

Clause pénale et période de formation du contrat

(Civ. 3^e, 4 déc. 2013, n° 12-27.293, à paraître au Bulletin ; D. 2013. 2912  - Civ. 1^{re}, 27 nov. 2013, n° 12-13.897, à paraître au Bulletin ; D. 2013. 2845, obs. Y. Rouquet  - Civ. 3^e, 20 nov. 2013, n° 12-29 .  021, à paraître au Bulletin ; D. 2014. 196  , note S. Tisseyre  ; RDI 2014. 99, obs. H. Heugas-Darraspen )

Hugo Barbier, Professeur à l'Université de Nice Sophia-Antipolis

La clause pénale a en principe trait à l'exécution du contrat et non sa formation. La jurisprudence est bien connue qui refuse la qualification de clause pénale à une indemnité due en cas d'absence de formation d'un contrat (V. par ex. A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 9^e éd., n° 162 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, 1992, n° 256 s.). Pourtant, ce n'est pas à dire que les clauses pénales sont étrangères à la période de formation du contrat, laquelle est tissée d'obligations à la charge des contractants en vue de la conclusion définitive de celui-ci. Ces dernières peuvent efficacement être sanctionnées par des pénalités contractuelles.

C'est d'abord le cas lors du jeu des conditions suspensives. De longue date déjà, les juges ont reconnu à la charge de leur bénéficiaire des obligations non seulement négatives, de non empêchement de celles-ci, mais véritablement positives, en vue de leur accomplissement (J. Mestre, RTD civ. 1984. 714 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd., Defrénois, 2013, n° 1323), susceptibles d'être contractualisées et soumises à une clause pénale (Civ. 3^e, 24 sept. 2008, n° 07-13.989, D. 2008. 2497  , obs. G. Forest  ; RTD civ. 2008. 675, obs. B. Fages ). Leur inexécution même minime suffit à déclencher la pénalité contractuelle comme en témoigne un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 20 novembre 2013.

Une promesse de vente sous condition suspensive de l'obtention d'un prêt au taux maximum de 4,75 % est signée. L'acquéreur se contente toutefois de demander une simulation sur la base d'un taux de 4,20 % et se heurtant à la réponse négative du banquier, fait part au vendeur de la non réalisation de la condition. Pour les juges du fond, le seul fait de demander un taux légèrement inférieur au taux prévu par la promesse ne constitue pas une faute justifiant la mise en jeu de la clause pénale. À l'appui de la censure de leur décision, la Cour de cassation leur fait le reproche de n'avoir pas tiré les conséquences légales de leur constat selon lequel le prêt demandé ne correspondait pas aux caractéristiques de la promesse et d'avoir ainsi violé l'article 1178 du code civil.

Ce visa n'est au demeurant pas nécessaire pour faire jouer la clause pénale. Les articles 1134 ou 1226 du même code suffisent sans doute. Certes, sans le jeu de l'article 1178, la promesse disparaît en raison de la défaillance de la condition suspensive. Mais elle disparaît par caducité (V. not. Civ. 1^{re}, 7 nov. 2006, n° 05-11.775, RDC 2007. 259, obs. Y.-M. Laithier ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, 11^e éd., Dalloz, 2013, n° 1232). Or la clause pénale survit à la caducité du contrat qui la porte (Com. 22 mars 2011, n° 09-16.660, D. 2011. 2179, obs. X. Delpéch  , note A. Hontebeyrie  ; Rev. sociétés 2011. 626, note J. Moury  ; RTD civ. 2011. 345, obs. B. Fages  - Civ. 2^e, 6 juin 2013, n° 12-20.352, AJDI 2014. 62  , obs. N. Le Rudulier  ; A. Hontebeyrie, *La clause pénale et la caducité du contrat*, D. 2011. 2179 ).

La Cour de cassation choisit en tout cas la tolérance zéro, optant ainsi pour la sécurité juridique liée au respect des prévisions contractuelles quant aux obligations attachées aux conditions suspensives (V. déjà Civ. 3^e, 27 févr. 2013, n° 12-13.796, D. 2013. 705 [📄](#) ; AJDI 2013. 856 [📄](#), obs. F. Cohet [📄](#) ; RDI 2013. 314, obs. H. Heugas-Darraspen [📄](#) - Civ. 3^e, 19 mai 1999, n° 97-14.529, D. 2000. 692 [📄](#), note I. Ardeeff [📄](#) ; RDI 1999. 420, obs. J.-C. Groslière [📄](#) ; *ibid.* 440, obs. D. Tomasin [📄](#) ; JCP 2000. II. 10336, note J.-L. Elhoueiss).

En amont de la stipulation de clauses pénales affectant les obligations de l'acheteur lors du jeu des conditions suspensives d'une promesse de vente, peut également être insérée une clause pénale dans le contrat conclu avec un agent immobilier, toujours afin de faire pression sur l'acheteur pour passer le contrat final de vente. Les agents immobiliers incluent souvent dans les contrats de mandat des pénalités contractuelles pour le cas où le client voudrait s'affranchir de la mission qu'il a lui-même confiée au mandant. L'article 6-1 de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 dite « Hoguet » encadre néanmoins la pratique. C'est ce qu'illustre l'arrêt du 27 novembre 2013 rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation.

Une personne désireuse d'acheter un bien qu'elle a repéré signe avec un agent immobilier un contrat de mandat de recherche exclusif pour l'achat de celui-ci, à un prix et une commission du mandataire d'ores et déjà définis. Le mandant s'oblige à ratifier l'acquisition présentée par le mandataire à ces différentes conditions, sous la menace d'une clause pénale. L'agent immobilier parvient à convaincre le vendeur de céder son bien aux conditions prévues par le mandat. Il rédige une promesse synallagmatique de vente sous condition suspensive d'obtention d'un prêt par l'acheteur. La vente n'aboutit finalement pas car ce dernier n'a pas obtenu le prêt espéré. L'agent entend néanmoins se voir verser le montant de la clause pénale. La cour d'appel, soupçonnant l'acheteur de n'avoir pas réellement entrepris d'obtenir un prêt, voit dans son attitude un refus d'acquiescer fautif justifiant le paiement de la pénalité contractuelle. Censurant cette décision, la Cour de cassation énonce que « la vente n'avait pas été effectivement réalisée, de sorte que l'agent immobilier ne pouvait se prévaloir des dispositions de la clause précitée, laquelle emportait obligation de conclure la vente sauf à payer la somme contractuellement prévue même en l'absence de faute imputable au mandant ».

En somme, si la loi Hoguet permet le paiement d'une clause pénale lorsque la vente a été passée directement entre l'acheteur et le vendeur en violation du contrat de mandat (V. not. Civ. 1^{re}, 29 mai 2013, n° 12-17.172, D. 2013. 1411, obs. Y. Rouquet [📄](#) ; RTD com. 2013. 800, obs. B. Bouloc [📄](#) ; RLDC 2013/107, n° 5186, obs. E. Pouliquen), elle ne le permet pas lorsqu'aucune vente n'a été passée.

D'autres droits spéciaux peuvent, par la mise en oeuvre d'un mécanisme protecteur du consentement d'un contractant, neutraliser une clause pénale menaçante pour lui. Le délai de rétractation en matière de vente d'immeuble à usage d'habitation en constitue un exemple mis en lumière par un arrêt rendu le 4 décembre 2013 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation.

Deux époux achètent une maison d'habitation. La promesse de vente prévoit qu'au cas où l'une des parties viendrait à refuser de régulariser la vente dans le délai imparti, sauf à justifier de la défaillance d'une condition suspensive, elle devrait payer l'indemnité prévue par la clause pénale. La vente n'ayant pas été réitérée, les vendeurs assignent le couple en paiement de celle-ci. La Cour de cassation statue une première fois pour libérer l'épouse de son engagement. Elle pouvait valablement exercer son droit de rétractation au moment où elle le souhaitait puisque la notification de ce droit lui avait été adressée de manière irrégulière, empêchant la révolution du délai de rétractation. (Civ. 3^e, 9 juin 2010, n° 09-

15.361, D. 2010. 1706  ; AJDI 2011. 317 , obs. F. Cohet-Cordey  ; JCP N 2010. 968, obs. S. Hocquet-Berg). C'est le pourvoi frappant l'arrêt de renvoi qui permet à la Cour de cassation de se prononcer une seconde fois pour libérer cette fois le mari. Alors que ce dernier tentait de bénéficier de la rétractation exercée par son épouse, les juges du fond l'avaient débouté en raison du caractère personnel de ce droit. Leur décision est censurée par la Cour de cassation sous le visa combiné des articles L. 271-1 et 1134 du code civil, énonçant que « l'exercice par M^{me} X de son droit de rétractation avait entraîné l'anéantissement du contrat ».

L'affirmation n'est pas nouvelle et avait notamment déjà fondé l'impossibilité pour le vendeur d'obtenir paiement d'une clause pénale par un acheteur qui s'était repenti d'une première rétractation qu'il avait opérée. Ce repentir, bien qu'exercé durant le délai de rétractation, n'avait pu avoir pour effet de faire renaître un contrat anéanti et d'obliger l'acheteur à la réitération de l'acte (Civ. 3^e, 13 mars 2012, n° 11-12.232, D. 2012. 876  ; *ibid.* 2013. 391, obs. S. Amrani-Mekki et M. Mekki  ; *ibid.* 2420, obs. D. R. Martin et H. Synvet  ; AJDI 2012. 137 , obs. F. Cohet-Cordey  ; D. 2013. 952, obs. H. Aubry  - Civ. 3^e, 13 févr. 2008, n° 06-20.334, D. 2008. 1530 , note Y. Dagorne-Labbe  ; *ibid.* 1224, chron. A.-C. Monge et F. Nézi  ; RTD civ. 2008. 293, obs. B. Fages  ; JCP E 2008, n° 37, p. 25, note Ph. Stoffel-Munck ; *contra* Civ. 2^e, 25 févr. 2010, n° 09-11.352, D. 2010. 708  ; *ibid.* 2011. 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson  ; RDC 2010. 838, obs. Y.-M. Laithier).

H. B.