas de renonciation anticipée du bénéficiaire sur l'article 1134 du code civil, Cf. *infra*, n° 61 et s.

(143) Sur cette distinction, Cf. F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n° 59 et s., p. 36 et 37.

(144) Nous avons néanmoins critiqué cette conséquence, Cf. *supra*, n° 34.

(145) C. Larroumet, *op. cit.*, n° 404.

(146) F. Collart-Dutilleul, *op. cit.*, n° 58, p. 36.

(147) Civ., 29 janv. 1867, DP 1867, I, 53, Req. 12 déc. 1911, DP 1913, I, 129.

(148) En ce sens, D. Mazeaud, La révision de l'indemnité d'immobilisation (ou la loi contractuelle à l'épreuve du protectionnisme des juges), JCP éd. N, 1992, p. 113, n° 19 *in fine*.

(149) La révision de la rémunération des mandataires se fondait sur une interprétation très

litigieuse de l'article 1986 du code civil, lequel dispose : « *Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire* ». Surtout, cette jurisprudence a été étendue à certains contrats dont la qualification de mandat était douteuse, et d'une façon générale, toutes les professions libérales sont désignées mandataires.

(150) V. la note de P. Malaurie, sous Com., 23 juin 1958, préc.

(151) V. les interrogations de R. Martin, La réduction des honoraires de l'avocat par le pouvoir judiciaire, Recherche archéologique, JCP éd. G, 1999, n° 6, p. 317 et s., sp. n° 13 et s.

(152) Com., 22 oct. 1996, « Chronopost », JCP 1997.I.4002, note M. Fabre-Magnan ; D. 1997. Chron. 147, note C. Larroumet ; RTD civ. 1997, p. 419, obs. J. Mestre ; Contrats. Conc. cons. févr. 1997, p. 9, note L. Leveneur ; Defrénois, 1997, art. 36516, n° 20, p. 333, obs. D. Mazeaud.

(153) J.P. Chazal, Théorie de la cause et justice contractuelle, A propos de l'arrêt « Chronopost », JCP éd. G, 1998, p. 1315 ; J.M. Gueguen, Le renouveau de la cause en tant qu'instrument de justice contractuelle, D. 1999. Chron. 352

(154) En ce sens, D. Mazeaud, art. préc., n° 19.

(155) En ce sens, D. Mazeaud, art. préc., n° 19, *in fine*.

(156) Par contre, elle serait sans cause si le délai d'option était dérisoire ou si le promettant se réservait le droit de céder le bien à un tiers pour un prix supérieur. Dans ce dernier cas, la clause qui a prévu cette restriction pourrait être déclarée non écrite en application de la jurisprudence « Chronopost ».

(157) V. P. Rémy, note préc., p. 595.

(158) Civ. 3^e, 5 déc. 1984, préc. (2^e espèce, « Le Trung Tam »).

(159) F. Bénac-Schmidt, note préc., p. 546.

(160) En ce sens, D. Mazeaud, art. préc., n° 11.

(161) V. Paris, 31 mai 1990, préc., en dépit de la référence impropre au préjudice du promettant ; Versailles, 27 mars 1992, préc., sol. impl. *Contra*, Paris, 25 mars 1999, préc., qui se refuse à toute révision.

(162) Cf. *supra*, n° 15.

(163) Civ. 3^e, 10 déc. 1986, JCP éd. G, 1987.II.20857, note G. Paisant, lorsque la promesse précise que l'indemnité d'immobilisation sera acquise « *de plein droit* » au promettant.

(164) Sur le dépôt de garantie, Cf. *supra*, n° 18.