

Quid d'une clause stipulant qu'en cas de résolution, les prestations fournies par le débiteur défaillant seront conservées par le créancier (Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011 : [⚖️](#)) ? Clause pénale ou pas ? C'est la question tranchée par cet arrêt. Une vente d'immeuble dont une partie du prix est payable comptant et l'autre à terme contient, comme d'usage, une clause résolutoire visant notamment l'éventuelle défaillance de l'acquéreur. Mais elle ajoute qu'en cas de résolution, toutes les sommes versées par ce dernier ainsi que toutes les améliorations apportées à l'immeuble vendu seront de plein droit définitivement acquises au vendeur, à titre d'indemnité forfaitaire. L'échéancier convenu n'ayant pas été respecté, le vendeur met la clause résolutoire en œuvre et entend conserver la somme payée au comptant – soit un peu plus d'un tiers du prix de vente global. En réplique, l'acquéreur fait valoir que la stipulation précitée doit s'analyser en une clause pénale, susceptible de révision sur le fondement de l'art. 1152 C. civ. Il demande donc la modération de la peine et la restitution, corrélative, d'une partie de la somme retenue par le vendeur. La cour d'appel saisie du litige ne le suit pas. Son arrêt est cassé, au motif que « *constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée* ».

On était donc bien, selon la Cour, en présence d'une clause pénale sujette à révision. L'essentiel de la difficulté résidait ici dans la finalité de la stipulation litigieuse. On sait en effet que la clause pénale revêt, par nature, un caractère *comminatoire* : elle fait peser sur le débiteur une menace, pour le cas où il n'exécuterait pas son obligation. En l'absence d'une telle menace, il n'y a pas clause pénale. Ainsi, par exemple, ne relèvent pas de cette qualification : la clause de dédit, parce qu'elle permet simplement à une partie de dénoncer le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent ([Com., 18 janv. 2011, n° 09-16863](#)) ; la clause limitative de responsabilité, parce qu'elle se borne à plafonner la réparation en cas d'inexécution

([Com., 18 déc. 2007, Bull. n° 265](#)) ; ou encore l'indemnité d'immobilisation, parce qu'elle a pour seul objet de compenser l'indisponibilité du bien pendant la durée d'une promesse ([Civ. 3^{ème}, 30 avr. 2002, Bull. n° 90](#)). Mais la seule existence d'une menace contractuelle suffit-elle à déclencher la qualification de clause pénale ? A lire les textes, il semble que non. L'art. 1226 C. civ., dispose en effet que « *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.* ». De même, l'art. 1152 C. civ., relatif au pouvoir de révision du juge, s'applique « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts* ». Si l'on s'en tient à ces dispositions, la menace caractérisant la clause pénale doit donc consister en une *obligation de payer*, pesant sur le débiteur. Or, en l'espèce, tel n'était pas vraiment l'objet de la stipulation. Celle-ci ne faisait qu'organiser les conséquences de la résolution, en écartant son effet rétroactif à l'égard de l'acquéreur. Certes, elle aboutissait à déchoir l'acquéreur du droit de demander la restitution qui découle en principe de la résolution. En quoi il y avait bien une menace. Mais cette menace n'est pas de celles que les textes ont expressément en vue. Comme le relève un auteur, « *le débiteur de la clause pénale s'oblige à quelque chose, tandis que la personne déchue de ses droits est privée d'une prérogative* » (P. Delebecque, J.-Cl. Notarial, fasc. 212, citant CA Chambéry, 29 avr. 1997, JurisData n° 1997-042473). De là, peut-être, la décision des juges d'appel. L'arrêt signalé montre qu'au contraire, la Cour de cassation n'entend pas s'arrêter à une lecture littérale des textes précités (v. déjà dans le même sens : [Com., 10 juil. 1990, Bull. n° 204](#)). Il y a clause pénale, et donc potentiellement révision, dès lors qu'une menace pèse sur le débiteur, peu important qu'elle ne prenne pas la forme d'une obligation de payer *stricto sensu*.

La promesse d'embauche vaut contrat de travail ... même en cas de rétractation de l'employeur (Soc., 15 déc. 2010 : [Cass. Soc.](#)) ? En principe, la naissance d'un contrat suppose uniquement qu'un accord soit intervenu sur les éléments essentiels de celui-ci. Le contrat de travail obéit à cette solution. Peut-être même se montre-t-il, de ce point de vue, plus souple que les autres. Une société envisage de recruter un directeur adjoint. Au candidat qui fait vraisemblablement l'affaire, elle adresse une lettre contenant une proposition écrite de contrat de travail, et précisant le salaire, la nature de l'emploi, les conditions de travail ainsi que la date de prise de fonction. Mais, dans un courrier adressé quelques jours plus tard, elle se rétracte. Estimant que la lettre était suffisamment précise pour valoir contrat de travail, le salarié pressenti en déduit que cette rétractation doit s'analyser en un licenciement. Les juges d'appel lui donnent raison et en sont approuvés par la Cour, dans les termes suivants : « *constitue une promesse d'embauche valant contrat de travail l'écrit qui précise l'emploi proposé et la date d'entrée en fonction ; [ayant relevé que [la lettre adressée au salarié] lui proposait un contrat de travail, précisait son salaire, la nature de son emploi, ses conditions de travail et la date de sa prise de fonction, [la cour d'appel] en a exactement déduit qu'elle constituait, non pas une proposition d'emploi mais une promesse d'embauche* ».

La solution appelle essentiellement deux observations. En premier lieu, la Cour ne subordonne pas l'existence de la promesse d'embauche à l'indication, dans la lettre, de la rémunération du salarié (*adde*, clairement en ce sens : [Soc., 30 mars 2005, Bull. n° 111](#)). A première vue, la solution contraste avec le droit commun, où le prix est généralement tenu pour un élément essentiel sans lequel la conclusion définitive de la convention ne se conçoit pas (v. F. Terré, P. Simler et Y. Lequette, *Les obligations*, 10^{ème} éd., n° 109). En réalité, et même si certains en défendent l'autonomie, le contrat de travail relève de la catégorie civiliste du « louage d'ouvrage » (C. civ., art 1779 et s.). Or, la perfection du louage d'ouvrage ne suppose pas qu'un accord soit intervenu sur la rémunération de l'entrepreneur, laquelle doit donc, le cas échéant, être déterminée par le juge (Civ. 1^{ère}, 24

nov. 1993, Bull. n° 339). Il en va donc logiquement de même pour le contrat de travail, avec cette précision que le juge devra tenir compte de la convention collective éventuellement applicable et des salaires pratiqués par l'employeur considéré. En second lieu, il semble ressortir de l'arrêt qu'une rétractation de l'employeur est dépourvue d'effet alors même qu'elle a été émise antérieurement à l'acceptation du salarié. Dans son pourvoi, l'employeur faisait en effet principalement valoir que le destinataire avait eu connaissance de la rétractation avant d'accepter la proposition. De fait, en droit commun, et à raisonner sur le terrain de l'offre, cette circonstance aurait suffi à faire obstacle à la conclusion du contrat. Or, la Cour n'y accorde apparemment aucune importance. On a donc le sentiment qu'à ses yeux la rétractation n'empêche pas la formation du contrat de travail, serait-elle parvenue au destinataire avant son acceptation. L'attendu de principe renforce d'ailleurs ce sentiment. Si la lettre vaut promesse et si la promesse vaut contrat, n'est-ce pas, nécessairement, que la promesse n'est pas susceptible de rétractation ? Doit-on alors comprendre que l'écrit caractérisant la promesse d'embauche engendre un *engagement unilatéral*, obligatoire du seul fait de son émission et donc rétif à toute rétractation ? Cela n'aurait rien d'étonnant. Le droit civil n'admet-il pas qu'une offre de contrat suffisamment précise soit constitutive d'un tel engagement (v. [notre Lettre, juin 2008](#)) ? Quant au droit du travail, il est l'un des terrains favoris des engagements unilatéraux. En réalité, il est trop tôt pour conclure en ce sens avec certitude. D'abord, le libellé de l'arrêt ne le permet pas, encore que l'équation « lettre = promesse = contrat de travail » plaide sérieusement en ce sens. Ensuite, il ressort de la motivation des juges du fond, annexée audit arrêt, qu'il n'était pas démontré que le salarié ait eu connaissance de la rétractation antérieurement à son acceptation. Où l'on revient, donc, à une analyse classique, laissant entendre qu'une rétractation effectivement notifiée avant l'acceptation du salarié aurait pu faire obstacle à la conclusion du contrat. On s'autorisera donc ce jeu de mots de haute volée : il ne faut peut-être pas prendre l'arrêt au pied de la lettre !