THÈSE POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

En Droit privé et sciences criminelles

École doctorale Droit et Science politique

Unité de recherche - Centre du Droit de l'Entreprise

La révision judiciaire des clauses d'indemnisation forfaitaire

Etude sur l'article 1231-5 du Code civil

Présentée par Victor PAYAN
Le 23 octobre 2023

Sous la direction de Mme. Clémence Mouly-Guillemaud

Devant le jury composé de

Mme. Clémence Mouly-Guillemaud, Professeur à l'Université de Montpellier	Directrice de thèse
M. Nicolas Ferrier, Professeur à l'Université de Montpellier	Président du jury
M. Frédéric Buy, Professeur à l'Université d'Aix-Marseille	Rapporteur
M. Thomas Le Gueut, Professeur à l'Université Sorbonne Paris Nord	Rapporteur

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

« L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur »

Remerciements

À l'ensemble de mes Professeurs qui ont formé le juriste que je ne cesserai jamais d'être.

À Madame le Professeur Clémence Mouly-Guillemaud, qui a su m'accompagner de la meilleure manière. Si sa confiance et son directorat m'ont honoré bien plus que le présent travail ne peut certainement lui rendre, il me reste à la remercier sincèrement pour son éducation scientifique. De son exigence, de sa pédagogie, de ses conseils, de ses remarques, je retiendrai toujours ce qui restera l'ultime récompense de cette aventure doctorale : la découverte de la recherche. La conquête d'une plus profonde compréhension de ce qu'elle est me laisse admiratif et contemplatif du génie, désormais mieux compris, de mes professeurs et, au-delà, de l'ensemble des chercheurs.

À ma femme, à ma famille, à mes amis, à mon entourage, qui n'ont jamais cessé de m'interroger sur l'avancement de mes travaux et qui, ce faisant, ont souvent plus cru que moi-même à l'inéluctable achèvement final. Leur assurance et leur fierté proleptique m'ont obligé et motivé. Je leur en suis reconnaissant.

Aux lecteurs qui trouveront peut-être dans cette étude quelques passages utiles pour poursuivre et nourrir, mieux que moi, la réflexion et la recherche.

SOMMAIRE

Les nombres renvoient aux numéros des pages.

SOMMAIRE **6**

PRINCIPALES ABREVIATIONS **7**

INTRODUCTION **9**

PARTIE 1 – LE CONSTAT DE L'ASSIMILATION DE L'INDEMNITE CONVENTIONNELLE A LA PENALITE **34**

TITRE 1 – L'INDEMNITE CONVENTIONNELLE FORFAITAIRE POUR SUJET (AL. 1) 34

Chapitre 1 – La restriction aux seules anticipations indemnitaires forfaitaires et monétaires *35*

Chapitre 2 – Le silence quant aux modalités du forfait *64*

TITRE 2 – LA PENALITE POUR SYNONYME (AL. 2) 95

Chapitre 1 – Une assimilation fluctuante avant le droit moderne *96*

Chapitre 2 – Une assimilation grandissante après le droit moderne *113*

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE **140**

PARTIE 2 – LES CONSEQUENCES DE LA SYNONYMIE ENTRE L'INDEMNITE CONVENTIONNELLE ET LA PENALITE **145**

TITRE 1 – LA REVISION DE TOUTE CLAUSE D'INDEMNISATION FORFAITAIRE DEMESUREE 145

Chapitre 1 – Les germes de l'unification avant la réforme *146*

Chapitre 2 – L'aboutissement de l'unification après la réforme *197*

TITRE 2 - LES LIMITES DU TRAITEMENT UNIFIE DES CLAUSES INDEMNITAIRES DEMESUREES ... 231

Chapitre 1 – La force obligatoire des clauses indemnitaires : une menace relative *232*

Chapitre 2 – Le traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées : une utilité limitée *248*

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE **287**

CONCLUSION GENERALE **291**

BIBLIOGRAPHIE **299**

TABLE DES MATIÈRES **314**

Principales abréviations

Art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
Chron.	Chronique
Civ.	Chambre civile (de la Cour de cassation)
Com.	Chambre commerciale (de la Cour de cassation)
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
Crim.	Chambre criminelle (de la Cour de cassation)
D.	Recueil Dalloz
D. aff.	Dalloz affaires
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Direction
Dr. et patrimoine	Droit et patrimoine
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Ed.	Édition
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	*Ibidem* (au même endroit)
In	Dans
Infra	Ci-dessous
JO	Journal officiel
JCP éd. E	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition entreprise
JCP éd. G	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition générale
JCP éd. N	Juris-classeur périodique (semaine juridique), édition notariale
Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
Lamy dr. civ.	Revue Lamy droit civil
Obs.	Observations
Ord.	Ordonnance
Op. cit.	*Opus citatum (ouvrage déjà cité)*
P.	Page
Préf.	Préface
RDC	Revue des contrats
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Soc.	Chambre sociale (de la Cour de cassation)
Somm.	Sommaire

Supra	Ci-dessus
T.	Tome
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
V.	Voir
Vol.	Volume

« Les peines déchoient à mesure que l'idée du droit va grandissant »[1]

- Rudolf von Jhering

Introduction

1 – Ouverture. Les utilités des diverses clauses aménageant les conséquences d'une inexécution contractuelle sont aussi nombreuses que leur variété. On peut relever les clauses d'indemnisation forfaitaire, les clauses pénales, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ces distinctions ne doivent néanmoins pas masquer la grande diversité terminologique qui existe en la matière. Ainsi, la « clause pénale » est désignée parfois sous les appellations « pénalité civile », « obligation pénale », « amende », « peine privée », etc. La « clause d'indemnisation forfaitaire » est parfois synonyme de « dommages et intérêts contractuels ». Enfin, la clause limitative de réparation est parfois appelée « clause d'irresponsabilité », « clause limitative de responsabilité », ou encore « clause de répartition des risques ».

2 – Variation terminologique et définitions. Le foisonnement terminologique augure une confusion sur le plan conceptuel. Or, en droit, c'est bien partant de la qualification précise d'un objet juridique que l'on trouve à appliquer le régime qui lui convient par exclusion de tout autre. D'emblée on perçoit alors les brèches terribles que laisse subsister un système aux dénominations multiples et imprécises.

Fort heureusement, la multiplicité des expressions est souvent due à la maladresse de quelques-uns, plus rarement elle est le fait d'une proposition doctrinale dont l'expression utilisée est

[1] R. VON JHERING, *De la faute en droit privé. Études complémentaires de l'Esprit du droit romain*, trad. par O. DE MEULENAERE, Paris, 1880, p. 75.

l'étendard. De nombreux travaux ont permis de définir ces différentes notions, parmi lesquels la thèse du Professeur Denis MAZEAUD demeure la référence s'agissant de la clause pénale[2].

Ainsi, la clause pénale est-elle classiquement définie comme la clause par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance la pénalité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée. La clause d'indemnisation forfaitaire est quant à elle la clause par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée, la clause limitative de réparation comme la clause qui a pour objet de limiter à l'avance la réparation due par le débiteur en cas d'inexécution de son obligation contractuelle.

3 – Utilité. Le grand avantage de ces clauses est d'éviter les discussions et les procès potentiels par l'automaticité de l'exigibilité de l'indemnité due en cas d'inexécution. Elles prévoient les conséquences de l'inexécution et balisent un terrain qui, à défaut, est bien souvent incertain, périlleux, coûteux et long. D'un point de vue économique, elles présentent des avantages incomparables puisqu'à l'incertitude d'une indemnité judiciairement déterminée est substituée la certitude d'un montant contractuellement défini[3]. Leur support est de tout ordre, depuis les contrats d'entreprises jusqu'aux contrats entre particuliers. Pas un contrat, ou presque, qui encadre une opération importe pour ses parties prenantes n'omet l'une ou l'autre de ces clauses. Ces clauses, généralement d'usage, sont des outils incontournables de la technique contractuelle[4].

4 – Obscurcissement de la distinction. La distinction de chacune de ces clauses semble claire et paraît s'organiser en un système cohérent. Néanmoins, si l'on investit le champ législatif, et non plus celui du monde apparemment clair des définitions doctrinales, on s'aperçoit que le nouvel article 1231-5 du Code civil issu de la réforme du droit des obligations de 2016 chamboule le soutien législatif majeur aux distinctions évoquées. En effet, l'article étudié fond en un seul texte au moins deux anciens articles du Code civil, à savoir les articles 1152 et 1231 relatifs aux clauses

[2] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992, n°498 à 516.
[3] S. SOUAM, « Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs. Une analyse économique », in *Droit et économie des mécanismes contractuels*, C. JAMIN (éd.), LGDJ, 2008, p. 127-140.
[4] P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Éditions Francis Lefebvre, 5e éd., 2017.

d'indemnisation forfaitaire et aux clauses pénales. Par extension, on en vient à se demander si la clause limitative de réparation, apparemment proche, n'est pas à mettre elle aussi au bénéfice de cette unité nouvelle de l'article 1231-5. Cette intuition est motivée notamment par l'abandon de la référence explicite à la notion de « clause pénale » et part l'insertion dans une sous-section 5 au titre très général qui paraît les rapprocher *« La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat »*. Nous verrons dans quelles mesures cette intuition est fondée.

Il demeure que les textes passés relatifs à ce qu'il nous faut simplement appeler pour l'instant sans plus de précision « clause pénale » sont au bénéfice d'une longue tradition d'interprétation. Celle-ci n'est pas sans poser problème. Elle charrie avec elle des concepts, des notions, des textes au contenu variable, mais à l'invariabilité sémantique troublante. Ainsi derrière une même appellation se cache parfois diverses compréhensions, divers régimes, divers articles du Code civil qui chaque fois entraînent des variations d'accointance avec quelques notions périphériques, au premier rang desquels les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation. Pour éclaircir notre propos, nous indiquons à ce stade que l'ancien article 1152 du Code civil a tantôt été considéré comme visant les clauses d'indemnisation forfaitaire, tantôt les clauses pénales.

Pour montrer l'ampleur du problème qui se pose à nous, il nous faut retracer brièvement l'histoire rédactionnelle et doctrinale entourant notre article d'étude, l'article 1231-5 du Code civil.

5 – Contexte de l'évolution textuelle. Le contexte de rédaction du Code civil n'est plus le nôtre. La société d'alors était essentiellement rurale, artisanale et bourgeoise. La réalité économique de 1804 et des décennies qui suivirent est celle *« du petit commerce et du petit patronat en face de la petite main-d'œuvre »*[5]. De cela il résulte qu'*« il y avait alors une égalité – au moins approximative – de situation économique entre les hommes »*[6].

[5] G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Alcan, 1927, p. 57.
[6] M. DEMOULIN & E. MONTERO, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée » in P. WERY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Paris, La Charte, 2004, p. 61.

Rapidement, néanmoins, la révolution industrielle a charrié avec elle le développement des grandes usines et industries, des chemins de fer et globalement du machinisme. Le développement des entreprises a entraîné l'apparition des monopoles ainsi que l'avènement de la production et de la distribution de masse. Ainsi l'écart s'est creusé comme jamais auparavant entre le patron et l'ouvrier, le vendeur et le consommateur. Les contrats destinés au public se sont standardisés et ne pouvaient plus être négociés, les contrats se complexifiaient et s'allongeaient. Le consommateur, le particulier, se retrouvait de plus en plus démuni face aux vendeurs, souvent de grandes entreprises. Face à cette inégalité grandissante, les pouvoirs publics sont intervenus graduellement afin de rétablir un certain équilibre. Le principe d'autonomie des volontés a été peu à peu nuancé afin de laisser place à des révisions et sanctions nécessaires contre la rigidité d'un principe qui renforçait les inégalités dans une société nouvelle.

En outre, les dommages se sont multipliés, leur gravité s'est accrue, et ce notamment à cause du développement des industries, des machines, et de la voiture. Ce faisant, nous sommes passés d'un monde où la reconnaissance de l'individu primait sur son intégrité, jusqu'alors peu menacée, à un monde où l'intégrité de l'individu mérite bien plus d'être protégée ou couverte. Ainsi, la réparation du préjudice devient un enjeu majeur du droit positif à l'inverse des préoccupations du législateur de 1804 bien plus axées sur la force obligatoire du contrat et le respect de la volonté des parties.

Ce changement de paradigme emporte son lot de conséquences. La clause pénale, comprise comme une véritable sanction dissuasive, répressive et intangible semble *a priori* mal s'y intégrer tant elle est un moyen privilégié pour la partie en position de force d'imposer une clause pénale, une clause d'indemnisation forfaitaire ou une clause limitative de réparation qui lui bénéficie. Chaque fois l'avantage conféré est très important. Une peine contractuelle à vocation répressive va à contre-courant de ce mouvement indemnitaire alors naissant.

6 – Achèvement du processus. Cette impression semble se vérifier si l'on considère, du moins d'un point de vue formel, le nouvel article 1231-5 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant sur réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve

des obligations. Est, en effet, abandonnée toute référence explicite à la « clause pénale ». L'article dispose :

> *« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.*
> *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.*
> *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.*
> *Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.*
> *Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »*

Ce texte reprend les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil ainsi que nous l'indique la table de concordance des articles 1100 à 1386-1 publié JO du 11 février 2016[7]. En réalité, la réforme touche bien plus d'articles puisque tous les articles de 1226 à 1233 sont concernés. Tous ces articles relevaient du sous-titre *« Des obligations avec clauses pénales »*.

Du propre aveu du Gouvernement *« l'article 1231-5 simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des actuels articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales »* [8]. « Simplifie et synthétise », les mots sont faibles puisque les définitions posées par les articles 1226 et 1229 alinéa 1er sont *« apparues inutiles »* et les règles posées par les articles 1227, 1228 et 1229 alinéa 2 apparaissaient *« évidentes »*, les articles 1232 et 1233, quant à eux, relevaient *« du régime des obligations et non du droit des contrats »*, ce qui justifia manifestement leur suppression pure et simple. Cette *« cure d'amincissement drastique »*[9] semble traduire le choix

[7] Selon la table des articles 1100 à 1386-1 publié JO du 11 février 2016
[8] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations
[9] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018, p. 597.

fait par le législateur d'une conception unitaire de feue la clause pénale, tournée, semble-t-il, davantage vers l'indemnisation du créancier si l'on en juge le rapprochement vers une sous-section au titre clair et sans velléité punitive expresse *« La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat »*.

7 – Une double tradition. L'ancien article 1152 du Code civil disposait : *« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. 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. »*, et l'ancien article 1231 quant à lui disposait : *« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »*.
Ces deux articles rendent compte d'une double tradition. Une lecture rapide suffit pour s'en rendre compte. L'ancien article 1152 ne visait que les engagements portant sur une somme d'argent, tandis que l'ancien article 1226 admettait que la clause visée pouvait obliger le débiteur à fournir une prestation quelconque[10]. Ce même texte précisait en outre que la *« peine »* stipulée était destinée à *« assurer l'exécution de la convention »*, ce qui paraissait indiquer que son but essentiel était comminatoire[11], et non indemnitaire comme semble l'être celui de la clause visée par l'article 1152. Ainsi, le Code Napoléon faisait droit à deux conceptions, l'une indemnitaire et l'autre punitive. L'ancien article 1152 s'inscrivait dans la section relative aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution, tandis que les anciens articles 1226 à 1233 formaient une section consacrée aux obligations avec clause pénale.

8 – Genèse romanique de la double tradition. L'origine de cette double tradition remonte au droit romain primitif. Dans la Rome antique, la *stipulatio poenae* était une convention accessoire, distincte du contrat principal et par laquelle le débiteur s'engageait, en cas d'inexécution de son

[10] Ph. DELEBECQUE, *JCl. Resp. civ.*, fasc. 212 ou *JCl. civ.*, art, 1146 à 1155, fasc. 22, n°31 et 32 ; D. MAZEAUD, *op. cit.*, n°619.
[11] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n°60, p. 261.

obligation, à une prestation convenue d'avance[12]. Cette *poena* (châtiment, correction, punition[13]), disons aujourd'hui cette « peine », pouvait se cumuler avec les dommages et intérêts dus pour compenser le préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation. Néanmoins, aucune confusion n'était faite entre dommages-intérêts et pénalité. Les premiers avaient vocation à réparer le dommage, tandis que la seconde avait une fonction comminatoire en amont et punitive en aval de l'inexécution de l'obligation.

Par la suite, la *stipulatio poenae* est devenue un substitut des dommages et intérêts[14]. Cette nouvelle fonction interdisait par conséquent le cumul d'une peine distincte des dommages et intérêts. La *stipulatio poenae* se rapprochait alors d'une clause d'indemnisation forfaitaire en ce sens qu'elle servait simplement à anticiper la réparation d'un éventuel préjudice résultant d'une inexécution contractuelle. Toute velléité punitive était donc bridée par la nécessité d'un forfait qui ne dépasse pas le préjudice réellement subi.

9 – Évolution au Moyen-Âge. Au Moyen-Âge, une évolution importante s'est à nouveau produite[15]. Malgré l'influence des coutumes germaniques qui admettaient que les parties à un acte privé pouvaient prévoir, pour le cas d'inexécution, des pénalités sans rapport avec le préjudice, les canonistes, notamment Azón de Ramenghis, ont fait réapparaître la fonction indemnitaire des pénalités conventionnelles. Sous l'influence du christianisme, les canonistes refusaient l'usure et prohibaient par conséquent les prêts usuraires. Ils s'interrogèrent donc sur la validité de la clause pénale stipulée dans un contrat de prêt, suspecte, à leurs yeux, d'être un moyen de contourner ladite interdiction. Les discussions et débats allèrent bon train sur les critères d'identification de l'abus usuraire. Concrètement, et par transposition anachronique, il s'agissait de savoir si ladite clause était punitive ou simplement réparatrice. Simplement à l'époque la grille de lecture se faisait suivant la notion d'abus usuraire. Finalement, le dernier mot revint à Hostiensius qui affirma que la clause pénale était valable et échappait à la prohibition de l'usure toutes les fois

[12] G. GIRARD, *De la stipulatio poenae en droit romain. De la clause pénale en droit français*, Thèse, Faculté de droit de Paris, 1877, p. 5 à 6.
[13] Selon le Grand dictionnaire latin Olivetti.
[14] Ph. MALAURIE, *Les cours de droit*, 1971, p. 166.
[15] A. FLINIAUX, « L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge », in *Mélanges Paul Fournier*, Sirey, 1929, p. 233 et s.

que la clause pénale correspondait aux *« dommages-intérêts dus en raison du non-remboursement au terme fixé des deniers prêtés »*[16]. Par généralisation, il devint admis le principe de la licéité de la clause pénale à seule vocation réparatrice. La clause pénale n'avait de « pénale » que le nom. Partant de cette reconnaissance, Hostiensius considérait que le juge pouvait modérer la peine quand celle-ci dépassait le double de la valeur de la chose, objet de l'obligation. Au contraire d'un contradicteur, Panormitanus, qui refusait tout pouvoir de réduction au juge aux motifs que le caractère forfaitaire et conventionnel de la « peine » valait présomption de l'importance du préjudice[17].

10 – Achèvement sous l'Ancien Régime. Au XVIe siècle, sous l'Ancien Régime, cette évolution est achevée par Dumoulin et Pothier qui reprirent les idées des canonistes. Dumoulin écrivit que *« la nature de la peine est de tenir lieu de dommages et intérêts qui pourraient être prétendus par le créancier, en cas d'inexécution de l'obligation »*[18]. De cette nature assimilée à celle des dommages et intérêts, Dumoulin en déduisait que le juge pouvait la réduire lorsqu'elle était excessive, car *« il est contre sa nature qu'elle puisse être portée au-delà des bornes que la loi fixe aux dommages et intérêts »*[19]. Pothier, deux siècles plus tard, reprit ces propositions pour les préciser. Selon lui *« la peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'obligation principale : elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale »*, ainsi *« lorsqu'elle est excessive, elle peut être réduite ou modérée par le juge »*[20]. Le raisonnement de Pothier posait en premier lieu le respect de la volonté des parties – *ubi est evidens voluntas, non relinquitur præsumptioni locus* – néanmoins il fallait pouvoir nuancer au nom de l'équité. Ainsi, reprenant l'avis de Dumoulin avant lui, puisque la peine tenait lieu de dommages et intérêts, elle devait comme eux pouvoir être réduite en cas d'excès, de démesure, par le juge.

On voit donc bien l'assimilation faite par ces deux auteurs entre la peine et les dommages et intérêts. Les deux ayant pour but de compenser le préjudice résultant d'une inexécution

[16] *Ibid*. p. 244.
[17] C. MARUANI, *La clause pénale*, Faculté de Droit de Paris, Paris, 1935, p. 45.
[18] M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, t. II, 1861, n°345.
[19] *Ibid*.
[20] *Ibid*.

contractuelle. Selon cette acception, il semble relever de l'absurde de maintenir le terme de « peine » pour ce qui n'était ni plus ni moins qu'une évaluation forfaitaire de dommages et intérêts dus en cas d'inexécution, sans volonté comminatoire ni but punitif.

11 – Travaux préparatoires du Code civil. Malgré cette *« conception indemnitaire »*[21] de la clause pénale, conception alors dominante en doctrine, le projet de l'an IX rejeta fermement ces propositions et eut le souci de clairement distinguer les clauses d'indemnité forfaitaire visées à l'article 1152 et les clauses pénales visées aux articles 1231 et suivants du Code civil. Peine et dommages-intérêts étaient alors deux notions bien distinctes. À nouveau la nature réparatrice déclinée au profit de celle punitive. Il a fallu, comme le dit si bien Geneviève VINEY *« la coïncidence de deux préjugés, l'un en faveur du respect quasi superstitieux des volontés individuelles exprimées par le contrat, et l'autre à l'encontre de « l'équité des Parlements », pour amener les rédacteurs du Code civil à exclure presque toute nuance dans l'affirmation de la validité et de l'efficacité des clauses pénales, quelles qu'elles soient »*[22].

Duranton reprit l'idée d'une distinction claire entre la clause de dommages-intérêts et la clause pénale. Un membre du Tribunal estimait que la première ne devait pas pouvoir être modifiée en raison de son caractère contractuel et de la force obligatoire attenante, tandis que la seconde devait pouvoir être modifiée par le juge en raison de son caractère punitif qui justifie un contrôle judiciaire[23].

Néanmoins, Bigot de Préameneu souligna l'incohérence de ne pas également faire primer la force obligatoire des contrats s'agissant de la clause pénale car, pour lui, le fait de reconnaître au juge le pouvoir de moduler la somme convenue reviendrait à *« troubler la foi due aux contrats »*, cette *« règle fondamentale, que les conventions sont la loi des parties »*[24]. Cambacérès quant à lui faisait valoir qu'*« en cas que le contrat détermine une obligation pénale, applicable à son inexécution, cette obligation est le terme et la mesure de l'indemnité »*. Au terme de la discussion,

[21] S. CARVAL, P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, p. 577.
[22] *Ibid*.
[23] P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, t. XIII, p. 147.
[24] *Ibid*., p. 421.

fut rejetée l'assimilation de la peine à des dommages et intérêts, mais subsista l'intention de faire place à la clause d'indemnisation forfaitaire d'une part et à la clause pénale d'autre part. L'ancien article 1231 ne prévoyait donc pas la possibilité de révision, si ce n'est le cas particulier de l'exécution partielle.

S'agissant de l'article 49 du projet, futur article 1152 du Code civil, il était prévu l'intangibilité sélective du montant des dommages et intérêts conventionnels. Cela signifie que le juge était autorisé à en diminuer le montant lorsque le préjudice s'avérait moindre par rapport à ce qui avait été stipulé. Tandis que si le préjudice réel appelait une réparation supérieure à ce qui avait été stipulé, le juge ne pouvait augmenter le montant prévu. Cette solution visait à concilier les thèses des partisans de la bonne foi qui, se fondant sur l'idée de prévisibilité, étaient d'avis de réduire le montant conventionnel lorsque le préjudice est moindre, et ceux qui défendaient le maintien des prévisions contractuelles au titre de la force obligatoire de la volonté des parties. Finalement, et après discussion devant le Conseil d'État, c'est la force obligatoire de la volonté des parties qui l'emporta et toute modification judiciaire fut interdite.

Ces quelques traits brossés des travaux préparatoires veulent rappeler l'importance pour les juristes de l'époque de la force obligatoire du contrat. Au fond, ce n'est pas tant le fait que telle clause d'indemnisation forfaitaire soit réparatrice et telle autre clause pénale soit punitive qui arbitre la question de savoir si le juge devrait être compétent pour connaître de leur éventuelle révision. L'accent est mis, toutes clauses confondues, sur l'individu, sa capacité à contracter librement et par voie de conséquence sur la force obligatoire attachée au contrat.

12 – L'achèvement des textes du Code civil de 1804. Ainsi, tant la peine de l'ancien article 1226 que le forfait indemnitaire de l'ancien article 1152 étaient intangibles en vertu de la force obligatoire attachée au contrat. Il semble par ailleurs assez clair que le Code civil de 1804 entérina une distinction claire et forte entre la clause pénale de l'article 1226 et la clause d'indemnisation forfaitaire de l'article 1152. En effet, dans l'esprit du texte, la peine de la clause pénale était sans rapport avec la notion de dommages-intérêts. Ceci pour plusieurs raisons[25].

[25] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, n°516, p. 297.

D'abord, les deux articles étaient largement séparés dans l'organisation du Code civil et inscrits au sein de deux parties distinctes qui leur donnaient sens[26]. Ensuite, le régime de la clause pénale était décrit au point de n'avoir besoin d'aucun recours aux textes régissant les dommages-intérêts. L'immutabilité de la peine découlant tout simplement de l'ancien article 1134 du Code civil et l'interdiction de révision de l'ancien article 1231 *a contrario*. Malgré tout, quelques expressions troublaient cette logique. L'ancien article 1229 du Code civil indiquait *« La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale »*. L'amalgame de la « peine » et des « dommages et intérêts » était de nature à semer le trouble sur la véritable nature du dispositif. L'ancien article 1231 du Code civil prévoyait en outre la possibilité de réviser la clause en cas d'exécution partielle, ce qui était là aussi de nature à relativiser la rigueur du caractère punitif de la « peine ».

De cette distinction, somme toute claire, la doctrine aurait pu tirer des conséquences en instaurant une frontière nette entre « clause d'indemnisation forfaitaire », soumise à l'ancien article 1152, et « clause pénale » *stricto sensu*, soumise aux anciens articles 1226 et suivants du Code civil.

13 – Processus de confusion notionnelle. La jurisprudence et la doctrine françaises ont au contraire très rapidement confondu la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire, et avec eux les textes susmentionnés, les regroupant allègrement sous l'appellation « clause pénale ». Selon le Professeur Denis MAZEAUD, *« cette assimilation fut très rapidement favorisée par la dérive indemnitaire dont la clause pénale fut l'objet chez la majorité des auteurs. »*[27], au point où il a pu être dit que *« la peine n'est pas autre chose que l'évaluation des dommages et intérêts par convention ; la clause pénale et les dommages et intérêts conventionnels sont une seule et même clause sous des noms différents. »*[28]. Comme une rengaine on voyait rejaillir les débats d'autrefois sur la nature punitive et/ou réparatrice de la clause pénale, alors que l'intention qui présidait à la rédaction du Code Napoléon s'était échinée à distinguer rigoureusement, mais surement pas assez, la clause pénale de la clause d'indemnisation forfaitaire. Cette confusion fut l'origine tant d'un flou notionnel que d'une imprécision quant au régime applicable.

[26] Cf. *supra* n° 11.
[27] *Ibid*, p. 144.
[28] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 3e éd., 1878, n° 451 ; C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXVI, n° 606.

On peut supposer qu'une des raisons de cette confusion réside dans le fait que le droit validait aussi bien les clauses pénales *stricto sensu* que les clauses d'indemnisation forfaitaire. De cette double validation résulte un champ de validité de ces clauses stipulant une « peine », compris ici indifféremment comme comportant ou non un caractère comminatoire et punitif, extrêmement large. La complexité de la distinction relève également de ce qu'en pratique la plupart des clauses visant à anticiper les conséquences d'une inexécution contractuelle s'inspirent du double objectif d'évaluer d'avance les dommages-intérêts et de faire peser une menace précise sur le débiteur pour le cas où il ne s'exécuterait pas[29].

La distinction rigoureuse entre la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire relevait peut-être de la prouesse doctrinale, mais la qualification effective dans l'ordonnancement juridique d'une clause pénale ou d'une clause d'indemnisation forfaitaire peut relever d'un effort parfois impossible.

14 – Excès et début de critique. C'est seulement à partir du moment où l'immutabilité de la clause d'indemnité forfaitaire, comme pénale, est devenue la source d'excès et d'abus exercés par des créanciers à l'encontre de débiteurs en position de faiblesse qu'une lecture plus critique des articles de loi fit surface. On comprend en effet très bien qu'un contractant qui est en mesure d'imposer ses conditions à son cocontractant soit tenté d'insérer dans le contrat qu'il rédige lui-même un forfait d'indemnisation disproportionné par rapport au préjudice causé pour le cas d'une défaillance de son cocontractant. À l'inverse, il peut insérer un forfait d'indemnisation très avantageux dans le cas de sa propre défaillance, si par ailleurs il est débiteur d'une autre obligation.

[29] Cass. 1re civ., 3 janv. 1985, *Bull. civ.* I, n°4, p. 4; Versailles, 19 oct. 1989, *D.* 1989, IR p. 301, obs. J. MESTRE, *RTD civ.* 1990, p. 711 ; Cass. com., 27 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n°190 ; Cass. com., 29 janv. 1991, *Bull. civ.* IV, n°43 ; 26 févr. 1991, *Bull. civ.* n°91 ; Cass. com., 5 juill. 1994, *Bull. civ.* IV, n°253 ; Cass. 1re civ., 3 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n°4; Cass. 1re civ., 1er oct. 1995, *D.* 1996, som. com. p. 116, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. 1re civ., 12 oct. 1996, *Bull. civ.* I, n°366 ; Cass. 1re civ., 22 oct. 1996, *Bull. civ.* I, n°366 ; Cass. 3e civ., 23 mai 2008, n°06-15486 et Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n°07-14556, *RDC* 2008, p. 1058, obs. J.-S. BORGHETTI.

Ce genre d'abus fleuri dans certains types de contrats d'adhésion, qui se sont répandus en France à partir des années 1960, en particulier le crédit-bail, la location- service et la vente à crédit. Il était alors de pratique courante d'imposer aux consommateurs le paiement d'indemnités considérables pour la moindre défaillance, le montant étant généralement indexé sur le reste à payer jusqu'au terme du contrat[30].

Heureusement, la réaction fut forte[31] et s'est traduite par une remise en cause du système ultralibéral consacré par les premiers rédacteurs du Code civil[32]. Tout à coup, les commentaires réalisèrent le caractère exceptionnel de ce régime. Un examen comparatif des droits modernes révéla que tous contenaient des dispositions qui permettaient soit de modifier par voie judiciaire les pénalités conventionnelles excessives, soit même de faire annuler les clauses qui les prévoyaient[33].

Une évolution était donc inévitable. Restait à en définir les modalités puisqu'il fallait trouver le meilleur moyen pour lutter contre ces abus. Mise à part l'interprétation restrictive[34] qui n'est jamais qu'une attitude arbitraire subjective et non une limitation objective, deux méthodes pouvaient être envisagées. La première consistait à poser tout simplement des limites à la validité des clauses pénales. La seconde était de renforcer les conditions d'application de la clause pénale[35]. Plusieurs thèses furent avancées par les plaideurs sans toutefois remporter l'adhésion définitive de la jurisprudence.

[30] A. SOLAL, « La réforme de la clause pénale et le contrat de crédit-bail », *Act. jur. propr. Imm*. 1976, p. 14.
[31] H., L., J. MAZEAUD et F, CHABAS, *Traité*, t. III, 2e vol., 6e éd., n°2636 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz., 1983, n°475.
[32] B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale », *JCP* 1975, I, 2742, n°15; J. THILMANY, « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé », *Rev. int. dr. comp.,* 1980, p. 7. ; E. ALFANDARI, « Le contrôle des clauses pénales par le juge », *JCP* 1971,1, 2397, n°1.
[33] J. THILMANY, « Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé », *op. cit.*, p. 17 ; S. SANZ, « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale », *RTD civ.* 1977, p. 268-271. ; Ph. MALAURIE, « La révision judiciaire de la clause pénale », *Defrénois*, 1976, n°31075, p. 533 ; 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. ; D. MAZEAUD, *La notion de la clause pénale, op. cit.*, n°517 à 527.
[34] D. MAZEAUD, *op. cit.*, n°572 à 574.
[35] E. ALFANDARI, « Le contrôle des clauses pénales par le juge », *JCP*, 1971, 2305, n°23.

15 – Achèvement de l'assimilation par la loi. Finalement, le législateur réagit par une loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil en instaurant un pouvoir de révision judiciaire assez large sur les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses pénales. La loi ajouta en effet un deuxième alinéa à l'article 1152 : *« Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »*. Quant à l'article 1231 du Code civil qui disposait laconiquement *« La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. »*, il fut modifié avec l'ajout du texte suivant : *« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »* Ainsi, un pont fut bâti entre les anciens articles 1231 et 1152 grâce à ce renvoi textuel. Plus largement, ce fut à partir de là que toute la notion de clause pénale dont il était disposé aux articles 1226 à 1233 fut alors associée à la notion de clause d'indemnisation forfaitaire de l'article 1152. D'ailleurs, le titre même de la loi inaugurée formellement l'assimilation des notions en ce qu'elle faisait l'amalgame entre l'article 1152 et la clause pénale : *« Loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les art. 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale »*.

Cette orientation, qui reçut l'appui de plusieurs organisations internationales[36], a cependant été fortement critiquée par certains auteurs qui y ont vu une grave menace pour les clauses pénales, allant même parfois jusqu'à prédire leur disparition[37].

Cette loi entérina donc le processus d'assimilation en réformant simultanément ces deux articles et en instaurant un pouvoir de révision traversant les deux notions. Le pouvoir de révision ainsi instauré revenait sur le principe fort qui l'emporta lors de la rédaction du Code civil, à savoir la force obligatoire de la volonté des parties et par corollaire l'intangibilité du contrat.

[36] Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Résolution n°78-3 relative aux clauses pénales en droit civil, 20 janvier 1978 ; J. THILMANY, *op. cit.*, p. 40, n°25 et 26.
[37] B. BOUBLI, « La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté », *Journal des notaires* 1976, p. 945 ; J.-L. EVADE, « La réduction des clauses pénales excessives », *Gaz. Pal.* 1976, 2e sem., p. 449.

Un tel pouvoir motiva la doctrine et suscita une abondante jurisprudence. La première souhaitait découvrir le champ précis d'application d'un tel pouvoir, tandis que la seconde tentait de justifier avec cohérence ses interventions.

16 – Dénonciation de la confusion. Le Professeur Jacques MESTRE dénonça adroitement la confusion entre les clauses visées respectivement à l'ancien article 1152 et aux anciens articles 1226 à 1233[38]. En toute rigueur, il convenait selon lui de distinguer la clause d'indemnisation forfaitaire visée à l'article 1152, et la clause pénale *stricto sensu*, définie aux articles 1226 à 1233. Sans réduire la portée de cette analyse actualisée, il faut reconnaître néanmoins qu'il s'agit là d'une remémoration des sources de notre Code civil ainsi que nous l'avons vu[39].

La clause pénale, ainsi que l'a démontré le Professeur Denis MAZEAUD a une fonction ambivalente propre : comminatoire et punitive. Au contraire, la clause dont il est disposé à l'article 1152 devait être qualifiée de clause d'indemnisation forfaitaire[40] car elle vise seulement à fixer les dommages et intérêts qui seront dus par le débiteur en cas d'inexécution de son obligation, les caractères comminatoire et punitif lui font donc défaut en théorie et dans le texte.

Néanmoins, il faut reconnaître que leurs domaines respectifs paraissent se recouvrir. Une clause d'indemnisation forfaitaire est très souvent une clause pénale. En effet, une clause d'indemnisation forfaitaire comprend une évaluation forfaitaire des dommages et intérêts et lorsque le montant des dommages et intérêts forfaitairement fixé apparaît supérieur au dommage dont on peut prévoir qu'il résulterait d'une inexécution contractuelle, alors on peut sans mal caractériser une clause pénale car le forfait se mue en peine. Cela pose au fond la question d'un juste critère de distinction. Doit-on considérer objectivement le montant de l'indemnité par rapport au montant du préjudice probable résultant d'une inexécution et en déduire le caractère comminatoire de la clause ou apprécier subjectivement les causes de la clause, à savoir si celle-ci avait vocation dans l'esprit des parties à contraindre le débiteur de s'exécuter ou simplement à garantir l'évaluation de la réparation ?

[38] J. MESTRE, obs., *RTD civ.* 1985, p. 372 ; D. MAZEAUD, *op. cit.*, n°262 et 263.
[39] Cf. *supra* n° 11.
[40] D. MAZEAUD, *op. cit*., n°258 et s

Inversement, si une telle clause prévoit des dommages et intérêts inférieurs au montant du dommage qui résulterait probablement d'une inexécution contractuelle, on caractériserait sûrement une clause limitative de réparation.

La clarification faite par le Professeur Jacques MESTRE emportait entre autres conséquences l'ouverture de l'article 1152 à la clause limitative de réparation, puisqu'elle entrait manifestement dans le domaine du pouvoir de révision judiciaire tel qu'il était délimité par l'alinéa 1er de l'article. En effet, la clause limitative de réparation est bien une *« évaluation conventionnelle d'une somme à titre de dommages-intérêts pour le cas d'inexécution de la convention par le débiteur »*[41].

17 – Usage et mésusage de l'expression « clause pénale ». Malgré cette distinction notionnelle somme toute assez claire, en dépit de définitions enchâssées, les juges prirent l'habitude, à partir de 1975, de parler de la révision des « clauses pénales », et ce malgré les éclaircissements apportés par une doctrine rigoureuse. Or, comme nous l'avons dit, ce ne sont pas les clauses pénales *stricto sensu*, c'est-à-dire celle définie par les articles 1226 à 1233 du Code civil, qui sont visées par la faculté de révision prévue par la loi, mais bien les clauses d'indemnisation forfaitaire visées à l'article 1152 parmi lesquelles en tant que sous-ensemble on peut trouver la clause pénale. Malheureusement, la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, la Cour de cassation entretient elle-même la confusion. C'est ce qu'illustre l'attendu de principe contenu dans un arrêt de la Première Chambre civile du 10 octobre 1995 qui, au visa de l'article 1152, énonce 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 »*[42]. Elle reprend ici la définition de la clause d'indemnisation forfaitaire, mais la nomme « clause pénale ». La confusion est totale.

Finalement selon cette confusion, la clause visée à l'article 1152 du Code civil nommée « clause pénale » devient une sorte de clause pénale *lato sensu*, tandis que la clause visée aux articles 1231

[41] J. MESTRE, obs., *RTD civ.* 1985, p. 372.
[42] Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n°347, *D.* 1996, p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR, *JCP G* 1996, II, 22580, note G. PAISANT.

et suivants du Code civil devrait être par voie de conséquence plus précisément nommée clause pénale *stricto sensu.*

Pour résumer la position de la jurisprudence, la clause pénale *lato sensu*, visée par l'article 1152, aurait dû être rigoureusement qualifiée de clause d'indemnisation forfaitaire, encore que la clause limitative de réparation pourrait bien intégrer son champ d'application en tant que sous-ensemble de la clause d'indemnisation forfaitaire. Pour être caractérisée, une telle clause doit être une clause contractuelle, fixant à l'avance et de manière forfaitaire une somme, qui corresponde à l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée[43]. Le régime assorti permettait au juge, même d'office, de modérer ou d'augmenter la somme forfaitaire qui avait été convenue si elle se révélait manifestement excessive ou dérisoire.

La clause pénale *stricto sensu,* visée par les articles 1231 et suivants, reprenait ces éléments caractéristiques à quelques différences près. La première était que la somme forfaitaire stipulée avait dans ces textes une vocation comminatoire et punitive. Il ne s'agissait donc pas strictement d'une simple évaluation préalable des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution d'une obligation. En outre, la peine n'était pas nécessairement pécuniaire, mais elle était vaguement définie comme « quelque chose ». Autrement dit, la clause pouvait obliger au versement d'une somme d'argent, mais aussi en une obligation de faire par exemple. Le Professeur Jacques MESTRE le résumait parfaitement en disant : *« la clause pénale [stricto sensu] est à la fois plus large que la clause de l'article 1152 puisque son objet n'est pas nécessairement pécuniaire (...) et plus étroite puisqu'elle suppose une menace pour le débiteur que ne comporte pas nécessairement l'autre »*[44].

Suivant les débats doctrinaux, la jurisprudence a tenté de lever les interrogations quant à la qualification de ces clauses. Encore aujourd'hui *« ce contentieux ne semble pas en voie de tarissement, en dépit des efforts faits par la doctrine et par les tribunaux, et notamment la Cour de cassation, pour préciser les critères permettant de retenir la qualification de clause pénale. »*.[45]

[43] J.-S. BORGHETTI, « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, p. 1158.
[44] J. MESTRE, obs., *RTD civ.* 1985, p. 372.
[45] J.-S. BORGHETTI, *op. cit., loc. cit.*

Il résultait de ces considérations rapidement synthétisées sur les notions de clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire, la proposition faite par le Professeur Denis MAZEAUD, dans sa thèse de référence, d'un régime d'enchâssement : *« tout ce qui concerne la clause pénale est inapplicable à la clause de dommages-intérêts, notamment la faculté de réduction proportionnelle prévue à l'article 1231 pour le cas de l'inexécution partielle. Mais, à l'inverse, l'article 1152 régira toutes les indemnités contractuellement convenues, même si elles n'ont pas pour finalité de contraindre à l'exécution »*.[46] Au fond, il ressortait de la doctrine que les natures des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives étaient bien distinctes. Néanmoins, au-delà de la distinction de nature, il s'avérait que l'article 1152 du Code civil pouvait s'appliquer à toutes ces clauses vu sa rédaction large et englobante. La jurisprudence et une partie de la doctrine n'acceptaient néanmoins pas une telle définition du champ de révision fondée sur l'ancien article 1152 du Code civil. La réforme du droit des obligations de 2016 oblige pourtant à renouveler notre compréhension du champ d'application du pouvoir de révision judiciaire.

18 – Changement de paradigme après la réforme de 2016. Dernièrement, comme nous l'avons dit, l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 a introduit un article 1231-5 au sein du Code civil reprenant les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil selon la table de concordance[47]. Certains auteurs estiment plus encore que l'article 1231-5 synthétise tous les anciens articles 1152 et 1226 à 1233. La perspective n'est pas la même. Soit on considère que le législateur abandonne à dessein la référence aux articles 1227 à 1233, soit on pense que l'article 1231-5 emporte une large synthèse des anciens articles.

L'ancien article 1152 du Code civil se trouvait inséré dans la section consacrée aux dommages et intérêts contractuels[48] et désignait explicitement la clause d'évaluation forfaitaire de

[46] F. CHABAS, « Préface », in D. MAZEAUD, *op. cit.*, 1992.
[47] Table de concordance, Articles 1100 à 1386-1 au JO du 11 févr. 2016 (ancienne / nouvelle référence)
[48] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre III : De l'effet des obligations., Section 4 : Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.

l'indemnisation, tandis que l'ancien article 1231, quant à lui, figurait au sein d'une section spéciale relative aux obligations avec clauses pénales[49].

Désormais l'article 1231-5 du Code civil prend place au sein d'une section relative à l'inexécution du contrat et s'insère au sein d'une sous-section disposant de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat[50].

De prime abord, les évolutions semblent importantes puisque non seulement l'évocation explicite de la notion de *« clause pénale »* est abandonnée, mais, en plus, c'est bien la définition de l'ancien article 1152 qui semble avoir été toilettée et non la définition initiale de la clause pénale *stricto sensu* posée par la loi du 7 février 1804[51]. De plus, l'intitulé de la nouvelle sous-section reprend l'intitulé de l'ancienne section de l'article 1152 *« Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation »* devenant *« la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat »*. En somme, et au moins formellement, le législateur s'éloigne de la notion de clause pénale pour se rapprocher de celle de clause d'indemnisation forfaitaire ainsi qu'en disposait et qu'était interprété l'article 1152 du Code civil. Néanmoins, nous l'avons vu, l'histoire interprétative est telle que les clauses visées par les articles 1231 et 1152 étaient indifféremment désignées comme *« clauses pénales »*. Se pose donc avec une acuité toute renouvelée la question de la portée véritable de ce changement.

Quoiqu'il en soit, il ressort de cette réforme que ce qui relevait apparemment du champ exclusif de la notion de clause pénale *stricto sensu* ressort désormais de l'article 1231-5 du Code civil qui opère une fusion des anciens articles 1152 et 1231. Comment donc comprendre ce chamboulement de régime ? À ce qui se présente comme une fusion des régimes, ne doit-il pas

[49] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre IV : Des diverses espèces d'obligations., Section 6 : Des obligations avec clauses pénales.
[50] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des sources d'obligations, Sous-titre Ier : Le contrat, Chapitre IV : Les effets du contrat, Section 5 : L'inexécution du contrat Sous-section 5 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat.
[51] *« 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 »*

suivre une fusion des notions ? Si cette fusion des notions est avérée, ce nouveau paradigme n'influence-t-il pas la compréhension du régime afférent ?

19 – Remarques liminaires. En réaction à ce changement, le Professeur Mustapha MEKKI a pu dire que *« Cette définition présente la clause pénale comme une banale clause d'indemnisation forfaitaire et ne met pas en exergue le caractère punitif du mécanisme »*[52]. On ne peut qu'agréer. Mais la question se pose de savoir si le *« mécanisme »* dont il est question est censé disposer ou non d'un caractère punitif. Le nouvel article 1231-5 du Code civil reprend les termes de l'ancien article 1152 du Code civil qui visait, selon qu'il a été montré, les clauses d'indemnisation forfaitaire malgré la confusion et sa nomination récurrente « clause pénale ».

Néanmoins, on ne peut conclure trop hâtivement que la clause pénale est devenue une simple clause d'indemnisation forfaitaire sur la base d'un seul argument. Il nous faudra étayer la démonstration et préciser la portée du changement.

Premièrement, remarquons que les deuxième et troisième alinéas de l'article 1231-5 du Code civil évoquent une « pénalité ». Une telle allusion peut s'interpréter comme une allusion au caractère punitif de la clause visée par le nouvel article 1231-5, et donc par voie de conséquence une allusion à un caractère comminatoire. Mais il faut reconnaître que cette même « peine » paraissait au sein de l'ancien article 1152 du Code civil sans pour autant que la jurisprudence ainsi que la doctrine ne reconnaissent un caractère comminatoire et punitif à la clause pénale *lato sensu*, disons autrement à la clause d'indemnisation forfaitaire. En sorte que relevé une telle survivance relève peut-être, comme l'indique le Professeur Denis MAZEAUD, d'un *« instinct de survie doctrinale »*[53] souhaitant déceler les vestiges d'une notion désormais explicitement omise.

L'enjeu de savoir si la notion de clause pénale a survécu à la réforme de 2016 ou si elle a disparu est grand. Car, à défaut de distinction formelle, on peut se demander quel intérêt demeure à qualifier une clause pénale.

[52] M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016/2, p. 400.
[53] D. MAZEAUD, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *D.* 2016, p. 1628.

Deuxièmement, si clause pénale *stricto sensu* et clause pénale *lato sensu* ne font aujourd'hui plus qu'un, pourquoi ne pas conserver l'expression noyau de « clause pénale » ? Il s'agirait d'un argument invoquant la tradition en guise de résistance sémantique : faisant suite à la continuité de l'histoire interprétative il conviendrait de nommer « clause pénale » la clause visée à l'article 1231-5 du Code civil puisque jusqu'à maintenant l'expression était indifféremment utilisée pour viser les clauses des anciens articles 1231 et 1152 du Code civil. Cette option, au-delà de sa praticité conservatrice, n'est pas nécessairement la plus juste dans la mesure où elle fait fi de ce que l'assise de l'expression, certes indûment répandue, était l'ancien article 1231. Or, l'article 1231-5 du Code civil reprend non pas la définition de l'ancien article 1231, mais bien celle de l'ancien article 1152. À défaut de ce fondement objectif qui gravait dans la loi même l'expression de « clause pénale », est-il toujours légitime de laisser survivre une telle expression en droit français ? Plus encore, l'expression « clause pénale » indique inconsciemment une fonction comminatoire et punitive qu'il convient sûrement dorénavant de relativiser. On sait de plus, selon les leçons de l'histoire, qu'il convient de bien nommer la chose tant une mauvaise dénomination influence le fond de toute notion et son régime, entraînant à terme des confusions malencontreuses.

20 – Questionnements. Quelle clause vise précisément l'article 1231-5 du Code civil ? Faut-il rechercher une définition ou puiser au sein de celles des anciennes notions ? L'article vise-t-il une unique clause, la traditionnelle et ancienne clause pénale, ou trouve-t-il à s'appliquer à plusieurs clauses de nature différente ?

Au fond, l'article 1231-5 du Code civil vise-t-il la seule clause pénale ou toute clause anticipant le montant de l'indemnisation ?

Cette question pose aussi en filigrane celle de savoir si l'article 1231-5 du Code civil doit être compris à l'aune d'une clause unique, en cela directement inspiré de l'ancien article 1152 du Code civil que la jurisprudence et la doctrine majoritaire considéraient comme définissant la notion de clause pénale et lui attribuant un régime singulier, ou plutôt comme indiquant un périmètre large d'application comme sa lettre le permet. La réponse à cette question a des conséquences importantes.

En effet, la mise en œuvre de la clause supposera-t-elle que le créancier ait subi un préjudice ou l'existence d'une simple inexécution imputable au débiteur suffira ? Dans le cas où l'on démontrerait la survivance d'un caractère punitif, on devrait vraisemblablement conclure à ce qu'une simple inexécution suffise à actionner la clause, tandis qu'à défaut de caractère punitif on devrait normalement conclure qu'à défaut de préjudice la clause ne devrait pas pouvoir être actionné dans la mesure où elle a nature de dommages et intérêts.

De même que l'ampleur du pouvoir de révision judiciaire dépend de la réponse à cette question. Si le caractère punitif a disparu, le juge devrait pouvoir supprimer l'indemnité lorsqu'aucun préjudice n'est constaté. À l'inverse, si le caractère punitif demeure, le juge devrait pouvoir maintenir une peine puisque celle-ci à vocation de sanctionner une inexécution, qu'elle ait entraîné ou non effectivement un préjudice.

Par ailleurs, l'effort de définition du périmètre des clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil nous oblige aussi à cerner de l'utilité de la distinction entre clause limitative de réparation et clause d'indemnisation forfaitaire. Au-delà il s'agit de savoir si la clause limitative de réparation peut aujourd'hui être révisée sur le fondement du nouvel article 1231-5. L'élan du législateur vers le contrôle judiciaire, mais aussi et surtout vers une meilleure indemnisation des victimes appellent nécessairement cette question. La clause d'indemnisation forfaitaire et la clause limitative de réparation se ressemblent à bien des égards d'un point de vue formel. Aussi, l'article 1231-5 prévoit le cas d'une revalorisation à la hausse de l'indemnité prévue. Cela vise donc le cas où le montant stipulé est inférieur au montant du préjudice résultant d'une inexécution contractuelle. Ce cas ne révèle-t-il pas l'unité, sous le prisme de l'article 1231-5, des notions aujourd'hui dissociées de clause limitative de réparation et clause d'indemnisation forfaitaire ? Il s'agit donc de savoir dans quelle mesure une clause limitative de réparation peut faire l'objet d'une révision judiciaire au titre du nouvel article 1231-5 du Code civil. La remarque du Professeur Jacques MESTRE sur le champ d'application de l'ancien article 1152[54] mérite une actualisation circonstanciée.

[54] Cf. *supra* n° 16.

21 – Définitions. Afin de poser les bases de la réflexion autour des clauses évoquées et leur lien avec le nouvel article 1231-5 du Code civil, il convient de rappeler leurs définitions classiques et actuelles. La clause limitative de responsabilité a pour objet de limiter à l'avance la réparation due par le débiteur en cas d'inexécution de son obligation contractuelle ou, en matière extracontractuelle, en cas de fait dommageable[55]. La limitation peut être de nature quantitative ou qualitative. Quantitative signifie qu'elle prend la forme d'un plafond de dommages-intérêts. Qualitative signifie qu'elle écarte certains chefs de préjudice du champ de la responsabilité du débiteur. Nous ignorerons les clauses limitatives qualitatives en ce qu'elles présentent une différence trop fondamentale avec les clauses pénales et les clauses d'indemnisation forfaitaire. En toute hypothèse aucun doute ne subsiste quant à une éventuelle application de l'article 1231-5 à l'égard de ces clauses limitatives qualitatives considérant qu'à défaut d'indication d'une somme à payer en cas d'inexécution il ne peut être question de la révision de celle-ci. L'exclusion de certains chefs de préjudice ne saurait être « révisée ». La clause limitative quantitative sera appelée clause limitative de réparation car cette expression nous semble dissiper tout doute sur la nature de la limitation.

La clause pénale, quant à elle, a pour objet de garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale et qui, en cas d'inexécution illicite imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution d'une peine privée[56].

Enfin, la clause d'indemnisation forfaitaire a pour objet, tout simplement, l'évaluation conventionnelle, anticipée et forfaitaire de dommages-intérêts, pour les cas d'inexécution de la convention[57].

Après avoir pris acte de ces définitions qui rendent compte de l'état de la doctrine, la question qui se pose est de savoir si au regard de l'évolution du droit, et notamment de la consécration du nouvel article 1231-5 du Code civil, les clauses pénale, d'indemnisation forfaitaire et limitative de réparation peuvent être révisées par le juge sur ce fondement.

[55] M. LEVENEUR-AZEMAR, *Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 577, 2017, n°11, p. 9.
[56] D. MAZEAUD, *op. cit*, n°705, p. 396.
[57] J. MESTRE, « De la notion de clause pénale et de ses limites », *RTD civ*. 1985, p. 372.

22 – Projet. Il s'agit donc pour nous d'expliciter l'article 1231-5 afin de définir le champ des clauses susceptibles de faire l'objet d'une révision judiciaire. Ce faisant, il s'agit de clarifier le système positif et mettre à jour ses soucis de cohérence, s'il en demeure. Par cet effort, l'objectif fixé est de dévoiler la nature de ce qui n'est plus expressément nommée, ou alors de manière encore trop sibylline par l'habitude en disant « clause pénale ». Au fond, suivant la remarque prophétique d'un auteur à propos de la réforme de 1975, mais d'une justesse et d'une actualité évidentes, la réforme de 2016 pourrait *« manifester l'émergence d'un principe général de notre droit en faveur d'un pouvoir de modération du juge sur l'appréciation des dommages et intérêts »*[58]. Il nous faut voir si l'émergence d'un tel « principe général » est réelle, auquel cas elle poserait les bases d'un rassemblement notionnel, d'une large applicabilité de l'article 1231-5 du Code civil et donc d'un renforcement du pouvoir judiciaire de révision. Ce parcours déductif qui vise à confronter l'article étudié au carrefour des clauses précitées ira de pair avec un mouvement inductif de réexamen de ces notions à la lumière de ce nouvel article. En d'autres termes, il s'agit de définir le champ d'application de l'article 1231-5 du Code civil et dans le même temps d'apprécier la portée des changements éventuellement induits par ce nouvel article dans la compréhension des notions de clause pénale, de clause d'indemnisation forfaitaire et de clause limitative de réparation.

23 – Exégèse de l'alinéa premier. *« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »*. C'est en ces termes que l'alinéa 1er de l'article 1231-5 du Code civil inaugure les dispositions visant les clauses susceptibles d'être révisées par le juge.

Il pourrait être objecté qu'une nouvelle analyse n'ajouterait rien de plus que toutes celles menées sur la base de l'ancien article 1152 du Code civil qui a été repris. À cela nous répondons que la compréhension d'un même texte varie selon le contexte qui l'a suscité et par l'ordonnancement juridique nouveau dans lequel il s'inscrit. Ainsi, la suppression de la lettre de l'ancien article 1226

[58] Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, 3e éd., Dalloz, 1982, n°56.

est tout aussi chargée de sens que la conservation de celle de l'article 1152. Conservation de la lettre n'est pas synonyme d'inertie du sens. En effet, la seule survivance de la lettre du texte ne signifie pas nécessairement que son sens est strictement le même que par le passé. Son sens doit être compris à frais nouveaux à la lumière des changements de l'ordonnancement juridique. Par ailleurs, malgré une évidente reprise de l'ancien article 1152, il y a néanmoins des modifications qui ont été introduites[59]. Nous mènerons donc une lecture attentive et approfondie des termes de l'article 1231-5 du Code civil sous le prisme de l'élan insufflé par la réforme de 2016 et notamment des causes et conséquences liées à la fusion des anciens articles 1152 et 1226 à 1233.

24 – Plan. Le nouvel article 1231-5 du Code civil innove par rapport à ses sources en assimilant nettement et définitivement la pénalité de ses deuxième et troisième alinéas à l'indemnité de son premier alinéa (Partie 1). Il en résulte la possibilité, nouvelle, pour le juge de réviser non plus seulement la clause pénale, mais aussi la clause d'indemnisation forfaitaire et la clause limitative de réparation, dès lors qu'elles disposent d'un forfait d'indemnisation excessif ou dérisoire (Partie 2).

[59] Cf. *supra* n° 18.

Partie 1 – Le constat de l'assimilation de l'indemnité conventionnelle à la pénalité

25 – Une « certaine somme à titre de dommages et intérêts » : un forfait et une pénalité. Fort de son héritage de l'ancien article 1152 du Code civil, l'article 1231-5 du Code civil reprend l'expression séculaire mot à mot à ceci près que le trait d'union de « dommages-intérêts » s'est vu remplacé par la conjonction de coordination « et ». Pas de changement sensible quant à la lettre donc. Néanmoins, il nous faut reprendre l'histoire de cette rédaction et de ce que les juristes-exégètes en ont compris pour voir ce que vise cette expression dans ce nouveau contexte textuel. On récapitule généralement l'expression *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »* par les expressions raccourcies « indemnité forfaitaire » ou, encore plus simplement, « forfait ». Étonnamment, l'expression du premier alinéa est relayée par celle de « pénalité » dans la suite du texte. Il en ressort une synonymie parfaite entre la pénalité et l'indemnité (Titre 2). Pour apprécier la portée de cette synonymie, il convient de cerner l'indemnité dont il est question dans cet article. Cette indemnité étant en effet un forfait qui, loin d'être un objet simple, trouve à s'exprimer sous plusieurs formes (Titre 1).

Titre 1 – L'indemnité conventionnelle forfaitaire pour sujet (al. 1)

26 – L'univocité apparente des termes « une certaine somme ». L'expression *« une certaine somme »* trahit le lecteur par son apparente simplicité. On peut soulever au moins deux difficultés. D'abord, une textuelle. S'il est clair que l'intention première et la tradition ont compris cette expression comme indiquant un caractère forfaitaire, une lecture toute naïve de cette interprétation séculaire s'étonnera de l'évidence d'une telle conclusion. En effet, l'adjectif « certain » est extrêmement vague et porte une multiplicité importante de définitions. Ce mot peut se targuer de

signifier une chose et son contraire. Ainsi, « certain » peut signifier précis et imprécis[60], mais aussi indubitable[61] et dubitable. Ensuite, une difficulté modale. Il peut s'agir certes tout simplement d'une somme simple et définie au préalable. Mais de façon plus complexe, il peut s'agir d'une somme résultant d'une formule de calcul complexe à plusieurs variables, d'intérêts moratoires, voire d'un plafond d'indemnisation. Derrière cette expression se cache donc une complexité qu'il nous faut approfondir pour éclaircir le sens de l'article 1235-1 du Code civil et son rapport aux clauses pénales, clauses d'indemnisation forfaitaire et clauses limitatives de réparation. Le texte restreint explicitement la révision judiciaire aux seules anticipations indemnitaires forfaitaires et monétaires (Chapitre 1), mais reste silencieux sur les modalités de l'objet encadré (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La restriction aux seules anticipations indemnitaires forfaitaires et monétaires

27 – Exégèse de l'expression « une certaine somme ». L'article 1231-5 alinéa 1er du Code civil dispose, nous l'avons dit, que la sanction de l'inexécution propre à la clause qu'il vise doit être *« une certaine somme.* L'adjectif « certaine » évoque une invariabilité et une détermination *a priori* (Section 1). Le nom « somme » précise la nature monétaire de l'objet encadré (Section 2).

Section 1 – « une certaine somme » nécessairement forfaitaire

28 – Une « certaine somme à titre de dommages et intérêts » : un forfait. L'expression *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »,* déjà inclut dans l'ancien article 1152 du Code civil, fut récapitulée par la doctrine en « indemnité forfaitaire » ou, encore plus simplement, « forfait »[62]. Ces énoncés se veulent paraphrastiques et synthétiques. Ils tentent de résumer l'objet visé par le texte de l'article 1231-5 du Code civil et font voir d'emblée le double caractère de ce

[60] Par exemple : « Elle est là depuis un certain temps. »
[61] Par exemple : « Je suis certain d'avoir raison. »
[62] Par exemple : S. CARVAL, P. JOURDAIN et G. VINEY, *op. cit*., n°384, p. 554.

qui est visé : une indemnité, qui plus est forfaitaire. Le caractère forfaitaire est indiqué par l'adjectif *« certaine »* qui caractérise la *« somme à titre de dommages et intérêts »* comme étant fixée, déterminée, comme l'est un forfait. Cela fait sens, si l'on se rappelle que lors de la rédaction du Code civil de 1804 l'adjonction des mots *« à titre de dommages-intérêts »* après *« une certaine somme »* visait à *« marquer la différence entre la clause des dommages-intérêts à laquelle le juge ne peut rien changer, et la clause pénale qui peut être révisée »*[63]. Autrement dit, il s'agissait de distinguer clairement par la lettre du texte la clause d'indemnisation forfaitaire de la clause pénale et leur article respectif. Dès lors, les commentateurs reprirent les termes du nom de la clause correspondante pour récapituler, à rebours, les termes de la loi. Selon l'usage, nous évoquerons indistinctement le « forfait » ou l'« indemnité forfaitaire » pour évoquer cette *« certaine somme à titre de dommages et intérêts »* dont il est question au premier alinéa de l'article 12321-5 du Code civil.

29 – L'indemnité forfaitaire : discussion entre « plafond » et « pénalité ». L'article 1231-5 du Code civil caractérise la pénalité comme *« une certaine somme » a priori* invariable car *« il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre »*. Le caractère « forfaitaire » ne figure manifestement pas expressément dans l'article 1231-5 du Code civil. C'est à partir de la précision qu'*« il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre »*, qu'il a été déduit. Une somme forfaitaire est donc un montant, fixé dans directement dans son quantum ou indirectement par la détermination de sa méthode de calcul, indiquant la somme d'argent à payer en cas d'activation de la clause. Néanmoins, ce caractère forfaitaire ne se laisse pas saisir aussi facilement qu'il n'y paraît. Ces difficultés tiennent à son histoire et sa confrontation avec l'ancienne notion de peine, mais aussi de ses confrontations à un pragmatisme juridique qui se doit de qualifier au-delà des apparences les intérêts de retard des clauses pénales moratoires ou, dans la même logique, les plafonds des clauses limitatives de réparation. S'il pouvait y avoir un débat sur l'assimilation des notions de forfait et de peine, il est clair depuis 2016 que toute distinction entre forfait et pénalité est artificielle (§1) et, au-delà, qu'une assimilation avec la notion de plafond est possible (§2).

[63] Fenet, t. XIII, p. 147.

§1. L'artifice de la distinction entre le forfait et la pénalité

30 – Les raisons d'une distinction difficile entre « peine » et « forfait ». Prises en dehors de leurs anciennes attaches textuelles, les notions de peine et de forfait dévoilent très vite leur proximité. En effet, si la peine se définit comme une sanction pécuniaire, en l'occurrence d'origine contractuelle, de l'inexécution par le débiteur d'une obligation déterminée, et le forfait tout simplement comme une somme globale convenue à l'avance par les parties et due de la même manière en cas d'inexécution du débiteur d'une obligation déterminée,[64] il paraît difficile en pratique de pouvoir les distinguer. Tous deux s'incarnent en une somme d'argent déterminée ou déterminable. Seules les circonstances et éventuellement la qualification de ladite somme dans le contrat qui permettront de conclure à un forfait ou plus précisément à une peine. La peine n'est alors qu'une déclinaison, un sous-ensemble, de la notion de forfait à laquelle s'ajoute une connotation punitive. Ainsi, il semble que si toutes les peines sont des forfaits, tous les forfaits ne sont pas des peines. Au fond, les circonstances permettront seulement d'ajouter au forfait quelques caractéristiques punitives qui teinteront la notion et permettront sa déclinaison proprement punitive qu'on nommera peine. Une distinction stricte paraît donc artificielle. Au-delà de l'abstrait, tâchons de voir comment les anciens articles relatifs aux clauses pénales et aux clauses d'indemnisation forfaitaire définissaient leur notion propre et esquissaient leur distinction.

31 – La peine dans les anciens articles 1226 et suivants du Code civil : un forfait ?. À l'origine ce qui caractérise la notion de clause pénale est essentiellement son caractère comminatoire. La définition de l'ancien article 1226 du Code civil indiquait 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 »*. Difficile d'y déceler la trace d'un simple forfait indemnitaire et ce d'autant plus qu'il n'est pas expressément question d'une peine pécuniaire et monétaire comme nous l'avons déjà dit[65]. L'ancien article 1229 ne précisait pas bien mieux les contours de ladite peine puisqu'il disposait que *« La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. »*. On se doit d'éviter une

[64] Cf. *supra* n° 21.
[65] Cf. *supra* n° 7 et s.

interprétation anachronique qui aurait pour *a priori* la seule possibilité d'une peine pécuniaire. Il nous faut respecter la lettre et l'intention originelle. L'accent n'était clairement pas mis sur un hypothétique caractère forfaitaire, mais sur un caractère punitif et compensatoire. S'ajoute à cela que la notion de forfait se distinguait encore plus dans la mesure où la clause pénale pouvait stipuler un quelconque engagement, pas seulement pécuniaire. Il semblait alors étonnant de qualifier de « forfaitaire » un engagement de faire, voire de ne pas faire, car son importance varie sûrement selon les circonstances. Pour le démontrer, prenons l'exemple parlant d'un constructeur de maisons et son client. Si une clause pénale stipule qu'en cas de mauvaise exécution des travaux par le constructeur celui-ci devra non seulement rectifier son erreur, mais plus encore ajouter à la liste de ses travaux quelques éléments amélioratifs listés dans la clause et décidés par le client, l'engagement est certes défini, mais d'une importance variable. Évidemment, en pratique une large part des clauses pénales disposait d'une somme d'argent forfaitaire, mais sur le plan notionnel il n'était nul besoin de confondre la peine et le forfait.

Le Professeur Denis MAZEAUD a bien montré l'erreur que constituait une assimilation systématique des notions de peine et de forfait malgré qu'une partie de la doctrine et de la jurisprudence affirmait le caractère forfaitaire de la peine. L'explication reposait sur l'ancien article 1152 alinéa 1er du Code civil. Outre que cela faisait droit à une confusion malheureuse[66], cette référence était *« d'une part réductrice, et d'autre part superflue »*[67]. Réductrice, car cette référence supposait que la peine soit toujours une somme d'argent. Superflue, parce que la référence au seul article 1134 du Code civil devait suffire. En effet, si la clause pénale a un caractère « forfaitaire » c'est simplement en raison de son origine contractuelle qui, en principe, lie le juge par sa force obligatoire.

Les anciens articles 1226 et suivants du Code civil ne disposaient donc pas de la notion de forfait telle qu'on l'entend aujourd'hui. Mais la confusion grandissante entre les notions de clause d'indemnisation forfaitaire et de clause pénale couplée à validation législative du 9 juillet 1975 a concouru à l'interpénétration forcée des notions, celles-ci devenant respectivement un forfait pénal et une peine forfaitaire, soit une seule et même notion.

[66] Cf. *supra* n° 13 et s.
[67] D. MAZEAUD, *op. cit*., n°569 p. 326.

32 – Le forfait dans l'ancien article 1152 du Code civil : une peine ?. La notion de forfait apparaissait distinctement à la lecture de l'ancien article 1152 du Code civil. Cela n'étonnera personne dès lors qu'on sait que le législateur de 1804 visait justement la clause d'indemnisation forfaitaire. Il n'y avait dans l'article aucune connotation pénale ou punitive. Il était strictement et simplement question d'indiquer l'invariabilité d'objet stipulé par la clause d'indemnisation forfaitaire, qu'on nomme par raccourci « forfait » : *« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »*. Il n'était ici pas du tout question de sanctionner le débiteur, mais de reconnaître les conséquences de la force obligatoire du contrat et de l'autonomie des volontés. On peut donc dire avec certitude que le forfait du premier article 1152 du Code civil n'était pas une peine. Pourtant, la lecture post-1975 conduisit à renverser radicalement l'interprétation puisqu'il n'était plus question simplement de forfait, mais aussi de peine avec l'ajout d'un second alinéa indiquant : *« Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. »***.** C'est pourquoi la jurisprudence réussit *in fine* à donner pour définition de la clause pénale celle de la clause d'indemnisation forfaitaire : *« Attendu que constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité qui à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée »*[68]. Le tour de force était radical tant il conduisit à une parfaite superposition des notions de forfait et de peine dans la perspective de l'ancien article 1152 du Code civil. Il en résultait qu'il n'était même plus question de comprendre éventuellement la notion de peine comme une simple déclinaison de celle de forfait auquel il aurait été ajouté une teinte punitive. Non, le forfait était une peine, la peine était un forfait. La nuance n'existait alors plus, la distinction n'avait pas lieu d'être. Heureusement, le législateur, sciemment ou non, a restauré un sens et une autonomie cohérente à la notion de forfait grâce à la réécriture de l'article.

33 – L'article 1231-5 du Code civil : la restauration de la notion de forfait. L'article 1231-5 alinéa 1er du Code civil a repris l'ancien article 1152 du Code civil en modifiant simplement les termes « convention » par « contrat », « porte » par « stipule », « payera » par « paiera » et « dommages-intérêts » par « dommages et intérêts ». On peut donc dire que le premier alinéa de l'ancien article 1152 a été repris tel quel sans modification substantielle. Logiquement, les

[68] Cass. lre civ., 10 oct. 1995, *JCP*, 1996.11.22580 et note G. PAISANT.

conclusions tirées pour l'ancien article 1152 sont transposables. Mais alors la question se pose de savoir si l'on doit lire ce premier alinéa comme on devait le lire en 1804 ? Ou comme il a fini par être lu après 1975 ? Nous ne trouverons pas la réponse dans cet alinéa dans la mesure où il n'ajoute rien, mais plutôt dans la suite de l'article et le contexte de la réforme. En effet, deux indices majeurs indiquent une restauration du sens autonome de la formule du premier alinéa. Premièrement, l'emploi du terme « pénalité » en lieu et place de celui de « peine ». Deuxièmement, la situation de l'article 1231-5 dans le Code civil.

Il n'a pas été repris le terme de « peine » de l'ancien article 1226 qui visait expressément à sanctionner le débiteur fautif, plus encore la définition tout entière de la clause pénale n'a pas été reprise et la notion n'apparaît plus expressément en tant que tel dans le Code civil. Pour rappel, l'ancien article 1152 du Code civil se trouvait inséré dans la section consacrée aux dommages et intérêts contractuels[69], tandis que les articles 1226 et suivants figuraient au sein d'une section spéciale relative aux obligations avec clauses pénales[70]. L'article 1231-5 du Code civil ne cache pas son attachement aux fins premières de l'ancien article 1152 puisqu'il figure dans une sous-section intitulée : *« La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat »*[71]. Quant au changement de terme au profit de celui de « pénalité », il permet de ne plus se sentir liée par la tradition interprétative et les références aux anciens articles relatifs aux clauses pénales. Ainsi, la pénalité, notion déliée de tout héritage, doit simplement être comprise comme la somme forfaitaire dont il est question au premier alinéa.

Le terme pénalité justifie sa distance et sa nuance avec le forfait du premier alinéa en ce qu'il est question au second alinéa de viser les forfaits dégénérescents, les forfaits d'indemnisation qui se sont révélés, au moment de l'inexécution, manifestement excessifs ou dérisoires. En cela, il n'est plus question de mentionner le forfait dans son état neutre et naturel, dans son objectivité pure,

[69] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre III : De l'effet des obligations., Section 4 : Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.
[70] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre IV : Des diverses espèces d'obligations., Section 6 : Des obligations avec clauses pénales.
[71] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des sources d'obligations, Sous-titre Ier : Le contrat, Chapitre IV : Les effets du contrat, Section 5 : L'inexécution du contrat, Sous-section 5 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat.

ainsi qu'y procède le premier alinéa. Il est question au second alinéa de teinter la notion du caractère nécessaire à sa révision, à savoir un caractère de préjudice envers le créancier, en cas de pénalité manifestement dérisoire, ou le débiteur, en cas de pénalité manifestement excessive. La pénalité, au contraire de la peine, ne porte pas principalement un caractère punitif, mais plutôt un simple caractère préjudiciable. Le terme pénalité n'est donc qu'une nuance sémantique utile pour désigner un forfait d'indemnisation outrageusement préjudiciable envers l'une ou l'autre des parties. Il n'y a donc pas lieu de les distinguer formellement comme deux notions distinctes. De plus, à la différence de la notion de peine qui finit son existence écartelée entre son assimilation au forfait de l'ancien article 1152 et à sa définition comme *« quelque chose »* à l'ancien article 1226, il ne fait aucun doute après ce que nous venons de dire que la pénalité s'incarne en une somme forfaitaire puisqu'elle n'est rien d'autre qu'un forfait indemnitaire.

Le terme pénalité, à la différence de la peine avant lui, ne réduit pas la signification du premier alinéa et lui permet ainsi de déployer son plein potentiel d'inclusion des objets juridiques, par exemple la limite de la clause limitative de réparation.

§2. La possible assimilation du forfait et du plafond

34 – L'apparence des oppositions : étude des cas limites. Il est vrai qu'à première vue les notions de forfait et de plafond n'ont rien de commun si ce n'est peut-être leur expression pécuniaire et monétaire. Certes, l'un comme l'autre s'exprime en une somme d'argent. Passé ce dénominateur commun, on voit vite que le plafond consiste à borner un montant maximal de réparation tandis que le forfait fixe précisément par anticipation ce montant. La démonstration théorique est implacable. Néanmoins, il convient de compléter le raisonnement déductif par un raisonnement inductif et voir s'ils se recoupent. Afin de mettre à jour une nuance dans une distinction qui paraît évidente, nous étudierons quelques lieux où se révèlent mieux qu'ailleurs la superposition des notions de forfait et de plafond. Nous commencerons par une étude inductive de la notion de plafond (A), puis par l'étude de la possibilité d'une pénalité plafonnée (C) et enfin par celle de pénalité dérisoire (C). Ces études continueront de conforter l'inclusion de la clause limitative de réparation dans le champ de l'article 1231-5 du Code civil et permettront plus

largement d'appliquer facilement la révision judiciaire à tous les cas de figure des clauses pénales et clauses d'indemnisation forfaitaire.

A. Le plafond : un forfait déguisé

35 – La théorie contre la pratique : exemple du plafond. À première vue, la clause limitative de réparation ne stipule pas un forfait de dommages-intérêts entendu comme *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »*[72]. Son objet est de fixer un « plafond » à la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution. Si le dommage est inférieur au plafond, il sera intégralement réparé, tandis qu'il ne le sera qu'à concurrence du plafond, s'il est supérieur à celui-ci. Autrement dit, le débiteur est toujours tenu d'indemniser le créancier à la hauteur réelle de son préjudice effectivement subi, néanmoins cette somme ne peut dépasser le maximum stipulé. Si le préjudice dépasse cette limite, le débiteur est pour ainsi dire exonéré de sa responsabilité du montant correspondant au dépassement. La clause limitative de réparation pose donc un principe de réparation plafonnée là où l'article 1231-5 du Code civil pose le principe d'une réparation forfaitaire. En théorie donc, dans le premier cas, la clause fixe un maximum en dessous duquel le montant de l'indemnité doit encore être déterminé, alors que dans le second cas le montant est déterminé (ou déterminable) en toute hypothèse. Dans le premier cas, le principe de réparation joue, bien qu'il soit limité, tandis que dans le second cas il y est dérogé. Reste que, comme l'article 1231-5 du Code civil le prévoit d'ailleurs, il est possible de réviser une pénalité manifestement dérisoire. Or, comme l'avait à juste titre remarqué certains auteurs sous l'empire de l'ancien article 1152 du Code civil, dans ce cas de figure, la différence entre la clause pénale dérisoire et la clause limitative de réparation est purement formelle pour ne pas dire illusoire. Les deux clauses ayant à ce moment-là la même fonction, il serait logique de leur appliquer le même régime. Avec

[72] Article 1231-5 du Code civil

d'autres[73], le doyen Rodière estimait qu'*« il paraît difficile de se montrer moins sévère pour les clauses qui établissent un plafond que pour celles qui fixent un chiffre ne varietur »*[74].

36 – La clause limitative de réparation : un plafond *de facto* forfaitaire. La fonction limitative de réparation que remplit parfois une clause d'indemnisation forfaitaire ainsi qu'une clause pénale, peut également résulter de la mise en place d'un forfait qui se révèle être *a posteriori* inférieure au montant du préjudice. Dans un tel cas, la clause limitative de réparation est donc sensiblement identique à la clause pénale ou la clause d'indemnisation forfaitaire : le forfait, dans ses effets, joue le même rôle qu'un plafond indemnitaire.

En effet, si le préjudice réel est supérieur à la pénalité stipulée, le débiteur ne devra s'acquitter de la seule somme prévue au contrat. À ce moment, le forfait fait office de plafond dans la mesure où la responsabilité ne dépassera pas le montant indiqué. Par conséquent, lorsque le préjudice réellement subi par le créancier s'avère supérieur au plafond fixé par la clause limitative de réparation, cette dernière peut être assimilée à une clause d'évaluation forfaitaire de dommages-intérêts dans son comportement. Et, à ce titre, il apparaît légitime de dire que la clause limitative de réparation devrait pouvoir intégrer le champ de l'article 1231-5 du Code civil. Elle pourrait donc, éventuellement, être révisée par le juge si elle apparaît comme manifestement dérisoire. De plus, il faut voir que le cas du préjudice s'avérant supérieur à un plafond stipulé est de loin l'hypothèse la plus courante. Le plafond de dommages et intérêts est toujours défini de sorte à sécuriser largement la position du débiteur. Ainsi, il est presque toujours dépassé. Dès lors, les clauses limitatives de réparation seront en réalité très souvent des clauses d'indemnisation forfaitaire qui ne disent pas leur nom. On remarque même en pratique que les professionnels sont enclins à verser automatiquement la somme prévue par plafond, sans même chercher à évaluer le préjudice réellement subi par leur cocontractant. C'est dire le comportement forfaitaire du « faux » plafond.

[73] J. PELLERIN, *Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre co-contractants*, thèse, Paris II, 1977, n° 176 ; AL JONDI, *Le juge et les clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle*, thèse Paris II, 1979, p. 437 et s. ; G. PAISANT, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juill. 1975) », *RTD civ*. 1985.647, n° 75 ; X. AGOSTI- NELLI, note sous Cass. 1re civ, 24 fév. 1993, *D*. 1994, Juris, p. 11, n° 28.
[74] R. RODIERE, *Droit des transports*, 2e éd., Sirey, 1977, n° 600.

Ainsi, la clause limitative de réparation est presque toujours, *de facto*, une clause d'indemnisation forfaitaire au sens de l'article 1231-5 du Code civil. La clause limitative de réparation est en effet une évaluation conventionnelle des dommages et intérêts au sens du premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil.

37 – Le plafond : une évaluation contractuelle des dommages et intérêts au sens du premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil. Rappelons à toutes fins utiles que le premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil dispose *« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts… »*. Remarquons en premier lieu que la clause limitative de réparation se retrouve sans aucun doute possible dans les caractères contractuels et de sanction de l'inexécution. En effet, la clause limitative de réparation est un engagement contractuel qui s'active lors de l'inexécution du débiteur. Reste cependant à reconnaître qu'*« une certaine somme à titre dommages et intérêts »* puisse caractériser un plafond indemnitaire pour que celui-ci soit susceptible d'être contrôlé et révisé par le juge. Certes, nous l'avons dit en pratique, le plafond de la clause limitative de réparation peut être apprécié comme un forfait dès lors qu'il est systématiquement atteint du fait eu égard à son caractère généralement ridicule par rapport au risque d'importance du préjudice. Mais si ce raisonnement inductif, qui part de la clause pour remonter vers l'article, est évidemment valable et défait les apparences, doit-on conclure que tout raisonnement déductif est impossible ? En réalité, si l'on se détache de la traditionnelle lecture, il est permis de comprendre que l'expression *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »* puisse s'incarner en un plafond indemnitaire. En effet, rien n'oblige à ce que cet énoncé soit considéré comme exclusif d'une modalité strictement forfaitaire. Or, le plafond de la clause limitative de réparation fonctionne, au même titre qu'un forfait, comme une évaluation des dommages et intérêts. Il lui faut en effet considérer la valeur probable du préjudice encouru par l'inexécution d'une obligation définie pour fixer ensuite une limite adéquate. S'il s'avère qu'il convient pour le débiteur de payer le montant plafonné, il s'agira comme pour un forfait d'une somme valant réparation. Dans ce cas, le plafond est bien une certaine somme à titre de dommages et intérêts, un forfait. L'article 1231-5 du Code civil peut donc se lire à l'aune de la notion de clause limitative de réparation sans lui faire violence, charge au lecteur de ne pas situer son interprétation immédiatement dans le sillage de la tradition de lecture et de ne pas considérer comme exclusif, ou à définition étroite, l'énoncé du premier alinéa. Quant à savoir si les autres

alinéas feraient obstacle à une telle lecture du premier alinéa, il n'en est rien dans la mesure où le terme pénalité n'est qu'une reprise de la définition du premier alinéa ainsi que nous avons commencé de le dire.

En définitive, un forfait et un plafond se distinguent *a priori* au moment de la rédaction de la clause. Le premier fixe le montant de l'indemnité, tandis que le second fixe le montant maximum de l'indemnité. À ce stade si l'on passe outre les apparences, le plafond peut déjà se révéler être en réalité un forfait s'il ressort de l'analyse des risques que le préjudice probable en cas d'inexécution a toutes les chances de dépasser largement le plafond stipulé. Au stade de l'activation de la clause, les masques tombent et il est révélé au grand jour que le préjudice excède largement le plafond et qu'ainsi il n'était qu'un forfait d'indemnisation. Au-delà de ce constat formel, la nature fondamentale de ces objets est la même en ce qu'ils constituent tous deux une indemnisation, *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »* pour reprendre les termes du premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil.

Outre un comportement généralement, pour ne pas dire systématiquement, similaire entre les notions de forfait et plafond dans leur expression respective au sein des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation, leur relation est également étroite en d'autres cas, tel celui de la pénalité plafonnée.

B. La pénalité plafonnée

38 – Une clause pénale complexe : possibilité d'une peine plafonnée. Le plafond n'est pas l'apanage de la seule clause limitative de réparation contrairement à ce que laissent présager les définitions des différentes clauses étudiées[75]. Dès lors que l'on complexifie la clause pénale classique, ou la clause d'indemnisation forfaitaire, on risque de parvenir à des schémas proches de celui d'une clause limitative de réparation. Cela se trouve chaque fois que la clause pénale, ou la clause d'indemnisation forfaitaire stipule un forfait déterminable au lieu d'être immédiatement déterminé. Autrement dit, dès lors que le forfait doit être calculé selon des indicateurs objectifs

[75] Cf. *supra* n° 21.

qui varient selon les circonstances, il devient possible d'ajouter une limite aux possibilités de fluctuations. Dans ce cas, il s'agit bien d'un forfait dans la mesure où la somme à payer en cas d'inexécution du débiteur est bel et bien définie et qu'elle vaudra réparation en dépit du montant du préjudice réel subi. *« Une certaine somme »* se comprend alors comme une somme déterminable. Néanmoins, si la formule de détermination est, elle, déterminée, le résultat qui constituera le montant à payer, lui, reste à déterminer au jour éventuel de l'inexécution du débiteur. Un tel mécanisme porte avec lui un risque différent d'un forfait déterminé à l'avance. L'un comme l'autre souffre de son avantage. Le forfait déterminé à l'avance comprend le risque de sa fixité. Cette invariabilité fait craindre un changement de circonstances tel que le forfait convenu soit trop excessif ou trop faible au jour de l'inexécution. Quant au forfait déterminable, il permet de suivre l'évolution des circonstances, mais à condition qu'il soit indexé sur des indicateurs relatifs au préjudice potentiel et propres à maintenir le caractère indemnitaire et/ou punitif souhaité. Quoiqu'il en soit la nécessité de déterminer *a posteriori* le montant du forfait ajoute un risque de contentieux, il faut en effet que les parties s'accordent sur les valeurs à intégrer à la formule et sur le résultat du calcul. Cette détermination par calcul permet d'accueillir une limite. Ainsi, les parties peuvent prévoir que le résultat du calcul ne pourra excéder un montant donné. Dans ce contexte de clause pénale complexe, la frontière avec la clause limitative de réparation s'estompe. En effet, une telle clause, en faisant varier le forfait à payer, indexe généralement le montant sur la responsabilité. Les variables inconnues de la formule ayant en principe vocation à approcher le montant du préjudice probable. À cet égard, on peut considérer qu'il y a une forme d'expression du principe de réparation, du moins le principe de la responsabilité s'exprime quelque peu. Ce trait permet d'approcher la clause pénale complexe d'une clause limitative de réparation qui elle fait jouer théoriquement en plein la responsabilité jusqu'à une limite donnée. Si l'on considère, à juste titre, qu'une telle clause pénale est révisable sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil, il est difficile de refuser ce régime à la clause limitative de réparation. Une telle clause est souvent utilisée dans les contrats commerciaux.

39 – Exemple d'une peine plafonnée dans un contrat international. Marcel FONTAINE nous propose dans un article relatif aux clauses pénales dans les contrats internationaux un exemple

d'une clause pénale plafonnée[76]. Il relève un exemple tiré d'un contrat international : *« The total amount of the delay penalty will not exceed a maximum of four per cent (4 %) of the price of the Contract. Contractor shall pay the Owner as liquidated damages a sum equal to $ 50,000 for every full period of 10 days which shall elapse between the time mentioned above and the date of Ready for Start-up of such Working Entity, provided however, that Contractor's liablity under this Article 18.2 with respect to any Working Entity shall not exceed an amount equal to 5 % of the price of such Working Entity »*. Nous traduisons : *« Le montant total de la pénalité de retard ne dépassera pas un maximum de quatre pour cent (4 %) du prix du contrat. Le Contractant devra payer au Propriétaire, à titre de pénalité (dommages-intérêts liquidés), une somme égale à 50 000 $ pour chaque période complète de 10 jours qui s'écoulera entre le moment mentionné ci-dessus et la date de mise en service de cette Entité Opérationnelle, étant entendu toutefois que la responsabilité du Contractant en vertu du présent Article 18.2 à l'égard de toute Entité Opérationnelle ne dépassera pas un montant égal à 5 % du prix de cette Entité Opérationnelle »*. Un tel exemple illustre parfaitement un renversement possible de la clause pénale en général stipulée par le créancier pour contraindre son débiteur, ou à tout le moins pour forfaitiser son éventuelle indemnisation en cas d'inexécution. Dans ce cas exemplaire, la clause est sûrement inspirée par le débiteur lui-même. Elle est alors un moyen de limiter sa responsabilité. Une telle clause est apparemment usuelle dans les contrats internationaux[77], elle vise tout à la fois à contraindre le débiteur de s'exécuter, mais à limiter néanmoins sa responsabilité en cas d'inexécution.

Enfin, nous ne pouvons évoquer les cas d'accointance entre le forfait et le plafond sans évoquer le cas paradoxal de la pénalité dérisoire.

[76] M. FONTAINE, « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *Dr. prat. com. int.*, 1982, p. 411.
[77] *Ibid.*

C. La pénalité dérisoire

40 – Histoire d'un oxymore : la peine dérisoire. Dès la création du pouvoir de révision judiciaire, il était question que le juge puisse *« modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. »*[78]. Le deuxième alinéa de l'article 1231-5 du Code civil dispose aujourd'hui de la même chose à la différence que le terme *« peine »* a été remplacé par celui de *« pénalité »*. Aussi surprenant que cela puisse paraître une pénalité, et avant elle une peine, peut être dérisoire. Tant la pratique que la théorie ont interrogé un tel oxymore et ce d'autant plus lorsqu'il était question d'une « peine », dernier terme qui porte avec lui une connotation plus pénale que la « pénalité »[79]. L'incohérence, apparente, de l'article est d'autant plus incompréhensible lorsqu'on constate en pratique qu'une clause pénale stipule systématiquement, ou presque, une peine potentiellement plus importante que le préjudice. Le Professeur Denis MAZEAUD constatait que *« la consultation des recueils de jurisprudence révèle, en effet, que dans la majorité écrasante d'hypothèses, la peine fixée dans la clause pénale est, dans une mesure plus ou moins importante, supérieure au dommage subi par le créancier »*[80]. La clause pénale n'a-t-elle pas vocation, par nature, à stipuler un montant de dommages-intérêts supérieur au préjudice ? Sa vocation n'est-elle pas de prévenir l'inexécution de son obligation par le débiteur en le menaçant d'une lourde peine ? Ces questions, posées dans le sillage de l'interprétation de l'ancien article 1152 du Code civil sous le prisme de la clause pénale, interrogeaient d'autant plus fortement la notion de clause pénale dérisoire. Le Professeur Philippe MALINVAUD apportait une réponse : *« Dans la logique du système, ce ne peut être que le résultat d'une erreur, erreur à tout le moins rétrospective tenant à ce que le créancier a mal apprécié les dommages susceptibles de découler de l'inexécution du contrat. De ce fait, la clause pénale stipulée dans l'intérêt du créancier et qui se voulait dissuasive, comminatoire, se retourne contre ce créancier et à l'avantage du débiteur »*[81]. L'explication à la formule étonnante de l'ancien article 1152, et même à ce compte-là du nouvel article 1231-5 du

[78] Ancien article 1152 alinéa 2 du Code civil
[79] Cf. *supra* n° 33.
[80] D. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 559, p. 321.
[81] Ph. MALINVAUD, « De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Litec, p. 689 s.

Code civil, serait donc l'erreur d'appréciation des parties que le législateur aurait prévu afin de permettre sans équivoque au juge de réviser toutes les clauses pénales, même celles qui par erreur stipuleraient *in fine* une peine *de facto* dérisoire.

41 – La jurisprudence et la clause pénale dérisoire. L'étude de la jurisprudence en la matière est difficile tant les décisions sont rares. On trouve néanmoins quelques décisions. On citera par exemple la cour d'Amiens qui a eu l'occasion rare de réviser une peine jugée *« manifestement dérisoire »* stipulée dans un contrat de crédit-bail au visa de l'ancien article 1152 du Code civil[82]. En l'espèce, une société crédit-bailleuse contracte avec un crédit-preneur. Ce dernier, faisant défaut de paiement à la première, est assigné en justice. Or, le contrat stipule une clause pénale dont le montant se révèle inférieur au préjudice subi par le crédit-preneur, consistant essentiellement en des impayés. On peut penser que le contrat en question était un contrat d'adhésion compte tenu de la nature de l'activité de crédit-bailleur. Les juges ont estimé que *« la clause pénale conserve comme elle l'avait auparavant , une double finalité, à la fois coercitive et donc pénale en vu d'assurer la bonne exécution du contrat librement souscrit sans que la partie débitrice ne soit tentée de s'y soustraire moyennant paiement d'une légère indemnité, et une finalité indemnitaire ; que le respect de cette double finalité impose au juge, au cas de reconnaissance du caractère dérisoire de la peine de l'élever jusqu'au montant du préjudice effectivement souffert, l'octroi d'une indemnité supérieure ne se justifiant pas dès lors que les parties ne l'ont pas contractuellement envisagé, et que le rôle dissuasif de la pénalité ne saurait jouer a posteriori »*. Par conséquent, *« la valeur de l'indemnité contractuelle de résiliation fixée à 8856 francs T.T.C. n'est non seulement pas excessive, mais que bien au contraire elle apparaît dérisoire ainsi que le soutient à juste titre la Société Lomico qui formule une demande additionnelle parfaitement recevable (...); qu'elle est en effet inférieure de plus du double à l'importance du préjudice réellement souffert qui peut être évalué à la somme de 20 078 francs (...); la Cour estime donc devoir allouer en sus de l'indemnité contractuelle de résiliation (...) une indemnité complémentaire de 11222 francs »*. On peut également évoquer un arrêt de la Cour de cassation qui approuve les juges du fond d'avoir augmenté le montant d'une clause pénale prévue en cas d'inexécution d'une clause de non-concurrence[83]. En l'espèce, le débiteur de l'obligation de

[82] Amiens, 23 nov. 1976, *JCP G*, 1977.2.18567.
[83] Cass. soc., 5 juin 1996, *Defrénois*, 1997,1, art. 36591, p. 737, obs. D. MAZEAUD.

non-concurrence s'était engagé à payer à son employeur une somme équivalente à un mois de son dernier salaire, soit environ 11000 F. L'ex-salarié a ensuite été réembauché par une entreprise concurrente et le créancier de la clause a réclamé une augmentation de la peine forfaitaire. Les juges firent droit à sa demande puisque la peine fut rehaussée pour être portée à 150 000 F.

Les deux cas semblent avoir été tranchés au profit certes du créancier lésé par une peine devenue dérisoire, mais aussi et surtout au profit de la partie rédactrice du contrat, soit la partie en position de force. En cela les décisions paraissent très injustes. Dans le premier cas, c'est le crédit-bailleur qui soumet un contrat au crédit-preneur qui n'a certainement pas pu le négocier, tandis que dans le second cas c'est l'employeur, en position d'autorité et généralement rédactrice quasi unilatérale du contrat de travail, qui a soumis le salarié à un engagement de non-concurrence. Mais au-delà de ces remarques quant à l'opportunité de ces décisions, reste les révisions extraordinaires de ces « peines dérisoires ». Ces décisions ne sauraient fonder l'existence de la notion de peine dérisoire. Il s'agit de solutions casuistiques, motivaient par des considérations d'opportunités, du reste largement critiquables. Les juges, en effet, ne développent pas une argumentation quant à la possibilité théorique qu'une « peine » puisse être « dérisoire », mais se bornent à constater qu'en raison de la finalité indemnitaire poursuivie par la clause il convient de rehausser au niveau du préjudice le *quantum* stipulé. De ce point de vue, ces décisions montrent la liberté dont se saisissent les juges de réviser une clause stipulant une somme forfaitaire manifestement dérisoire par rapport au préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée. Les juges inaugurent, sans en apercevoir la profondeur de sens, qu'en lisant et en appliquant l'ancien article 1152 du Code civil il entrouvre la possibilité de réviser toute clause d'indemnisation forfaitaire disposant d'un forfait indemnitaire manifestement dérisoire[84].

42 – L'impossible clause pénale dérisoire. Selon l'analyse du Professeur Denis MAZEAUD[85], que nous partageons, la clause pénale dérisoire ne peut, en effet, être une notion valable. Une telle notion n'est pas cohérente en elle-même. En effet, en l'absence de caractère comminatoire, caractère essentiel d'une clause pénale incarnée généralement par une somme forfaitaire importante à payer en cas d'inexécution du débiteur par rapport au préjudice potentiel, ce dernier

[84] Cf. *infra* n° 214 et s.
[85] *Ibid*, obs. D. MAZEAUD.

ne sera pas incité à exécuter son obligation. Cette fonction ne peut évidemment pas être remplie par une peine dérisoire. Le législateur de 1804 ne s'y était pas trompé en indiquant à l'ancien article 1226 du Code civil que la clause pénale à vocation à *« assurer l'exécution d'une convention »*. C'est le législateur de 1975 qui, en ajoutant la possibilité pour le juge de réviser les peines manifestement dérisoires, a semé le trouble dans la limpidité notionnelle de la clause pénale. La caractéristique principale de la clause pénale, à savoir son caractère comminatoire, subsistait-elle ? L'ancien article 1152 alinéa 2 du Code civil permettait-il de soutenir qu'une clause pénale dépourvue de caractère comminatoire était possible ? Le Professeur Denis MAZEAUD répond catégoriquement que *« ce n'est certainement pas le pouvoir donné au juge, par l'article 1152, alinéa 2, issu de la loi du 9 juillet 1975, d'augmenter les peines dérisoires qui doit conduire à modifier l'analyse. Avant comme après la loi de 1975, une clause ne peut être qualifiée de pénale qu'à condition d'assurer l'exécution de l'obligation principale et originaire, qu'à condition d'être comminatoire. »*[86]. Nous partageons totalement son analyse.

En réalité, le débat autour de la clause pénale dérisoire procédait d'une confusion entre la question du domaine de la loi du 9 juillet 1975 et celle de la qualification de la clause pénale. Dit autrement, la confusion résultait d'une incompréhension quant à la nature de l'ancien article 1152 du Code civil. En effet, certains exégètes comprenaient cet article comme se référant directement à la clause pénale au point tout à la fois de la définir et d'en disposer son régime. L'ancien article 1152 du Code civil était compris comme l'ancien article 1226 qui disposait précisément d'une définition de la clause pénale. Ainsi compris, le régime au deuxième alinéa compris comme se situant dans la foulée d'une définition de la clause pénale venait incidemment la préciser. D'où la compréhension de la possibilité d'une clause pénale dérisoire. Or, l'ancien article 1152 du Code civil et de la même manière le nouvel article 1231-5 du Code civil n'ont pas vocation à définir une notion, une clause particulière, mais à disposer un champ d'application et un régime. Il n'y a dès lors pas lieu de considérer une difficile conciliation entre les deux premiers alinéas. La loi de 1975 n'entendait certainement pas restreindre la révision judiciaire à la seule clause pénale *stricto sensu*. Celle-ci pouvait s'appliquer sans aucun doute à la clause d'indemnisation forfaitaire, voir à la clause limitative de réparation[87].

[86] D. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 128, p. 75.
[87] Cf. *infra* n° 67 et s.

43 – Conclusion de la section 1. Il serait trop aisé de dire que la notion de forfait a toujours permis de saisir la réalité juridique de l'objet révisable par le juge. En effet, les notions de forfait et de peine n'ont pas toujours été confondues. Le forfait a toujours visait cette *« certaine somme à titre de dommage-intérêts »* dont il est question depuis l'origine dans l'ancien article 1152 du Code civil. Or, la peine de l'ancien article 1226 du Code civil incluait les obligations en nature. Ces dernières ne pouvaient, en principe, être comprises comme des forfaits considérant leur nature particulière. La doctrine et la jurisprudence ont fait fi des nuances et des subtilités en amalgamant très vite les notions et avec elles les définitions. Heureusement, le nouvel article 1231-5 du Code civil restaure la cohérence de la notion de forfait en supprimant la notion de peine et avec elle les risques de dérive interprétative.

La notion de forfait indemnitaire trouve à s'exprimer dans des réalités très diverses et parfois éloignées de son expression évidente, laconiquement définie comme *« une certaine somme à titre de dommages-intérêts »*. En effet, un forfait indemnitaire n'est en principe rien d'autre qu'une enveloppe globale et déterminée, ou déterminable, d'une somme d'argent. Or, force est de constater que de nombreux objets juridiques qui s'avancent sous les formes de plafond doivent être considérés comme des forfaits indemnitaires. Il va en ainsi des plafonds des clauses limitatives de réparation définie de telle sorte à être systématiquement atteint. Au-delà de ce saut, que certains pourront considérer comme osé, il nous faut déjà voir que de nombreuses autres hypothèses considérées comme révisables par le juge sont des plafonds. Ainsi, certains mécanismes de pénalité plafonnée et plus ancien encore la possibilité d'une pénalité dérisoire qui, loin d'être nécessairement une erreur d'appréciation des parties, est une manifestation du législateur pour dire que la notion de forfait inclut celle de plafond. Du moins, la proximité est telle qu'elle suppose chaque fois de ne pas les distinguer trop rapidement et de considérer si en pratique le plafond d'espèce est un forfait ou non.

Si cet objet juridique révisable par le juge est nécessairement forfaitaire, et nous avons vu toutes les déclinaisons de sens qu'une telle expression peut recouvrir, il est aussi nécessairement monétaire.

Section 2 – « une certaine somme » nécessairement monétaire

44 – Entre « quelque chose » et « une […] somme ». La question de savoir si le terme « somme » du premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil renvoi effectivement à une somme d'argent paraît, à première vue, absurde. D'une part, que peut viser le mot « somme » sinon une somme d'argent dans le contexte de l'article ? Il paraît évident et naturel qu'une somme soit une somme d'argent, on imagine plus difficilement une somme d'autre chose tant il est systématique et habituel que l'argent constitue le moyen privilégié, sinon unique, de dédommager une victime. D'autre part, et à l'inverse, on peut se demander pourquoi le législateur n'a pas cru bon de préciser somme « d'argent » s'il était justement question de cela ? L'expression raccourcie pourrait avoir le mérite de justifier davantage une interprétation large que l'expression allongée qui, pour le coup, coupe court à toute discussion. Soit le législateur n'a pas cru utile de préciser qu'il s'agissait d'une somme d'argent, car cela paraissait évident, soit le législateur a consciemment évité la précision pour ouvrir le champ d'application de l'article et une certaine liberté d'interprétation aux juges. À ces remarques liminaires et naïves qui inaugurent des points de difficulté s'ajoute un héritage lourd de confusion. La loi du 9 juillet 1975 a semé le trouble par le renvoi de l'ancien article 1231, et par extension l'ensemble des anciens articles 1226 et suivants, à l'ancien article 1152 du Code civil. En effet, la notion de « peine » se trouvait alors liée à celle de forfait[88], or la peine pouvait être « quelque chose » selon les termes de l'ancien article 1226 du Code civil, tandis que l'ancien article 1152 visait seulement et originellement qu'une « certaine somme ». Il nous incombe donc de retracer et dénouer ce conflit d'interprétations. Nous verrons donc pourquoi de la multiplicité des interprétations possibles (§1), il ne peut émerger qu'une interprétation valable : une interprétation pécuniaire et monétaire (§2) qui précisera le sens de l'article 1231-5 du Code civil.

[88] Cf. *supra* n° 15.

§1. La multiplicité des interprétations

45 – La distinction originelle entre les anciens articles 1152 et 1226 du Code civil. Le Code civil de 1804 distinguait à l'origine nous l'avons déjà dit[89] le traitement de la clause d'indemnisation forfaitaire, régie par l'ancien article 1152 du Code civil, et celui de la clause pénale, régie par les anciens articles 1226 et suivants du Code civil. Ainsi, l'ancien article 1152 du Code civil indiquait que *« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »*, là où l'ancien article 1226 du Code civil disposait 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. »*. Selon ces articles, le trait caractéristique de la clause d'indemnisation forfaitaire est de stipuler *« une certaine somme à titre de dommages-intérêts »* tandis que la clause pénale stipule *« quelque chose »* dû en cas d'inexécution. La lettre de l'ancien article 1152 du Code civil laissait peu de place au doute quant à la nature pécuniaire et monétaire de la « certaine somme », d'ailleurs les dommages-intérêts se matérialisent en une somme d'argent visant à réparer un préjudice. L'assimilation ne faisait que confirmer le bon sens. Quant à l'ancien article 1226 du Code civil, il ouvrait, par contraste, bien plus large les possibles formes de la peine.

46 – La possibilité de la clause pénale en nature. Ainsi, la clause pénale n'était pas réduite à des dommages et intérêts. Les travaux préparatoires du Code civil ne laissent d'ailleurs aucun doute à cet égard. Lors de la discussion au Conseil d'État, Bigot-Préameneu déclare : *« Il est permis aux parties de régler, par une stipulation particulière, la forme de la compensation »*[90] et Treilhard précisa : *« on peut s'engager à fournir la compensation d'une autre manière qu'en donnant une somme d'argent ; les parties peuvent convenir, par exemple, que si l'obligation n'est point exécutée, le débiteur fera telle chose, comme d'aller pour le créancier dans un lieu qu'elles*

[89] Cf. *supra* n° 12.
[90] *Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'état et du Tribunal et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, Paris, T. 2, 1839, p. 293.

déterminent »[91]. Une obligation de faire pouvait donc en constituer l'objet. Les clauses pénales en nature sont très variées. Il peut s'agir, par exemple, d'une clause pénale lorsqu'un maître d'ouvrage exige, en cas de faute, que le constructeur construise gratuitement une nouvelle pièce[92], lorsqu'un bailleur oblige son locataire à prendre en charge l'entretien et la réparation du bien, en cas de retard dans le paiement des loyers, renversant ainsi la charge de ladite obligation[93], ou encore lorsque le locataire d'un bail commercial est tenu de céder sa licence de débit de boisson dans l'hypothèse de l'inexécution dudit contrat[94]. Nous le voyons, la clause pénale en nature semble possible, même si comme tout objet juridique des difficultés de définition et de distinction affleurent avec d'autres notions, notamment avec la sûreté mobilière conventionnelle[95]. C'est pourquoi l'article 1226 du Code civil déterminait vaguement, mais à juste titre l'objet de la clause pénale comme *« quelque chose »*. L'ancien article 1231 du Code civil disposait du pouvoir judiciaire de la manière suivante : *« La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. »*. On le voit, il n'était pas question de « révision », notion induite dès 1975 par l'expression *« le juge peut modérer ou augmenter la peine »*[96], mais de « modification ». Le régime était en cela cohérent avec la large reconnaissance des objets possible de la clause pénale. Le juge avait le pouvoir de modifier la peine si l'obligation avait été exécutée en partie. Ce pouvoir de modification permettait donc théoriquement d'adapter le concept de révision au cas particulier, et rare, des clauses pénales en nature. La révision, comme l'illustrent les exemples suscités, n'est pas toujours possible de sorte que le rééquilibrage doit pouvoir s'exprimer autrement. La définition était donc cohérente avec le régime. À ce stade, il était clair que la « somme » de l'ancien article 1152 du Code civil visait une somme d'argent, tandis que « quelque chose » de l'ancien article 1226 du Code civil visait n'importe quel type d'obligation pour peine. Mais la confusion progressive de la clause pénale avec la clause d'indemnisation forfaitaire conduisit à un chamboulement de la lecture de l'ancien article 1152 du Code civil.

47 – La loi du 9 juillet 1975 : consécration de l'interprétation extensive de l'expression « une certaine somme ». La loi n°75-597 du 9 juillet 1975 intitulée *« loi modifiant les articles 1152 et*

[91] *Ibid.*
[92] M. FONTAINE, « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *RID comp.*, 1982, p. 413.
[93] Ph. DELEBECQUE, *J.-Cl.*, art. 1146 à 1155, fasc. 22, n° 14.
[94] Douai 21 mai 2015, n° 14/06130, *D.* 2015. 2114, note P. LEMAY.
[95] P. LEMAY, « La clause pénale en nature », *RTD Com.*, 2017, p. 801.
[96] Ancien article 1152 alinéa 2 du Code civil.

1231 du code civil sur la clause pénale » a ajouté la possibilité pour le juge, au deuxième alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil, de *« modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire »* tandis que l'ancien article 1231 était réécrit pour indiquer que le pouvoir de diminution de la peine par le juge en cas d'inexécution partielle ne faisait pas obstacle à *« l'application de l'article 1152 »*. Il en résultait une interpénétration des notions et des régimes qui n'était pas sans conséquence. L'article 1152, à l'origine, visait expressément et exclusivement une somme d'argent en ce qu'il disposait de l'expression *« une certaine somme à titre de dommages-intérêts »*. Avec le renvoi de l'article 1231 à l'article 1152 il devenait possible de réviser les clauses pénales *stricto sensu* sur la base de l'article 1152, la notion de « peine » est venue se substituer sur le fond à celle de « certaine somme ». Tout l'article 1152 a alors été lu comme visant la clause pénale *stricto sensu.* Partant, toute l'interprétation de l'article a été influencée par son assimilation aux articles 1226 et suivants du Code civil. Ainsi, et malgré l'absurde, une *« certaine somme à titre de dommages-intérêts »* était une *« peine »* comprise comme un engagement *« à quelque chose »*. En bref, l'article 1152 s'appréciait à l'aune de l'article 1226 grâce au renvoi de l'article 1231. C'est pourquoi il a pu être soutenu que la révision judiciaire, fondée sur l'ancien article 1152, pouvait s'appliquer aux pénalités en nature[97]. Il est vrai qu'on peut concevoir qu'une pénalité en nature soit augmentée ou réduite, du moment que sa nature s'y prête[98]. En dépit du manque de cohérence des textes, il faut néanmoins reconnaître que les difficultés d'interprétation ne se posaient qu'à la marge dans la mesure où l'écrasante majorité des peines étaient des sommes d'argent à payer. La réforme de 2016 a renouvelé les termes du débat et a tranché.

§2. La nécessaire interprétation pécuniaire et monétaire

48 – L'enjeu de la question. Derrière la question de la nature exclusivement monétaire ou non de la clause visée par l'article 1231-5 du Code civil se dissimule l'enjeu de la continuité ou de la rupture avec les anciens articles 1226 et suivants du Code civil qui donnaient le ton de

[97] Ph. DELEBECQUE, *JCl. Resp. civ.*, fasc. 212, n° 15.
[98] P. LEMAY, « Le sort de la "clause pénale" en nature dans le cadre d'une liquidation judiciaire », *D.* 2015, 2114, obs. sous Douai, 21 mai 2015 ; P. LEMAY, « La clause pénale en nature », *RTD Com.*, 2017, p. 801.

l'interprétation de l'ancien article 1152 du Code civil. En effet, s'il résulte de notre analyse que la somme peut consister en un quelconque engagement alors il s'agirait d'un argument favorable au maintien de l'aura des anciens articles 1226 et suivants. Par voie de conséquence, cela appuierait la survivance du dogme de la seule révision judiciaire des clauses pénales *stricto sensu*. À l'inverse, si la somme consiste exclusivement en un montant monétaire, il s'agirait d'un nouvel argument en faveur d'une lecture sans *a priori* ni tradition interprétative, décorrélée de la notion de clause pénale. Il conviendrait dans ce dernier cas de s'autoriser à reconnaître à l'article 1231-5 du Code civil son plein potentiel et commencer à accepter la possibilité de son application aux clauses limitatives de réparation, aux clauses d'indemnisation forfaitaire et aux clauses pénales pécuniaires. Chacun reconnaîtra à ce stade que sous les traits d'une somme d'argent peuvent se retrouver les peines pécuniaires des clauses pénales, les forfaits indemnitaires des clauses d'indemnisation forfaitaires et les plafonds indemnitaires des clauses limitatives de réparation.

49 – De la « modification » à la « révision » de la peine. Il y a dans la loi du 9 juillet 1975 plus qu'une simple confusion consacrée entre les clauses d'indemnisation forfaitaire de l'ancien article 1152 et les clauses pénales de l'ancien article 1226. On comprend à la lettre des textes que le législateur d'alors n'avait pas conscience de la possibilité pour la clause pénale de stipuler un objet en nature. Ainsi, le législateur de 1804 avait judicieusement indiqué à l'ancien article 1231 que la peine, déjà vaguement définie à l'article 1226 comme *« quelque chose »*[99], pouvait être « modifiée » lorsque l'obligation principale avait été exécutée en partie[100]. Cette définition vague permettait de donner toute latitude au juge de restaurer l'équilibre contractuel, quelle que soit la peine convenue. Il n'y a en effet aucun obstacle théorique à ce qu'une obligation de faire valant peine soit modifiée de sorte à tenir compte de l'exécution partielle de l'obligation principale. Tandis qu'à l'inverse *« modérer ou augmenter »* une obligation de faire serait une formule malheureuse et peu rigoureuse. C'est pourtant l'expression qu'a consacrée la loi du 9 juillet 1975 par l'ajout du second alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil. Par ailleurs, la réécriture moins connue de l'ancien article 1231 du Code civil renchérit en passant de la formule suivante *« La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. »* à

[99] Ancien article 1226 du Code civil : « 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. »
[100] Ancien article 1231 du Code civil : « La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie »

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. ». On peut reconnaître au législateur que cette dernière modification du texte permet de clarifier le sens du pouvoir judiciaire qui, en cas d'exécution partielle de l'obligation principale, ne peut que réduire la portée punitive de la peine, le créancier ayant déjà bénéficié d'une partie de l'exécution. Mais cette clarification n'était pas nécessaire dans la mesure où les circonstances obligent nécessairement le juge à trancher dans l'unique sens de la réduction. Au fond, cette modification de la lettre trahit une nouvelle fois l'interprétation sous-jacente du législateur, à savoir qu'il ne peut être question que de modifier des clauses pénales pécuniaires et monétaires d'où il s'en suit qu'il convenait de préciser des termes vagues ; termes pourtant vagues à dessein dans l'horizon de la possible modification judiciaire des clauses pénales en nature. Il ressort de ces modifications textuelles ce que la doctrine a, à juste titre, nommé un pouvoir de révision judiciaire de la peine. Le terme « révision » porte en lui une connotation pécuniaire et monétaire assumée.

50 – L'esprit plutôt que la lettre : l'illusion d'un débat. On peut arguer qu'il conviendrait de nuancer la lettre par l'esprit[101]. Dire que le législateur de 1975 n'a pas entendu expressément soustraire la clause pénale en nature de la possibilité d'une révision judiciaire et qu'il serait excessif de s'en tenir à une interprétation littérale qu'on qualifierait alors de restrictive. Il faudrait *« comme pour toute règle, […] entrer dans la raison de la loi sans se laisser enfermer dans une vue formelle »*[102]. Il en irait parfois de *« la sauvegarde d'un principe supérieur »*[103]. En l'occurrence, on imagine bien l'intérêt pour le juge de pouvoir continuer de modifier les clauses pénales en nature excessives sans quoi certains débiteurs risqueraient d'être contraints d'exécuter des peines disproportionnées. Soustraire au juge la possibilité de connaître ces clauses n'est donc pas souhaitable du point de vue de l'équité. Il nous est toutefois permis de nous demander si le législateur n'a pas souhaité exclure intentionnellement les clauses pénales en nature du champ d'application du pouvoir de révision judiciaire. Cette hypothèse peut être soutenue par un

[101] M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois, Essai de méthodologie*, Defrénois, t. 48, 2012.
[102] G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 11e éd., 2003, n°416 et 417, p. 172.
[103] *Ibid*.

argument majeur, celui de l'autonomie des volontés et de l'affront radical que constituerait la possibilité pour le juge, outre de simplement réduire ou augmenter une peine pécuniaire, d'ajouter ou retirer des obligations de faire ou de ne pas faire au débiteur. C'est là une issue inéluctable dans le cadre d'une pénalité en nature.

Prenons, pour illustrer, quelques cas rapportés plus haut de clause pénale en nature. Par exemple, le cas d'une peine en nature qui consiste, en cas de faute, à ce que le constructeur doive construire gratuitement une nouvelle pièce au profit du maître d'ouvrage lésé. Si la clause est, pour diverses raisons de circonstance, jugée manifestement excessive, comment le juge peut-il la « réduire » si tant est qu'il en ait le pouvoir ? On imagine, s'il faut rester dans le même registre, que la peine révisée consiste en la construction d'une pièce plus petite. Dans un autre cas où le bailleur oblige son locataire à prendre en charge l'entretien et la réparation du bien, en cas de retard dans le paiement des loyers. Si le juge souhaite réviser la peine, car elle est manifestement excessive, il allègera, on imagine encore une fois, le champ des obligations d'entretien et de réparation du locataire pour ne laisser à sa charge qu'une obligation de petite réparation. Enfin dans le cas où le locataire d'un bail commercial est tenu de céder sa licence de débit de boisson dans l'hypothèse de l'inexécution de son contrat, le juge pourrait vouloir réduire la peine en substituant par un autre objet la licence de boisson, voir exigeant du débiteur qu'il paye une somme moindre en rapport de la valeur de ladite licence. Dans ces hypothèses de travail, on le voit, le juge qui doit réviser une peine en nature doit toujours modifier le contrat à tel point qu'il devient une tierce partie. Il doit réécrire le contrat, retirer ou modifier des obligations existantes, ajouter de nouvelles obligations. Toute modification d'une obligation de faire ou de ne pas faire consiste en réalité en une suppression de l'obligation existante et en une création concomitante d'une nouvelle obligation.

À l'inverse, lorsqu'il s'agit de simplement réviser une peine pécuniaire et monétaire, le juge ne modifie pas la nature de l'obligation de payer, ni n'ajoute d'autres obligations. Il ne fait que modifier le montant dû. La révision d'une obligation de payer n'atteint pas sa nature, mais simplement le *quantum* de son objet. C'est pourquoi s'il est souhaitable que le juge puisse réviser les clauses pénales en nature, il ressort de leur nature même que l'atteinte aux principes fondamentaux du droit des contrats, au premier rang desquels l'autonomie de la volonté, est telle

qu'il n'est pas souhaitable qu'il le puisse. Ainsi trouvent à s'expliquer les modifications textuelles du législateur de 1975. S'agissant de l'article 1231-5 du Code civil, l'esprit est donc justement la lettre.

51 – Le renouvellement de la lettre : la fin de la confusion entre la « somme » et la « peine ». La dissolution des anciens articles 1152 et 1226 et suivants du Code civil dans un seul et même article 1231-5 du Code civil met fin à la confusion des notions. Nous l'avons vu, la loi du 9 juillet 1975 a fusionné maladroitement deux notions à l'origine distinctes. Cette entreprise laissait des incohérences de texte. Il paraissait absurde que la « somme » de la clause d'indemnisation forfaitaire puisse constituer un synonyme de la « peine » alors définie comme « quelque chose ». La réforme de 2016 renoue selon nous avec une cohérence interne. Désormais, la référence n'est plus. Il n'y a plus ce jeu de renvoi de l'article 1231 à l'article 1152, plus de confusion possible entre les articles insérés dans la section spéciale relative aux obligations avec clauses pénales[104] et celui inséré dans la section consacrée aux dommages et intérêts contractuels[105]. Il n'y a plus de conflit d'interprétations dans la mesure où la *« peine »* définie comme engagement à *« quelque chose »* ne cohabite plus avec l'expression *« une certaine somme à titre de dommages-intérêts »*.

L'expression du premier alinéa *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »* qui inaugure clairement la nature strictement pécuniaire et monétaire de l'objet de la clause est reprise. Elle ajoute une subtilité, jusqu'alors inexistante, au second alinéa avec l'ajout de l'adverbe « ainsi » : *« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. »*. L'ancien second alinéa de l'article 1152 du Code civil indiquait seulement *« la peine qui avait été convenue »*[106]. L'adverbe *« ainsi »* oblige à comprendre une référence à l'alinéa premier. Le lien entre les deux premiers alinéas est

[104] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre IV : Des diverses espèces d'obligations., Section 6 : Des obligations avec clauses pénales.
[105] Code civil, Livre III : Des différentes manières dont on acquiert la propriété, Titre III : Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, Chapitre III : De l'effet des obligations., Section 4 : Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation.
[106] Ancien article 1152 alinéa 2 du Code civil : *« 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. »*

littérairement mis en évidence. Les deux phrases ne peuvent plus être comprises indépendamment l'une de l'autre. Il résulte que la pénalité *« ainsi convenue »* est nécessairement *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »*. Le troisième alinéa se situe également sans ambiguïté dans la même référence en indiquant *« la pénalité convenue »*. À ces renvois s'ajoute le changement du terme « peine » au profit de celui de « pénalité ». Ce dernier terme porte avec lui une signification pécuniaire et monétaire évidente. En effet, le législateur utilise généralement par ailleurs le terme de « pénalité » pour désigner des sanctions fiscales[107] ou des sanctions financières de tout ordre[108]. D'autres, avec nous, estiment que l'article 1231-5 ne désigne que les clauses stipulant le paiement d'une somme d'argent[109], ce qui implique que la révision judiciaire organisée par le deuxième alinéa soit réservée aux seules pénalités pécuniaires et monétaires[110].

Il faut néanmoins noter que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité, dans sa version de mars 2017, remplace les termes *« une certaine somme à titre de dommages-intérêts »* par *« une certaine pénalité à titre de réparation »*, expression qui risque de renouer avec la notion de peine d'antan[111]. En ce qui nous concerne, nous pensons qu'une telle proposition va à rebours de l'intention du législateur et de la cohérence aujourd'hui acquise.

52 – Précisions consécutives sur les clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil. Le champ d'application de l'article 1231-5 du Code civil ne vise donc qu'une pénalité pécuniaire et monétaire. Dans la mesure où la vocation de l'article 1231-5 n'est pas de définir et de fonder la notion de clause pénale, comme l'ancien article 1226 du Code civil, il ne faut pas conclure que la clause pénale en nature est désormais illégale et susceptible de nullité. Simplement elle ne tombe pas sous le coup du pouvoir de révision judiciaire. C'est là une information dont les rédacteurs de

[107] Voir par exemple les articles 1729 A, 1754 et 1793 A du Code général des impôts, ou encore les articles 438, 438 bis et 436 du Code des douanes.
[108] Voir par exemple les articles L.551-20 et suivants du Code de justice administrative, ou encore les articles L.441-17 et suivants du Code de commerce.
[109] S. CARVAL, P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, n°413, p. 582.
[110] B. BOUBLI, « La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté », *Journal des notaires*, 1976, p. 945 et s.
[111] Article 1284 alinéa 1er : *« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine pénalité à titre de réparation, il ne peut être alloué à l'autre partie une pénalité plus forte ni moindre »*.

contrat habiles devraient se saisir. Il résulte en outre de la précision du sens de la pénalité l'exclusion d'un certain nombre de clauses. C'est pourquoi, par exemple, la clause résolutoire est à écarter[112]. Accessoirement, une telle précision étaye notre exclusion introductive à propos des clauses limitatives qualitatives[113]. Ces clauses ne peuvent donc définitivement pas entrer dans le champ de l'article 1231-5 du Code civil.

Au-delà de la définition de la pénalité comme une simple somme d'argent, le résultat du changement tient surtout à la distance prise avec l'héritage de la clause pénale. Tout concourt depuis le début de notre analyse pour dire que si la clause pénale mérite de pouvoir être révisée au titre de l'article 1231-5 du Code civil, elle ne constitue plus la seule et unique raison d'être de l'article. L'article 1231-5 du Code civil assume son héritage, mais sans abstrait aujourd'hui suffisamment pour prétendre à l'autonomie et au renouvellement de l'intelligence de ses termes. La notion de pénalité témoigne symboliquement de la distance prise avec la notion de clause pénale. À ce stade, tout un chacun s'accordera à dire qu'une pénalité, entendue comme une somme d'argent, inclut tous les objets stipulés par les clauses limitatives de réparation, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses pénales. Cette notion de pénalité est couplée à celle de forfait. Celle-ci n'est pas plus un obstacle à l'application de l'article 1231-5 du Code civil aux clauses que nous venons de citer, bien au contraire.

53 – Conclusion de la section 2. La question de savoir ce que vise précisément comme réalité l'expression du premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil « une certaine somme » n'est pas aussi évidente qu'il n'y paraît. En effet, si l'on se situe dans une interprétation qui puise dans le passé, on peut facilement accepter qu'il soit possible de voir derrière cette expression des obligations en nature. L'ancien article 1226 du Code civil définissait la peine comme « quelque chose » et cette même peine est visée au second alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil à partir de la réforme du 9 juillet 1975. En conséquence, et en dépit du bon sens, il pouvait être discuté de la portée de sens de l'expression « une certaine somme ». Un bénéfice qu'on peut reconnaître à la réforme de 2016 est de clarifier sans ambiguïté ce point. Désormais, l'expression « une certaine somme » ne peut viser qu'un objet exclusivement pécuniaire et monétaire. Cela

[112] Cass. 3e civ., 20 juill. 1989, n°88-13856, *Bull. civ.* IV, n°172, obs. J. MESTRE, *RTD civ.*, 1990.
[113] Cf. *supra* n° 21.

pour plusieurs raisons. D'abord la suppression des anciens articles 1226 et suivants du Code civil et la disparition concomitante de la définition de la peine comme « quelque chose » due en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation permettent de commencer à s'extirper des anciennes attaches interprétatives. De plus, la substitution de la notion de « peine » par celle de « pénalité » qui porte en elle une connotation bien plus pécuniaire et monétaire continue de mettre un terme au débat. Enfin, le deuxième alinéa de l'article 1231-5 du Code civil renvoie désormais explicitement au premier alinéa, au contraire de l'ancien article 1152, grâce à l'adverbe « ainsi » de la formule *« la pénalité ainsi convenue »*. Ainsi, il ne fait aucun doute que la « pénalité » ne peut être autre chose qu'« une certaine somme à titre de dommages et intérêts ». Il résulte de tout cela qu'il nous faut aujourd'hui considérer que seules des sommes, entendues comme des objets monétaires et pécuniaires, peuvent faire l'objet d'une révision par le juge au visa de l'article 1231-5 du Code civil.

54 – Conclusion du chapitre 1. La notion de forfait, qui vise à récapituler les termes de « certaine somme à titre de dommages et intérêts » et de « pénalité » de l'article 1231-5 du Code civil, est définitivement une notion englobante. D'abord, il est clair que la notion de forfait ne vise qu'une enveloppe pécuniaire et monétaire, à ce titre toute réparation ou pénalité en nature ne saurait être révisée sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil. La lettre est claire, une « somme » est bel et bien une somme d'argent. L'interprétation littérale est par ailleurs renforcée par une contrainte pratique. En effet, réviser une obligation de faire, par exemple, est une démarche autrement plus complexe et potentiellement bien plus attentatoire à la volonté des parties. Sous la notion de forfait, se retrouvent aussi des réalités apparemment diverses, mais en réalité bien similaires. C'est le cas du plafond de la clause limitative de réparation. Ce plafond d'indemnisation est bien souvent un forfait déguisé, car il est déterminé de sorte à être systématiquement atteint en cas d'inexécution de la part du débiteur. Ce n'est alors qu'un plafond de façade, une limite artificielle, qui doit être considéré pour ce qu'il est, à savoir un forfait d'indemnisation. Ce faisant, on peut largement considérer qu'elle tombe dans le champ de la notion de forfait de l'article 1231-5 du Code civil. D'ailleurs, le cas de la pénalité plafonnée démontre l'artificialité des distinctions et oblige à relativiser la notion de forfait. Enfin, si l'on a longtemps pu croire que la possibilité de réviser une pénalité, ou une peine avant la réforme de 2016, manifestement dérisoire ne pouvait constituer qu'une réponse à une erreur, nous

comprenons mieux aujourd'hui qu'il s'agit en réalité d'une indication expresse de la possibilité de réviser les forfaits bas, parmi lesquelles les plafonds fictifs d'indemnisation. Si l'article 1231-5 du Code civil et les évolutions textuelles donnent à réfléchir quant à la nature de l'objet juridique révisable, force est de constater que les textes sont silencieux quant à ses modalités.

Chapitre 2 – Le silence quant aux modalités du forfait

55 – La variété des forfaits et leur révision. Il est notable de considérer dans la jurisprudence la variété des forfaits révisés sous l'empire de l'ancien article 1152 du Code civil. Qualifiés de peines afin de pouvoir être révisés, ces forfaits s'incarnaient dans tous les types de contrat. Des contrats internationaux[114] aux baux[115], en passant par les contrats de travail[116], les crédits-baux[117] ou encore lors d'entente industrielle et autre accord entre entreprises de biens et de services[118]. La liste n'est évidemment pas exhaustive. Plus encore que la diversité des supports, le forfait est varié en lui-même. À cet égard, la grande distinction entre forfait indemnitaire et forfait moratoire est exemplaire. Cette différence de nature appelle par voie de conséquence une interrogation sur l'adaptation des modalités de révision à des objets juridiques si différents. Au fond, on constate que la notion de forfait est déclinée *de facto* par les cocontractants sous diverses modalités (Section 1) et est adaptée *de jure* par les juges selon plusieurs principes (Section 2).

[114] M. FONTAINE, « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *DPCI*, 1982, p. 401 à 446 ; H. NIAL, « Les clauses pénales dans les contrats de vente internationale », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 417.
[115] G. PAISANT, *JCP* 1986,1, 3238.
[116] J. DEPREZ, « Les clauses pénales dans les relations de travail et leur révision par le juge », *Bull. soc. F. Lefebvre*, juill. 1985, p. 267 et s.
[117] A. SOLAL, « La réforme de la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) et le contrat de crédit-bail », *AJPI* 1976, p. 6.
[118] H. MORTEMART DE BOISSE et E. RIGAL-ALEXANDRE, « Validité et mise en oeuvre d'une clause pénale dans le secteur des communications électroniques », obs. sous Paris, 16 janv. 2015, *JCP E* 2015, 1206.

Section 1 - Les multiples modalités du forfait

56 – Les multiples facettes du forfait. Lorsqu'on s'intéresse exclusivement à la notion de forfait, dont dispose l'alinéa premier de l'article 1231-5 du Code civil, et à son avènement dans l'ordonnancement juridique au travers des stipulations contractuelles, on s'étonne de constater une inclusion large par les juges d'objets juridiques *a priori* éloignés du forfait au sein de l'ancien article 1152, et désormais de l'article 1231-5 du Code civil. Il convient d'étudier les objets juridiques soumis au pouvoir de révision judiciaire, autrement dit les différentes déclinaisons de la notion de forfait, pour tenter d'embrasser plus précisément le champ des clauses visés par l'article 1231-5 du Code civil et continuer ainsi la démonstration de l'inclusion en son sein des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation. Si l'expression évidente est celle d'un forfait pur et simple (§1), l'audace des juges est de considérer comme tel un moratoire ou un plafond (§2).

§1. La modalité évidente : le forfait

57 – Les nuances du forfait. La notion de forfait porte avec elle une certaine neutralité. Ainsi, l'ancien article 1152 du Code civil disposait que le forfait était *« une certaine somme à titre de dommages-intérêts »* et précisait son régime en indiquant son invariabilité, autrement dit son caractère forfaitaire en indiquant *« il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »*. À côté, l'ancien article 1226 du Code civil définissait la notion de peine comme une obligation ayant pour but d'*« assurer l'exécution d'une convention »* en obligeant le débiteur à devoir payer *« quelque chose en cas d'inexécution »*. Mais cette distinction a été troublée par l'intervention du législateur par une loi du 9 juillet 1975. L'ancien article 1152 du Code civil devint le lieu de cohabitation de la notion de forfait, au premier alinéa, et de la notion de peine, au second. Ce mélange déploya une dualité de sens pour la notion de forfait, celles de forfait punitif (B) et de forfait compensatoire (A).

A. Le forfait compensatoire : l'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts

58 – L'ancien article 1152 du Code civil : source de la notion de « forfait compensatoire ». La notion que nous nommons ici « forfait compensatoire » vise simplement à caractériser la notion de forfait dans sa seule acception réparatrice. La précision est utile dans la mesure où, nous le verrons, la notion de forfait s'est complexifiée au point de s'éloigner de son premier sens. Ce dernier était contenu dans le premier article 1152 du Code civil qui disposait très succinctement *« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. »*. Ainsi que nous l'avons vu, la genèse de l'article 1152 du Code civil ne laisse aucun doute sur la distinction qui existait dans l'esprit des rédacteurs du Code civil, entre la clause d'indemnisation forfaitaire et la clause pénale[119]. Rappelons en effet que l'ajout de l'expression *« à titre de dommages-intérêts »* visait à *« marquer la différence entre la clause des dommages-intérêts à laquelle le juge ne peut rien changer, et la clause pénale qui peut être révisée »*[120]. Un forfait de dommages et intérêts n'a, théoriquement, pas besoin d'être révisé dans la mesure où il stipule une juste réparation. À l'inverse la peine pouvait être révisée en cas d'exécution compte tenu du fait qu'il s'agit d'une sanction qu'il convenait le cas échéant de tempérer à la lumière des faits. Cette distinction ressortait également dans leur emplacement respectif au sein du Code civil : l'article 1152 était situé dans une section relative aux *« dommages-intérêts dus en cas d'inexécution de l'obligation »*. Tandis que les articles 1226 à 1233 constituaient une section relative aux *« obligations avec clause pénale »*. Les notions de forfait et de peine se distinguaient donc par leurs ancrages textuels et conceptuels respectifs. D'une part, une logique de réparation, d'autre part une logique de sanction.

59 – La distinction avec la notion « peine ». L'ancien article 1226 du Code civil offrait une définition de la clause pénale et ainsi le contexte des dispositions de toute la section VI « Des obligations avec clauses pénales ». Ainsi, 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

[119] Cf. *supra* n° 11 et 12.
[120] P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du code civil*, 1836, t. XIII, p. 166.

peine est donc ce *« quelque chose »* dû *« en cas d'inexécution »*. Il résultait sans ambiguïté de ce texte que la peine constituait une sanction de l'inexécution du débiteur. Le fait que cette sanction soit stipulée par anticipation de l'éventuelle inexécution lui conférait une vertu comminatoire. Même si la peine est en principe d'un montant tel qu'il sera supérieur au quantum du préjudice et lui confère ainsi une fonction indemnitaire, il n'en demeure pas moins que la visée première et prioritaire de la clause pénale est de stipuler une sanction et non une réparation. Corrélativement, la sanction porte avec elle un aspect comminatoire, tandis que la réparation porte avec elle la seule vertu anticipatoire. La peine partage néanmoins avec la réparation de l'ancien article 1152 du Code civil une expression commune, celle d'un forfait, d'une somme unique et globale d'argent. D'où il vient que nous pouvons parler de forfait punitif.

B. Le forfait punitif : la peine

60 – La naissance de la notion de « forfait punitif ». À dire vrai, la notion de forfait punitif ne vient pas seulement de l'expression privilégiée de la peine en une somme globale d'argent – nous avons déjà vu que l'expression *« quelque chose »* de l'ancien article 1226 du Code civil permettait d'imaginer des clauses pénales en nature. L'expression « forfait punitif » permet surtout d'exprimer l'effet de la loi du 9 juillet 1975 sur l'interprétation de la notion de peine. En effet, nous l'avons vu à plusieurs reprises, cette loi a permis au juge de modérer ou d'augmenter la peine au visa de l'ancien article 1152 du Code civil. Autrement dit, le législateur a considéré judicieux que ce pouvoir de révision de la peine, dont il était déjà question dans les anciens articles 1226 et suivants du Code civil, soit traité dans l'ancien article 1152 du Code civil initialement relatif à la clause d'indemnisation forfaitaire. Un amalgame était donc entériné entre les clauses pénales et les clauses d'indemnisation forfaitaire, entre leur texte de référence et leur régime. C'est ainsi que la notion de « forfait punitif » prend tout son sens dans la mesure où elle illustre le fruit de l'interpénétration du forfait compensatoire de la version initiale de l'ancien article 1152 du Code civil et de la peine des anciens articles 1226 et suivants du Code civil. Dès l'instant, en effet, où le législateur procède à un tel amalgame, l'interprétation des textes se renouvelle tout naturellement.

61 – Le décalage induit dans la notion originelle de « forfait ». Dérangé dans son isolement l'ancien article 1152 du Code civil ne pouvait plus se lire de la même façon après la loi du 9 juillet 1975. La notion de « forfait », qui visait à résumer le caractère global d'une somme d'argent définie à l'avance et sa vocation indemnitaire, a été brusquement associée à la notion de peine, sanction à vocation comminatoire, et à la possibilité d'une révision judiciaire. La lecture post-1975 de l'article 1152 du Code civil obligeait à réinterpréter la notion de forfait. Cette dernière était alors mise à mal sur ses deux caractères principaux de fixité et de réparation. En effet, le forfait jusqu'alors seulement associé à la formule *« une certaine somme à titre de dommages-intérêts »* se voyait associé par son deuxième alinéa à *« la peine »* qui pouvait être *« modéré ou augmenté »* en cas d'excès ou dérision manifeste. Face à ces changements, la notion de forfait a muté au point d'embrasser les réalités diverses que visaient initialement de manière séparée l'ancien article 1152 du Code civil et les anciens articles 1226 et suivants du Code civil. Ainsi, en voulant tout signifier, la notion de « forfait » ne signifiait alors objectivement plus rien.

62 – La supplantation du forfait compensatoire par le forfait punitif. La modification de la notion de forfait, initialement utilisé pour désigner le seul forfait compensatoire, a ouvert la possibilité d'un forfait punitif. C'est-à-dire d'une notion hybride entre la peine et le forfait compensatoire, qui rend mieux compte du rôle tout à la fois comminatoire et réparatoire de la peine comprise au visa de l'ancien article 1152 du Code civil. Reste qu'on aurait pu imaginer que le lecteur, conscient du double héritage du nouvel article 1152 du Code civil, tiendrait ensemble la possibilité de réviser un forfait compensatoire et un forfait punitif en cas d'abus. Il n'en a rien été, le forfait dont il était question à l'ancien article 1152 du Code civil a été exclusivement interprété comme visant un forfait punitif.

Dans l'ensemble, la Cour de cassation a interprété assez étroitement le pouvoir d'intervention du juge prévu par l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. Elle l'a limité aux clauses pénales *stricto sensu*, disons autrement au forfait punitif. Fort du titre de la loi libellé : *« Loi n° 75-597, modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale »*, il apparut certainement logique aux juges de lier la question du domaine d'application de l'ancien article 1152 du Code civil et celle de la qualification de clause pénale. Par conséquent, le juge s'est contraint à exercer son pouvoir de révision à la condition que la clause litigieuse réponde à la qualification de clause pénale. Ainsi,

par un arrêt rendu le 22 mai 1978,[121] la Cour de cassation refuse de réviser l'indemnité forfaitaire que le locataire d'un véhicule pouvait demander dans l'hypothèse d'un sinistre total dû à un fait étranger au locataire et du non-remplacement du véhicule. La Cour a estimé que *« la clause litigieuse avait pour objet, non pas de faire assurer par le locataire l'exécution de son obligation, mais d'évaluer forfaitairement le préjudice subi par le bailleur en cas de sinistre au locataire »*. Les juges en ont déduit que la clause litigieuse ne pouvait être réduite en vertu de l'article 1152 du Code civil. À la suite de cette première impulsion, la jurisprudence a systématiquement cherché à qualifier la clause litigieuse de clause pénale pour pouvoir la réviser sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. À l'inverse cela signifiait que l'article 1152 du Code civil concernait exclusivement les clauses pénales. Or, comme l'a justement montré le Professeur Jacques MESTRE la question du domaine de la loi du 9 juillet 1975 doit être dissociée de celle de la qualification de clause pénale considérant le fait que la clause visée par l'article 1152 du Code civil n'est pas, en principe, une clause pénale[122].

63 – L'article 1231-5 du Code civil : revalorisation d'une interprétation non exclusive. Le grand bénéfice qu'il convient de reconnaître à la réforme de 2016 en matière de clause pénale est d'avoir fait tomber les obstacles qui retenaient les juges dans l'appropriation de leur droit de révision judiciaire. Il est indéniable que les juges, scrupuleux du respect de l'intention du législateur, pouvaient se sentir liée par le libellé de la loi de 1975 *« modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale »*. En 2016, l'ordonnance est libellée *« ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations »* et crée un nouvel article, l'article 1231-5 du Code civil, inséré dans une nouvelle sous-section intitulée *« Sous-section 5 : La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat »*. Rien ne permet donc aujourd'hui de relier directement et *a priori* le pouvoir de révision judiciaire dédiée exclusivement à la seule clause pénale *stricto sensu.* Seules la tradition jurisprudentielle et les habitudes pourraient plaider en faveur d'une inertie interprétative. Mais les juges ont montré après la loi de 1975 qu'il ne tenait pas vraiment compte de l'histoire et du sens premier de l'ancien article 1152 du Code civil qui visait de toute évidence la seule clause d'indemnisation forfaitaire. Cette même attitude appliquée au nouvel article 1231-

[121] Cass. com., 22 mai 1978, n°76-15.171.
[122] J. MESTRE, obs., *RTD civ.* 1985, p. 372.

5 du Code civil devrait justifier un renouvellement de la lecture, qui plus est aidé par de nombreux autres changements, afin de permettre la révision à tout le moins de la clause d'indemnisation forfaitaire. Ainsi, le mérite de la réforme par cette modification de la situation de l'article dans le Code civil, sa réécriture, la suppression des expressions « clauses pénales » et de positionner de la même manière le juge qu'en 1975, mais avec de nouveaux paramètres d'interprétation. Ainsi, le champ d'application doit être évidemment reconnu plus large qu'avant.

§2. Les modalités limites : le moratoire et le plafond

64 – Audaces passée et future des juges : de l'astreinte au plafond d'indemnisation. Au visa de l'ancien article 1152 du Code civil, les juges ont fait preuve d'une audace dans le déploiement de leur pouvoir de révision judiciaire. Dans un contexte interprétatif où l'ancien article 1152 du Code civil était compris comme ne permettant que la révision des clauses pénales *stricto sensu*, les juges ont osé considérer les astreintes et les contrôler (A). À bien des égards, cette audace juridique ajoute à la possibilité qu'auraient les juges aujourd'hui de considérer les plafonds indemnitaires des clauses limitatives de réparation (B).

A. L'audace passée des juges : la révision des clauses pénales moratoires

65 – L'astreinte : une clause pénale moratoire ?. L'astreinte conventionnelle, ou la clause d'astreinte, vise à contraindre le débiteur à exécuter à bonne date son obligation. Elle vise donc à garantir l'absence de retard dans l'exécution d'une obligation. Pour ce faire, elle stipule généralement soit une somme forfaitaire que le débiteur de l'obligation devra régler s'il ne satisfait pas à son obligation dans le délai imparti, soit une somme qui augmentera en fonction du retard pris par le débiteur selon une périodicité et des montants prévus à l'avance. On remarque tout de suite un caractère commun avec la clause pénale : le caractère comminatoire. L'une et l'autre ont pour but de garantir l'exécution de l'obligation en faisant pression sur le débiteur, chacune à leur manière. Néanmoins, alors que la clause d'astreinte est uniquement un procédé de coercition privée qui engendre, en cas de retard illicite, une peine privée destinée à le sanctionner,

la peine fixée par la clause pénale constitue une peine privée destinée à sanctionner l'inexécution à bonne date et à se substituer aux dommages et intérêts. La clause pénale englobe la réparation du préjudice subi par le créancier, tandis que l'astreinte peut s'ajouter à la réparation de ce préjudice.

Suivant cette distinction, on voit mal comment le pouvoir de révision judiciaire pourrait se saisir d'une clause d'astreinte. En effet, si l'on applique une interprétation stricte de l'ancien article 1152 du Code civil suivant l'impulsion de la loi de 1975, il ne peut être admis d'autre clause que la seule clause pénale *stricto sensu*. Même si le juge s'était à l'époque autorisé à considérer l'alinéa premier de l'article 1152 et l'expression *« une somme à titre de dommages-intérêts »*, il ne pourrait réviser une clause d'astreinte à ce titre dans la mesure où elle est dénuée de caractère indemnitaire.

À cela s'ajoute que l'astreinte présente un mécanisme très différent de la clause pénale *stricto sensu.* Cette dernière stipule une peine sous la forme d'une somme déterminée et globale, tandis qu'une astreinte s'éloigne de la conception simple du forfait en stipulant une sanction graduée et progressive dont on ne connaît pas le *quantum* définitif.

66 – La révision de l'astreinte : l'assimilation à la peine. Malgré ces importantes difficultés d'assimilation à la clause pénale, qui, rappelons-le, était la seule clause à pouvoir être révisée dans le contexte interprétatif de l'époque, le juge a considéré l'astreinte comme une « clause pénale moratoire ».

En effet, la Cour de cassation se refuse largement à considérer la clause d'astreinte comme un concept autonome et l'a assimilé à la clause pénale en énonçant sans ambiguïté que *« les stipulations relatives à la fixation des pénalités de retard constituent une clause pénale »*[123]. Dès lors, les clauses qui prévoient la sanction du retard dans l'exécution sous forme d'un versement d'une somme d'argent par intervalle de temps sont des clauses pénales qui sont donc potentiellement soumises au pouvoir de révision judiciaire. On comprend donc que pour les juges

[123] Cass. 1ère civ. 9 mars 1977, *Bull. civ*. I, n° 127 ; Cass. 3e civ., 6 nov. 1986, *Bull. civ.* III, n° 150, p. 116 ; Cass. com., 18 juin 2013, *Bull. civ*. IV, n° 104. Voir aussi : Cass. 3e civ., 3 sept. 2015, 14-20.431 ; Cass. com., 20 sept. 2017, 16-15.346 ; Cass. 3e civ., 26 nov. 2020, 18-17.617.

il n'y a pas lieu de reconnaître à la clause d'astreinte une quelconque autonomie par rapport à la clause pénale, du point de vue de leur droit à réviser leur objet *quantum*.

Une telle décision est selon nous judicieuse, et ce en dépit d'une rigueur théorique nourrie d'un littéralisme juridique. Elle illustre le pragmatisme des juges. En effet, d'un point de vue pratique, il est ardu de distinguer la clause d'astreinte de la clause pénale moratoire. Les deux ayant pour but de prévenir et sanctionner l'exécution tardive. La seule différence étant que la clause d'astreinte se cumule avec d'éventuels dommages-intérêts et laisse donc cours à l'intervention judiciaire en principe exclue en cas de clause pénale. Outre l'imprévision de l'évaluation judiciaire des dommages-intérêts, les cocontractants devront s'accommoder de la lenteur des tribunaux. On voit donc mal les raisons qui pourraient conduire les contractants à opter pour une astreinte à seule vocation indemnitaire plutôt que pour une clause pénale moratoire. La solution de la Cour de cassation est donc pleine de pragmatisme, en ce qu'elle ne distingue pas là où aucun contractant ne souhaiterait *a priori* distinguer.

L'audace des juges consistait donc en une assimilation d'une notion, la clause d'astreinte, à une autre, la clause pénale, ceci afin de pouvoir la réviser. Dans la mesure où la clause pénale était à l'époque la seule clause admise à la révision judiciaire, les juges n'ont pu qu'emprunter ce chemin. S'agissant de la clause limitative de réparation, elle ne peut évidemment pas faire l'objet d'une assimilation à la clause pénale. Le chemin est cette fois-ci d'entrer par l'article 1231-5 du Code civil selon une lecture libérée de la tradition interprétative puis de reconnaître une identité de nature entre une clause limitative de réparation et une clause d'indemnisation forfaitaire.

B. L'audace future des juges : la révision des clauses limitatives de réparation

67 – La clause limitative de réparation : une clause d'indemnisation forfaitaire ?. Le caractère comminatoire essentiel à la qualification de clause pénale est absolument inconciliable avec l'idée d'une peine manifestement dérisoire[124], et *a fortiori* avec un plafond d'indemnisation.

[124] Cf. *supra* n° 40 et s.

Il ne s'agit donc pas de se demander si une clause limitative de réparation présente les mêmes caractéristiques qu'une clause pénale et, à ce titre, si elle pourrait être révisée par le juge. La question est bien plutôt de se demander si dans la perspective d'un pouvoir de révision reconsidéré à la lumière des changements opérés par la réforme du droit des obligations de 2016, le juge peut réviser une clause limitative de réparation sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil.

Certains estiment qu'une clause limitative de réparation ne stipule pas un forfait et ne saurait entrer dans le champ du premier alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil et donc dans celui de l'article 1231-5 du Code civil[125]. Afin de répondre de cette position, il convient au préalable d'admettre que la clause limitative de réparation est indéniablement une clause d'indemnisation forfaitaire[126] au sens d'une *« évaluation conventionnelle d'une somme à titre de dommages-intérêts pour le cas d'inexécution de la convention par le débiteur »*[127]. En effet, la clause limitative de réparation stipule un plafond indemnitaire, soit une *« évaluation conventionnelle d'une somme à titre de dommages-intérêts »*, potentiellement dû en cas d'inexécution par le débiteur de son obligatoire.

Or, l'article 1231-5 du Code civil, et avant lui déjà l'ancien article 1152 du Code civil, dispose de ces trois seuls et uniques critères pour cerner le champ d'application du pouvoir de révision judiciaire[128] : 1° une évaluation conventionnelle 2° de dommages et intérêts 3° pour les cas d'inexécution de la convention. À cet égard, il va sans dire que la clause limitative de réparation satisfait à ces conditions[129].

68 – Le plafond d'indemnisation : l'assimilation au forfait compensatoire ?. Le plafond d'indemnisation de la clause limitative de réparation partage avec la notion de forfait

[125] M. LEVENEUR-AZEMAR, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, 2017, n° 626 à 628.
[126] M. S. AL JONDI, *Le juge et tes clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle*, th. Paris, 1979, dactyl., p. 447 ; J. PELLERIN, *Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre contractants*, th. Paris, 1977, dactyl, n° 147, p. 30 ; Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, thèse dactyl., 1981, n° 38.
[127] J. MESTRE, obs., *RTD civ.* 1985, p. 372.
[128] *Ibid*.
[129] D. MAZEAUD, th. préc., n° 597.

compensatoire ce dernier caractère indemnitaire. Le plafond propose, théoriquement, une limite à la compensation, tandis que le forfait la fixe en un point unique. Comme nous l'avons déjà dit, la limite laisse libre l'appréciation de la compensation tandis que le forfait évite cet effort d'appréciation. Néanmoins, il est faux de dire que le préjudice devra toujours être prouvé dans le cadre d'une clause limitative de réparation[130]. La pratique est de stipuler des clauses telles que le dommage sera toujours supérieur et donc le plafond toujours atteint, et cela de manière si évidente que nul ne s'échinerait à apprécier le préjudice. Ainsi, le plafond d'indemnisation est généralement *de facto* un forfait compensatoire. Mieux, un forfait compensatoire peut parfois revêtir les traits d'un plafond, lorsqu'il s'exprime selon les modalités d'un moratoire plafonné à une somme anticipée à l'avance comme forfaitisant une juste réparation. Les notions de plafond d'indemnisation et de forfait compensatoire se recoupent donc quasi systématiquement. Outre leur large superposition théorique, c'est surtout leur confusion en pratique qui finit de conclure à leur révisabilité judiciaire. Par ailleurs, seules les clauses limitatives de réparation qui stipulent un plafond manifestement dérisoire par rapport au préjudice méritent d'être révisées par le juge, et c'est justement celles-ci pour lesquelles la limite se comporte de manière évidente comme un forfait.

69 – L'analogie entre la clause pénale moratoire et de la clause limitative de réparation. L'attitude du juge à l'égard de la clause pénale moratoire trouve à être transposée au cas de la clause limitative de réparation de manière prospective. En effet, rappelons-nous que lorsque le juge décide de se saisir de l'astreinte, il le fait en surmontant au moins deux obstacles majeurs. Premièrement, il ne se sent pas lié par une acception restrictive de la notion de forfait qui l'aurait obligé à voir dans le mécanisme de l'astreinte une forme trop étrangère à la forme classique de la peine. Deuxièmement, le juge est peu regardant sur la nature exclusivement punitive de l'astreinte qui permet le cumul avec des dommages et intérêts au contraire de la peine de la clause pénale. Un obstacle de fond et un obstacle de forme sont donc surmontés. Le pragmatisme judiciaire culmine afin de pouvoir se saisir du contrôle de clauses d'astreinte manifestement excessive.

La clause limitative de réparation peut opposer au juge deux obstacles semblables, un de forme, un de fond. L'obstacle de forme est, à bien des égards, identique à celui de l'astreinte. En effet, il

[130] M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.*, n° 632.

s'agit de dire si l'objet stipulé peut être considéré comme un forfait. En l'occurrence, le plafond d'indemnisation ne se présente évidemment pas, tout comme l'astreinte sur ce point, comme un forfait *stricto sensu*. Néanmoins, le pragmatisme oblige à reconnaître qu'au-delà des apparences ces plafonds d'indemnisation sont presque toujours des forfaits, car ils indiquent un maximum systématiquement atteint. L'obstacle de fond maintenant tient, à la différence de l'astreinte, n'ont pas à une vocation exclusivement comminatoire, mais tout au contraire à une vocation exclusivement indemnitaire. En effet, l'astreinte peut se cumuler avec des dommages et intérêts, tandis que le plafond d'indemnisation est simplement un montant maximal de dommages et intérêts. Ce défaut de caractère comminatoire, s'il pouvait constituer un obstacle sous l'empire de l'ancien article 1152 du Code civil compris à travers le seul prisme de la clause pénale, n'est plus un obstacle aujourd'hui. Ainsi lu, on aurait pu opposer à la clause limitative de réparation sa différence sur ce point avec la clause pénale. Le juge n'aurait donc pu faire comme pour l'astreinte qu'il finit par appeler clause pénale moratoire. Par contre, le nouvel article 1231-5 du Code civil permet de passer outre cet obstacle dans la mesure où son interprétation n'a plus à être influencée par la notion de clause pénale. Ainsi, le juge n'a plus à se poser la question de savoir si la clause limitative de réparation est une clause pénale et si elle en partage les caractères pour que celle-ci puisse être contrôlée. Le second obstacle est donc levé.

70 – La révisabilité des seules erreurs d'appréciation ?. On peut ultimement arguer que la disposition selon laquelle le juge peut réviser les pénalités, autrefois les peines, manifestement dérisoires n'a vocation qu'à intégrer les cas d'erreur d'appréciation des cocontractants et des non-forfaits bas conçus tels dès l'origine**.** Ainsi, le Professeur Philippe MALINVAUD interprétait la possibilité pour le juge de réviser les peines manifestement dérisoires comme la reconnaissance de ce qui *« ne peut être que le résultat d'une erreur, erreur à tout le moins rétrospective tenant à ce que le créancier a mal apprécié les dommages susceptibles de découler de l'inexécution du contrat. De ce fait, la clause pénale stipulée dans l'intérêt du créancier et qui se voulait dissuasive, comminatoire, se retourne contre ce créancier et à l'avantage du débiteur »*[131]. On comprend au fond qu'il interprétait l'ancien article 1152 du Code civil comme se référant exclusivement à la notion de clause pénale. Il poursuivait en disant que *« de manière peut-être un peu rapide on tend*

[131] Ph. MALINVAUD, « De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Litec, p. 689 s.

à considérer que cette clause pénale dérisoire s'apparente à une clause de limitation de responsabilité (...) Sur cette base contestable, certains auteurs renversent le raisonnement: si une clause pénale dérisoire équivaut à une clause de limitation de responsabilité, la réciproque doit être également vraie ; et on en déduit alors que les clauses limitant la réparation à un montant qui a posteriori, au regard du préjudice réalisé, apparaît dérisoire, doivent être soumises au pouvoir de révision du juge en application de l'article 1152, alinéa 2 [désormais l'article 1231-5 alinéa 2] »[132].

Cet argument réfutant la révision judiciaire des clauses limitatives de réparation, bien que séduisant, présupposait l'existence de la notion même de « clause pénale dérisoire ». L'auteur présuppose que l'ancien article 1152 du Code civil se référait exclusivement à la clause pénale. Or, il n'en était rien puisque cet oxymore vide de toute substance n'avait pas lieu d'être reconnu et qu'en outre la vocation même de l'article n'était pas de définir la clause pénale et lui disposer un régime propre. Il était bien plus question de disposer d'un régime de la révision judiciaire applicable à toutes les clauses qui se trouveraient visées par le premier alinéa. D'où la greffe du régime de révision judiciaire sur l'ancien article 1152 dont les termes étaient suffisamment larges pour embrasser plusieurs types de clauses, dont la clause pénale.

En réalité, comme l'a dit le Professeur Denis MAZEAUD[133], la clause pénale dérisoire n'existe pas, mais la lettre de l'ancien article 1152, et *a fortiori* celle du nouvel article 1231-5, permet la révision des clauses limitatives de réparation. C'est ce qu'elle vise lorsqu'il est question de peine ou de pénalité manifestement dérisoire. C'est ce que les juges ont bien entraperçu lorsqu'ils ont rehaussé une « peine » manifestement dérisoire[134]. En effet, nous emboîtons les propos du Professeur Denis MAZEAUD lorsqu'il écrit que *« Sous couvert d'augmenter de prétendues clauses pénales manifestement dérisoires, elle [la Chambre sociale de la Cour de cassation] accepte en réalité, qu'outre les clauses pénales, peuvent être révisées sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil, les clauses limitatives de réparation. En effet, sous l'appellation (légale et jurisprudentielle) erronée de « clause pénale manifestement dérisoire » se niche en réalité la clause limitative de réparation. Celle-ci a pour dessein de garantir l'exécution d'une*

[132] *Ibid.*
[133] Cass. soc., 5 juin 1996, *Defrénois*, 1997,1, art. 36591, p. 737, obs. D. MAZEAUD.
[134] *Ibid.*

obligation dans l'intérêt du créancier, celle-là aménage les suites de l'inexécution illicite imputable au débiteur dans l'intérêt de ce dernier. Alors que l'existence d'une clause pénale fixant, en cas d'inexécution illicite, une peine manifestement dérisoire est par conséquent conceptuellement inconcevable, il n'en va évidemment pas de même pour la clause limitative de réparation. »[135].

Plus encore qu'hier, la modernité de l'article 1231-5 a balayé tout obstacle à l'intégration de la clause limitative de réparation dans son viseur. L'atténuation du terme « peine » en « pénalité »[136] et la suppression de l'ensemble de la sous-section relative à la clause pénale[137] permettent de se détacher définitivement d'un lien indûment étroit entre la révision judiciaire et la notion de clause pénale. Enfin, une lecture sans *a priori* de la lettre de l'article 1231-5 du Code civil[138] couplée à une analyse pragmatique de la clause limitative de réparation[139] finissent d'admettre que le juge puisse la contrôler et éventuellement la réviser sur ce fondement.

La clause limitative de réparation fait donc partie du domaine d'application de l'article 1231-5 du Code civil, à tout le moins toute celle dont le plafond sera systématiquement atteint au vu du préjudice probable en cas d'inexécution. Autrement dit, à tout le moins toutes les clauses limitatives de réparation qui ne sont en réalité que des clauses d'indemnisation forfaitaire.

71 – La jurisprudence face à la clause limitative de réparation. Outre les arrêts relatifs aux clauses pénales « dérisoires »,[140] l'étude de la jurisprudence ne révèle presque aucun arrêt sur la clause limitative de réparation, présentée directement comme telle dans l'espèce, vis-à-vis de l'ancien article 1152 ou de l'actuel article 1231-5 du Code civil. La jurisprudence, bien qu'ayant été abondante sur la question des clauses visées par l'ancien article 1152 du Code civil, n'a eu qu'une seule fois, semble-t-il, l'occasion de se positionner expressément sur la question spécifique des clauses limitatives de répartition. Elle rejeta l'extension de l'application de l'article 1152 aux

[135] *Ibid*, obs. D. MAZEAUD.
[136] Cf. *supra* n° 33 et s.
[137] Cf. *supra* n° 18.
[138] Cf. *supra* n° 63.
[139] Cf. *supra* n° 35 et s.
[140] Cf. *supra* n° 41.

plafonds de réparation. Il s'agit d'un arrêt du 18 décembre 2007[141] portant sur la validité d'une clause limitative de réparation insérée dans un contrat de fourniture d'électricité par EDF. Une coupure inopinée de courant ayant endommagé les équipements de l'entreprise cocontractante, celle-ci voulait mettre en jeu la responsabilité du fournisseur d'électricité, qui lui avait opposé un plafond de réparation. Le demandeur souhaitait voir qualifier la clause limitative de réparation en clause pénale afin de tomber sous le coup de l'article 1152 et ainsi permettre au juge de la réviser.

La Cour de cassation estima laconiquement *« qu'ayant relevé que la clause dont se prévaut EDF ne prévoit pas le règlement d'une indemnisation forfaitaire, mais fixe un plafond d'indemnisation "dans la limite du préjudice subi par le client", la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause constitue une clause limitative de réparation, et non une clause pénale »*.

Cela a suffi au Professeur Marie LEVENEUR-AZEMAR pour qualifier cela de *« refus jurisprudentiel d'appliquer l'article 1152 aux clauses limitatives de réparation. »* car *« on comprend que la qualification de clause limitative de responsabilité fait obstacle au jeu de l'article 1152 invoqué dans le pourvoi. »*.[142] Pourtant il n'en est rien, puisque la clause d'espèce prévoyait un plafond raisonnable en ce qu'elle limitait seulement au *« préjudice subi par le client »* la réparation due. *A priori* une telle stipulation pose les conditions d'une juste réparation puisqu'elle suppose en elle-même de déterminer le préjudice réel. La clause d'espèce n'a donc aucun trait d'une « fausse » clause limitative de réparation, telle celle de l'affaire *Chronopost* qui limitait à 122 francs, soit le montant du transport, le montant maximal de la réparation et cela en dépit du préjudice réel. C'est donc à bon droit que les juges ont indiqué que le plafond en était bel et bien un, en l'espèce. Reste que tous les « plafonds » n'en sont pas toujours réellement.

En outre, le débat est mal situé. Le demandeur au pourvoi tente en effet de demander l'assimilation de la clause limitative de réparation d'espèce à une clause pénale. Ceci en raison du fait que la jurisprudence d'alors ne reconnaissait l'application de l'ancien article 1152 du Code civil qu'au profit de la clause pénale. Mais alors, le grand écart est trop grand et l'assimilation absurde. Les

[141] Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ*. IV n°265, D. 2008, p. 154, obs. X. DELPECH, *RTD civ*. 2008, p. 310, obs. P. JOURDAIN, *RLDA* 2008, p. 37, note Ch. BOILLOT, *RDC* 2008, p. 287.
[142] M. LEVENEUR-AZEMAR, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, 2017, n° 627, p. 404.

obstacles étaient nombreux pour voir reconnaître la révision de la clause limitative de réparation. La décision n'enlève donc rien à la possibilité de demander la révision de la clause limitative de réparation elle-même au visa de l'article 1231-5 du Code civil dès lors que son plafond est tel qu'il est en réalité une somme forfaitaire manifestement dérisoire. Aucune décision à notre connaissance n'a eu l'occasion de se prononcer sur une espèce et une demande pareilles.

72 – Conclusion de la section 1. Dans son expression évidente, la notion de forfait englobe les forfaits compensatoires, c'est-à-dire l'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts, et sa déclinaison punitive qu'est le forfait punitif, aussi appelé la peine. L'indemnité contractuelle, *stricto sensu*, et la peine sont donc deux sous-ensembles de la notion de forfait. Ainsi, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses pénales *stricto sensu* stipulent toutes deux d'un forfait. Mais, au-delà d'autres clauses trouvent à intégrer ce champ. Les juges ont d'abord eu l'audace de considérer l'astreinte comme un forfait au sens de l'ancien article 1152 du Code civil, et aujourd'hui encore au sens du nouvel article 1231-5 du Code civil. Pourtant, la forme d'une astreinte est très loin de correspondre à celle d'un forfait. Les juges ont fait preuve de pragmatisme. Un pragmatisme qu'il est possible d'étendre au cas des « plafonds » des clauses d'indemnisation limitative. Trop souvent, en effet, ces plafonds ne limitent que fictivement une libre indemnisation. Dès lors que le plafond est déterminé de telle sorte qu'il sera *a priori* systématiquement atteint en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation, il y a lieu d'interroger sa nature affichée. Le fond ne correspond pas nécessairement à la forme, et ce d'autant plus que ce genre d'abus est le fait d'une relation contractuelle déséquilibrée dans ses rapports de force entre le créancier et le débiteur. En conséquence, le juge doit être lucide et considérer le plafond comme un forfait dès lors que rien dans la lettre de l'article 1231-5 du Code civil ne l'empêche, que le pragmatisme oblige une telle conclusion, qu'un minimum de justice contractuelle plaide pour cela et, enfin, que si cela a été permis pour la clause pénale moratoire il n'y aucune raison d'appliquer une telle logique à la clause limitative de réparation.

L'étude des diverses modalités du forfait doit être complétée par l'étude de la variation des forfaits par le juge qui se saisit de son pouvoir de révision judiciaire. Ceci afin de saisir pleinement l'attitude de juge à l'égard de ces objets juridiques et ainsi conforter notre interprétation de l'article 1231-5 du Code civil.

Section 2 – La diversité des adaptations judiciaires du forfait

73 – L'interprétation punitive et l'adaptation au préjudice subi. La révision de l'article 1231-5 du Code civil, et avant lui de l'ancien article 1152, est un pouvoir judiciaire. C'est donc le juge qui par son exercice nous indique quand il saisit sa liberté de réviser et comment il l'exerce. La jurisprudence nous informe donc directement sur l'interprétation que les juges donnent au texte et sur la latitude qu'ils s'accordent dans la réduction ou l'augmentation des forfaits manifestement excessifs ou dérisoires qu'ils ont à réviser. L'étude de la jurisprudence révèle une attitude judiciaire orientée par une interprétation punitive traditionnelle (§1) et attentive au préjudice subi (§2). Cette étude précise ainsi le champ d'appréciation du juge et l'ampleur des modifications qu'il peut imposer au forfait. Nous comprendrons mieux la notion de forfait et son caractère malléable afin de pouvoir accueillir avec encore plus d'assurance les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation.

§1. Une adaptation judiciaire du forfait orientée par la fonction punitive

74 – La malléabilité du forfait : entre force obligatoire et liberté d'appréciation. Malgré son apparente fixité, le forfait peut être révisé par le juge au visa de l'article 1231-5 du Code civil s'il est manifestement excessif ou dérisoire ainsi qu'en dispose le deuxième alinéa. Le juge se trouve donc en situation de devoir tout à la fois respecter l'immutabilité du forfait indiqué au premier alinéa (A) et, le cas échéant, la nécessité de son adaptation qui relève de son appréciation libre (B). Ce numéro d'équilibriste et ses résultats doivent être étudiés afin de voir comment le juge apprécie le forfait et le modifie. Ainsi, la notion de forfait, sa portée et sa révisabilité s'éclaireront à la lumière de son appréhension par le juge.

A. Une révision orientée par le respect de la force obligatoire du contrat

75 – Le principe directeur : la force obligatoire de la clause. Les anciens articles 1152 et 1126 du Code civil reprenaient à leur compte les principes de l'ancien article 1134 alinéa 1er du Code

civil en indiquant respectivement : *« Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre. »* et *« 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. »*. Les articles n'accordaient aucune espèce d'atténuation au principe de la force obligatoire des contrats. Les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses pénales liaient donc radicalement les cocontractants. La loi de 1975 a, nous le savons, introduit le pouvoir judiciaire de révision des clauses pénales. Il est clair qu'un tel pouvoir a asséné un coup à l'immutabilité de la volonté des parties de fixer les conséquences de l'inexécution de leur contrat en la matière. Néanmoins, on relèvera par exemple que le Professeur Denis MAZEAUD pensait *« qu'un tel déclin, s'il est réel, ne constitue pas pour le juge un blanc-seing qui lui permettrait de remettre en cause la force obligatoire du contrat de clause pénale, et de faire échec à la volonté des parties. Bien au contraire, dès après la réforme, la doctrine et la jurisprudence, répondant en cela aux vœux du législateur tels qu'ils ressortent de l'examen des travaux préparatoires, ont réaffirmé avec beaucoup de vigueur que « le principe demeure, que la convention énonçant une peine pour le cas d'inexécution conserve sa force obligatoire »*[143]. Il est certes vrai que le principe de la force obligatoire n'est pas atteint, mais il admet à partir de 1975 une exception qu'il ne connaissait pas avant.

La rédaction du nouveau second alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil visait à rendre compte précisément du caractère facultatif de l'intervention du juge : *« le juge peut modérer »*. Et ce pouvoir n'est actionnable que lorsque *« la peine qui avait été convenue »* est *« manifestement excessive ou dérisoire »*[144], ce qui concourt évidemment à dire que la force obligatoire conserve son plein effet et que ça n'est jamais qu'à la marge et dans des situations rares de rapport de force significativement déséquilibré que le juge peut intervenir. D'ailleurs, il est important de noter qu'il s'agit d'un pouvoir et non d'un devoir.

76 – Les effets du principe sur la révision. Le principe de force obligatoire des contrats joue naturellement lors de l'exercice du pouvoir de révision judiciaire. Ainsi, la liberté du juge s'est-

[143] D. MAZEAUD, *th. préc*., p. 50.
[144] Ancien article 1152 alinéa 1er du Code civil

elle souvent limitée d'elle-même par la volonté des parties. C'est pourquoi la peine de la clause pénale était rarement révisée de sorte à la ramener au niveau du préjudice réel. En maintenant la peine au-dessus du niveau du préjudice, les juges entendent marquer le respect de la nature de peine privée de la clause pénale et le choix des parties d'en avoir stipulé une au sein de leur contrat.

C'est en raison de ce même principe de force obligatoire que le juge a toujours considéré qu'il devait motiver la révision de la clause tandis qu'il n'a pas à le faire s'il refuse de la réviser. Ainsi, la Cour de cassation contrôle systématiquement la motivation des décisions des juges[145] et estime qu'ils n'ont à l'inverse pas à justifier leur refus de révision[146]. Même s'il peut paraître regrettable de ne pas pouvoir connaître les raisons d'un refus de révision, celui-ci n'est que le respect judiciaire du principe de force obligatoire et de son importance. Une décision contraire constituerait un glissement grave risquant d'obliger à terme les juges de justifier l'application de chaque principe de droit des contrats.

77 – Le cadre d'intervention du juge : la correction d'un excès ou d'une dérision manifeste. Après avoir qualifié l'objet litigieux, le juge doit encore apprécier le caractère *« manifestement excessif ou dérisoire »* du forfait par rapport au préjudice pour pouvoir justifier de sa révision judiciaire. À cet égard, il est important de souligner la présence de l'adverbe « manifestement ». Cela permet de situer le pouvoir de révision judiciaire dans un contexte de grave déséquilibre qui justifie d'attenter au principe de la libre volonté des parties. Rappelons en effet, à toutes fins utiles, que le juge ne peut en principe déroger à la loi contractuelle des parties. La libre volonté des parties suppose le jeu naturel des rapports de force et des déséquilibres contractuels plus ou moins marqués. Tous ne peuvent être tous corrigés au risque d'anéantir la liberté de chacun de contracter. Néanmoins, à toute liberté sa limite et en l'occurrence il s'agit d'une peine telle, par son quantum, qu'elle se situe de manière manifestement excessive, ou dérisoire, au-delà, ou en deçà, du

[145] Cass. com., 18 déc. 1978, *D.* 1980.IR.12, obs. M. VASSEUR ; Ch. Mixte, 20 janv. 1978, *D.* 1978.349, *D.* 1978.IR.229, obs. M. VASSEUR ; Cass. 1re civ., 10 mai 1978, *JCP* 1978.IV.212 ; Cass. com., 9 juin 1980, *JCP* 1980.IV.321.

[146] Cass. 3e Civ, 26 avril 1978, *D.* 1978.349, *RTD civ*. 1978.672, obs. G. CORNU ; Cass. 3e civ., 17 juill. 1978, *JCP* 1978.IV.301, *D.* 1979.IR.151, obs. D. LANDRAUD ; Cass. com., 25 mai 1981, *JCP* 1981.IV.286 ; Cass. 1re civ., 23 févr. 1982, *JCP* 1982.IV.169, *RTD civ*. 1982.603, obs. F. CHABAS ; Cass. 1re civ., 7 oct. 1992, *JCP* 1992.IV.2988.

préjudice réel. C'est cette disproportion manifeste qu'il convient pour le juge de considérer et de sanctionner le cas échéant, car elle signifie un préjudice grave pour le débiteur, en cas de peine manifestement excessive, ou le créancier, en cas de peine manifestement dérisoire. À plusieurs reprises, la jurisprudence s'est refusée à considérer que les conditions de mise en œuvre de son pouvoir de révision étaient réunies malgré l'existence d'un écart même important entre la peine et le préjudice[147]. La révision judiciaire reste donc exceptionnelle, car elle atteint le fruit de la liberté contractuelle, mais légitime en ce qu'elle permet de corriger des situations d'une gravité manifeste.

En filigrane de l'abondante jurisprudence se révèle toujours le souci du juge de rééquilibrer des situations contractuelles abusivement avantageuses pour l'une ou l'autre des parties. Ce qui prime pour déverrouiller son intervention, ce n'est pas tant la nature de la clause que sa violence à l'égard de la partie faible. Presque toujours le juge fait preuve de pragmatisme, parfois à la limite des permissions légales ainsi que l'illustre l'exemple de l'astreinte, afin de protéger la partie faible. Lorsque le juge applique avec rigueur un cadre interprétatif étroit pour ne pas qualifier de clause pénale la clause objet du litige c'est souvent, car le déséquilibre n'est pas trop grave. Cet *habitus* du juge nous renseigne sur la possible réception par lui du nouveau texte de l'article 1231-5 selon un cadre interprétatif renouvelé que nous dépeignons ici. Reste à savoir pour le juge comment réviser une fois qu'il a décidé de le faire.

B. La libre méthode de révision

78 – Les méthodes d'appréciation possibles. Il ne s'agit pas simplement pour le juge d'apprécier l'existence ou non d'un caractère manifestement excessif ou dérisoire dans le forfait qui s'offre à eux. Il faut au juge dire à quel point ce forfait est manifestement excessif ou dérisoire afin de savoir se figurer le quantum de sa révision. Il lui faut donc apprécier assez finement l'abus pour pouvoir réviser justement. La doctrine a proposé plusieurs modèles visant, chacun à leur

[147] Douai, 2 juill. 1976, *RTD civ*. 1977.338, obs. G. CORNU ; TGI Nice, 19 juill. 1977, *Rev. jur. com*. 1978, p. 265, note E-M. BEY ; Amiens, 2 juill. 1981, *Gaz. Pal*. 1981.2.610, note E-M. BEY ; Versailles, 13 oct. 1989, *D*. 1989.1.R. 301.

manière, à concilier la nature juridique de la clause pénale, seule clause jusqu'alors révisable sous l'empire de l'ancien article 1152 du Code civil, et la nécessité d'une révision judiciaire.

Bernard BOUBLI proposait un système d'adaptation avec, en filigrane, une attention forte portée à la nature réparatrice de la clause pénale. Ainsi, le juge devrait *« adapter la réparation au préjudice effectivement subi »*[148]. Il serait ainsi fait droit *« au souci du législateur de faire triompher l'équité sur la volonté individuelle »*[149]. L'idée fondamentale est que le préjudice est l'élément déterminant au stade de la révision et que c'est à partir de lui qu'il convient d'ajuster la peine. Le problème est néanmoins que la clause pénale est alors prise pour une clause d'indemnisation forfaitaire dans la mesure où la peine n'est plus considérée que comme une évaluation forfaitaire de la réparation. Aussi, il ne s'agit pas de sacrifier la volonté individuelle sur l'autel de l'équité, mais au contraire pour le juge de se situer sur le terrain d'une conciliation de ces deux principes.

Bruno BOCCARA proposait un système de modération à butoir[150] visant à reconnaître pleinement l'aspect comminatoire de la clause pénale. L'excès manifeste constitue alors la limite du pouvoir de révision judiciaire. Autrement dit, il n'est absolument pas question de pouvoir admettre que le juge puisse calquer la peine révisée sur le préjudice. Il s'agit simplement de supprimer l'excès manifeste, mais de conserver la part normalement excessive de la peine par rapport au préjudice. Il est ici privilégié, à l'inverse de Bernard BOUBLI, l'idée de sanction à celle de la réparation. Un tel système entend néanmoins tellement respecter la nature pénale de la clause qu'il risque de contraindre le juge à laisser subsister un excès manifeste. En effet, si l'excès manifeste constitue la butée de la révision, on peut penser que le juge, risquant de dépasser cette limite, révise trop peu la peine. Ce problème se double en plus de la difficulté à apprécier le montant précis à partir duquel la peine est en excès manifeste ou non.

[148] B. BOUBLI, « La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté », *Journal des notaires*, 1976, p. 945 et s.
[149] *Ibid*.
[150] B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP*. 1975.1.2742.

Enfin, le Professeur François CHABAS proposait simplement d'accorder au juge une totale liberté dans l'intervalle existant entre les deux systèmes de Bernard BOUBLI et Bruno BOCCARA. Autrement dit, il souhaitait que le juge se saisisse de sa plus totale liberté pour se permettre de réviser la peine au niveau qu'il juge le plus juste, entendu qu'il ne peut la réduire davantage que le préjudice et qu'il doit faire cesser l'excès manifeste[151]. Son idée était simplement d'indiquer la nécessaire conciliation que doit opérer le juge entre les principes de volonté individuelle et d'équité. Ce qui permettra au juge de laisser plus ou moins subsister le caractère pénal de la peine est la gravité de la faute du débiteur. Plus le débiteur est fautif dans son inexécution, plus il paraît légitime que la peine soit importante sans pour autant verser dans l'excès manifeste. À l'inverse, si le débiteur est de bonne foi et que son inexécution peut être imputée à une imprudence passagère, des évènements défavorables ou autres circonstances atténuantes, le juge pourra réduire la peine de sorte à la rapprocher davantage du préjudice.

79 – La méthode judiciairement élue. La Cour de cassation a, semble-t-il, retenu le système du Professeur François CHABAS en indiquant à plusieurs reprises que *« le juge du fond, souverain dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, fixe librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale, dès lors qu'il l'estime manifestement excessive, sans pouvoir toutefois alloué une somme inférieure au montant du dommage »*[152]. Certains y ont vu la primauté accordée au caractère indemnitaire de la clause pénale. Néanmoins, la Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises par ailleurs que le juge n'était pas tenu de réduire la peine au montant du préjudice[153].

Concrètement, on identifie une certaine évolution dans l'expression du pouvoir de révision judiciaire. Au début, les juges du fond avaient tendance à ajuster la peine révisée au montant du préjudice réel[154]. Désormais, il semble depuis les années 80 que les juges du fond sont davantage

[151] F. CHABAS, « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976, chron., p. 235.
[152] Cass. civ. 1re , 24 juill. 1978, *Rev. trim. dr. civ*. 1979, 150, obs. G. CORNU ; Cass. com., 9 juin 1980, *Bull. civ*. IV, n° 245 ; Cass. com., 3 fév. 1982, *Gaz. Pal.* 1982.2.Pan. 231, note A. PIEDELIEVRE ; Cass. com., 8 juill. 1986, *JCP*. 1986.IV.275.
[153] Cass. com., 18 déc. 1978 : *Bull. civ*. IV, n° 313 ; Cass. com., 23 janv. 1979, *JCP* 1979.IV.106 ; Cass. com., 28 juin 1983, *JCP*. 1983.IV.287 ; Cass. soc., 11 déc. 1991 : *RJDA* 1992, n° 322.
[154] C. LOYER-LAHRER, « Le contrôle judiciaire des clauses pénales », *Rev. Jud. de l'Ouest*, 1982 ; Ph. NECTOUX, « La révision judiciaire des clauses pénales. Bilan des premières années d'application de la

soucieux de respecter la nature répressive de la peine en laissant un écart entre la peine et le préjudice avec la révision[155]. Ainsi dit, il semble que la Haute juridiction tient fermement à la nature répressive de la clause pénale même si le nombre très important de décisions rendues peut toujours permettre de noyer la ligne directrice dans des solutions casuistiques contraires innombrables. C'est pourquoi on peut conclure que « *malgré l'existence d'un pouvoir de révision judiciaire et l'exercice effectif de ce pouvoir, la clause pénale conserve ses caractères comminatoire et répressif et demeure donc une peine privée* »[156].

§2. Une adaptation judiciaire fondée sur le préjudice subi

80 – Une dérogation au principe d'équivalence utile à la réduction des inégalités. Les clauses indemnitaires sont un moyen d'aménager conventionnellement les conséquences de l'inexécution par le débiteur de son inexécution, en conséquence de quoi elles sont des limites apportées au principe d'équivalence. En effet, à la suite d'une clause indemnitaire, le montant de l'indemnisation est décorrélé de toute appréciation du *quantum* du préjudice, qu'il s'agisse du préjudice prévisible ou du préjudice subi. La révision judiciaire elle aussi est une entorse faite au principe d'équivalence en ce qu'elle n'a pas vocation à fixer un montant d'indemnisation équivalent au montant du préjudice. Néanmoins, on peut considérer qu'elle en est néanmoins un déploiement dans la mesure où elle veut faire cesser une inéquivalence abusive entre le forfait indemnitaire de la clause litigieuse et le montant du préjudice subi. En cela, la révision judiciaire renoue avec l'idée d'une certaine équivalence qui néanmoins doit rester la volonté des parties de minorer ou majorer l'indemnisation. En cela, la révision est à la fois un déploiement et une dérogation au principe d'équivalence (A). Ce faisant, elle est outil pragmatique de réduction des écarts manifestes (B). Ces caractéristiques autorisent le juge à se saisir de tout type de forfait d'indemnisation.

loi du 9 juillet 1975 par l'informatique juridique », *JCP*. 1978.1.2913 ; M. SALUDEN, « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal*. 1984, 1, Doc., p. 262 et s.

[155] Paris, 12 juill. 1983 : *D*. 1983.

[156] D. MAZEAUD, *th. préc*., p. 358.

A. La révision comme pouvoir dérogatoire au principe d'équivalence

81 – Le principe d'équivalence entre les dommages-intérêts et le préjudice : En principe, et en l'absence de clause indemnitaire, *« le créancier d'une obligation est fondé à demander la réparation de l'intégralité de son préjudice prévisible directement causé par l'inexécution de la convention »*[157]. Les nouveaux articles 1231-2[158] et 1231-3[159] du Code civil reprennent cette idée et indiquent que l'équivalence entre les dommages et intérêts et le préjudice n'a pas lieu à l'égard d'éventuelles suites imprévisibles de l'inexécution ordinaire qui ne seraient pas entrées dans le champ contractuel. Il en résulte que le *« le préjudice réellement subi »* peut excéder *« le préjudice juridiquement réparable »*[160]. Heureusement, l'équivalence entre le préjudice et les dommages-intérêts compensent également les suites imprévisibles de l'inexécution qualifiée, c'est-à-dire en cas de faute lourde ou dolosive. On en conclut que si les dommages et intérêts compensatoires peuvent être parfois en deçà du préjudice subi, ils ne peuvent jamais aller au-delà. La possibilité de pouvoir dépasser la prévision contractuelle des parties, dans le cas où une faute lourde ou dolosive se justifie pour deux raisons. La première, c'est qu'il y a tout lieu de supposer, en ce cas, que ladite faute ajoute quelque chose au préjudice et dans la mesure où une telle gravité ne pouvait être prévue dès l'origine il serait injuste de ne pouvoir en tenir compte. La deuxième, c'est que rester cantonné aux dommages-intérêts prévus ou prévisibles constituerait une grave rupture d'égalité entre les parties, car le débiteur gravement fautif n'aurait pas à craindre d'être comptable des conséquences de ses actes. On comprend donc que le principe d'équivalence admet une première extension, passant d'une équivalence de principe au préjudice prévisible en cas d'inexécution ordinaire à une équivalence d'exception au préjudice subi en cas d'inexécution qualifiée, justifiée par la gravité du comportement du débiteur. On peut voir comme une seconde extension du principe l'utilisation par le juge de son pouvoir de révision judiciaire, extension justifiée cette fois-ci par l'écart manifestement excessif entre les dommages et intérêts prévus et le préjudice subi.

---

[157] Cass. com., 17 mars 1987, n° 85-15.711.
[158] « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après. »
[159] « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »
[160] F. CHENEDE, Y. LEQUETTE, P. SIMLER &, F. TERRE, Droit civil, Les obligations, 12e éd., *Dalloz*, 2018, n° 597.

82 – Le principe d'équivalence et la révision judiciaire. Sur le plan théorique, le pouvoir de révision judiciaire a quelques rapports avec le principe d'équivalence. L'article 1231-5 du Code civil aborde le cas des clauses indemnitaires et forfaitaires, autrement dit le cas des *« dommages et intérêts qui ont été prévus [...] lors de la conclusion du contrat »* mentionné à l'article 1231-3 du Code civil. Ainsi, les deux articles abordent les sujets des dommages et intérêts contractuels. Ils permettent en outre de contourner le principe d'équivalence limitée par principe au préjudice prévisible, à ceci près que l'article 1231-3 l'indique de manière expresse tandis que l'article 1231-5 l'indique de manière implicite. En effet, c'est la jurisprudence qui, en matière de clause pénale, a indiqué devoir considérer le préjudice subi pour pouvoir apprécier du caractère *« manifestement excessif ou dérisoire »* de la peine, aujourd'hui de la pénalité. Dès l'origine, et encore aujourd'hui, la Cour de cassation a estimé que les juges du fond sont *« souverains dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier »*[161] pour fixer librement le montant révisé. Le texte ne l'indiquait pas et on aurait pu imaginer que le juge se contraigne à apprécier le préjudice prévisible pour fixer le montant révisé. Mais l'on comprend vite qu'une telle option aurait vidé de sa substance tout l'intérêt du pouvoir de révision judiciaire. En effet, une clause indemnitaire est en principe écrite en regard du préjudice prévisible. C'est celui-ci qui permet aux cocontractants de fixer un forfait indemnitaire minorant ou majorant l'indemnisation prévisible. Sans estimation du préjudice prévisible, il ne pourrait y avoir de clause indemnitaire, faute de pouvoir en fixer le montant. Dès lors, si le juge se cantonnait à devoir seulement apprécier la différence entre le préjudice prévisible et le forfait d'indemnisation, il n'aurait certainement jamais, ou presque, matière à caractériser une manifeste excessivité ou dérision du forfait. En se permettant d'apprécier le préjudice effectivement subi, le juge se permet donc de renouer avec le principe d'équivalence puisqu'à défaut les clauses indemnitaires resteraient presque toujours inflexibles. Avec le pouvoir de révision judiciaire, le juge renoue en effet avec le principe d'équivalence entre le montant des dommages-intérêts et le montant du préjudice réellement subi dans la mesure où il est libre de fixer un nouveau montant d'indemnisation. Sa liberté lui permet de fixer le montant révisé au niveau du montant du préjudice subi.

[161] Cass. 1re civ., 24 juill. 1978, n°77-11.170.

83 – Le montant révisé : une dérogation possible au principe d'équivalence. Dans l'exercice de son pouvoir de révision judiciaire, le juge doit nécessairement apprécier le montant du préjudice effectivement subi pour pouvoir fixer avec précision le montant révisé. C'est à partir de son évaluation du préjudice subi et de son appréciation de la volonté des parties de minorer ou majorer le montant des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution qu'il fixera un montant respectant cette intention première. En cela, s'il est vrai que l'on peut dire de la révision judiciaire qu'elle renoue avec le principe d'équivalence dans l'initiation de son mouvement, elle aboutit généralement à une dérogation de ce même principe. En somme, c'est une dérogation seconde par rapport à la dérogation première que constituait la clause indemnitaire. Une dérogation seconde passée au travers de la nouvelle interrogation sur le point d'équivalence entre le montant des dommages-intérêts et le montant du préjudice subi. Ainsi, le juge est libre de faire valoir pleinement le principe d'équivalence en fixant le montant de la réparation au niveau du préjudice subi ou d'y déroger en faisant valoir l'intention minorante ou majorante des parties. Le forfait stipulé par les parties devient donc entre les mains du juge un objet malléable dont les changements sont aiguillés par le principe d'équivalence entre le préjudice subi et l'indemnisation.

Ce pragmatisme judiciaire qui a retenu le préjudice subi, et non le préjudice prévisible, indique la volonté du juge d'élargir la possibilité de connaître de graves injustices dans le champ non plus seulement des sujets juridiques, avec l'article 1231-3 du Code civil et les fautes lourdes ou dolosives, mais sur le plan des objets juridiques, avec l'article 1231-5 du Code civil et les forfaits d'indemnisation manifestement excessifs ou dérisoires. En effet, dans le premier cas, le juge peut considérer le préjudice subi lorsque le débiteur commet une faute lourde ou dolosive, dans le second cas le juge s'autorise à connaître le préjudice subi afin de pouvoir apprécier de manière effective le caractère manifestement excessif ou dérisoire d'un forfait d'indemnisation. Ainsi, la révision de l'article 1231-5 du Code civil est utilisée et comprise comme un outil de réduction des ruptures d'équivalence excessives entre le forfait d'indemnisation et le préjudice subi. C'est pourquoi la révision judiciaire est, en réalité, pensée comme un outil à vocation universelle. Elle vise en cela toute clause indemnitaire stipulant un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire.

B. La révision comme outil de réduction des écarts manifestement excessifs

84 – La raison première du pouvoir de révision judiciaire. La révision judiciaire des forfaits indemnitaires a été introduite, en droit français, en réponse aux dérives constatées à partir des années soixante dans l'usage des clauses pénales. En effet, dans certains types de contrats d'adhésion, au premier rang desquels le crédit-bail, la location-service et la vente à crédit, il s'était répandu la rédaction de clause pénale gravement défavorable au débiteur, souvent un consommateur. Ainsi, à la moindre défaillance de paiement, le débiteur subissait, outre la résiliation du contrat avec restitution immédiate de l'objet vendu ou loué, la sanction d'avoir à payer une peine importante souvent indexée sur ce qu'aurait dû verser le client jusqu'à la fin de l'opération s'il n'y avait pas eu d'incident. En dépit des efforts d'argumentation juridique, aucun moyen ne permettait réellement de s'opposer à l'effectivité de ces clauses. Mais fort de l'évolution des idées et de la critique grandissante du système ultralibéral consacré par le Code civil de 1804, le souci de préserver ou de restaurer l'équilibre contractuel en protégeant la partie faible contre les éventuels abus de puissance économique commis à son préjudice par son cocontractant rédacteur du contrat est parvenu jusqu'au législateur. C'est pourquoi le législateur a créé, par une loi du 9 juillet 1975, un pouvoir de révision judiciaire assez large sur les clauses pénales. La motivation était universelle, au sens où le pouvoir de révision ainsi créé visait à permettre la réduction des "inéquivalences" abusives, simplement elle a été appliquée aux cas d'espèce qui posaient alors problème, à savoir les clauses pénales *stricto sensu*. C'est ce que montre bien la proposition de loi de l'époque de Jean Foyer qui ne visait pas seulement les clauses pénales *stricto sensu*, mais toutes celles qui prévoyaient une évaluation forfaitaire de la réparation. Le temps passant, le recours aux clauses limitatives de réparation est de plus en plus systématique par les grands prestataires des particuliers (fournisseurs réseaux, services postaux, marketplace, etc.), de sorte qu'il y a tout lieu de reconvoquer la raison première du pouvoir de révision judiciaire pour l'appliquer à ce nouvel enjeu d'espèce. C'est d'ailleurs, nous semble-t-il, la raison pour laquelle le législateur en 2016 a instauré l'article 1231-5 du Code civil qui permet sans ambiguïté de connaître de ces cas.

85 – Les critères de révision : indicateurs des écarts manifestement excessifs. Il est significatif de voir quels sont les critères choisis par les juges dans l'exercice de leur pouvoir de révision judiciaire. Dans le contexte de la révision des seules clauses pénales, on aurait pu imaginer que le juge érige comme critères de révision des indicateurs tels que le degré de punitivité par rapport au préjudice prévisible, ou par exemple un seuil objectif tel le double du préjudice subi pour pouvoir caractériser une manifeste excessivité de la peine. Mais force est de constater que les critères retenus ont toujours porté en eux-mêmes la prétention d'une application universelle à tout forfait indemnitaire manifestement excessif ou dérisoire. En effet, le juge a toujours considéré le caractère considérable de l'écart entre le forfait d'indemnisation, jusqu'à présent la peine de manière exclusive, et le préjudice subi. Autrement dit, le juge a toujours considéré le caractère excessif de l'écart entre le montant stipulé par la clause incriminée et le préjudice subi. Ainsi, la Cour de cassation a eu l'occasion de préciser sur plusieurs points que les *« motifs tirés du comportement du débiteur »*[162], la disproportion avec *« les prestations fournies par la société »*[163] ou encore la disproportion avec les *« sommes dues au principal »*[164] sont impropres à justifier le caractère manifestement disproportionné, dans le sens de l'excès ou de la dérision, de la peine par rapport au préjudice subi. Si le juge n'a pas eu l'occasion dans le contexte légal et interprétatif de l'époque de préciser que son appréciation s'étend à tous les forfaits d'indemnisation, minorants ou majorants, il n'en demeure pas moins que ses critères le permettent. Ainsi, le juge a toujours posé un cadre d'analyse générale qui vise à considérer tout écart manifestement excessif entre le préjudice subi et le forfait d'indemnisation, démontrant ainsi la vocation universelle du pouvoir de révision judiciaire.

86 – Conclusion de la section 2. Tout forfait indemnitaire peut faire l'objet, au travers du pouvoir de révision judiciaire, d'une adaptation casuistique s'il s'avère manifestement excessif ou dérisoire. Il est en cela juridiquement malléable. Ce pouvoir autorise également le juge à connaître de la diversité des mécanismes (moratoire, plafond, forfait, etc.) qui masquent parfois des forfaits indemnitaires. Au visa de l'ancien article 1152 du Code civil et de son interprétation, le juge a naturellement conduit une adaptation judiciaire orientée par l'interprétation punitive. Celle-ci, ancrée dans un respect fort du principe de la force obligatoire du contrat qui relègue la révision

[162] Cass. com., 11 févr. 1997, *Bull. civ. IV*, n°47, obs. J. Mestre, *RTD civ.* 1997, p. 654.
[163] Cass. com., 16 févr. 2010, n° 09-13.380.
[164] Cass. 3e civ., 27 nov. 2007, n° 06-18.714.

judiciaire au rang des corrections exceptionnelles et oriente le sens de la révision, a vite fait l'objet d'un encadrement méthodique afin de structurer un pouvoir qui ne fait l'objet d'aucune précision dans le corps de la loi. Certes, les méthodes discutées et celle choisie l'ont été à partir d'un champ restreint aux seules clauses pénales, mais il s'en induit aujourd'hui la règle selon laquelle le juge ne peut pas allouer une somme inférieure au montant du dommage. Cette méthode démontre le souci d'articuler la volonté des parties, la souveraineté du juge et la prévisibilité juridique. On relèvera que cette méthode peut s'étendre aisément à tout forfait si l'on considère que le juge ne peut pas allouer une somme inférieure ou supérieure au montant du dommage selon que le forfait vise à minorer ou majorer le montant de l'indemnisation. Dans l'exercice de son pouvoir de révision, il est remarquable de noter que dans le silence de la loi que le juge a choisi de considérer le préjudice subi, plutôt que le seul préjudice prévisible, pour apprécier la disproportion de la peine. En cela, il déroge sciemment au principe selon lequel le créancier ne peut demander que la réparation de son préjudice prévisible. En principe, seules les fautes lourdes ou dolosives du débiteur permettent au créancier d'obtenir la réparation de son préjudice effectivement subi. Les juges ont donc institué une exception supplémentaire en permettant cela en cas de forfait indemnitaire manifestement excessif ou dérisoire. À cet égard, ce cas constitue le pendant objectif, en ce sens qu'il sanctionne un objet juridique vicié, de l'exception subjective que constitue la faute lourde ou dolosive, en ce qu'elle sanctionne un comportement fautif d'une partie au contrat. D'ailleurs, le choix du juge de considérer la rupture grave d'équivalence entre le montant stipulé et le préjudice subi contient en lui-même une prétention universaliste, cela malgré que sa position soit née dans le contexte de la révision de la seule clause pénale. En effet, puisqu'il s'agit toujours de sanctionner les écarts manifestement excessifs entre le montant stipulé et le préjudice, on peut tout à fait imaginer une application à tous les forfaits indemnitaires, même ceux qui seraient limitatifs de réparation.

87 – Conclusion du chapitre 2. La notion de forfait recouvrait initialement deux réalités quasi identiques que sont l'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts et la peine. La seconde ne serait finalement que la première teintée d'une intention comminatoire et punitive. Ces deux acceptions du forfait trouvaient leur source dans leurs ancrages textuels respectifs, à savoir l'ancien article 1152 et l'ancien article 1226 du Code civil. Une lecture littérale des textes n'aurait pas permis l'audace exemplaire dont on fait preuve les juges en admettant la possibilité de réviser les clauses

pénales moratoires. Le pragmatisme obligeait cette solution, sinon les rédacteurs malins auraient vite fait de transformer toutes les clauses pénales en moratoires afin d'éviter la possibilité d'une révision judiciaire. C'est ce même pragmatisme, cette même audace, qui permet d'oser penser que le juge se saisisse du nouvel article 1231-5 pour réviser les faux plafonds des clauses limitatives de réparation manifestement dérisoires. L'étude de la révision de la peine par le juge est aussi riche d'enseignements sur les raisons profondes qui motivent l'exercice de ce pouvoir et révèlent son potentiel intrinsèque à vouloir se saisir de tout excès manifeste entre le montant du préjudice subi et le montant stipulé par toute clause indemnitaire et forfaitaire. En effet, s'il est vrai que jusqu'à présent l'attitude du juge révèle son respect de la fonction punitive de la clause, il n'en demeure pas moins qu'au fond il s'agit toujours de répondre à une situation gravement et disproportionnément préjudiciable au débiteur de la clause indemnitaire. À cet égard, le choix du juge de considérer le préjudice subi et non le préjudice prévisible dans son rapport avec le montant stipulé par la clause litigieuse est éloquent et traduit une volonté de pragmatisme et de justice. Ce faisant, la révision judiciaire crée une nouvelle exception, à côté de la faute lourde ou dolosive, au principe de réparation du seul préjudice prévisible. L'exception traditionnelle, issue de l'identification d'une faute lourde ou dolosive, permet de sanctionner le comportement du débiteur, tandis que la révision judiciaire permet de sanctionner un objet juridique objectif, une clause indemnitaire démesurée. L'ensemble des attitudes, méthodes et critères du juge sont nés dans le contexte de l'ancien article 1152 du Code civil et à partir d'un contentieux focalisé sur la clause pénale. Il est cependant possible d'induire de ce champ ainsi restreint le dessein plus général d'une protection de la partie faible, celle qui n'est pas à l'origine de la stipulation contractuelle anticipant la réparation, et ce quelle qu'elle soit dans le contrat, débiteur ou créancier.

88 – Conclusion du titre 1. Le premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil dispose de la notion, récapitulative, de forfait[165]. Loin de se laisser saisir facilement comme la limpidité du texte et la simplicité du terme le laissent penser, la notion de forfait se révèle complexe, ouverte et appelle des réponses judiciaires variées. S'il est clair que le forfait est une somme d'argent[166], il

[165] Cf. *supra* n° 28.
[166] Cf. *supra* n° 48 et s.

est moins évident de dire qu'il ne peut se formaliser qu'en une enveloppe globale et déterminée. La pratique oblige à reconnaître des forfaits atypiques[167]. Ainsi, lorsque la clause limitative de réparation stipule une limite si basse qu'en toute hypothèse elle sera atteinte, il ne peut s'agir que d'un forfait déguisé[168]. Dans un autre registre, les pénalités plafonnées bousculent l'idée d'un forfait seulement déterminé pour dévoiler sa possibilité d'être seulement déterminable[169]. La notion de forfait ne se réduit finalement pas nécessairement à la seule anticipation d'une somme strictement forfaitaire. D'ailleurs, l'étude des expressions du forfait et leur traitement judiciaire achèvent de convaincre que la notion de forfait, qui vise à récapituler l'objet visé par le premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil, est bien plus vaste. En effet, il est intéressant de voir que le juge s'est très vite arrogé le droit de réviser les clauses pénales moratoires[170]. Or, il était étonnant dans le contexte de l'époque, d'admettre sans nuance qu'une clause d'astreinte identifie une clause pénale. La distorsion de la notion de peine pour admettre la révision de l'astreinte illustre l'audace du juge. Cette même attitude peut concourir à l'application de l'article 1231-5 non seulement aux clauses d'indemnisation forfaitaire, mais aussi, et surtout, aux clauses limitatives de réparation[171]. Les obstacles à la révision d'un plafond d'indemnisation ne sont pas tels qu'ils puissent empêcher le juge de le faire. En outre, ce serait donner la possibilité de mieux concilier la volonté des parties et l'équité, tandis qu'aujourd'hui le juge ne peut que réputer non écrite une telle clause en cas de faute lourde ou dolosive. Outre les expressions contractuelles variées de la notion de forfait, l'appréhension judiciaire de ceux-ci nous renseigne plus en détail à leur propos et sur l'attitude du juge. Dans le contexte de l'ancien article 1152 du Code civil et de son interprétation centrée sur la notion de clause pénale, on ne pouvait attendre autre chose des juges que d'appliquer leur propos et méthode aux seules clauses pénales[172]. Reste, néanmoins, qu'il est remarquable de constater qu'en dépit de ce contexte, il ressort que le juge a développé des méthodes et critères d'appréciation qui répondent à l'injustice d'un écart manifestement excessif entre le montant stipulé par la clause litigieuse et le montant du préjudice effectivement subi[173], et que cette ambition correctrice l'a autorisé de se départir du seul cas de la clause pénale.

[167] Cf. *supra* n° 34 et s.
[168] Cf. *supra* n° 35 et s.
[169] Cf. *supra* n° 38 et s.
[170] Cf. *supra* n° 65 et s.
[171] Cf. *supra* n° 67 et s.
[172] Cf. *supra* n° 75 et s.
[173] Cf. *supra* n° 80 et s.

Ainsi, le forfait indemnitaire est judiciairement malléable, le juge pouvant débusquer sous des apparences trompeuses (moratoire, faux plafonds, etc.) des réalités forfaitaires, à ce titre révisables. Seul compte au fond la réduction d'un écart manifestement excessif entre le montant du préjudice effectivement subi et le montant du forfait indemnitaire. Ceci dit, le juge n'a pu jusqu'à présent déployer ses motivations profondes que dans le cas où une clause pénale pouvait être identifiée. Or, cette dernière limite paraît aujourd'hui céder puisqu'il convient de voir que la pénalité du nouvel article 1231-5 du Code civil est parfaitement synonyme de l'indemnité. Autrement dit, l'article 1231-5 du Code civil prévoit sans doute un régime qui ne va pas sans évoquer celui anciennement attaché à la seule clause pénale, mais il dispose d'un périmètre bien plus large. Toute clause indemnitaire et forfaitaire peut en effet subir la révision judiciaire. En effet, la « pénalité » du second alinéa de l'article 1231-5 du Code civil n'est rien d'autre qu'un pur synonyme de l'indemnité compensatoire visée au premier alinéa.

Titre 2 – La pénalité pour synonyme (al. 2)

89 – De l'ancien article 1152 au nouvel article 1231-5 du Code civil : un renforcement du caractère indemnitaire. En ajoutant à l'ancien article 1152 du Code civil un second alinéa, la loi du 9 juillet 1975 a obligé le juriste à s'accommoder d'une relation audacieuse entre la notion de « dommages-intérêts » du premier alinéa et celle de « peine » du nouvel alinéa. Le pouvoir de révision de la peine s'est ensuite enrichi à la faveur de la loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 afin de pouvoir être exercé d'office par le juge. L'histoire de la jurisprudence et l'évolution législative ont façonné les rapports entretenus entre ces notions jusqu'au jour du 1er octobre 2016 où un changement sémantique ouvre le droit de repenser la dynamique de l'article : la « peine » devient « pénalité ». Cela suffit pour que le Professeur Mustapha MEKKI dise que la clause pénale est devenue *« une banale clause d'indemnisation forfaitaire »*[174] et le Professeur Denis MAZEAUD d'affirmer que voir dans le terme de « pénalité » encore un peu de la « peine » d'antan relevait d'un *« instinct de survie doctrinale »*[175] voué à l'échec. Ces remarques montrent l'impact fort de la réforme de 2016 sur le cadre traditionnel et bien compris de l'ancien article 1152 du Code civil.

[174] M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016/2, p. 400.
[175] D. MAZEAUD, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *D.* 2016, p. 1628.

Il nous faut donc reprendre la relation entre la « peine » et les « dommages-intérêts » avant la réforme (Chapitre 1) pour tenter d'expliciter celle qui s'est progressivement développée depuis le XXe siècle et définitivement posée par l'article 1231-5 entre la « pénalité » et les « dommages et intérêts » (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Une assimilation fluctuante avant le droit moderne

90 – L'histoire d'une relation compliquée. Chacun reconnaît généralement que le passé permet d'éclairer et de comprendre le présent. Il n'est pas de mouvement présent qui n'est quelques causes dans le passé. L'histoire de la relation des notions de peine et de dommages-intérêts est marquée par des rebondissements et par une forme d'oscillation incessante. Afin de faciliter l'appréhension du passé, nous choisissons arbitrairement d'étudier l'avant et l'après-adoption du Code civil de 1804. Ce découpage permet de situer avec le plus d'acuité les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil, sources du nouvel article 1231-5 du Code civil. L'histoire de la relation entre la peine et les dommages-intérêts se révèle particulièrement agitée avant 1804 (Section 1) pour se distendre plus franchement après 1804 (Section 2). Ce parcours nous éclairera sur les rapports qu'entretiennent entre eux les deux premiers alinéas du nouvel article 1231-5 du Code civil et affinera un peu plus la définition du champ des clauses visées.

Section 1 - La peine avant 1804 : fluctuation de la nature réparatrice

91 – Du droit romain à l'ancien droit : parcours de la relation. La relation de la notion de peine à celle de dommages-intérêts, et réciproquement, trouve à s'apprécier lors des deux grandes périodes du droit successives que sont le droit romain et l'ancien droit. La relation entre les deux notions a toujours été largement déséquilibrée au profit d'une et au détriment de l'autre. Ainsi, en droit romain, la peine revêt au début les caractères forts d'une peine privée et se rapproche doucement de la notion de dommages-intérêts (§1) tandis qu'elle finit d'achever cette transformation en ancien droit pour n'être plus qu'une indemnité, qui plus est révisable par le juge (§2).

§1. En droit romain : une peine privée

92 – La *stipulatio poenae, « Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes ? »* : une peine privée. En droit romain primitif, la *stipulatio poenae* apparaît au départ comme un contrat principal conditionnel : « *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes ?* », « Si tu ne me transfères pas la propriété de Pamphile [un esclave], promets-tu de me donner cent ? »[176]. La peine est ici l'objet de l'obligation et elle est stipulée sous la condition que la prestation soit inexécutée. Un tel mécanisme s'analyse comme une véritable peine privée, une sanction à caractère répressif[177]. Ce dispositif s'insérait dans le contexte d'un système général des compositions pécuniaires qui visait à punir, et avant cela à le menacer de bien s'exécuter, le débiteur défaillant par le moyen d'une sanction prévue et fixée par les parties elles-mêmes.

Plus qu'un simple moyen de contraindre le débiteur, la *stipulatio poenae* permettait aussi de valider certaines conventions inefficaces par elles-mêmes et pour réaliser certains droits en justice. Il était en effet parfois nécessaire d'un point de vue formel que figure dans certaines conventions ce type de mention sans quoi le contrat n'était pas valide[178]. Par exemple, les conventions qui avaient pour objet des obligations de faire ou de ne pas faire, n'emportaient aucun effet autre qu'une contrainte morale s'il n'était enrichi d'une *stipulatio poenae*. Seuls les contrats portant sur des sommes d'argent tombaient sous le coup de la loi. Ainsi, la *stipulatio poenae* s'est vite imposée comme systématique dans les échanges commerciaux. Elle permettait également de contourner des sanctions légales, telle la nullité des stipulations ou promesses pour autrui. Il n'était par exemple pas possible de faire bénéficier un tiers de l'obligation d'un débiteur. Par le moyen de la *stipulatio poenae* un créancier pouvait obliger son débiteur de s'exécuter envers un tiers, car la menace de la peine suffisait à contraindre le débiteur. Ainsi, malgré que la stipulation pour autrui ne fût pas valide et efficace du point de vue du tiers bénéficiaire, la peine encourue par le débiteur suffisait à rendre efficace le mécanisme. Autrement encore, la *stipulatio poenae* permettait de rendre efficaces les promesses pour autrui. Un promettant qui se portait fort de

[176] C. MARUANI, *La clause pénale*, Faculté de Droit de Paris, Paris, 1935, p. 24.
[177] A. FLINIAUX, « L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge », in *Mélanges Paul Fournier*, Sirey, 1929, p. 234.
[178] C. MARUANI, *op. cit.*, p. 25.

l'exécution d'un tiers s'obligeait envers celui à qui il promettait de s'exécuter au risque d'avoir à payer une peine.

C'est parce que le champ d'utilité de la *stipulatio poenae* était immense que son régime était sévère et sans concession[179]. La peine était ainsi due en totalité en cas d'impossibilité du débiteur de s'exécuter à cause d'un cas fortuit, d'exécution partielle, sans mise en demeure du débiteur n'était pas une condition de son exigibilité. Plus encore, la peine pouvait se cumuler avec des dommages-intérêts lorsque le préjudice causé par l'inexécution était supérieur au montant de la peine. Enfin, la peine ne pouvait pas être révisée par un juge qui ne pouvait qu'appliquer la *stipulatio poenae* sans que l'absence de dommage ou l'infériorité du montant du dommage par rapport à la peine ne puisse influer sur sa décision. Une telle rigueur est à placer dans le contexte d'un droit enfermé par le formalisme et le ritualisme qui trouva dans cette institution le moyen de fluidifier les échanges, d'accélérer le progrès économique et social, sans renverser les principes essentiels du droit romain.

93 – La *stipulatio poenae, « Pamphilum dari spondes ? si non dederis centum dare spondes ? »* : un substitut des dommages-intérêts. Le temps passant, une deuxième forme de *stipulatio poenae* apparu : *« Pamphilum dari spondes ? si non dederis, centum dare spondes ? »* « Promets-tu de me donner Pamphile [un esclave] ? si tu ne le donnes pas, promets-tu de me donner cent ? »[180]. Ce mécanisme, plus développé, s'analyse à la différence de la *stipulatio poenae* primitive, comme comprenant deux stipulations, et non une seule, la première contenant l'objet de l'obligation principale et la seconde, une peine sous conditions de l'inexécution de la première. Ainsi émerge le caractère accessoire de la clause pénale[181]. Avec lui, les jurisconsultes renouvelleront leur analyse. Dès lors que l'inexécution est caractérisée et que la peine est exigible, l'obligation principale est éteinte. Ce faisant s'opère selon les jurisconsultes une sorte de novation, une quasi-novation[182]. Or, puisque la bonne foi interdit le cumul des obligations, le créancier devait choisir entre l'obligation primitive et la clause pénale. Il en résultait que la peine n'était

[179] E. CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, T. II, p. 559 et s. ; P. OURLIAC & J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, P. U.F., Thémis, 2e éd. 1969, p. 189 et s.
[180] C. MARUANI, *La clause pénale*, Faculté de Droit de Paris, Paris, 1935, p. 24.
[181] E. CUQ, *op.cit.*, p. 560. ; P. OURLIAC & J. DE MALAFOSSE, *op.cit.*, n° 164.
[182] I. PAULIUS, ad. ed., D., 44,7 de oblig. et act. 44,6.

plus cumulable avec les dommages-intérêts et était comprise comme un strict substitut à eux. L'utilité n'était plus alors que l'anticipation de la réparation d'un éventuel préjudice. C'est pourquoi Justinien recommandait l'emploi de la *stipulatio poenae* pour les obligations de faire ou de ne pas faire afin d'éviter les contestations sur l'évaluation du préjudice[183]. La clause pénale n'était en définitive plus qu'une clause d'anticipation des dommages et intérêts, autrement dit une clause d'indemnisation forfaitaire.

Cette mutation lente de la notion de clause pénale punitive à celle de clause pénale réparatrice posait les bases d'une reprise de ces thèmes dans l'ancien droit et laisse entrapercevoir, pour nous modernes, les axes d'une sempiternelle discussion qui connaît aujourd'hui un énième bouleversement avec la réforme de 2016.

§2. En ancien droit : une indemnisation révisable

94 – Des canonistes aux jurisconsultes : évolution de la doctrine. Les canonistes du Moyen Âge (A) puis les jurisconsultes (B) de l'époque moderne ont posé les bases des éléments de débat entre la nature indemnitaire et pénale de clause pénale, et par suite de la possibilité ou non de la réviser. Puiser dans le passé permet de mieux comprendre le présent et la portée des évolutions initiée par les réformes successives, avec pour point d'orgue la réforme de 2016 et la création du nouvel article 1231-5 du Code civil.

A. Le rôle des canonistes au Moyen Âge

95 – La résurgence de la nature pénale. En dépit de l'importance accordée au pan indemnitaire de la clause pénale au terme de l'évolution du droit romain, la clause pénale est réintroduite malgré la chute de l'Empire d'Occident. En effet, l'époque franque est marquée par l'utilisation massive des clauses pénales. Cela s'explique par le retour au système des compositions pécuniaires. *« La*

[183] Inst. 3, 15, De v. O. 7.

carence de l'État, la brutalité des mœurs, l'incertitude des relations, la crainte et la méfiance générales étaient des conditions éminemment favorables au développement et à l'extension de l'usage de la stipulation de peine. »[184]. L'usage était si répandu qu'il arrivait que le créancier intéresse le fisc au paiement de la peine en cas d'inexécution en l'association pour le tiers ou la moitié de son montant afin d'assurer toujours mieux le risque de défaillance du débiteur[185]. La clause pénale n'avait plus aucun caractère indemnitaire, la peine était totalement autonome par rapport au préjudice. La peine ne pouvait pas être révisée et pouvait naturellement se cumuler avec des dommages-intérêts. La peine était à nouveau une pure sanction.

96 – La question de la licéité de la clause pénale : début d'évolution. Il revient aux canonistes du Moyen Âge d'avoir insisté sur la nature réparatrice de la clause pénale et de la faire triompher jusqu'à la rédaction du Code civil. En effet, les prêts usuraires étaient interdits depuis 789, date à laquelle Charlemagne dans une *admonition generalis* étendit cette interdiction décrétée depuis le Concile de Nicée en 325 aux laïcs. Or, la Bible indique : *« Si tu prêtes de l'argent à mon peuple, au pauvre qui est avec toi, tu ne seras point à son égard comme un créancier, tu n'exigeras de lui point d'intérêt. »*[186] et *« aimez vos ennemis, faites du bien, et prêtez sans rien espérer. »*.[187] Les canonistes, soucieux de faire respecter cette interdiction et de reconnaître l'*usura* sous toutes ses formes se saisirent de la clause pénale, car celle-ci permettait selon eux de contourner la prohibition du prêt à intérêt. La clause pénale pouvait être un bon moyen en effet de dépasser *in fine* le taux convenu en contraignant le débiteur à devoir payer la peine. La peine venait alors s'ajouter au capital et cela tombait sous le coup de l'interdiction pour certains commentateurs. Ainsi Robert de Courçon disait *« sous les espèces de cette punition qu'ils appellent sophistiquement punition [il s'agit] le plus souvent usure. »*[188]. Parce que les canonistes ne purent interdire de façon générale le recours aux clauses pénales, il leur fallait démontrer en droit l'illégalité des clauses pénales dans les contrats de prêt. Plusieurs canonistes (Bernard de Pavie, Robert de Courçon et Raymond de Pénafort) proposèrent en premier lieu un critère subjectif fondé sur l'intention du créancier de la clause pénale. La clause était alors considérée comme licite si

[184] C. MARUANI, *La clause pénale*, Faculté de Droit de Paris, Paris, 1935, p. 34.
[185] M. THEVENIN, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingiennes et carolingiennes*, Alphonse Picard Editeur, Paris, 1887, n° 12 et 53.
[186] Bible, Exode 22:25, trad. Louis Segond.
[187] Bible, Luc 6:35, trad. Louis Segond.
[188] G. LEFEVRE, *Le traité « de usura » de Robert de Courçon*, Lille, 1902, p. 65.

elle visait simplement à contraindre le débiteur de s'exécuter, mais illicite si elle visait à obtenir une somme s'ajoutant au capital. Un tel critère néanmoins se heurtait à la difficulté probatoire, tous les créanciers pouvaient légitimement arguer de leur bonne foi. Un critère objectif fut également proposé. La clause pénale était réputée illicite lorsque le paiement de la peine était échelonné ou que le créancier pratiquait habituellement l'usure. Mais un tel critère était inopérant dans la mesure où la grande Glose ne permettait pas de présumer fraudeur, un créancier ayant l'habitude de l'usure et la sanction du paiement échelonné pouvait être aisément contournée par un paiement global et unique.

Finalement, Raymond de Penafort eut l'idée de recourir à la théorie de *l'interesse*. Cette théorie tire son origine de la loi *Socium qui* du Digeste, laquelle distingue à propos du contrat de société les *usurae* de *l'interesse*. Dans le cas où un associé avait mis son coassocié en demeure de lui payer sa créance, il pouvait lui réclamer des dommages-intérêts équivalents à l'intérêt qu'il aurait été en droit de demander si le débiteur avait été mis en demeure dès le premier instant de son inexécution. Il s'agissait alors de dommages et intérêts derrière la forme d'intérêts de retard. En bref, les *usurae* ont la nature d'intérêts et l'*interesse* a la nature de dommages-intérêts. Le canoniste introduit à nouveau par ce biais une réflexion sur le caractère indemnitaire de la peine et la question de savoir si elle peut dépasser le montant du préjudice, l'*interesse*. Guillaume de Rennes, commentateur de l'œuvre de Raymond de Penafort, estimait la clause pénale licite seulement dans les cas où les parties *« entendu expressément la considérer comme une évaluation conventionnelle de dommages-intérêts »*[189]ou lorsqu'elle avait été insérée *« en vue de punir la défaillance du débiteur »*[190]. Au terme de la discussion, Hostiensius affirma que la clause pénale était valable et échappait à la prohibition de l'usure en matière de contrat de prêt *« toutes les fois qu'elle serait la représentation de l'interesse, c'est-à-dire des dommages-intérêts dus en raison du non-remboursement au terme fixé des deniers prêtés »*[191]. Ce principe fut ensuite adopté par de nombreux autres canonistes qui l'étendirent de proche en proche dans les cas où la peine est adjointe à un fait ou à un corps certain. La clause pénale était à nouveau réparatrice.

[189] A. FLINIAUX, « L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge », in *Mélanges Paul Fournier*, Sirey, 1929, p. 243.
[190] *Ibid*.
[191] A. FLINIAUX, *op. cit.*, p. 249.

97 – La question de la révisabilité de la clause pénale : consolidation du caractère indemnitaire. La conquête nouvelle du caractère indemnitaire de la clause pénale s'est naturellement poursuivie par les éclaircissements des conséquences d'une telle nature. Logiquement, les prochaines questions qui agitèrent les discussions des canonistes tournèrent autour de la révisabilité de la peine. Tous n'étaient pas d'accord. Hostiensius pour qui la peine tenait lieu de dommages-intérêts estimait qu'elle pouvait être réduite lorsqu'elle dépassait le double de la valeur de la chose ayant fait l'objet de l'obligation[192]. Il se fondait pour le dire sur la loi unique au code de Justinien 7,47, « *de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur* ». À l'opposé du spectre doctrinal, Panormitanus refusait tout pouvoir de révision au juge en raison du caractère forfaitaire de l'évaluation conventionnelle de dommages-intérêts contenue dans la peine, laquelle constituait, de ce fait, une présomption du montant du préjudice. Finalement, c'est la solution d'Hostiensius qui prévalut marquant ainsi la domination de l'acceptation indemnitaire de la clause pénale.

B. Le rôle des jurisconsultes à l'époque moderne

98 – Les principes de Pothier. Le travail des canonistes fut repris au XVIe siècle par Dumoulin *« et pour ainsi dire « laïcisé » dans son « de eo quod interest »*[193]. Celui-ci considérait que la nature de la peine est de tenir lieu de dommages-intérêts et qu'à ce titre elle pouvait être révisée par le juge en cas d'excès. Au XVIIIe siècle, Pothier reprit, en français, les idées de Dumoulin dans son célèbre traité des obligations[194]. Pothier distingue les obligations secondaires des obligations primitives *« L'obligation primitive qu'on peut aussi appeler obligation principale, est celle qui a été contractée principalement et en premier lieu, et pour elle-même. L'obligation secondaire est celle qui est contractée en cas d'inexécution d'une première obligation »*[195]. Au sein de ces deux dernières espèces. Les obligations secondaires naturelles, qui résultent naturellement de l'inexécution ou du retard dans l'exécution de l'obligation primitive et les

[192] A. DUMAS, « Les origine romaines de l'article 1150 du Code civil. (Histoire de l'interprétation de la l. un. C. J., 7, 47, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur) », in *Etudes d'Histoire juridique offertes à Paul Frédéric GIRARD*, T. II, Librairie Paul Geuthner, 1913, p. 96.
[193] C. MARUANI, *op. cit.*, p. 47.
[194] R-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Orléans, 1761.
[195] R-J. POTHIER, *op.cit.*, n° 183.

obligations secondaires qui naissent d'une clause apposée au contrat par laquelle la partie s'engage à quelque chose si elle ne satisfait pas à son engagement. Les premières s'incarnent par exemple dans les dommages-intérêts et les secondes dans les clauses et obligations pénales. La clause pénale est donc chez Pothier une obligation secondaire, c'est-à-dire accessoire, dépendant d'une obligation principale, ayant pour fin d'assurer l'exécution de celle-ci, et ayant exclusivement un caractère indemnitaire, sans aucun contenu pénal : *« Cette peine est stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale : elle est par conséquent compensatoire des dommages-intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale »*[196].

99 – Les conséquences des principes de Pothier. Il découle des lignes directrices dégagées par Pothier plusieurs conséquences qu'il identifie d'ailleurs lui-même. Considérant que seul le préjudice ne peut être réparé dès lors que l'on considère la peine comme tenant lieu de dommages-intérêts, il n'est pas possible de cumuler la peine et l'exécution de l'obligation. Aussi, si le créancier n'est pas suffisamment dédommagé par la peine, il peut réclamer le surplus, car *« l'obligation pénale ne peut porter aucune atteinte à l'obligation principale »*[197] . Le débiteur peut quant à lui solliciter d'un juge qu'il révise la peine si elle est excessive. Pour justifier ce pouvoir de révision, Pothier explique que *« Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive, en cas d'inexécution d'une obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive ; qu'il croit ne s'engager à rien en s'y soumettant, et qu'il est dans la disposition de ne s'y pas soumettre, s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver, qu'ainsi le consentement qu'il donne à l'obligation d'une peine aussi excessive, étant un consentement fondé sur une erreur et sur une illusion qu'il se fait, n'est pas un consentement valable : c'est pourquoi ces peines excessives doivent être réduites à la valeur vraisemblable à laquelle peuvent monter au plus haut les dommages-intérêts du créancier résultant de l'inexécution de l'obligation principale »*[198].

[196] M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, Paris, 1861, n° 342.
[197] R-J. POTHIER, *op.cit.*, n° 339.
[198] M. BUGNET, *op. cit.*, n° 345.

L'argumentation de Pothier est largement critiquable, car elle présuppose que le débiteur ne peut en toute conscience consentir à une clause pénale excessive. Cela est faux, tant qu'il n'est pas question d'un excès manifeste au sens de la formule actuelle, mais se comprend dans le contexte interprétatif d'une clause pénale exclusivement réparatrice. Le problème demeure néanmoins d'une clause pénale qui n'a plus aucune utilité si elle peut être révisée dès lors qu'elle est seulement *« excessive »* et non pas comme aujourd'hui *« manifestement excessive »*. L'atteinte aux principes de volonté des parties et de force obligatoire des contrats est grande, outre le fait que la notion de clause pénale est vidée de toute substance. Enfin, si un vice de consentement est caractérisé, la clause devrait être sanctionnée de nullité et ne pourrait donc être susceptible de révision. Il faut reconnaître néanmoins que la jurisprudence de l'époque appliquait les principes de Pothier[199].

Les arguments de Pothier sont intéressants et l'acception de la notion de clause pénale qu'il met en exergue interroge nos conceptions actuelles. En particulier sa sous-classe des obligations secondaires stipulées par clause permet de justifier un peu plus la communauté de nature des clauses limitatives de réparation, des clauses pénales et des clauses d'indemnisation forfaitaire et assoit un peu mieux les raisons de leur soumission au nouvel article 1231-5 du Code civil. Nous ne manquerons pas de le développer[200].

100 – Conclusion de la section 1. La genèse de la relation entre les notions de peine et celle de dommages-intérêts trouve à être identifiée dans le droit romain pour ensuite poursuivre son histoire en ancien droit. L'histoire de cette relation tortueuse nous renseigne avec une vive acuité sur l'interprétation qu'il convient d'adopter pour l'article 1231-5 de notre actuel Code civil. Étonnamment, on repère déjà au sein même du seul droit romain une fluctuation de la relation qui annonce la suite des développements. En effet, le droit romain primitif comprend d'abord la peine comme une simple sanction privée, pour ensuite accepter qu'elle soit également un substitut aux dommages-intérêts. De même, on remarque qu'en ancien droit la clause pénale est réintroduite dans son acception strictement punitive avant de basculer vers un outil d'indemnisation à la suite de critiques des canonistes. S'agissant de l'époque moderne, Pothier situera ses réflexions dans la

[199] G. GIRARD, *De la stipulation poenae en droit romain : De la clause pénale en droit français*, thèse, Paris, 1877, p. 159.
[200] Cf. *infra* n° 102 et s.

lignée de celles de canonistes, et de leur reprise par Dumoulin au XVIe siècle, en considérant la peine comme une compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution par le débiteur de son obligation.

C'est fort de cet important héritage que la question de la nature de la clause pénale, de son rapport aux dommages-intérêts, de sa révision se posât aux rédacteurs du Code civil.

Section 2 - La peine après 1804 : le déclin de la nature réparatrice

101 – Les discussions et la sanction rédactionnelle. Le 24 thermidor an VIII, soit le 12 août 1800, le gouvernement confie, par arrêté des consuls, à une commission de quatre membres, Tronchet (Président), Maleville (secrétaire), Bigot de Préameneu et Portalis, la responsabilité de diriger les travaux préparatoires à la rédaction du Code civil et de présenter un avant-projet ensuite soumis à consultation. Ce projet fut adressé au Tribunal de Cassation et aux tribunaux d'appel puis, une fois les avis des magistrats recueillis, le Conseil d'État fut saisi. Ensuite, une nouvelle commission composée de Boulay de la Meurthe, Muraire et Treilhard était chargée de parfaire quelques morceaux de textes et de les soumettre à la discussion de l'assemblée générale. Une fois adopté par le Conseil d'État, il revint au Tribunat et au Corps législatif de voter les trente-six lois qui constituèrent ensemble le « Code civil des Français » promulgué le 21 mars 1804. En 1807, il sera rebaptisé « Code Napoléon ».

Alors que la clause pénale avait retrouvé, grâce à Pothier, une acception tout indemnitaire, les travaux préparatoires rouvrirent le débat (§1) et les auteurs du Code civil entérinèrent le retour en grâce du caractère pénal et comminatoire (§2). Le développement de cette épopée doctrinale permet de situer l'ampleur des changements induits par la réforme de 2016 considérant qu'au fond tous les éléments de discussions d'aujourd'hui étaient en germe dans les débats d'alors.

§1. Les travaux préparatoires : esquisse d'une nature ambivalente

102 – L'avant-projet : l'accentuation du caractère indemnitaire. L'avant-projet s'est très largement inspiré des travaux de Pothier, parfois même il a été reproduit littéralement des passages de son traité des obligations. Nous l'avons vu, l'idée centrale de Pothier en matière de clause pénale était de la considérer comme exclusivement compensatrice des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. L'avant-projet reprit cette idée lorsqu'il disposait pour le futur article 1229 *« la clause pénale est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale »*. D'ailleurs, le premier projet de Code civil de Cambacérès prévoyait déjà qu'*« en cas que le contrat détermine une obligation pénale applicable à son inexécution, cette obligation est la mesure et le terme de l'indemnité »*[201]. Dans ce cadre, l'avant-projet accordait naturellement au juge le pouvoir de *« modérer la peine stipulée si elle excède évidemment le dommage effectif »* au visa du futur article 1152 du Code civil.

La notion de peine, au sens répressif du terme, n'était toutefois pas totalement absente de l'avant-projet ainsi que l'atteste la proposition du futur article 2047 de pouvoir *« ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter »*.

Les juridictions consultées n'ont néanmoins pas manqué de réinsister sur le caractère répressif et comminatoire de la peine de la clause pénale.

103 – L'avis des juridictions : l'accentuation du caractère répressif. Dans l'ensemble, il apparaît que le Tribunal de cassation et les Tribunaux d'appel *« se sont contentés la plupart du temps d'invoquer les mêmes raisons que Pothier, et souvent dans les mêmes termes, à propos de telle ou telle disposition qu'ils approuvaient, qu'ils proposaient ou qu'ils conseillaient aux rédacteurs de rejeter »*[202]. Ils n'ont néanmoins pas manqué de discernement pour trancher et rejeter quelques dispositions qu'ils estimaient comme étant contraire aux principes du nouveau

[201] J-J-R DE CAMBACERES, *Premier projet de Code civil*, L.III, T. I., Part. 1ère, § 2, art. 10.
[202] C. MARUANI, *La clause pénale*, Faculté de Droit de Paris, Paris, 1935, p. 57.

Code civil. On peut par exemple relever l'observation du Tribunal de Montpellier à propos de l'article 1152 qui remet en exergue la force obligatoire du contrat, mais aussi une reconnaissance de la double nature de la clause pénale : *« les parties s'étant donné elles-mêmes la loi en fixant la somme des dommages-intérêts résultant de l'obligation, il ne paraît pas que le juge puisse modérer cette somme, une pareille stipulation pouvant avoir été faite et pour le dédommagement et pour une peine contre la partie qui se refuserait à l'exécution »*. Aussi, la section de législation du Tribunat, à la différence de l'avant-projet qui voyait une unité dans les futurs articles 1152 et 1226 du Code civil, distingue plus franchement une « clause de dommages-intérêts » régie par l'article 1152 et une clause pénale qui était disposée par les articles 1226-1233. Il faut, dit-elle, *« marquer la différence entre la clause des dommages-intérêts à laquelle le juge ne peut rien changer et la clause pénale qui est susceptible d'être réduite »*[203]. En effet, il était prévu que la clause pénale puisse être révisée à proportion en cas d'exécution partielle de l'obligation principale. Mais le plus intéressant est que la section de législation du Tribunat en faisant cette distinction nette montre son attachement à la nature répressive de la clause pénale, sans rapport avec une nature indemnitaire qui s'incarne dans la *« clause des dommages-intérêts »*. Partant de cet avis, le projet d'article 1152 du Code civil disposait initialement que *« lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, quoique le dommage soit plus grand. Le juge peut, au contraire, modérer celle stipulée si elle excède effectivement le dommage effectif »*. Mais cette formule fut modifiée après discussion devant le Conseil d'État afin d'indiquer seulement que *« lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre »*. L'avis de la section de législation du Tribunat finit de parfaire le texte en suggérant d'ajouter les formules *« à titre de dommages-intérêts »* après *« une certaine somme »* afin de distinguer formellement le rôle respectif des articles 1152 et 1226. Au terme des débats, le projet de Code civil s'était donc enrichi de l'avis des juridictions qui insistèrent sur la nature répressive de la clause pénale.

Par ailleurs, les juridictions ne manquèrent pas de prendre le contre-pied de l'avant-projet en se prononçant pour la fixité de la peine et contre la possibilité de sa révision, insistant un peu plus

[203] *Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'état et du Tribunal et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi*, Paris, T. 2, 1839, p. 456

par-là sur leur attachement à la nature répressive de la clause pénale. Ce pouvoir de réduction reconnu au juge fut en effet contesté par l'ensemble des tribunaux dans leurs observations sur la rédaction de l'article 1152. Bigot de Préameneu résumait les raisons des juridictions dans sa présentation au corps législatif : *« Si on eût donné aux juges le droit de réduire la somme convenue, il eût fallu aussi leur donner celui de l'augmenter en cas d'insuffisance. Ce serait troubler la foi due aux contrats. La loi est faite pour les cas ordinaires, et ce n'est pas pour quelques exceptions que l'on devrait déroger à cette règle fondamentale que les conventions sont la loi des parties »*[204].

Au terme du processus législatif, le Code civil entérina donc la distinction nette entre la clause d'indemnisation forfaitaire et la clause pénale, toutes deux néanmoins ne pouvant être révisées par le juge en raison de la force obligatoire des contrats et, pour le cas de la clause pénale, de sa vocation comminatoire et punitive. Néanmoins, la peine de la clause pénale était comprise toute à la fois comme instrument de punition, mais aussi comme instrument d'indemnisation. Mais entre l'intention des rédacteurs et la vie du texte lui-même, il peut y avoir un fossé. En la matière, cela est éloquent dans la mesure où les subtilités qui présidèrent à la rédaction du Code civil furent très vite estompées au profit d'une simplification qui, en réalité, a été rendue possible par une lettre et une organisation confuses.

§2. Le Code civil : consécration d'une nature monovalente

104 – La clause pénale extraite de la théorie des dommages-intérêts : une clause exclusivement répressive. Nous l'avons vu, l'avant-projet de Code civil comprenait ensemble les articles 1152 et 1226 du Code civil puisque le premier prévoyait le pouvoir de révision de la peine. Mais les débats conduisirent à extraire radicalement la clause pénale de la théorie des dommages-intérêts. La suppression du pouvoir de révision judiciaire et l'ajout de la mention *« à titre de dommages-intérêts »* à l'article 1152 entérinèrent la distinction fondamentale entre les notions de clause d'indemnisation forfaitaire et de clause pénale. La clarté de la distinction était par ailleurs renforcée par l'intégration dans deux chapitres distincts de ces articles. L'ancien

[204] P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, T. XIII, p. 234.

article 1152 s'inscrivait dans la section relative aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution, tandis que les anciens articles 1226 à 1233 formaient une section consacrée aux obligations avec clause pénale. Cette dissociation mérite d'être explicitée dans toute l'ampleur de sa signification. L'article 1152 et les articles 1226 et suivants du Code civil figuraient dans le même livre III *« Des différentes manières dont on acquiert la propriété »*, le même titre *III « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »* mais ont été répartis dans deux chapitres différents. L'article 1152 figurait au sein du chapitre III *« De l'effet des obligations. »* sous la section 4 *« Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation »* tandis que les articles 1226 et suivants constituaient une section autonome intitulée *« Des obligations avec clauses pénales »* au sein du chapitre IV *« Des diverses espèces d'obligations »*. La situation de la clause pénale dans ce cadre interpelle pour deux raisons. D'abord, parce qu'il indique la reconnaissance d'une obligation particulière, l'obligation pénale, différente de l'obligation de dommages-intérêts. Ensuite, parce que les rédacteurs ont eu le souci d'intégrer dans le Code civil la définition de la clause pénale, à l'article 1226, et son régime propre. Il s'agit là d'un cas très particulier sans autre exemple dans le Code civil en matière de clause de responsabilité. L'obligation pénale est comprise de la même manière que les obligations conditionnelles, alternatives, solidaires, divisibles et indivisibles. Autrement dit, l'obligation pénale est présentée comme une modalité de l'obligation, pour reprendre le titre du chapitre Ier du titre IV *« Du régime général des obligations »*. Or, l'obligation pénale n'est pas tant une modalité particulière de l'obligation, au sens d'un mode d'être, qu'une simple obligation conditionnelle. Mais l'usage de la clause pénale était si répandu qu'il apparut nécessaire aux rédacteurs du Code civil qu'elle soit largement considérée dans le Code civil afin qu'il n'eût aucune ombre sur sa définition et son régime. Il en résulte une sorte d'incohérence interne au chapitre IV avec un mélange des genres étonnant et quelque peu artificiel. Notons, en outre, qu'à la différence de l'article 1226 l'article 1152 ne visait pas à définir une clause particulière, mais disposait directement du régime des dommages-intérêts dans le contexte d'une clause les prévoyant à l'avance de manière forfaitaire. C'est donc par un raccourci trompeur que nous disons de l'article 1152 qu'il comportait en lui-même la définition de la clause d'indemnisation forfaitaire. Ledit article ne visait aucune clause spécifique directement, au contraire de l'ancien article 1226 pour la clause pénale, et s'appliquait en principe à toute clause se reconnaissant dans la situation qu'il entendait régir.

En conclusion, le Professeur Denis MAZEAUD estime que pour les rédacteurs du Code civil de 1804 *« la clause pénale ne se confondait pas avec la théorie des dommages-intérêts ou plus largement encore avec la responsabilité contractuelle de droit commun »*[205].

105 – L'interprétation inverse de la doctrine : une clause exclusivement indemnitaire. En dépit de la clarté du Code civil, résultant d'ailleurs de discussion aux conclusions sans appel, la doctrine de l'époque ne distingua rapidement plus la clause pénale de la clause d'indemnisation forfaitaire au point que le vocable « clause pénale » désigna tout autant les stipulations visées par les articles 1152 et 1226 et suivants du Code civil. On voit par exemple le Professeur Alexandre DURANTON se fonder sur l'article 1152 du Code civil pour justifier la fixité de la peine de la clause pénale visée à l'article 1226[206]. Cela s'explique, selon lui, parce que la peine constitue *« la compensation des dommages-intérêts »*[207] et qu'elle a ainsi pour objet, comme l'indique l'article 1152, *« de fixer les dommages-intérêts entre les parties »*[208]. Il faut donc comprendre que la peine n'est pas immutable grâce à son caractère répressif et à la force obligatoire qui lui est attachée par principe, mais grâce à son caractère indemnitaire qu'elle a en commun avec le régime expressément prévu pour la fixation forfaitaire des dommages-intérêts disposé par l'article 1152 du Code civil. Le Professeur François LAURENT affirmait sans nuance que « *la peine n'est autre chose que l'évaluation des dommages et intérêts par convention ; la clause pénale et les dommages et intérêts conventionnels sont une seule et même clause sous des noms différents. Il faut donc dire de la peine ce que l'article 1152 dit des dommages-intérêts conventionnels : le juge ne peut la modifier »*[209].

La clause pénale, analysée comme une simple modalité d'évaluation de la réparation de droit commun, ne se différenciait, dès lors, en rien de la clause d'indemnisation forfaitaire régie par l'article 1152 du Code civil. La doctrine a donc pris le contre-pied des rédacteurs du Code Napoléon en avançant l'idée que la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire n'étaient

[205] D. MAZEAUD, *th. prec.*, n° 516, p. 297.
[206] A. DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil*, t. II, 1819, p. 450 s.
[207] *Ibid*, n° 628.
[208] *Ibid*, n° 630.
[209] F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 3e éd., 1878, n° 451.

qu'une seule et même institution régie par les articles 1152 et 1226 et suivants. Nous avons ensuite vu les développements de la confusion jusqu'à aujourd'hui.

Ce long récit du passé permet de situer très précisément les enjeux et la profondeur des changements opérés par le nouvel article 1231-5 sur la relation qu'entretiennent les notions de dommages-intérêts et de pénalité, fille de la peine.

106 – Conclusion du section 2. Le moment de la codification du droit français est riche en explications sur le sens à donner aux articles qui précédèrent et fondèrent les décisions qui créèrent le nouvel article 1231-5 du Code civil. On voit que dès la phase des travaux préparatoires les avis divergeaient quant à la nature indemnitaire ou répressive de la clause pénale. Au final, le Code civil distingua la clause pénale, institution répressive, aux articles 1226 et suivants, de la clause d'indemnisation forfaitaire, institution indemnitaire, à l'article 1152. Mais la confusion des esprits qui couvaient au moment des travaux préparatoires continua après la codification, au point que la doctrine comprit rapidement la clause pénale comme une institution exclusivement indemnitaire.

107 – Conclusion du chapitre 1. La relation de la peine et des dommages-intérêts dévoile, nous l'avons vu, une histoire compliquée et finalement assez cyclique. Tantôt la peine dispose d'une nature exclusivement punitive, tantôt elle n'est plus que réparatrice et de rare fois elle tient ensemble ces deux caractères. En premier lieu, le droit romain démontre une évolution interne. D'abord comprise comme une rigoureuse peine privée à caractère répressif, la clause pénale évolue pour n'être plus qu'une clause d'indemnisation forfaitaire. En cause l'utilité sous-jacente du mécanisme. En effet, en droit romain primitif, la clause pénale s'insérait dans le contexte d'un système général des compositions pécuniaires le débiteur défaillant par le moyen d'une sanction prévue et fixée par les parties elles-mêmes. Plus encore qu'un simple moyen de contraindre le débiteur, la *stipulatio poenae* permettait aussi de valider certaines conventions inefficaces par elles-mêmes et permettait de réaliser certains droits en justice. À cet égard, l'importance de l'institution était telle que la peine ne saurait être révisée. Néanmoins, en évoluant, le droit romain a abandonné cette idée pour laisser place à un simple forfait d'indemnisation. La clause pénale n'avait plus pour utilité que d'aménager les conditions de la responsabilité et de l'évaluation du préjudice en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation. On voit ici que le glissement vers

une institution plus réparatrice que punitive va de pair avec la réduction de l'importance du mécanisme dans l'ordonnancement juridique et l'économie. Cette conclusion s'éprouve également dans le contexte de l'ancien droit. En effet, l'époque franque est marquée par l'utilisation massive des clauses pénales et le retour en grâce de son caractère exclusivement répressif. C'est grâce aux canonistes et à leur souci d'une éthique biblique que le caractère indemnitaire est peu à peu renforcé pour ensuite supplanter le caractère punitif. L'époque moderne reprend les arguments des canonistes en les laïcisant. La clause pénale n'était alors plus qu'une clause d'indemnisation forfaitaire, révisable dans la mesure où il s'agissait toujours de réparer le préjudice effectivement subi.

Lors de la rédaction du Code civil, les discussions reprirent de plus belle. La clause pénale, dont le régime est disposé aux articles 1226 et suivants du Code civil, se voit reconnaître à nouveau son caractère comminatoire et punitif sans toutefois que soit éclipsé son rôle indemnitaire. Celle-ci est clairement distinguée de la clause d'indemnisation forfaitaire, ou plutôt du régime des indemnités conventionnelles, qui trouve son lit en l'ancien article 1152. Néanmoins, les difficultés de la distinction et de la nuance sont telles que, très vite, la postérité confondra à nouveau le rôle des articles et avec eux les notions qu'ils portent.

Cette épopée est chargée d'enseignement pour nous aujourd'hui tant elle indique en définitive que notre droit aime à revenir systématiquement à l'idée d'une peine réparatrice et donc révisable. Notre droit semble finalement rechigner à l'idée que les cocontractants puissent prévoir des peines privées dont le juge ne puisse connaître. Il faut peut-être croire que *« les peines déchoient à mesure que l'idée du droit va grandissant »*[210]. C'est en tout cas ce que semble indiquer l'évolution du droit avec pour point d'orgue la réforme de 2016 et l'article 1231-5 du Code civil.

[210] R. VON JHERING, *De la faute en droit privé. Études complémentaires de l'Esprit du droit romain*, trad, par O. DE MEULENAERE, Paris, 1880 p. 75.

Chapitre 2 – Une assimilation grandissante après le droit moderne

108 – De l'importance du caractère punitif à celle du caractère indemnitaire. Le droit positif ne déroge pas au sens de l'histoire marqué en l'espèce par l'interminable jeu de balancier que nous avons rapidement décrit entre les caractères punitif et indemnitaire de la clause pénale. À bien des égards en effet, nous constatons depuis les années 70 un déclin progressif du caractère punitif (Section 1) logiquement contrebalancé par un renouveau du caractère indemnitaire (Section 2). La relation de ces caractères de la clause pénale illustre la relation plus profonde qu'entretiennent les notions de dommages-intérêts et de peine, ou plus récemment de pénalité. Ces notions dépassent le cadre strict de la seule clause pénale et se reconnaissent tout autant dans les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation, ainsi que l'illustrait la rédaction de l'ancien article 1152 du Code civil et nos précédents commentaires. Cette évolution ajuste le cadre interprétatif du nouvel article 1231-5 du Code civil et autorise à admettre la révision judiciaire possible pour les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation.

Section 1 – Le paradigme d'un déclin de caractère punitif

109 – Le déclin global du caractère punitif. Nous pouvons saisir le contexte d'avènement du nouvel article 1231-5 du Code civil de deux manières. La première est de considérer le climat juridique global et les grandes évolutions de la théorie du droit qui ont auréolé de leur aura la dernière réforme du droit des obligations. La seconde est d'entrer plus concrètement dans le processus législatif propre à notre objet d'étude et voir en quoi l'addition des lois donne corps depuis longtemps déjà aux grands mouvements des idées sous-jacentes. Il s'agit en somme d'étudier le contexte large (§1) et le contexte étroit (§2) de l'adoption de l'article 1231-5 du Code civil afin de mieux le comprendre en sa nouveauté et son originalité.

§1. Le contexte large : l'émergence de la notion de déséquilibre contractuel

110 – La quête de l'équilibre du droit : l'idéal d'un droit juste. *« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; qu'elles doivent être adaptées au caractère, aux habitudes, à la situation du peuple pour lequel elles sont faites. »*[211] disait Portalis dans son discours préliminaire du premier projet de Code civil. La loi en somme vise le juste dans un contexte historique, social et politique toujours particulier. Parce que les lois sont faites pour les hommes, elles visent à borner les relations entre individus de sorte à parvenir à un certain équilibre.

À l'aube de la Révolution industrielle, le XVIIIe siècle connaît le développement croissant des doctrines libérales et individualistes. Celles-ci s'expriment notamment sous les principes de non-ingérence de l'État dans les affaires individuelles et de libre concurrence. La conquête des Lumières et de la Révolution française a été la reconnaissance de l'individu en tant que personne à part entière avec ses droits et sa volonté propre[212]. Cette liberté est consacrée en droit des contrats par le Code civil 1804 et ses principes centraux de force obligatoire et d'autonomie des volontés. Emmanuel GOUNOT résumait : *« Que la volonté de l'individu soit faite : voilà désormais la grande loi du droit »*[213]. Cette suprématie donnée à la volonté individuelle visait alors à équilibrer les rapports contractuels, car, pensait-on, deux volontés également libres et autonomes équilibreront naturellement un rapport contractuel. Le déséquilibre contractuel ne pouvait donc être sanctionné, car il émanait de l'autonomie de volonté des parties et était par hypothèse juste et souhaité.

[211] J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Éditions Confluences, 2004, p. 14.
[212] « Art. 1er. Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. » - Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 1789.
[213] E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridiqu*e, thèse, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 85.

Durant la seconde moitié du XXe siècle, le législateur s'est rendu compte des bouleversements sociaux et économiques et de leurs effets sur les relations contractuelles. L'individu n'était plus que rarement lié par contrat à d'autres individus du même acabit. Aujourd'hui, une personne physique contracte régulièrement avec de grandes entreprises, le rapport de force n'est plus le même. Le *« mythe juridique du contrat égalitaire »*[214] s'effritait à mesure que l'économie se transformait. On commençait de comprendre que la volonté *« éclairée, lucide, indépendante, toute-puissante, ne serait pas celle qui s'exerce en fait ; et peut-être le problème de la volonté dans le contrat devait-il être posé dans des termes quelque peu différents »*[215]. Au fond, *« le Code civil, le droit des contrats reposait jadis sur une utopie : celle de contractants qui, en toute liberté et indépendance, et sur un pied d'égalité, nouaient un lien contractuel marqué du double sceau de l'irrévocabilité et de l'intangibilité »*[216]. Peu à peu l'idée du contrat considéré sous le seul prisme de l'échange des consentements faisait place à celui d'un lieu d'échange économique. Ainsi le contrat commençait à être *« Le contrat apparaît davantage comme un échange de prestations que comme un échange de consentements »*[217]. Cet échange de prestations signifie un échange de droits et d'obligations. L'appréhension du contrat étant ainsi modifiée, le droit pouvait se préoccuper davantage de la répartition déséquilibrée des droits et obligations des parties entre elles. Le droit suivait en cela sa vocation de parvenir à une loi juste. Cette réalité pratique s'incarne dans la notion de déséquilibre contractuel. Cette notion de déséquilibre contractuelle s'est d'abord immiscée dans le droit de la consommation, avant de faire un détour par le droit de la concurrence pour enfin intégrer triomphalement le droit des contrats et aiguiller la révision judiciaire des forfaits indemnitaires.

111 – Le droit de la consommation : naissance de la notion de déséquilibre contractuel. Le droit de la consommation a été le premier à s'enquérir du déséquilibre du rapport de forces entre les parties. Cela n'étonnera personne dans la mesure où c'est justement en matière de consommation que les évolutions sociétales se sont fait sentir le plus tôt. De plus en plus, en effet, les particuliers, en la matière les consommateurs, contractent avec de grandes entreprises (grande

[214] A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française) » in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 240.
[215] G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse, Université de Paris, 1965, n° 166, p. 500.
[216] D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003/1, p. 295.
[217] J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'éco. ind*., 2000, vol. 92, p. 81.

distribution, télécommunication, énergie, etc.) qui soumettent des contrats préremplis, contrats qu'on appellera plus tard des contrats d'adhésion. Les consommateurs, souvent peu au fait de leur droit, se voyaient donc facilement contraints d'accepter des clauses abusives faute pour eux de pouvoir renégocier ces contrats ou à défaut d'avoir identifié une telle clause dans des contrats longs et sibyllins.

En réponse à une résolution du Conseil de l'Europe[218] qui recommandait aux gouvernements des États membres *« de créer des instruments efficaces, juridiques et autres, afin de protéger les consommateurs contre les clauses abusives dans les contrats »*[219] de consommation, le législateur français a commencé par indiquer dans l'article 35 de la loi du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services que seraient limitativement énumérées par décrets en Conseil d'État les clauses abusives. Les clauses abusives étaient alors définies *comme « imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif »*[220]. On voit déjà naître la prévenance du législateur de ne pas vouloir sanctionner tous les déséquilibres, mais bien les seuls qui instaurent un déséquilibre grave ; gravité en l'occurrence caractérisée par l'excessivité de l'avantage obtenu par la partie la plus forte. Néanmoins, le pouvoir réglementaire n'a pas joué son rôle, car un seul décret a été adopté en 1978[221] et il ne visait que trois clauses. Certainement en réaction, la Cour de cassation a reconnu le 14 mai 1991 au juge le pouvoir d'identifier et de frapper de nullité les clauses abusives hors de tout décret[222]. La main forcée et sous la contrainte d'une directive européenne[223], le législateur français a ratifié l'autonomie judiciaire de pouvoir sanctionner librement toute clause abusive par une loi du 1er

[218] Conseil de l'Europe, Comité des ministres, Résolution (76) 47 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par des consommateurs ainsi que les méthodes de contrôle appropriées, adoptée par le Comité des Ministres le 16 novembre 1976, lors de la 262e réunion des Délégués des Ministres.
[219] *Ibid*.
[220] Article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services.
[221] Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janv. 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services.
[222] Cass. 1re civ., 14 mai 1991, n° 89-20999, *JCP G*, 1991, II, 21763, note G. PAISANT ; *D*. 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; *RTD Civ*., 1991, p. 526, obs. J. MESTRE ; *CCC*, 1991, n° 160, p. 3, obs. L. LEVENEUR.
[223] Directive n° 93/13/CEE du 5 avr. 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

février 1995[224]. À cette occasion la notion de déséquilibre significatif émerge et une liste indicative et non exhaustive dite « liste blanche » est annexée au Code de la consommation. La loi de Modernisation de l'économie de 2008[225] supprima ensuite la liste blanche et permit au pouvoir réglementaire de dresser deux listes de clauses présumées abusives. Un décret du 18 mars 2009 édita une liste grise de clauses présumées abusives de manière simple et une liste noire de clauses qui le sont de manière irréfragable[226]. Pour terminer, une ordonnance du 14 mars 2016 a recodifié la partie législative du Code de la consommation et refondé les textes relatifs au déséquilibre significatif[227]. Ainsi l'article L. 212-1 du Code de la consommation dispose aujourd'hui que *« Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat. »*.

À ce stade, le déséquilibre contractuel est sanctionné s'il est « significatif » et s'il est caractérisé dans le cadre d'une relation entre un professionnel et un consommateur. La notion poursuivit son chemin, cette fois-ci au sein du droit de la concurrence.

112 – Le droit de la concurrence : maturité de la notion de déséquilibre contractuel. La notion de déséquilibre contractuel, sanctionnée en cas de significativité du déséquilibre, est entrée par la porte la plus évidente et pressante du droit de la consommation et continua son chemin dans l'ordonnancement juridique par le droit de la concurrence. Le champ des relations entre professionnels est d'abord resté à l'abri de la sanction des déséquilibres significatifs pour eux-mêmes. Cela se comprend dans la mesure où le professionnel est par définition aguerri dans son domaine et au fait de la réglementation dans son domaine d'activité, il n'est donc *a priori* pas une partie faible. Mais encore une fois, l'économie a évolué et a concentré entre les mains de quelques entreprises un poids économique très important. Un « petit » professionnel est donc très souvent en position de faiblesse vis-à-vis d'un « grand » professionnel. C'est pour cela que le législateur,

[224] Loi n° 95-96 du 1er févr. 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial
[225] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
[226] Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du code de la consommation.
[227] Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation.

pragmatique, remplaça par la loi du 4 août 2018[228] l'article L. 442-6, I, 2° b) du Code de commerce qui engageait la responsabilité d'un professionnel pour le fait *« D'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées, notamment en lui imposant des pénalités disproportionnées au regard de l'inexécution d'engagements contractuels.* » avec la formule suivante *« De soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »*. Le changement est radical, car le déséquilibre significatif est maintenant sanctionné pour lui-même et non plus par l'intermédiaire de faits particuliers mentionnés expressément par la lettre de la loi.

À ce stade, le déséquilibre contractuel est une notion reconnue et une situation qui justifie une sanction dès lors qu'il est « significatif ». Le champ de reconnaissance législative de cette notion est à ce moment-là vaste en dépit de son insertion dans des droits spéciaux, les droits de la consommation et de la concurrence. C'est presque si ces deux règles spéciales ne constituaient pas ensemble une sorte de droit commun. Il manquait néanmoins la reconnaissance par le droit commun lui-même.

113 – Le droit des contrats : triomphe de la notion de déséquilibre contractuel. Le droit des contrats n'a pas reconnu le déséquilibre contractuel comme un risque en tant que tel avant la réforme de 2016[229].

Sous l'empire du tout puissant principe d'intangibilité du contrat, issu du principe de sa force obligatoire ou de la philosophie de l'autonomie de la volonté, le juge ne dispose concrètement que de trois piètres moyens de droit pour contrôler l'équilibre du contrat. Le premier était d'appréhender un tel déséquilibre sous les angles du dol ou de la violence afin de sanctionner de nullité le contrat incriminé. Le deuxième était de constater l'absence de contrepartie ou la présence d'une contrepartie dérisoire ou illusoire pour ici encore sanctionnée de nullité un contrat déséquilibré. Enfin, le troisième moyen était le cas particulier de la lésion. Aucun principe général n'autorisait le juge de se saisir de tout déséquilibre grave entre les prestations des parties. Faute

[228] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.
[229] Ordonnance n° 2016-131 du 10 févr. 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

de disposer de moyens textuels adéquats, le juge avait fait preuve d'inventivité en recourant à la notion d'obligation essentielle et de cause pour écarter les clauses abusives qui échappaient au droit de la consommation.

La réforme du droit des obligations de 2016 remédia au mutisme du droit commun sur cette problématique du déséquilibre contractuel en ratifiant les pouvoirs que le juge s'était lui-même accordés. Ainsi, le nouvel article 1171 vient sanctionner les clauses abusives dans les contrats d'adhésion : *« dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. »*. Par ailleurs, le nouvel article 1170 reprend les acquis de la saga Chronopost *« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »*. La reconnaissance du déséquilibre contractuel atteint là son plus haut degré de généralité et les réponses apportées leur plus large applicabilité.

Le mouvement est global et se retrouve en bien d'autres points du droit civil : encadrement des clauses léonines par l'article 1844-1 alinéa 2 depuis 1978, exigence de concessions réciproques en matière de transaction posée à l'article 2044 du Code civil depuis 2016. Ailleurs, on recensera l'absence de disproportion manifeste de l'engagement de la caution fondée sur l'article L. 332-1 Code de la consommation, ou encore l'obligation du débiteur de ne pas excéder notablement celles de l'autre partie dans un contrat commutatif conclu durant la période suspecte que régit l'article L. 632-1 Code de commerce. L'article 1231-5 du Code civil ne fait pas exception et s'inscrit pleinement dans cette dynamique d'assouplissement des principes fondamentaux du droit des contrats.

§2. Le contexte étroit : les réformes législatives successives

114 – La petite histoire de l'article 1231-5 enchâssée dans la grande histoire du droit positif. L'histoire du nouvel article 1231-5 du Code civil n'est pas déconnectée des grands mouvements qui agitent l'ensemble du droit positif. Si nous avons indiqué dans les grandes lignes que la toute-puissance du principe de l'autonomie des volontés était aujourd'hui nuancée par un souci de

justice contractuelle. Cette tendance, si elle est réelle, devrait donc nécessairement rejaillir en matière de clause pénale, sur les anciens articles 1152 et 1226 et suivants du Code civil puis concourir aux raisons des changements opérés par la réforme de 2016. Nous verrons que la notion de clause pénale, et avec elle le rôle et l'interprétation des anciens articles auxquels on l'a rattachée, accuse depuis longtemps un déclin de sa force obligatoire (A) et de son caractère comminatoire (B). Cela témoigne un peu plus de ce que la clause pénale n'est plus – et peut être n'aurait jamais dû être – une notion forte et prégnante en droit positif, de sorte qu'elle n'aurait plus de raison de constituer l'unique prisme de lecture du nouvel article 1231-5 du Code civil, désormais libérée de la tradition de sens.

A. Le déclin de la force obligatoire de la clause pénale

115 – La loi n°75-597 du 9 juillet 1975 : le premier coup porté à la force obligatoire. L'objectif du législateur en matière de clause pénale a été premièrement d'extraire la clause pénale de l'emprise exclusive de la volonté parfois inique des parties. L'instauration d'un pouvoir de révision judiciaire à l'ancien article 1152 du Code civil visait évidemment à satisfaire l'objectif de tempérament des situations radicalement injustes. Ce pouvoir était d'autant plus implacable pour les parties puisque cette nouvelle disposition était d'ordre public : *« Toute stipulation contraire sera réputée non écrite »* dispose l'article en sa dernière phrase. Le coup est d'ailleurs double puisque cette même mention est ajoutée à l'ancien article 1231 du Code civil qui prévoyait la possibilité pour le juge de réviser à proportion la peine lorsque le débiteur avait exécuté partiellement l'obligation principale. Les contractants ne pouvaient donc jamais soustraire leur clause pénale au pouvoir de révision. Or, *« l'ordre public constitue un barrage à l'autonomie de la volonté »*[230].

L'évolution est radicale, car avant cela le droit ne prévoyait aucun tempérament à la volonté des parties. L'ancien article 1152 du Code civil ne comportait qu'un alinéa qui disposait de la seule intangibilité des forfaits d'indemnisation. Tandis que l'ancien article 1231 prévoyait certes que

[230] B. JOMAIN, « La clause pénale et l'équilibre contractuel », in *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, H-A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (dir.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris,1983 n° 7.

« La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie. » mais il s'agissait uniquement d'une *« solution technique d'interprétation dans l'hypothèse où les parties n'ont pas envisagé explicitement le cas de l'inexécution partielle »*[231]. Dès lors, l'ancien article 1231 *« loin de porter atteinte à la force obligatoire des conventions institue simplement un cas d'adaptation judiciaire de la convention des parties »*[232]. Cela est logique, car lorsque les parties disposent d'une clause pénale, ils veulent sanctionner l'inexécution totale de l'obligation principale et ne prévoit que rarement l'hypothèse de l'exécution partielle. Il fallait pour cela une réponse judiciaire pour combler ce vide juridique. Mais les parties pouvaient encore prévoir l'hypothèse de l'exécution partielle du débiteur et choisir de la sanctionner de la même manière que l'inexécution totale. C'est là que la réforme de 1975 intervient pour empêcher les créanciers en position de force et connaissant les atouts d'une rédaction intelligente de la clause pénale d'abuser des débiteurs peu au fait de ces subtilités.

La réforme de 1975 soumet désormais la volonté des parties, et avec elle la force obligatoire de la clause pénale, au contrôle du juge. Certains ont pu parler d'*« atteinte »*[233] à l'autonomie de la volonté. À tout le moins, il apparaît avec évidence que la force obligatoire du contrat et son intangibilité ont été judicieusement contrebalancées.

116 – La loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 : le second coup porté à la force obligatoire. La loi du 11 octobre 1985 redéfinit un peu plus encore l'étendue de l'office du juge et, en définitive, la portée de l'autonomie des volontés. Le juge s'est vu en effet accorder le pouvoir de réviser *« même d'office »* les peines manifestement excessives ou dérisoires[234] et même lorsque le débiteur s'est partiellement exécuté[235].

[231] B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP* 1976, 2742, n° 20.
[232] *Ibid*.
[233] G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Rev. int. dr. comp*., 1979, n° spécial, p. 447, n° 24.
[234] Ancien article 1152 du Code civil.
[235] Ancien article 1231 du Code civil.

Avant la loi de 1985, le juge pouvait déjà relever d'office les moyens tirés du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine ou de la satisfaction procurée au créancier par l'exécution partielle, cela en application des articles 12 et 16 du Code de procédure civile. Mais il ne pouvait le faire que dans le respect du principe de l'immutabilité du litige[236]. Si l'objet de la demande n'était pas la révision de la clause pénale, il devait exister des faits tendant à cette révision pour que le juge puisse se saisir de la question. Si en principe le juge ne pouvait réviser d'office les peines[237] sauf à violer le principe de l'immutabilité de l'objet du litige, il pouvait au moins relever d'office les moyens tirés du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine ou de la satisfaction procurée au créancier par l'exécution partielle lorsque, dans le débat, se trouvaient des faits allégués par les parties, mais non expressément invoqués par elles au soutien de leur demande, pour appliquer les anciens articles 1152 ou 1231 du Code civil. Par exemple, dans un arrêt rendu par la première Chambre civile le 3 janvier 1985[238], un débiteur assigné en paiement d'une clause pénale en contestait exclusivement le principe, mais les juges du fond avaient non seulement maintenu la peine contrairement à ce qui leur était demandé et en plus l'avaient modérée alors que cela n'avait pas été réclamé.

Néanmoins, la loi du 11 octobre 1985 emporte de lourdes conséquences, car elle crée une exception au principe de l'immutabilité de l'objet de la demande[239]. Concrètement, cela signifie que le juge peut réviser les peines dans les cas prévus par les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil alors qu'aucune partie ne lui a demandés et que le sujet ne figure pas dans le débat. Ainsi, les parties n'ont plus le pouvoir de délimiter l'office du juge. La réforme bouleverse les rapports entre les parties au procès, les cocontractants, et le juge. Comme l'a souligné le Professeur Frédéric ZENATI-CASTAING, *« le pouvoir de statuer d'office est redoutable en ce qu'il heurte la maîtrise qu'ont les parties du procès civil »*[240]. Ce faisant, la réforme aboutit *« sur*

[236] Article 4 du Code de procédure civile : *« L'objet du litige est déterminé par les prétentions respectives des parties. Ces prétentions sont fixées par l'acte introductif d'instance et par les conclusions en défense. Toutefois l'objet du litige peut être modifié par des demandes incidentes lorsque celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant. »*

[237] Cass. com., 2 oct. 1984, *Gaz. Pal*. 1985.1. Som. 24 et note J. DUPICHOT ; *JCP*. 1985.11.20433, obs. G. PAISANT.

[238] Cass. 1re civ., 3 janv. 1985, *Bull. civ*. I, n°4, *Rev. trim. dr. civ*. 1985. 574, obs. J. MESTRE.

[239] J. MOURY, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau Code de procédure civile*, thèse, Paris, 1986, p. 212.

[240] F. ZENATI, « Loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 », *Rev. trim. dr. civ*. 1986, p. 212.

un plan processuel, à permettre au juge de s'abstraire de l'édifice des faits construit par les parties, et sur le plan du fond du droit, à décider une révision de la peine que les contractants ne souhaitaient pas, ou plus certainement que le débiteur n'avait pas songé à invoquer »[241]. La clause pénale en ressort considérablement affaiblie en ce qu'elle avait d'intangible et implacable par le passé et ce au titre de ses doubles références d'alors, les articles 1152 et 1231 du Code civil. Le déclin de la force obligatoire attachée à la clause pénale va, qui plus est, de pair avec le déclin de son caractère comminatoire.

B. Le déclin du caractère comminatoire de la clause pénale

117 – La remise en cause législative du caractère comminatoire. La clause pénale vise par la fixation anticipée d'une peine en cas d'inexécution du débiteur à contraindre celui-ci de s'exécuter promptement. La clause pénale agit comme une garantie pour le créancier et un mécanisme incitatif à l'égard du débiteur. Ce mécanisme de justice privée contractuelle permet généralement d'éviter les contestations sur l'importance du dommage et de tarir ainsi une source de procès. La clause pénale évite au créancier les lenteurs et les difficultés qu'entraîne la fixation des dommages-intérêts, car le créancier n'a pas à prouver la réalité même du dommage. Il est donc évident que les contractants attendent de la clause pénale une sécurité par la prévisibilité de la sanction de l'inexécution. *« Rapidité, automatisme et intangibilité constituent dans cette perspective les ingrédients qui confèreront à la clause son caractère comminatoire. (...) À première vue, le caractère comminatoire de la clause pénale semble donc subordonné à la marginalisation du juge. L'autonomie de la volonté doit l'emporter sur le monopole judiciaire, l'arbitraire contractuel sur l'arbitraire judiciaire. »*[242]. C'est pourquoi, au-delà de portée atteinte à la seule force obligatoire du contrat et à l'autonomie des volontés, les réformes de 1975 et 1985 atteignent par voie collatérale le caractère comminatoire de la clause pénale. Si les parties qui la stipulent savent à l'avance que la peine pourra être discutée et potentiellement révisée, il s'en trouve évidemment moins contraint par elle. Dépouillée de son automaticité, la clause pénale perd sa vertu incitative. Restent seulement les apparences de la contrainte pour le débiteur ignorant.

[241] D. MAZEAUD, *th. préc*., p. 49.
[242] *Ibid*., p. 66.

118 – La remise en cause jurisprudentielle du caractère comminatoire. L'étude de la jurisprudence postérieure à 1975 est complexe en ce qu'elle révèle différentes attitudes et positions du juge à l'égard de la clause pénale. Elle nous renseigne en tout cas sur l'interprétation par les juges de l'ancien article 1152 du Code civil. On repère, en effet, trois types d'attitudes, la première consiste à admettre la révision judiciaire des clauses qui s'assignent le double objectif indemnitaire et punitif. Le juge estime alors que la peine *« peut se concevoir aussi bien comme un moyen de contraindre les parties à l'exécution que comme une évaluation conventionnelle anticipée du préjudice futur »*[243] . La deuxième posture du juge est d'insister sur le caractère indemnitaire de la clause pénale au point de la considérer exactement comme une simple clause d'indemnisation forfaitaire. C'est ainsi que les juges définissent souvent la clause pénale comme *« 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 »*[244]. Enfin, la troisième voie du juge est d'insister sur la fonction comminatoire de la clause pénale, faisant oublier son caractère indemnitaire. La Cour de cassation a parfois écarté la révision judiciaire au motif que la clause d'espèce n'avait pas pour but d'obtenir l'exécution de l'obligation[245].

Néanmoins, force est de constater que la position qui tend à supplanter toutes les autres est celle qui consiste à présenter la clause pénale comme une simple clause indemnitaire. En témoigne encore cet arrêt récent du 31 mars 2022[246] qui interprète l'ancien article 1152 du Code civil et qui rappelle cette définition précitée de la clause pénale. Aucune mention de son caractère comminatoire. Il va sans dire qu'une telle compréhension à jouer dans la réforme de 2016 et dans la création du nouvel article 1231-5 du Code civil.

119 – Conclusion de la section 1. La création du nouvel article 1231-5 du Code civil intervient dans un contexte global de déclin du caractère punitif de la clause pénale. Si l'on considère déjà

[243] Cass.com., 26 févr. 1991, *Bull. civ. IV*, n°91; Cass. 3e civ., 21 mai 2008, *RDC* 2008, p. 1257, note J.-B. SEUBE, *Bull. civ. III*, n°94 ; Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n" 07-14556.
[244] Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, n°93-16.869 ; Cass. soc., 8 mars 2017, n°15-26.975 ; Cass. 2e civ., 31 mars 2022, n°20-23.284.
[245] Cass. com., 22 mai 1978, *Bull. civ. IV*, n° 141 ; Cass. 1re civ., 16 janv. 1985, *Bull. civ. I*, n°24, *JCP* 1986, II, 20661, note G. PAISANT, obs. J. MESTRE, *RTD civ*. 1986, p. 103.
[246] Cass. 2e civ., 31 mars 2022, n°20-23.284.

le contexte large de la réforme, il faut reconnaître l'émergence progressive de la notion de déséquilibre contractuel qui a ensuite permis l'introduction du pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales excessives. En effet, la société, et par suite le législateur, ont réalisé les injustices consécutives au régime juridique inflexible des contrats introduit en 1804 dans un contexte économique radicalement différent. Ainsi, l'idée de justice contractuelle et de protection des parties faibles émergea au travers de l'introduction de la notion de déséquilibre contractuel, d'abord dans le droit de la consommation puis dans le droit de la concurrence pour terminer au sein du droit des contrats en 2016. Cette philosophie de fond influence automatiquement la portée des changements introduits par la réforme. Ce large mouvement trouve sa déclinaison au niveau plus étroit de l'évolution de l'ancien article 1152, désormais nouvel article 1231-5 du Code civil. À l'origine, en effet, rappelons-nous que sauf exécution partielle il n'est prévu aucun cas de révision de la clause pénale. En réaction à des abus à compter des années 60, le législateur décide en 1975 d'introduire le pouvoir de révision judiciaire. Fort de la confusion entretenue entre les articles 1152 et 1126, ce pouvoir est ajouté à la suite du premier alinéa de l'article 1152. La force obligatoire de la clause pénale est alors largement entamée. En 1985, le pouvoir du juge est encore renforcé puisqu'il lui est permis de procéder à la révision même d'office, ce qui diminue par contre coup la liberté des parties. À cela s'ajoute une jurisprudence qui tend à assimiler pleinement la clause pénale à la clause d'indemnisation forfaitaire, ou tout du moins qui définit très souvent la clause pénale comme une simple évaluation forfaitaire anticipée de l'indemnité due en cas d'inexécution. Ce faisant, la fonction comminatoire est largement passée sous silence. Ce terreau est propice à l'avènement de l'article 1231-5 du Code civil et à son interprétation déliée de la notion de clause pénale permettant ainsi de comprendre la lettre du texte comme disposant d'un périmètre bien plus large. Ce mouvement de déclin du caractère comminatoire est, évidemment, le pendant du renouveau du caractère indemnitaire.

Section 2 – Le renouveau du caractère indemnitaire

120 – Du lien entre le renouveau du caractère indemnitaire et l'autonomisation du texte. Il ne faut pas s'y tromper, le déclin du caractère punitif de la clause pénale consiste avant tout en une modification des textes qui avaient leur propre autonomie. Si un texte renvoie à une notion

c'est souvent par la clarté de ses termes et l'intention du législateur qui présida à la rédaction. Mais la portée d'un texte ne se réduit pas à la compréhension des intentions de son auteur, qui d'ailleurs nous sont souvent inconnues. Le texte ouvre un monde nouveau que le lecteur est libre d'habiter. Le *« monde du texte »*[247] rencontre alors le monde du lecteur dans une dynamique créative de sens et animé par l'interprétation. À cet égard, l'histoire de l'interprétation de l'ancien article 1152 du Code civil est assez éloquente si l'on considère comment ses lecteurs ont dévoyé durablement son sens pour le rattacher à la seule clause pénale *stricto sensu*. Fort de son pouvoir de lecture, le lecteur actuel devra conférer une portée nouvelle aux modifications textuelles. Ainsi, nous verrons que le renouveau du caractère indemnitaire de la clause pénale, pendant du déclin de son caractère punitif, est en réalité un renouveau de l'interprétation indemnitaire au sens large qui induit une lecture nouvelle de l'article 1231-5. Pour apprécier pleinement ce mouvement de l'analyserons d'abord d'un point de vue macro (§1) puis d'un point de vue micro (§2).

§1. L'analyse macro : les grands mouvements du Code

121 – Les motivations de la réforme du droit des contrats de 2016. Conformément aux 1° et 2° de l'article 8 de la loi d'habilitation[248], le gouvernement était invité à proposer des solutions propres à assurer un équilibre des droits et devoirs entre les parties. Lors de la présentation en Conseil des ministres d'un avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des contrats, il était explicitement annoncé trois objectifs : 1° rendre le droit des obligations plus lisible et plus accessible, 2° renforcer la protection de la partie faible et 3° rendre le droit plus attractif. Si le premier et le troisième objectif sont louables, mais peu en mesure de modifier substantiellement les mécanismes historiques. Le deuxième objectif lui porte un potentiel disruptif important. Il vise à *« répondre à l'exigence croissante de justice contractuelle »*[249]. Or, comme nous l'avons vu, le législateur de 1804 devait répondre à une tout autre problématique que la nôtre aujourd'hui et les rapports contractuels étaient considérés comme s'équilibrant d'eux-mêmes pas le jeu du

[247] P. RICOEUR, *Temps et récit 3*, Paris, Seuil, 1983, p. 287.
[248] Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.
[249] *Présentation en Conseil des ministres*, 25 févr. 2015.

consensualisme[250]. Ce nouveau souci de justice contractuelle a donc lourdement influé sur la réforme de l'ensemble du droit des contrats. Il est désormais explicite que le Code civil doit permettre de *« sanctionner le comportement d'une partie qui abuse de la situation de faiblesse de l'autre »*[251]. Le leitmotiv est fort et en dit long de l'intention du législateur d'ancrer nouvellement le droit des contrats dans un monde aux rapports contractuels de plus en plus déséquilibrés. Pour servir ces motivations, l'ordonnance de 2016 a consacré de nouveaux principes fondamentaux du droit des contrats.

122 – Les nouveaux principes fondamentaux du droit des contrats. La justice contractuelle n'est pas entrée explicitement en droit des contrats par l'adjonction de petit dispositif ici et là. Au contraire, de nouveaux principes directeurs sont expressément ajoutés au sein d'un chapitre intitulé *« Dispositions liminaires »*. Ce chapitre vise à englober l'ensemble du droit des contrats. En cela, il sert de cadre de référence au droit commun des contrats. Sont ainsi consacrés à titre autonome les principes de force obligatoire du contrat, de liberté contractuelle, et de bonne foi. La consécration de la bonne foi vient tempérer la rigidité de la force obligatoire du contrat et parfaire le sens de la liberté contractuelle. Le nouvel article 1104 du Code civil dispose *« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »*. La bonne foi irradie toutes les phases de la vie du contrat. Cela n'est d'ailleurs pas étonnant considérant que *« La bonne foi est vraiment la notion vedette de notre droit contemporain des obligations »*[252]. Dans la lignée de cette consécration, il a été ajouté un devoir général d'information et des possibilités supplémentaires de correction des déséquilibres du contrat pour protéger la partie la plus faible. Derrière la notion de bonne foi se joue la conception d'un contrat comme un lieu d'équilibre entre des échanges de droit et de devoir. Fort de cette consécration, le juge peut encore plus qu'hier contrôler l'équilibre du contrat tout le long de sa vie et surtout, pour ce qui nous intéresse, lors de son dénouement en cas d'inexécution.

[250] Cf. *supra* n° 5 et s.
[251] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[252] D. MAZEAUD, « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », *D.* 1995 p. 230.

Accessoirement, il paraît difficilement conciliable d'accepter de voir trôner parmi les principes directeurs de notre droit des contrats la notion de bonne foi, à laquelle se surajoutent des dispositions particulières sur les clauses abusives et la protection de l'obligation essentielle, et que dans le même temps l'on conserve l'idée de pouvoir sanctionner de manière disproportionnée un débiteur qui se serait inexécuté. Nous verrons que sur ce point le législateur semble avoir fait preuve de cohérence[253].

123 – L'unification du traitement de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution contractuelle. La disposition du Code de 1804 comprenait pour nous, lecteurs contemporains, une bizarrerie. En effet, la section dédiée aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation (articles 1146 à 1155) ne comprenait pas les dispositions relatives à la clause pénale qui constituait une section à part entière (articles 1226 à 1233). Or, à la lecture du premier alinéa de l'article 1231 du Code civil qui disposait que *« La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. »* on était en droit de se demander s'il n'y avait pas là une incohérence. L'incohérence est en partie justifiée par le fait que la clause pénale était alors considérée davantage comme une modalité de l'obligation[254].

La réforme de 2016 a judicieusement regroupé ces sujets puisque l'article 1231-5 au sein du Code civil reprend les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil selon la table de concordance de Légifrance[255]. Le ministre de la Justice dans son rapport de présentation de l'ordonnance au Président explique que *« l'article 1231-5 simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des actuels articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales. L'ordonnance n'a pas retenu les définitions posées par les articles 1226 et 1229 al. 1er, apparues inutiles, ni les règles posées par les articles 1227, 1228 et 1229 al.2 qui paraissent évidentes. Par ailleurs, les règles posées par les articles 1232 et 1233 relèvent du régime des obligations et non du droit des contrats. »*[256]. Indéniablement, le traitement de la réparation du préjudice résultant de

[253] Cf. *infra* n° 201 et s.
[254] Cf. *supra* n° 104.
[255] Table de concordance, Articles 1100 à 1386-1 au JO du 11 févr. 2016 (ancienne / nouvelle référence).
[256] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

l'inexécution bénéficie désormais d'une unité de texte indéniable. Mais cette unification ne s'est pas faite sans un élagage important et une autonomisation du sens de l'article 1231-5 grâce à son caractère unique. Les raisons avancées par le ministre de la Justice pêchent par manque de profondeur, car l'ancien article 1226 n'était par exemple pas inutile en ce sens qu'il inscrivait comme valable la clause pénale dont l'existence est aujourd'hui manifestement mise à mal par la suppression radicale de toute référence dans le Code civil. Autrement dit, l'inutilité tient certainement moins à leur évidence qu'à une ignorance installée de ces articles. C'est donc surement parce que la notion de clause pénale elle-même était de moins en moins prégnante que ces articles ont été considérés inutiles et n'ont parce qu'ils étaient si évidents que leur mise par écrit s'avérait inutile. Cette interprétation se confirme si l'on analyse les changements propres à l'article 1231-5 du Code civil.

§2. L'analyse micro : les changements dans l'article

124 – La suppression des anciens articles 1226 et suivants plus que leur fusion avec l'ancien article 1152 du Code civil. Ainsi que nous l'avons dit, l'unification du traitement de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution ne sait pas fait sans un élagage d'ampleur. C'est bien toute la section relative aux obligations avec clause pénale, soit les anciens articles 1226 à 1233, qui a été supprimée. Cette réforme *« s'inscrit dans le mouvement, déjà constaté en doctrine, d'un effacement progressif de la définition de la clause pénale contenue à l'ancien article 1226, pour ne plus retenir que l'idée d'un forfait d'indemnisation, plus conforme à l'ancien article 1152 »*[257]. Il est clair qu'aujourd'hui le lecteur ignorant de l'histoire aura peine à imaginer l'existence de la clause pénale en droit français considérant qu'elle n'a plus aucune place dans le Code civil. Il est donc faux de soutenir comme l'a fait le ministre de la Justice dans son rapport de présentation de l'ordonnance au Président que *« l'article 1231-5 simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des actuels articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales »*[258] et le confirme la table de concordance figurant dans Légifrance. Il n'y a pourtant au bilan aucun indice

[257] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018, n° 687, p. 597.
[258] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

qui laisse imaginer à une simple synthèse, tout au contraire les changements rendent compte d'un choix tranché et clair pour la rénovation du seul et unique article 1152. L'alinéa premier n'a pas été substantiellement modifié, seul le terme de « contrat » a été préféré à celui de « convention » afin de faire droit à l'objectif de modernisation des termes du Code civil. Le second alinéa modifie seulement le terme « peine » par « pénalité ». C'est seulement à partir du troisième alinéa que de nouvelles dispositions ont été ajoutées au corps de l'ancien article 1152 du Code civil. Mais ce serait trop vite conclure que de penser qu'ils sont issus des anciens articles 1226 à 1233. En effet, le troisième alinéa indique *« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent »* et l'ancien article 1231 disposait *« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut, même d'office, être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. »*. Il ne s'agit pourtant pas là d'une filiation telle qu'on pourrait conclure que quelques reliquats du régime de la clause pénale auraient intégré le nouvel article 1231-5 du Code civil. Cette précision est inutile et n'ajoute pas d'autre pouvoir à celui qu'il détient en vertu du second alinéa. En effet, le juge peut dans un tel cas réduire le montant de clause en se fondant sur le caractère manifestement excessif ou dérisoire du montant prévu au regard du volume et de l'importance des obligations exécutées. Le troisième alinéa est comme inclus dans le premier et n'ajoute donc rien à la liberté de révision du juge. Le quatrième alinéa qui dispose du caractère d'ordre public du pouvoir de révision du juge était déjà compris dans le second alinéa *in fine* de l'ancien article 1152 et ne trouve donc pas sa source dans les anciens articles propres à la clause pénale. Enfin, s'agissant du cinquième alinéa qui indique que *« Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure »*, nous serions tentés d'y voir une filiation avec l'ancien article 1230 du Code civil qui disposait *« Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure »*. Mais il ne s'agit pas là d'une simple reprise d'une exigence désormais commune à l'ensemble des sanctions contractuelles et reprise aujourd'hui à l'article 1230 du Code civil : *« À moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de*

s'exécuter dans un délai raisonnable. ». Le dernier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil est donc inutile et ne tient pas sa source dans l'ancien article 1231.

En conclusion, on ne peut pas dire que les anciens articles 1226 à 1233 ont été fondus dans l'ancien article 1152 pour donner naissance au nouvel article 1231-5. Les anciens articles 1226 à 1233 ont tout simplement été supprimés sans ambages et l'on ne peut attribuer pour parent au nouvel article 1231-5 du Code civil que le seul ancien article 1152.

125 – La pénalité remplace la peine. Malgré la suppression radicale des anciens articles 1226 à 1233 du Code civil, on ne peut conclure si tôt à la disparition de toute référence à la clause pénale dans notre droit. Rappelons-nous l'histoire de l'interprétation de l'ancien article 1152 et son couronnement par la loi du 9 juillet 1975 *« modifiant les art. 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale »* qui ne laissaient aucun doute sur la compréhension de ces dispositions. C'est à cette occasion que le second alinéa de l'ancien article 1152 avait été ajouté en évoquant la révision possible de la *« peine »* dans un article qui n'évoquait jusqu'alors qu'une *« certaine somme à titre de dommages-intérêts »*. La question se pose donc de savoir si le nouveau terme de *« pénalité »*, dont dispose le nouvel article 1231-5, vise simplement à moderniser le terme *« peine »*, qui peut être considéré comme désuet, tout en conservant son sens ou si ce changement de terme renferme un bouleversement plus substantiel. Pour réponse à cette question, tâchons autant que possible de reprendre le processus de rédaction de la réforme de 2016.

Le projet d'ordonnance présenté par le ministère de la Justice et soumis à la consultation publique en 2015 présentait un texte comportant le terme de « peine ». Or, pour un ministère qui plaçait en premier objectif de la réforme de rendre le droit plus lisible et accessible, il semble étonnant qu'il n'ait point pensé à changer ce terme s'il s'agissait d'une formulation dépassée. Nous n'avons pas accès au résultat de la consultation publique ni aux débats qui agitèrent en interne le bureau des affaires civiles et du Sceau, mais force est de constater que l'ordonnance a modifié le terme de « peine » au profit de celui de « pénalité ». Pour apprécier pleinement la portée du changement et situer précisément la signification du terme, il nous faut voir son usage dans notre droit positif.

Relevons en premier lieu que dans le Code civil le terme « peine »[259] ne vise aujourd'hui plus que des sanctions pénales à proprement parler. Ainsi, les articles 726 et 727 du Code civil disposent de « peine criminelle » ou de « peine correctionnelle ». Le terme « pénalité » se retrouve quant à lui dans le Code civil ailleurs que dans l'article 1231-5 aux articles 730-5 et 2293. L'article 730-5 évoque *« les pénalités de recel prévues à l'article 778 »* et cet article nous indique la sanction : *« l'héritier qui a recelé des biens ou des droits d'une succession ou dissimulé l'existence d'un cohéritier est réputé accepter purement et simplement la succession, nonobstant toute renonciation ou acceptation à concurrence de l'actif net, sans pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou les droits détournés ou recelés »***.** Dans ce cas, la pénalité vise une sanction exclusivement civile marquée d'un caractère d'automaticité et dénuée de coloration morale ou grave comme porte en lui le droit pénal. Quant à l'article 2293 il évoque les accessoires à la dette dans le cadre d'un contrat de cautionnement : *« Lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités. »*. On comprend ici que le terme « pénalité » vise non pas une sanction civile, mais une éventuelle sanction contractuelle qui aurait été prévue par les parties. Encore une fois, l'expression et le contexte n'indiquent aucune connotation proprement pénale et visent davantage un mécanisme automatique de sanction entendu comme une simple conséquence plus que comme une punition.

La « pénalité » de l'article 1231-5 du Code civil est donc à comprendre dans le sens d'une sanction en tant que dispositif automatique plus que punitif comme l'on peut dire d'un diplôme qu'il « sanctionne » des années d'étude. La pénalité est ainsi le véritable synonyme de l'indemnité contractuelle mentionnée au premier alinéa de l'article 1231-5, comme l'indique par ailleurs explicitement le renvoi par le terme nouvellement ajouté « ainsi ». La pénalité, comprise finalement comme l'indemnité contractuelle, donc contraignante, prend tout son sens quand on saisit la véritable ampleur de l'article 1231-5 du Code civil. En effet, on peut dire de la clause

[259] Nous visons ici le terme « peine » en tant que sanction et non lorsqu'il intègre l'expression « à peine de… » qui exprime une simple conséquence de sanction : « à peine de nullité » (article 1322 du Code civil) ou « à peine de dénaturation » (article 1192 du Code civil).

limitative de réparation qu'elle dispose d'une pénalité à l'égard du créancier en ce qu'elle contrevient à sa juste indemnisation, de même pour la clause pénale à l'égard du débiteur.

Enfin, l'usage du terme « pénalité » au second alinéa au lieu d'une simple reprise de l'énoncé figurant au premier alinéa « une certaine somme à titre de dommages-intérêts » se justifie par le contexte de son énonciation. En effet, s'il est simplement question au premier alinéa de décrire le cadre non litigieux, il en va du contraire au second alinéa. Dans ce dernier, il est question de viser la « certaine somme » convenue lorsqu'elle s'est révélée être un forfait inique pénalisant lourdement le créancier, s'il est manifestement dérisoire, ou le débiteur, s'il est manifestement excessif.

Il ressort donc de ce changement de dénomination que la « peine » est reléguée au champ du droit pénal et de sa fonction punitive. Il n'a donc jamais été aussi vrai de parler de la fonction réparatrice du droit civil et de la fonction punitive du droit pénal comme deux fonctions distinctes. Les Professeurs Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA affirmaient timidement : *« Exit donc la fonction comminatoire, le lien de la clause pénale avec sa vocation punitive étant à peine suggéré par l'usage des termes pénalité et peine dans le texte. Ce serait donc plus par tradition que par souci de rigueur dans les qualifications que l'on persisterait, à l'avenir, à nommer clauses pénales les clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil »*[260]. En effet, l'expression « clause pénale » ne doit viser désormais que les seules clauses pénales *stricto sensu*. L'article 1231-5 du Code civil vise simplement plus de clauses que cette seule clause pénale *stricto sensu*. Elle vise aussi, pour les raisons que nous développons, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation. Il n'y a donc pas lieu de dire que l'article 1231-5 du Code civil fait référence à la clause pénale, comme l'ancien article 1226 faisait référence à elle ou comme, par erreur d'interprétation, l'ancien article 1152. Désormais, l'article 1231-5 du Code civil est délié de toutes notions de clauses particulières, bien qu'il puisse trouver à s'appliquer à elles si elles se retrouvent en lui.

[260] G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018, n° 687, p. 598.

126 – Les conséquences de ces changements sur l'interprétation de l'article. L'article 1231-5 du Code civil n'a définitivement plus de lien avec la notion de clause pénale. Est-ce à dire pour autant que la clause pénale ne saurait être révisée sur le fondement de ce nouvel article ? Assurément, non. Si l'article 1231-5 ne vise pas précisément et exclusivement la clause pénale, cela ne signifie pas que la clause pénale ne peut pas se reconnaître en ses termes. En effet, la peine de la clause pénale se retrouve dans la définition que nous avons donnée de la pénalité comme sanction automatique, comme synonyme des dommages et intérêts forfaitaires du premier alinéa. La neutralité du terme pénalité accepte ses acceptions plus connotées comme celles de peine.

Mais il nous faut également dissiper une attitude jusqu'à présent persistante. À savoir la posture, souvent inconsciente, consistant à lire le premier alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil comme la définition d'une clause spécifique, nommée selon les cas clause d'indemnisation forfaitaire ou clause pénale. En effet, si l'ancien article 1226 définissait précisément la clause pénale comme *« celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution. »* l'ancien article 1152 du Code civil n'a jamais défini expressément une clause. Par raccourci, la doctrine a très rapidement parlé de la clause d'indemnisation forfaitaire comme notion référente de cet article. L'expression pouvait être comprise comme renvoyant tantôt à une clause spécifique, tantôt à un intitulé d'une catégorie vaste de clauses particulières. Toujours est-il qu'il s'en est suivi une application à la seule clause pénale. Pourtant, tant le contexte que l'article lui-même indiquent sans ambiguïté que l'article 1231-5 du Code civil, et l'article 1152 avant lui, ne dispose pas d'une définition d'une clause spécifique, mais seulement d'un périmètre de clauses visées et d'un régime assorti. Comme le relevait déjà le Professeur Jacques MESTRE pour l'ancien article 1152, la question du domaine de la loi du 9 juillet 1975 doit être dissociée de celle de la qualification de clause pénale[261]. Autrement dit, la lecture de l'ancien article 1152 et *a fortiori* du nouvel article 1231-5 du Code civil doit être dissociée de la notion de clause pénale ou d'autres clauses.

D'ailleurs, la rédaction même de l'article oblige cette analyse. À l'inverse de l'ancien article 1226 qui disposait expressément d'une définition de la clause pénale, le nouvel article 1231-5 invite à confronter toute clause à sa lettre. Ainsi, la conjonction de subordination *« lorsque »* introduit une

[261] J. MESTRE, obs., *RTD civ.* 1985, p. 372.

subordonnée conjonctive circonstancielle de temps *« le contrat stipule que… »*. Comme son nom l'indique, la proposition subordonnée conjonctive circonstancielle apporte des précisions sur les circonstances dans lesquelles a lieu la proposition principale, en l'occurrence : *« il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre »*. Il s'agit donc pour le législateur de situer les conditions d'application d'un régime et non de définir une notion précise. Il en va donc de la structure même de l'article 1231-5 du Code civil de pas être associé à une notion précise, comme on a pu le dire de l'ancien article 1152 et de la clause pénale, mais de simplement disposer d'un régime, à charge pour le juriste de caractériser ou non l'intégration de telle ou telle clause d'espèce dans son périmètre d'application.

127 – La notion de clause d'indemnisation forfaitaire : une catégorie englobante et une notion récapitulative de l'article 1231-5 du Code civil ?. L'article 1231-5 du Code civil entérine ce que le Professeur Jacques MESTRE appelait de ses vœux dès 1985 pour l'ancien article 1152 et sa relation à la clause pénale. Il n'est plus question de comprendre l'article comme définissant une clause particulière et déroulant son régime propre. Au contraire, aucune définition notionnelle ne figure dans l'article 1231-5 du Code civil qui se contente de disposer un périmètre au sein duquel se retrouveront plusieurs clauses particulières. Reste néanmoins qu'il convient, tant pour la pratique que pour la doctrine, de pouvoir résumer en une expression le spectre du pouvoir de révision judiciaire. À cet égard, bien que nous ayons jusqu'à présent dissocié la clause d'indemnisation forfaitaire des clauses pénales et des clauses limitatives de réparation, il nous faut reconnaître que cette première constitue un candidat sérieux pour s'élever au rang de catégorie englobante et comme notion récapitulative du périmètre d'application défini par l'article 1231-5 du Code civil.

En effet, nous avons rappelé que la clause pénale est aussi une clause d'indemnisation, cela en dépit du fait qu'elle est d'abord une clause punitive, et sur ce point il est évident que la clause limitative de réparation concerne l'indemnisation en ce qu'elle entend lui apporter une limite. De plus, toutes deux disposent d'un caractère forfaitaire. La clause pénale porte dans sa définition même la nature forfaitaire. La peine, en effet, est un forfait teinté des caractères comminatoires et punitifs. Quant à la clause limitative de réparation, nous avons vu que son plafond est en réalité

presque systématiquement un forfait qui ne dit pas son nom[262]. Il s'agit alors d'un forfait d'indemnisation minorant. En conséquence, tant la clause pénale que la clause limitative de réparation sont des clauses d'indemnisation forfaitaire *lato sensu*. La clause d'indemnisation forfaitaire *stricto sensu* se trouve lorsque les parties ont entendu calquer précisément le montant du forfait d'indemnisation au *quantum* du préjudice subi en cas d'inexécution du débiteur de son obligation. La clause d'indemnisation forfaitaire se trouve donc être tant une clause spécifique qu'une notion au sein de laquelle se retrouvent les clauses pénales et l'immense majorité des clauses limitatives de réparation. On peut donc dire pour simplifier que l'article 1231-5 du Code civil soumet au contrôle de l'abus et au risque d'une révision judiciaire les clauses d'indemnisation forfaitaire.

128 – Conclusion de la section 2. L'article 1231-5 du Code civil se donne à lire dans le contexte de changements induits par la réforme tant au niveau macro, c'est-à-dire au plan des grands mouvements du Code civil, qu'au niveau micro, c'est-à-dire au plan du texte de l'article lui-même. L'analyse macro révèle que le principe de justice contractuelle constitue un souci majeur du législateur. Ainsi, le juge doit pouvoir sanctionner les comportements abusifs d'une partie en position de force qui abuse de l'autre en position de faiblesse. En outre, le Code civil unifie désormais explicitement au sein d'une unique section le traitement de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution par le débiteur de son obligation. Or, il est notable de remarquer que l'article 1231-5 du Code civil figure au sein de cette section. Cette position est lourde de sens quant au but que le législateur a entendu conférer à l'article 1231-5. Ce but est simple, il est de permettre au juge de connaître de toutes clauses indemnitaires, et de pouvoir les réviser si elles s'avèrent manifestement excessives ou dérisoires. Cette conclusion se renforce dès lors que l'on considère les changements intra-articles.

Si l'on peut en effet croire que les anciens articles 1226 et suivants du Code civil ont été fondus dans le nouvel article 1231-5 du Code civil, il n'en est, en réalité, rien. Les articles 1226 et suivants ont été purement et simplement supprimés. L'expression « clause pénale » n'existe plus, de même que son objet la « peine ». Le terme « pénalité » qui lui succède trahit la volonté de dépouiller la « peine », en tant que condition de révisabilité, de toute substance punitive. D'ailleurs, le lien avec

[262] Cf. *supra* n° 35 et s.

le premier alinéa devient explicite avec le renvoi à la mention d' « une certaine somme à titre de dommages et intérêts » par l'expression « la pénalité ainsi convenue ». Désormais, le périmètre des clauses visées par le nouvel article 1231-5 du Code civil est défini sans référence à un caractère punitif, et permet d'accueillir toute clause indemnitaire, que son objet ait un caractère punitif ou non.

129 – Conclusion du chapitre 2. Le nouvel article 1231-5 du Code civil constitue le point d'orgue de deux mouvements liés : celui du déclin du caractère punitif de la clause pénale et celui du renouveau du caractère indemnitaire comme critère prépondérant du pouvoir de révision judiciaire. D'abord, il convient de reconnaître le souci toujours plus prégnant de l'équilibre contractuel. En premier lieu, expressément introduit dans le droit de la consommation, la sanction du déséquilibre contractuel a peu à peu fait son introduction en droit de la concurrence pour triompher en droit des contrats. Ce mouvement inéluctable vise à redonner les moyens aux parties faibles dans les contrats qui, lors de la rédaction du Code civil en 1804, ne pouvaient être ainsi considérées eu égard à un contexte économique et social bien plus horizontal qu'aujourd'hui. Ces grands mouvements du droit trouvent leur parallèle à l'échelle de la seule clause pénale. Au début non révisable, le législateur a fini en 1975 par permettre leur révision judiciaire tant la rigidité du droit conduisait à des abus de la part de contractant en position de force. Plus encore en 1985, le législateur a permis au juge de se saisir même d'office afin de réviser les peines manifestement excessives ou dérisoires et dans les cas où le débiteur s'est partiellement exécuté, ceci afin de renforcer un peu plus la protection des débiteurs en position de faiblesse. En atteignant la force obligatoire de la clause pénale, le législateur a attenté par conséquent à son caractère comminatoire. En effet, la dissuasion vient d'abord et avant tout de l'intangibilité de la peine.

Sur cette toile de fond, la réforme de 2016 est venue achever un pressentiment, celui de la disparition des textes de la notion de clause pénale et de la valorisation du seul caractère indemnitaire comme critère prépondérant à l'activation du pouvoir de révision judiciaire. Par ce mouvement, le texte de l'article 1231-5 du Code civil peut accomplir sa vocation, celle d'être compris de manière autonome, sans aucun attachement à quelques clauses particulières qui en constitueraient le soubassement et la clé d'interprétation. L'article 1231-5 ne définit aucune clause particulière, mais dispose simplement d'un régime pour toute clause qui se trouverait dans le

périmètre des clauses visées par le premier alinéa. Fidèle à son souhait de « *répondre à l'exigence croissante de justice contractuelle* »[263], la réforme de 2016 unifie ainsi le traitement de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution par le débiteur de son obligation et place le nouvel article 1231-5 dans cet ensemble à la vocation claire et limpide : celle de traiter de la réparation du préjudice et non d'encadrer le régime d'une peine privée. Au sein même de l'article, les changements subtils, mais importants vont en ce sens. L'expression de « peine » est adoucie par celle de « pénalité », quittant une connotation spécifique pénale pour glisser vers l'idée d'une simple contrainte manifestement excessive ou dérisoire sur le débiteur ou le créancier. Ainsi, l'interprétation centrée sur la clause pénale disparaît et permet de restituer au premier alinéa toute l'amplitude de sa signification et ainsi d'ouvrir le pouvoir de révision judiciaire aux clauses pénales, aux clauses d'indemnisation forfaitaire et aux clauses limitatives de réparation manifestement excessives ou dérisoires.

130 – Conclusion du titre 2. L'histoire du droit nous apprend que la peine et les dommages-intérêts ont toujours entretenu une relation compliquée, oscillant entre franche assimilation et nette distinction. Ainsi, le droit romain révèle déjà à lui seul une évolution, car on y repère qu'à l'origine la clause pénale était considérée comme une institution exclusivement punitive[264] et non révisable pour évoluer vers une clause pénale considérée comme disposant d'un simple forfait d'indemnisation[265]. L'Ancien droit marque le retour de l'exclusivité du caractère punitif de la clause pénale[266] jusqu'au moment où les canonistes contestent l'usage peu scrupuleux de certains rédacteurs de contrat qui abusèrent du mécanisme[267]. C'est pourquoi le caractère punitif est peu à peu supplanté par le seul caractère indemnitaire. Puisqu'il s'agissait alors d'une simple clause d'indemnisation forfaitaire, il y avait tout lieu de pouvoir en réviser le montant puisque le mécanisme visait, en principe, à indemniser justement la partie lésée. Les discussions qui inaugurèrent le processus d'assomption au droit positif du Code civil de 1804 reprirent les termes du débat[268]. Finalement, la clause pénale est parfaitement définie à l'ancien article 1226 et ainsi

[263] *Présentation en Conseil des ministres*, 25 févr. 2015.
[264] Cf. *supra* n° 92.
[265] Cf. *supra* n° 93.
[266] Cf. *supra* n° 95.
[267] Cf. *supra* n° 96 et s.
[268] Cf. *supra* n° 102 et s.

distinguée de la clause d'indemnisation forfaitaire dont le régime est disposé à l'ancien article 1152 du Code civil, sans pour autant que le juge puisse réviser l'une ou l'autre[269]. On croirait à ce moment être parvenu à une distinction comprise et digérée mais il n'en fut rien. Très vite la nuance est balayée, les deux articles confondus[270]. Ce mouvement arrive, selon nous, à son terme grâce au nouvel article 1231-5 du Code civil qui apporte une clarification définitive. Ce nouvel article intervient à la suite d'un droit moderne qui apporte des corrections au libéralisme dérégulé du Code civil de 1804. Ainsi, la justice contractuelle fait une entrée remarquée dans le paysage juridique[271]. En notre matière, on voit la sanction du déséquilibre s'introduire d'abord en droit de la consommation pour parvenir jusqu'au droit civil[272], nuançant ainsi l'idée d'une force obligatoire des clauses toute puissante[273]. Dans ce contexte, l'article 1231-5 du Code civil reprend à son compte cette philosophie générale. En effet, la suppression des anciens articles 1226 et suivants du Code civil et avec eux de la notion de clause pénale donne le ton du changement de paradigme[274]. En outre, la liaison malheureuse de l'ancien article 1152 avec la notion de clause pénale incarnait par le recours au terme de « peine » au second alinéa disparaît au profit du terme « pénalité » dans la nouvelle formule de l'article 1231-5 du Code civil[275]. Ce terme, vidé de toute connotation proprement punitive, laisse simplement subsister l'idée d'une contrainte à l'égard de l'une ou l'autre des parties. De plus, le rangement de l'article 1231-5 sous une sous-section traitant de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat laisse peu de doute sur sa prétention universelle[276]. Fort de ces éléments, succinctement rappelés, l'article 1231-5 peut enfin être lu, à la différence de son prédécesseur l'ancien article 1152, comme disposant d'un régime visant toute clause indemnitaire et forfaitaire. Il ne peut être question de lire cet article comme disposant d'une définition et d'un régime propre à la clause pénale.

[269] Cf. *supra* n° 104.
[270] Cf. *supra* n° 105.
[271] Cf. *supra* n° 110.
[272] Cf. *supra* n° 111 et s.
[273] Cf. *supra* n° 115 et s.
[274] Cf. *supra* n° 124.
[275] Cf. *supra* n° 125.
[276] Cf. *supra* n° 126 et 127.

Conclusion de la première partie

L'ancien article 1152 du Code civil emportait avec lui de nombreux malentendus. La loi de 1975 qui permit la révision des clauses pénales entérina durablement l'interprétation selon laquelle l'article 1152 disposait de la définition et du régime de la clause pénale[277]. Il en résultait une violence faite à un article qui disposait initialement et simplement du régime de toute clause indemnitaire et forfaitaire, celui-ci consistant en une intangibilité, une application de l'autonomie de la volonté et de la force obligatoire en la matière[278]. Entre autres conséquences, on peut citer la possibilité d'une révision à la baisse comprise comme la réponse à une erreur regrettable d'appréciation des parties du montant du préjudice éventuel dans le cadre de la détermination de leur clause pénale[279].

À ces incompréhensions, le nouvel article 1231-5 répond par une clarification qui tient, si l'on simplifie, en un geste simple : l'abandon de la peine au profit de la pénalité et son assimilation à l'indemnité. Ainsi, l'article 1231-5 renoue avec une cohérence interne en disposant au premier alinéa du périmètre des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire dont les conditions d'exercice sont indiquées au second alinéa. Afin de saisir quelles clauses sont visées par ce nouvel article, il nous fallait comprendre la nature de l'indemnité dont il est question au premier alinéa et celle de la pénalité au second, afin de pouvoir conclure à leur assimilation et à son sens.

Cette *« certaine somme à titre de dommages et intérêts »* dissimule derrière l'apparente simplicité de la formule et de ses concepts, une réalité complexe. La doctrine paraphrase souvent la formule en parlant de forfait d'indemnisation. Par cette expression raccourcie, il veut être rappelé le caractère global et déterminé de l'enveloppe convenue de dommages-intérêts[280]. S'il est aujourd'hui clair que ce forfait révisable ne peut être qu'une somme d'argent[281], à la différence de l'ancien article 1226 du Code civil qui permettait à la peine de la clause pénale d'être une

[277] Cf. *supra* n°15.
[278] Cf. *supra* n°16.
[279] Cf. *supra* n°40.
[280] Cf. *supra* n°28.
[281] Cf. *supra* n° 51 et 52.

obligation en nature, il n'est étonnamment pas évident qu'il s'agisse d'une enveloppe déterminée et fixe. Le pragmatisme des juges oblige à conclure que l'indemnité est un forfait protéiforme, un forfait dont la nature forfaitaire est malléable. En effet, il n'est qu'à constater la révision des pénalités plafonnées, des moratoires, ou d'autres mécanismes complexes[282]. Sur ce point, le pragmatisme doit continuer de se déployer vers les plafonds d'indemnisation stipulés par les clauses limitatives de réparation[283]. Ces derniers sont souvent, si ce n'est toujours, fixés de telle sorte à être forcément atteints en cas d'inexécution du débiteur. En résulte de faux plafonds, des forfaits déguisés. Dans ces cas, il s'agit, pour être plus précis, non pas tant de clauses limitatives de réparation que de clauses d'indemnisation forfaitaire minorantes[284]. L'admettre serait permettre au juge, outre de faire droit à la lettre de l'article 1231-5 du Code civil, de connaître des situations de rupture excessive d'équivalence entre le montant du forfait minorant et le montant du préjudice réel[285]. L'appréhension judiciaire de ces forfaits d'indemnisation révisables continue de montrer leur caractère adaptable. Le pouvoir de révision judiciaire est marqué par une constante attention à la réduction des injustices liées aux écarts importants et préjudiciables entre le montant stipulé par la clause litigieuse et le montant du dommage effectivement subi[286]. Faisant parfois fi des formes *a priori* éloignées de la forme forfaitaire pour connaître d'objet juridique complexe, le juge ose les ramener à un forfait pur et simple d'un montant raisonnable compte tenu du préjudice subi par le créancier. Mais tout ceci concourt encore à rappeler simplement la révision possible des clauses pénales. Il faut pour reconnaître que la révision judiciaire de toutes les clauses indemnitaires et forfaitaires, parmi lesquelles un grand nombre de clauses limitatives de réparation, lever un dernier obstacle, celui de savoir si la « pénalité » du second alinéa n'exclut pas de fait de pouvoir connaître de ces clauses-là.

La *« pénalité »* succède à la *« peine »* des anciens articles 1152 et 1226 et suivants du Code civil. Cette dernière notion contenait en elle-même depuis toujours une proximité avec la notion d'indemnité. Dès le droit romain, la clause pénale est comprise successivement comme une

[282] Cf. *supra* n°65 et 66.
[283] Cf. *supra* n° 67 et s.
[284] Cf. *supra* n° 35 et s.
[285] Cf. *supra* n° 81 et s.
[286] Cf. *supra* n° 84 e 85.

institution exclusivement punitive puis comme une institution exclusivement indemnitaire[287]. L'Ancien droit repris à son compte, pour d'autres raisons, ce tangage juridique[288]. Ces atermoiements se retrouvèrent discutés lors des débats qui entourèrent les projets de Code civil[289]. Il en résulta une distinction nette entre l'ancien article 1152 du Code civil, qui rappelait simplement la force obligatoire attachée aux clauses indemnitaires et forfaitaires, et les anciens articles 1226 et suivants du Code civil qui définissait et disposait du régime de la clause pénale[290]. Aucune révision de l'une ou l'autre n'était possible. La peine de l'ancien article 1226 n'avait alors rien de commun avec l'indemnité de l'ancien article 1152. Pourtant, les commentateurs firent très vite l'amalgame et comprirent l'ancien article 1152 comme s'appliquant aux clauses pénales. La confusion fut entérinée en 1975 lorsque le législateur lui-même inscrivit au sein de l'ancien article 1152 la possibilité de réviser les clauses pénales dont il était question aux anciens articles 1226 et suivants.

Le nouvel article 1231-5 du Code civil remédie à cette confusion par la suppression radicale de toute référence à la clause pénale. La section qui lui était dédiée est entièrement supprimée et avec elles tous les anciens articles 1226 et suivants du Code civil[291]. Quant à l'ancien article 1152 du Code civil, il est toiletté pour devenir le nouvel article 1231-5 par le remplacement de la *« peine »* par la *« pénalité »*[292] ainsi que par la modification de la proposition subordonnée *« qui avait été convenue »* en *« ainsi convenue »*. L'absence de référence à la clause pénale permet de restaurer la portée universelle de l'article et du pouvoir de révision judiciaire. Quant à la modification de la proposition subordonnée, elle permet de restaurer le lien avec le premier alinéa et fonde syntaxiquement la synonymie avec l'indemnité. Si l'on peut craindre que le terme *« pénalité »* fasse subsister une ambiguïté quant à l'application du pouvoir judiciaire à la seule clause pénale, il n'en est rien. D'abord parce que le mouvement justifiant le passage de la *« peine »* à la *« pénalité »* va dans le sens d'une dépénalisation du concept et augure le glissement vers une simple acception indemnitaire. Ensuite, parce que toute clause indemnitaire et forfaitaire révisable est « punitive » en ce sens qu'elle défavorise l'une ou l'autre des parties selon que le forfait

[287] Cf. *supra* n° 92 et s.
[288] Cf. *supra* n° 94 et s.
[289] Cf. *supra* n° 102 et 103.
[290] Cf. *supra* n° 104 et 105.
[291] Cf. *supra* n° 124.
[292] Cf. *supra* n° 125.

d'indemnisation est minorant ou majorant. Ainsi, l'utilisation du terme *« pénalité »* se justifie par la nécessité de marquer syntaxiquement la réalité d'*« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »* prise dans son expression *« manifestement excessive ou dérisoire »*. À cela s'ajoute que l'article 1231-5 du Code civil s'insère dans une sous-section dédiée à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat. En conséquence, au contraire de l'ancien article 1152 qui pouvait encore être compris comme définissant la clause pénale et s'appliquant à elle seule, le nouvel article 1231-5 évite cet écueil et déploie sans ambiguïté toute sa signifiance, celle de viser toutes clauses indemnitaires et forfaitaires[293].

Cette compréhension de l'article 1231-5 du Code civil est d'autant plus confirmée lorsqu'on considère l'évolution du droit et le contexte plus global dans lequel s'insère la réforme. À partir des années 50 et des bouleversements socio-économiques induits par le développement d'une société de consommation qui multiplie les rapports contractuels déséquilibrés entre le consommateur-personne physique et le professionnel-entreprise, le droit a réagi en réinstaurant dans le droit de la justice contractuelle[294]. En partant d'abord du droit de la consommation, puis en passant par le droit de la concurrence pour ensuite aboutir au droit des contrats, la vaste notion de déséquilibre contractuel imprégna l'appréciation de l'ensemble des rapports économiques et contractuels[295]. De ce point de vue, l'élargissement du périmètre des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire répond à cet objectif. Ce d'autant plus que les motivations de la réforme indiquent expressément le souhait de répondre de manière à l'exigence croissante de justice contractuelle.

Ces arguments brièvement rappelés permettent de conclure que l'article 1231-5 du Code civil ne doit pas être, comme l'ancien article 1152 du Code civil, interprété sous le prisme de la clause pénale. L'interprétation notionnelle qui a pu prévaloir par le passé doit cesser. Le texte ne définit ni ne vise une clause particulière, mais, au contraire, circonscrit un périmètre vaste d'application qui inclut toute clause indemnitaire et forfaitaire. La pénalité du second alinéa et les dommages et intérêts du premier ne visent qu'une seule et même réalité, qu'un seul et même objet juridique. En conséquence, et pour le dire de manière très pratique, les clauses pénales, les clauses

[293] Cf. *supra* n° 126 et 127.
[294] Cf. *supra* n° 110.
[295] Cf. *supra* n° 111 et s.

d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation peuvent encourir la révision judiciaire dès lors qu'elles stipulent un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire. Partant, il nous faut voir les incidences de la révision de toutes clauses d'indemnisation forfaitaire manifestement excessives ou dérisoires. Afin de simplifier la nomination de ces cas, nous parlerons pour la suite des clauses indemnitaires démesurées. Le terme « démesure » est préféré au terme d'abus, recouvrant dans bien des champs du droit des réalités aujourd'hui bien définies, et renvoie à cette idée de rupture excessive dans le rapport entre le forfait et le préjudice subi, que ce soit dans le sens de l'excès ou de la dérision.

Partie 2 – Les conséquences de la synonymie entre l'indemnité conventionnelle et la pénalité

131 – Plan. Au terme de la première partie de notre développement, nous avons conclu que toute clause d'indemnisation forfaitaire manifestement excessive ou dérisoire – autrement dit toute clause stipulant un forfait d'indemnisation, entendu *lato sensu*, manifestement excessif ou dérisoire – est susceptible d'être révisée par le juge au visa de l'article 1231-5 du Code civil. Cette conclusion s'impose à la seule lecture des termes du nouvel article. Ainsi, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation peuvent potentiellement voir le *quantum* de leur objet révisé, s'il s'avère que le montant est manifestement excessif ou dérisoire par rapport au préjudice subi par le créancier. Ce mouvement introduit un changement majeur, celui de l'unification de traitement des clauses indemnitaires démesurées (Titre 1), état de fait dont les limites doivent toutefois être évoquées (Titre 2).

Titre 1 – La révision de toute clause d'indemnisation forfaitaire démesurée

132 – Introduction. L'unification de traitements des clauses d'indemnisation forfaitaire démesurées dépasse le cadre du seul du seul alinéa 1er de l'article 1231-5 du Code civil. La nature et le mécanisme mêmes des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaires et des clauses limitatives obligeaient une fusion progressive de leur appréhension par les cocontractants en premier lieu et en dernier lieu par le juge. Cela résulte, en réalité, du fait que bien plus que des clauses distinctes, les clauses mentionnées se comportent comme des variations, ou des déclinaisons, d'un seul et même mécanisme fondamental : l'indemnisation forfaitaire fixée par anticipation et due en cas d'inexécution d'une obligation. Dépassant le seul cadre de l'article 1231-5 du Code civil, on peut repérer les germes de cette unité de traitement avant 2016 (Chapitre 1). Cet effort de discernement, outre qu'il permet de mieux attester le changement de paradigme

inauguré par l'article 1231-5 du Code civil, permet de saisir la portée de l'achèvement de cette unification de traitement (Chapitre 2).

Chapitre 1 – Les germes de l'unification avant la réforme

133 – Les germes de l'unité de traitement dans la volonté contractuelle et le contrat. Évidemment, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaires et les clauses limitatives de réparation ont en commun leur caractère contractuel, mais surtout leur expression particulière de ce caractère. Par l'expression « caractère contractuel » nous voulons désigner le processus global de contractualisation, c'est-à-dire et la volonté de contracter et le contrat lui-même. Cette volonté contractuelle, spécifique aux clauses qui nous occupent, est essentielle dans l'article 1231-5 du Code civil, peut-être plus qu'ailleurs, dans la mesure où ses implications sont importantes et singulières. En effet, cette volonté-là, qui n'a évidemment pas attendu l'article 1231-5 pour se manifester, implique de convenir d'une somme qui a pour but de déroger à l'aléa judiciaire. Cette fixation par avance est, de fait, risquée. Nous verrons que les contractants ont à cet égard une semblable intention, qu'il s'agisse de l'une ou l'autre de ces clauses (Section 1). Il s'agit toujours d'anticiper les conséquences de l'inexécution par le débiteur de son obligation. C'est cette même gravité attachée aux mécanismes de forfait indemnitaire anticipé qui conduit à l'alignement des rapports des clauses citées avec le contrat qui les comporte (Section 2).

Section 1. L'intention semblable des contractants

134 – L'unité des clauses indemnitaires et forfaitaires en théorie et en pratique. Évidemment, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives sont toutes issues d'une volonté particulière. Chacune répond à un besoin spécifique. Nous le savons, la peine de la clause pénale vise à contraindre le débiteur de s'exécuter, le forfait de la clause d'indemnisation forfaitaire vise à anticiper la réparation, tandis que le plafond de la clause limitative de réparation vise à limiter l'éventuelle réparation due par le débiteur. Néanmoins, derrière les caractéristiques propres à la volonté originelle de chacune de ces clauses, un

dénominateur commun, qui permet de les considérer comme une unité. En effet, qu'il s'agisse pour le débiteur de limiter son risque pécuniaire en cas d'inexécution, pour le créancier de s'assurer une indemnisation en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation et de l'inciter à correctement s'exécuter, ou pour les parties d'anticiper ensemble forfaitairement les conséquences de l'inexécution, il s'agit toujours d'anticipation de l'éventuelle indemnisation. Cette unité d'intention s'identifie tant dans la théorie (§1) que dans la pratique (§2).

§1. L'unité intentionnelle des clauses d'indemnisation forfaitaire en théorie

135 – La liberté contractuelle et l'infinité des volontés. Conformément au principe de liberté contractuelle énoncé par les articles 1101 et suivants du Code civil, les parties ont une entière liberté dans la formulation de la clause, dans la définition de son contenu, dans la portée de la contrainte. Puisqu'il y a autant d'engagements possibles qu'il n'y a de volontés, on pourrait soutenir qu'aucune clause n'est semblable à une autre. Si le fond, la volonté, prime sur la forme, la clause écrite, il n'y a pour ainsi dire aucune clause semblable. Deux clauses similaires d'un point de vue formel renfermeront toujours des volontés différentes. Le droit trace des frontières qui permettent de se départir de cette infinité de volontés pour les regrouper au sein de catégories déduites des similarités que donne à constater leur résultat dans l'ordonnancement juridique. Ainsi dit-on qu'il existe une notion de clause d'indemnisation forfaitaire, une de clause limitative de réparation, une autre de clause pénale. Chacune de ces notions est décelée dans l'une ou l'autre des clauses qu'il est nécessaire d'analyser ou invoquée au soutien d'une volonté particulière afin d'ancrer son résultat dans un champ prédéfini de règles. La qualification juridique, en somme, procède selon un raisonnement inductif, pour déceler les traits communs entre plusieurs volontés afin de définir ensuite une notion qui à son tour saisit dans un raisonnement déductif permettra de qualifier une clause. C'est ce mouvement qu'il convient de saisir, de retracer, pour déceler les similitudes des volontés qui suscitent les clauses mentionnées, en dépit des différences qui justifient leur distinction, et voir si celles-ci fondent une preuve de leur inclusion au sein du champ d'application de l'article 1231-5 du Code civil. À chaque étape de l'avènement de la clause dans l'ordonnancement juridique des similitudes pertinentes se découvrent et esquissent le rapprochement des clauses étudiées.

136 – La négociation et la gestion du risque : une posture identique. Dans les contrats d'adhésion, les clauses abusives – qualification susceptible d'accueillir les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaires et les clauses limitatives de réparation – peuvent être sanctionnées sur le fondement du déséquilibre significatif[296]. Hors ce cas, les clauses citées font généralement l'objet d'âpres négociations, car elles intéressent la responsabilité, sujet important pour les acteurs de la vie économique. L'étude de la négociation de ces clauses révèle l'attitude systématique des parties qui consiste simplement à vouloir gérer le risque pécuniaire qui découle de l'inexécution potentielle par le débiteur de son obligation. Il n'est pas toujours simple de déterminer la véritable nature d'une clause. La rédaction même des termes est parfois obscure. La somme stipulée dans la clause peut alors apparaître à la fois comme un forfait, comme un plafond, comme une peine. Sur le plan des contrats de gré à gré, toute clause stipulant une sanction éventuelle, qui plus est automatique lors d'une inexécution contractuelle, constitue nécessairement un point d'achoppement lors de la négociation. Le temps de la négociation inaugure le cheminement vers la contractualisation et donne ses premières couleurs à l'intention qui sous-tend la clause. C'est en elle que se façonnent les raisons profondes de l'émergence dans l'ordonnancement juridique d'une clause. La négociation est également le théâtre de l'ajustement du rapport de force entre le créancier et le débiteur de l'obligation. Dans les relations commerciales, chacun a intérêt à s'éviter un engagement trop important, à sécuriser ses propres intérêts, et à s'assurer une meilleure position que celle du cocontractant. La négociation est donc le lieu de la discussion des ajustements contractuels qui définiront par la suite le rapport d'obligations définitif entériné dans et par le contrat.

137 – La symétrie des intérêts. Dans le champ des clauses qui nous intéressent, le créancier de l'obligation aura intérêt à sécuriser au maximum ses intérêts et par là même stipuler au sein du contrat une « somme » élevée en cas d'inexécution du débiteur. À l'inverse, on comprend bien pourquoi le débiteur, quant à lui, a intérêt à ce que cette « somme » soit minime. Que l'objectif de la clause soit celui d'une sanction du débiteur de l'obligation en cas d'inexécution ou celui d'une limitation de sa propre responsabilité dans le même cas, il n'en demeure pas moins que

[296] Article 1171 du Code civil : *« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. ».*

dans l'un et l'autre cas les intérêts des deux parties sont les mêmes. Il s'agit là d'un premier point de convergence entre les clauses d'irresponsabilité étudiées. Disons-le explicitement pour chaque cas :

- dans le cadre d'une clause limitative de réparation : le créancier de l'obligation a intérêt à voir la responsabilité du débiteur défaillant la moins limitée possible, autrement dit à stipuler une limite la plus haute possible, à savoir une somme importante.
- dans le cadre d'une clause d'indemnisation forfaitaire : le créancier de l'obligation a intérêt à apprécier largement, en amont, son éventuel préjudice découlant de l'inexécution du débiteur de l'obligation couverte par la clause. Ainsi, il stipulera autant que possible une somme importante afin de couvrir en toute hypothèse son préjudice probable.
- dans le cadre d'une clause pénale : le créancier de l'obligation a dans ce cas la volonté, outre de couvrir son éventuel préjudice, de sanctionner l'inexécution éventuelle du débiteur et du même coup de prévenir ce risque par l'effet comminatoire de la peine stipulée. Le but sera donc pour lui de stipuler la somme la plus forte possible.

On remarque que dans toutes ces hypothèses les intérêts du créancier convergent, et il en est de même, mais en sens inverse des intérêts du débiteur. En effet, s'il s'agit d'une clause ayant pour but de sanctionner l'inexécution du débiteur, le créancier aura intérêt à ce que la « somme » soit la plus élevée possible, cela afin de compenser, voire de dépasser, le quantum de son préjudice. Dans le cas où la clause vise à limiter la responsabilité de celui qui ne s'exécute pas alors de même le créancier de l'obligation aura tout intérêt à ce que cette limitation de responsabilité soit la moins importante possible, il en découle qu'il aura tout intérêt à négocier une limite haute. Le raisonnement est le même pour le débiteur.

La négociation des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation répond sur ce point à une même logique. L'enjeu pour toutes est finalement presque unique : il s'agit de définir la somme due en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation.

Passer l'étape de la définition des conditions d'activation de la clause, c'est-à-dire de son propre champ d'application relatif aux obligations sanctionnées, il ne reste que l'unique curseur de la

somme à payer. C'est là qu'achoppent les volontés antagonistes des parties, de ce rapport de force naîtra un montant déterminé ou déterminable. À ce stade on perçoit que les objets se laissent apprécier sur un même plan dont la seule balance du rapport de force arrêtera le curseur sur l'une ou l'autre des clauses. L'unique limite à l'une et l'autre des positions est celle du caractère *« manifestement excessif ou dérisoire »* de l'article 1231-5 du Code civil qui ouvrirait alors le droit au juge de moduler la somme convenue.

138 – Le problème d'une typologie fine. Certains raisonnements proposés se complaisent en profondeur afin de préciser les raisons du caractère élevé de la somme stipulée et par suite de la nature même de la clause. Tantôt est décelée la volonté de pénaliser à proprement parler le débiteur, tantôt la volonté de viser strictement à forfaitiser le montant précis d'une éventuelle inexécution, tantôt celle de faire plafonner le montant de la responsabilité. En réalité, il y a autant de volonté qu'il y a de clauses et un montant donné ne saurait immédiatement permettre de déceler la volonté sous-jacente. Et ce d'autant plus que la volonté est généralement déduite *a posteriori* dans le contexte nouveau qui accueille l'activation de la clause faute de pouvoir retourner dans le passé et saisir proprement les circonstances initiales de contractualisation.

Voyons plus précisément l'aporie à laquelle conduit une typologie des intentions pour qualifier une clause *in concreto.* Chacun s'accordera à dire que la volonté de pénaliser introduit la clause pénale, la volonté de forfaitiser une indemnisation éventuelle introduit la clause d'indemnisation forfaitaire et enfin la volonté de simplement plafonner le montant d'une éventuelle indemnisation introduit la clause limitative de réparation. Cette démarche est en somme une analyse téléologique qui pose au préalable la question : Quelle est la visée de la clause analysée ? Vise-t-elle à contraindre le débiteur ? Vise-t-elle à forfaitiser ou à limiter une éventuelle indemnisation ? Néanmoins, celle-ci se heurte à la formalisation toujours ambigüe de l'intention. L'écrit ne rend jamais parfaitement compte de cette intention et parfois même la trahit. L'analyse de la volonté, si tant est qu'elle fût réellement possible jusqu'en sa véritable profondeur, n'est pas un critère très utile en matière de distinction des clauses citées. Il n'est jamais qu'un essai infructueux de conciliation entre l'objectivité que donne à analyser la clause écrite et la subjectivité cachée l'ayant suscité qui transparaît plus ou moins à travers elle. Nous réserverons le cas de la clause

non écrite qui effectivement laisse toute place à l'analyse des volontés parce qu'elle est le seul outil alors disponible.

Force est de reconnaître que seule une approche radicalement objective est utile et utilisable en l'espèce. Une telle analyse admet que chaque clause renferme son lot d'intentions, mais en fait volontairement fi pour s'attacher à la seule lettre. Elle substitue à l'analyse fonctionnelle une analyse littérale et pragmatique. Autrement dit, elle pose cette fois-ci la question suivante : Qu'est-ce-que la clause analysée introduit dans l'ordonnancement juridique ? Ainsi, la réponse ne pourra être que celle-ci : une « somme », plus ou moins importante. Si encore nous souhaitons aller plus loin tout en laissant de côté l'empreinte de l'intention, nous pourrons dire : un forfait pour les cas où il conviendra de payer la somme stipulée en cas d'inexécution. Si le forfait dépasse largement le préjudice subi, il pourra légitimement être qualifié de peine. Il se peut pourtant que cette conséquence n'ait pas été souhaitée, notamment parce qu'elle résulte uniquement d'une mauvaise projection de l'éventuel préjudice. Pourtant, il conviendra simplement de voir si la somme joue quelque rôle indemnitaire que ce soit pour caractériser les éléments nécessaires à l'entrée dans le champ de l'article 1231-5 du Code civil.

Outre le pragmatisme de la démarche, celle-ci a le bénéfice de s'adapter à la neutralité de la lettre de l'article 1231-5 du Code civil, qui ne suggère absolument pas de caractériser une intention particulière pour justifier de l'application possible de la révision judiciaire.

Alors, certes, une analyse subjective est néanmoins opérée par les juges. D'une part, la doctrine et la jurisprudence ont considéré que le pouvoir de révision judiciaire prévu par l'ancien article 1152 du Code civil à partir de 1975 s'appliquait aux seules clauses pénales et qu'il convenait pour ce faire de déceler l'intention comminatoire nécessaire à sa qualification. D'autre part, et par voie de conséquence, cette analyse permet de respecter la volonté véritable et originelle des parties, laquelle fonde l'engagement contractuel. L'intention à l'origine de la qualification de la clause fonde la distinction opérée dans leur régime, puisque l'interprétation des anciens articles 1231 et 1152 du Code civil a conduit, pour différentes raisons[297], à leur refuser un socle juridique commun, à refuser qu'elles puissent en somme se fondre en un seul et même article. Aujourd'hui,

[297] Cf. *supra* n° 11 et 12.

à l'heure de l'application de l'article 1231-5 du Code civil, il convient de se laisser porter par ce mouvement d'assimilation qui ouvre à une interprétation plus objective, sachant que le dessein possible, si ce n'est probable, de la fusion des clauses en un fondement unique paraît être celui de l'élargissement du champ du contrôle judiciaire des excès.

L'analyse téléologique se justifiait jusqu'à l'avènement de l'article 1231-5 du Code civil, car elle seule permettait de dévoiler des caractères essentiels à la distinction de notions auxquelles étaient attachés des régimes différents. Elle suscitait néanmoins un arbitraire judiciaire afin de pouvoir tantôt qualifier une clause pénale de clause d'indemnisation forfaitaire ou une clause d'indemnisation forfaitaire en clause pénale pour pouvoir appliquer le régime souhaité selon le cas d'espèce. La liberté des juges était large et parfois orientée par l'opportunité. En effet, on repère dans l'abondante jurisprudence toutes ces possibilités. Ainsi les juges ont-ils souvent admis l'application du pouvoir de révision à des clauses qui s'assignent le double objectif coercitif et indemnitaire[298], ou bien à des clauses qui poursuivent exclusivement l'un ou l'autre but[299], et parfois même en particulier celui de l'évaluation forfaitaire[300].

Précisons que si une telle analyse se départit de l'intention, laquelle n'importe finalement guère dans l'application ou non de l'article 1231-5 du Code civil, elle ne la trahit pas pour autant. La clause pénale ne risque pas d'être confondue avec une clause limitative de réparation ou une clause d'indemnisation forfaitaire. Simplement, il n'est pas nécessaire d'avoir à finement les distinguer dès lors qu'on s'interroge sur la seule application du pouvoir de révision judiciaire. Reste, néanmoins, qu'une qualification précise demeure importante si le juge veut pouvoir apprécier plus justement la portée de la révision judiciaire. Il serait justifié de maintenir la nature de peine à la clause pénale et la nature limitative du plafond de la clause limitative de réparation.

139 – Étude des intentions : résultats. Ainsi, l'approche globale révèle les similarités qu'une approche plus pointue masque. Ce faisant nous découvrons derrière les volontés qui ont motivé

[298] p. ex. : Cass. com., 26 fév. 1991, n° 89-12.081 ; Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n°07-14556 ; Cass. 3e civ., 12 sept. 2012, n° 11-17.948 ; Cass. com., 4 mai 2017, n° 15-19.141.
[299] p. ex : Cass. 1re civ., du 3 janv. 1985, n° 83-15.291 ; Cass. com., 27 mars 1990, n° 88-13.967 ; Cass. com., 16 fév. 2022, n° 20-20.429.
[300] p. ex : Cass. 1re civ., 16 juill. 1997, n° 95-16.200 ; Cass. com., 9 mai 2001, n° 98-15.722.

la stipulation des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation, un noyau : la volonté de maîtriser le risque découlant d'une inexécution éventuelle par le moyen d'une sanction pécuniaire forfaitaire.

Soit, comme nous l'avons dit, il ressort de la négociation que le créancier de l'obligation objet de la clause essayera de maximiser la somme convenue, soit à l'inverse le débiteur de l'obligation objet de la clause essayera de minimiser la somme convenue. Même une simple clause d'indemnisation qui abstraitement n'a vocation qu'à calquer la somme effectivement due en cas d'inexécution sera empreinte du souci de l'un ou l'autre des cocontractants bénéficiaires de la clause stipulée. Elle tendra soit à faire la surestimation de l'indemnité, soit sa sous-estimation.

En toute hypothèse donc, qu'il soit donné au débiteur ou au créancier de l'obligation objet de la clause de prévenir davantage ses intérêts, la volonté est toujours fondamentalement la même : gérer son propre risque pécuniaire en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation. La révision judiciaire pose justement une limite aux dérives relatives à une gestion du risque démesuré qui ferait finalement peser tous les risques sur une partie et non sur l'autre. C'est pourquoi le pouvoir de révision judiciaire est une réponse globale à ce mécanisme général de fixation anticipée de l'indemnité.

140 – Les modalités de gestion du risque. Dans le champ des clauses qui nous occupent, la négociation conduira à préférer tel ou tel mécanisme afin de façonner selon sa volonté la gestion du risque. Un plafond d'indemnisation traduit en théorie le souhait des parties de laisser jouer le principe de réparation du préjudice dans une certaine limite. En réalité, le plafond est souvent si bas qu'il bat complètement en brèche le principe de réparation et joue simplement le rôle d'un forfait d'indemnisation bas[301]. Le forfait d'indemnisation vise à fixer par avance l'indemnisation due en cas de défaillance du débiteur et sera ajusté en fonction du rapport de forces, soit plus haut ou plus bas que l'évaluation du potentiel préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation objet de la clause. Enfin, la « peine » n'est finalement qu'un forfait d'indemnisation *a priori* très élevé visant à contraindre et sanctionner en plus de réparer le préjudice potentiellement subi. Les modalités peuvent être différentes, mais qu'importe celle choisie. Qu'il s'agisse d'un plafond ou

[301] Cf. *supra* n° 35 et s.

d'un forfait, il demeure que son positionnement sera corollaire de l'intensité de la gestion du risque souhaitée, et rendue possible par le rapport de force, par le bénéficiaire de la clause.

141 – L'intensité de la couverture du risque par le bénéficiaire de la clause comme critère dans l'exercice du pouvoir de révision judiciaire. Les clauses étudiées ont ceci en commun qu'elles visent pour leur bénéficiaire à assurer au mieux leur intérêt, en l'occurrence à couvrir au mieux leur risque en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation. Il est question de savoir en quoi ce dénominateur commun pourrait constituer un critère utile dans la définition du périmètre des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire.

Le pouvoir de révision judiciaire a toujours eu un rapport avec cette gestion pécuniaire du risque dans la mesure où il vise à contrecarrer une gestion du risque dévoyée en un risque supporté trop unilatéralement et trop gravement par l'une des parties. La démesure, cette forme particulière d'abus, se traduit dans ce contexte par une couverture excessive du risque du bénéficiaire de la clause. Corrélativement, elle constitue une charge excessive pour le cocontractant. Ce dernier point cible le fondement de la protection poursuivie par l'ancien article 1152 du Code civil en donnant la possibilité au juge de réviser les peines manifestement excessives, voire, pour préserver de l'excès inverse, dérisoires. Simplement, le déploiement de cette protection était restreint par l'association immédiate et injuste à la clause pénale. L'analyse téléologique de la volonté se justifiait alors pour distinguer la clause pénale, de la clause d'indemnisation forfaitaire, ou encore de la clause limitative de réparation, car seule la première était susceptible d'être révisée dans le contexte interprétatif de l'époque. Désormais, le recours à l'analyse téléologique pour pouvoir distinguer les clauses étudiées est inutile du point de vue de l'activation du pouvoir judiciaire de l'article 1231-5 du Code civil. En effet, il est désormais inutile de distinguer entre les clauses mentionnées pour que le juge dispose de la possibilité de connaître du forfait indemnitaire d'espèce. Il convient donc de substituer à l'analyse téléologique d'autrefois celle qui résulte de l'unité de traitement imposée par l'article par l'article 1231-5 du Code civil et, en particulier, l'exégèse de son premier alinéa. Celui-ci limite l'analyse de la clause à la seule caractérisation des ses éléments essentiels, à savoir : un forfait, valant indemnisation, en cas d'inexécution du débiteur. Pour cela, l'ancienne largesse judiciaire dans la qualification de la « clause pénale », laquelle recouvrait tantôt une réelle clause pénale tantôt une clause d'indemnisation forfaitaire,

paraît désormais précurseur de la bien moindre rigueur susceptible aujourd'hui de conditionner le pouvoir de révision judiciaire.

§2. L'unité intentionnelle des clauses d'indemnisation forfaitaire en pratique

142 – Le plafond, le forfait, la peine : difficultés formelles. Rappelons que s'il est certain qu'en théorie nous pouvons déceler les caractères propres de l'une ou l'autre des clauses mentionnées, force est de constater qu'une fois passé au tamis de la réalité, il ne reste souvent que l'incertitude ou la confusion. Le plafond désigne une limite pécuniaire d'indemnisation maximale qu'on ne peut dépasser. Le forfait est simplement une somme décrétée d'avance ayant vocation à faire office d'indemnisation, et la peine n'est fondamentalement qu'une variation du forfait dans lequel on reconnaît un degré tel de contrainte et d'importance qu'une appellation plus éloquente est apparue nécessaire.

Si l'on s'abstrait de toute interprétation, il faut reconnaître qu'au fond, plafond, forfait et peine ne sont jamais qu'une somme déterminée ou déterminable valant anticipation de l'indemnisation éventuelle. Il s'agit là d'un caractère invariable et commun entre toutes ces notions. Le contexte donnera ensuite l'empreinte propre à cette somme. Soit elle est élevée, non pas en elle-même, mais toujours relativement à la situation. Soit elle est basse. Selon les cas, l'interprétation de la somme commencera à tendre vers la peine, le forfait haut, compris comme la *pénalisation* du débiteur fautif, ou le forfait bas, compris comme la *pénalisation* du créancier. Puis au contexte s'ajoute la rédaction qui assortira à la somme des modalités d'exigibilité. Ces modalités pourront aiguiller de façon expresse l'analyse en invoquant la notion même à laquelle la clause est censée renvoyer : peine, forfait, plafond. À défaut, ce sont les tournures de phrase elles-mêmes qui devront être analysées et nous entrons là dans un terrain des plus instable pour départir les clauses étudiées.

En effet, la liberté des rédacteurs rend bien souvent difficile d'arrêter avec certitude la nature réelle de la somme disposée. C'est pourquoi les rédacteurs du Code civil ne s'y sont pas trompés en faisant primer le fond sur la forme : *« Le contrat s'interprète d'après la commune intention des*

parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. »[302]. Cette disposition a une résonance toute particulière dans le cas qui nous occupe considérant la proximité problématique des clauses mentionnées. Les proximités sont telles qu'il est possible pour les parties de rédiger explicitement une clause intitulée clause d'indemnisation forfaitaire alors que le forfait, finalement élevé par rapport au préjudice, identifierait bien davantage une pénalité. De même, mais en une logique inverse, le forfait finalement bas de la clause pareillement intitulée permettra de limiter le montant de la réparation par rapport à celui qui aurait sinon dû être versé.

143 – Le plafond, le forfait, la peine : en pratique. Illustrons la difficulté. Le Professeur William DROSS propose la rédaction suivante pour une clause pénale : *« Le débiteur s'engage à verser, à titre de clause pénale, la somme de … € pour le cas où il n'exécute pas l'une quelconque des obligations mises à sa charge par le présent contrat. … »*.[303] Le juriste est clairement orienté par l'expression *« à titre de clause pénale »*, mais on ne peut pas se contenter de ce vernis, car une imparfaite superposition du *negotium* et de l'*instrumentum* peut être due à une omission, c'est-à-dire un manque d'attention et de précision, ou une méconnaissance des incidences que le droit attache aux différentes terminologies.

L'omission consiste à n'avoir pas écrit ce qui était pourtant évident aux yeux des cocontractants. Dans le cas de la clause suscitée, rien ne nous dit qu'il était clair dans l'esprit des parties que la somme qu'il s'agit de verser en cas d'inexécution est une somme strictement forfaitaire et non une somme maximale. Par ailleurs, rien n'est expressément dit des éventuelles fonctions comminatoire et indemnitaire peut être recherchées par les parties. Si les parties n'avaient jamais eu envie de se substituer totalement à l'office du juge, mais simplement de fixer un maximum, elles peuvent très bien omettre de dire l'évidence.

On peut hasardeusement déduire les intentions à travers l'emploi de l'expression « clause pénale », mais compte tenu de ses variations nombreuses de sens, l'exercice serait vain pour parvenir méthodiquement à la réalité. En effet, la variation de sens peut venir soit d'une imprécision des termes qui ouvrent la porte à une variété d'interprétation ou tout simplement à la

[302] Article 1188 du Code civil.
[303] W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3e éd., LexisNexis, 2016, p. 584.

multiplicité de sens qu'autorisent certains mots ou expressions. Imaginons notre clause légèrement modifiée ainsi : *« Le débiteur s'engage à verser la somme de … € pour le cas où il n'exécute pas l'une quelconque des obligations mises à sa charge par le présent contrat. … »*. La somme stipulée joue-t-elle comme un plafond, comme un forfait ou une peine ? S'agissant des deux dernières notions, nous estimerons que les circonstances l'indiqueront, car le préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation objet de la clause jouera comme un curseur de la qualification. Admettons maintenant que la clause précise qu'il s'agit de « la somme *maximale* de … € ». Il devient plus facile de penser, mais sans certitude, qu'il s'agit d'un plafond puisque l'adjectif introduit une limite haute. Mais à défaut de mention expresse du titre de la clause on pourrait comprendre sans extrapolation la clause comme ceci « *« Le débiteur s'engage à verser la somme maximale de … € pour le cas où il n'exécute pas l'une quelconque des obligations mises à sa charge par le présent contrat. En cas de préjudice d'un montant inférieur à la somme fixée, le créancier pourra exiger le maximum convenu… »*. Le maximum peut, en effet, tout autant être un plafond de réparation à proprement parler qu'une variable à la discrétion du créancier victime de l'inexécution. Il s'agit pourtant alors de tout autre chose puisque l'indemnisation supérieure au préjudice identifie une pénalité.

En pratique les frontières entre plafond, forfait et peine sont poreuses et ce d'autant plus que le juge hésite parfois sur la date à laquelle il doit se placer pour apprécier le caractère excessif ou dérisoire de la somme convenue, ce qui de fait oriente quant à la notion qu'il convient de retenir. En principe, ce devrait être au jour où le juge statue, puisque ce dernier doit apprécier la validité de la clause en comparant son montant au préjudice effectivement subi, mais on note parfois une certaine résistance des juges du fond, car cela revient à fait fi de la volonté originelle des parties. Celles-ci ne pouvaient que projeter le montant probable du préjudice pour adapter la stipulation. Le juge n'aurait qu'à le constater, le comparer à la stipulation pour induire la qualification des conséquences d'un écart potentiellement non voulu. Cette même hésitation rejaillit sur la distinction non plus entre somme excessive ou somme dérisoire, mais entre plafond ou forfait.

144 – L'affaire *Chronopost* : illustration. De l'avis de certains auteurs[304], que nous partageons, le litige qui alimenta l'affaire *Chronopost*[305] aurait pu bien être réglé par application de la révision judiciaire et ainsi par la revalorisation de la somme stipulée dans la clause litigieuse. Cette affaire illustre notre propos quant à l'interprétation complexe d'une clause. En l'espèce, les faits sont connus. Les différents épisodes de la saga se ressemblent dans leur espèce. Généralement, la société Chronopost, spécialiste du transport rapide, s'engageait à livrer sous 24 heures un pli. Malheureusement, le pli arrive trop tard, de sorte que la société cliente subit un préjudice résultant de l'absence de livraison dans les temps de son pli. Cette dernière demande réparation du préjudice subi au transporteur, mais celui-ci oppose une clause limitative de réparation qui stipule un plafond équivalent au montant du transport. Le conseiller rapporteur évoquait en filigrane dans son rapport son incertitude quant à la nature véritable de la clause : *« il s'agit d'un certain type de clauses se rapprochant d'une clause pénale classique »*[306]. Son argument fut celui de dire qu'à *« la différence d'une clause pénale habituelle, elle est favorable à celui qui n'exécute pas son obligation, car édictée dans son intérêt »*[307]. Le propos induit qu'il ne pourrait pas s'agir d'une clause pénale au motif qu'une telle clause est par principe toujours favorable au bénéfice du créancier de l'obligation objet de la clause. En creux, il s'agirait donc d'une clause limitative de réparation. Mais, à suivre le Professeur Christian LARROUMET, la *« clause limitative de réparation dont le montant des dommages-intérêts qui y a été prévu est très inférieur au préjudice subi est voisine sinon identique à la clause pénale dérisoire »*[308]. Ainsi qualifiée, la clause aurait pu faire l'objet d'une révision judiciaire de son montant, l'ancien article 1152 du Code civil prévoyant explicitement la possibilité de réviser les clauses pénales dérisoires. Certes, la clause s'éloignait formellement d'une pénalité et téléologiquement d'un forfait puisque celui-ci était amené à fréquemment jouer tel un plafond tant il était probable que de nombreuses inexécutions entraîneraient un préjudice supérieur à la limite fixée. L'intention était sans doute de limiter la réparation d'un préjudice sinon très variable et inconnu du débiteur de l'obligation de célérité. Le

[304] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., Presses Universitaires de France, 2016, p. 790.
[305] Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632 ; Cass. com. 9 juill. 2002, n° 99-12.554 ; Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 03-14.112 ; Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n° 02-18.326.
[306] Cass. ch. mixte., 22 avr. 2005, n°02-18.326, Rapport de M. Garban, Conseiller rapporteur.
[307] *Ibid*.
[308] Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, chr. 145.

forfait masquait sans doute une clause limitative de réparation. Ceci dit, et comme le souligna le Professeur Muriel FABRE-MAGNAN, *« la clause litigieuse est davantage une clause pénale qu'une simple clause limitative de réparation stricto sensu puisque le montant convenu est envisagé comme un montant forfaitaire dû même si en pratique, le créancier n'a subi aucun dommage, et non pas comme un plafond à l'indemnisation »*[309].

Au vu des potentiels effets opposés de cette clause, il eût été particulièrement opportun de l'attraire dans le champ de l'ancien article 1152 du Code civil. D'une part, cela aurait permis de reconnaître l'effectivité de la clause lorsque le remboursement convenu paraissait équivalent au préjudice subi. D'autre part, cela aurait autorisé la révision du montant lorsque la somme se révèle manifestement déconnectée du préjudice subi. Le juge aurait ainsi disposé d'un droit de contrôle du montant de la réparation sans avoir à passer par le détour de la négation de la "substance" de l'obligation essentielle. Or, la solution retenue[310], consistant à réputer non écrite la clause incriminée en raison de son lien avec l'obligation essentielle et de sa contradiction avec la portée de l'engagement du débiteur, disqualifie la clause dans son entier et ce sans égard pour les nuances pourtant permises par le droit positif. Cet exemple illustre une fois de plus la proximité des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation qui disposent en réalité d'une commune nature.

Après ces efforts complexes de rédaction suit la nécessaire acceptation de la clause, étape qui n'est pas non plus sans difficulté au vu de l'unité des clauses évoquées.

145 – Conclusion de la section 1. Sous l'angle de l'intention, l'analyse fait ressortir une étonnante similarité des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation. Sous cet angle toujours, il ressort une unité telle que ces clauses ne paraissent pouvoir en être qu'une : une clause indemnitaire et forfaitaire. Tantôt celle-ci se décline en stipulant un forfait minorant, tantôt elle se décline en stipulant un forfait majorant par rapport au préjudice prévisible. En pratique, on constate les difficultés de distinguer entre les notions de plafond, forfait et peine qui gravitent autour du forfait indemnitaire. La célèbre affaire *Chronopost*

[309] *JCP G* 1997, I, 4002, n° 1, obs. M. FABRE-MAGNAN.
[310] Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632.

est à cet égard éloquente tant la clause limitative de réparation pouvait être en l'espèce considérée comme forfaitaire et à ce titre être révisée, déjà à l'époque, au visa de l'ancien article 1152 du Code civil. À l'époque, le juge ne s'était pas autorisé un tel contrôle, mais aujourd'hui plus que jamais, le visa de l'article 1231-5 du Code civil l'y encourage.

Les différentes clauses indemnitaires et forfaitaires trouvent à s'unir lorsqu'on considère leur commune structure d'intention. Cette même unité se révèle dans le rapport de ces clauses au contrat qui les stipule.

Section 2 – Le rapport semblable des clauses au contrat

146 – Plan. Considérées non plus sous le prisme de l'intention contractuelle, mais désormais sous celui du lien contractuel proprement dit, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire, ainsi que les clauses limitatives de réparation font preuve de caractères similaires susceptibles de justifier en une même réponse le jeu de la révision judiciaire. Le rapport de ces clauses au contrat qui les porte s'articule autour de deux axes. D'une part, elles disposent d'une certaine autonomie vis-à-vis du contrat (§1), mais, d'autre part, elles sont dépendantes envers lui (§2). L'autonomie tient à l'objet particulier de la clause, à savoir qu'elle dispose que celui qui manquera d'exécuter son obligation devra payer une certaine somme à titre de dommages et intérêts sans qu'il puisse être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. La dépendance se révèle par leur support contractuel qui les fond au sein d'un plus vaste ensemble. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation sont, à cet égard, identiques.

§1. L'autonomie au-delà du contrat : un caractère partagé

147 – Une double appréciation de l'autonomie. Du grec *autos* : soi-même et *nomos* : loi, règle, le terme « autonomie » caractérise la qualité de se suffire à soi-même, d'être tout à la fois indépendant et régie par des règles propres. Parler d'autonomie pour une clause est tout à fait

singulier. En principe, le contrat forme un tout cohérent, chaque clause se comprend en relation aux autres clauses. La clause n'existe que dans la mesure où son existence suppose le contrat qui la stipule. Pour cause, la nature unique et indivisible de la volonté. C'est par la rencontre des volontés que le contrat naît et par là que se trouve présupposée la cohérence d'ensemble du contrat. L'alinéa 1er de l'article 1189 du Code civil reprend cette idée en ces termes *« Toutes les clauses d'un contrat s'interprètent les unes par rapport aux autres, en donnant à chacune le sens qui respecte la cohérence de l'acte tout entier. »*. Malgré les complexifications possibles, les renvois à des annexes ou l'ajout *a posteriori* d'*addendum*, il n'en demeure pas moins que le contrat est toujours considéré comme un. Pourtant, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire ainsi que les clauses limitatives de réparation revendiquent, à bien des égards, leur indépendance vis-à-vis du contrat tout entier. Elles sont en partie autonomes vis-à-vis des contrats qui les stipulent. Elles revendiquent en quelque sorte d'être des contrats à part entière en dépit de leur condition de clause. Cette autonomie qui les caractérise se découvre tant d'un point de vue formel (A) que fondamental (B). Ce caractère révèle des clauses qui ne sont pas *« comme les autres »*, pour reprendre une expression du Professeur Gérard CORNU[311], et qui méritent pour cela un contrôle accru qui s'incarne, entre autres, en la possibilité singulière d'être révisées par le juge.

A. L'autonomie formelle

148 – Sens de l'autonomie formelle. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire ainsi que les clauses limitatives de réparation ont ceci en commun que tant les rédacteurs de contrat que les juges saisis d'un problème afférent à ces clauses se comportent de la même manière vis-à-vis d'elles. Leur expression matérielle, c'est-à-dire la manière dont elles se donnent à être acceptées par le cocontractant, révèle des caractères communs qui tiennent à leur rôle si particulier d'encadrement de la responsabilité du débiteur. Une autonomie formelle peut être caractérisée en ce qu'à bien des égards elles ne se confondent pas avec le reste du contrat et ce, notamment, d'un point de vue formel.

[311] G. CORNU, obs. *Rev. trim. dr. civ.*, 1971, p. 169.

149 – L'autonomie formelle dans la rédaction de la clause. La rédaction d'une clause est une traduction pratique de la liberté contractuelle. La rédaction est, par principe, libre. En règle générale, un contrat est pensé dans son ensemble, rédigé en totalité et est rarement amendé s'agissant de ses stipulations importantes. Ainsi, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation sont généralement insérées dès l'origine dans le contrat. Leur contribution à l'équilibre général du contrat est telle qu'elle s'y insère nécessairement très tôt. De ce point de vue, leur rédaction ne démontre aucune autonomie particulière. Le même traitement s'applique à toutes les clauses originelles du contrat.

Néanmoins, à la différence de nombreuses clauses, celles-ci peuvent tout aussi bien être conclues isolément et postérieurement au contrat qu'elles augmentent. Elles prennent alors la forme d'un contrat supplémentaire qui fait référence au contrat initial et indique le compléter. Cela est possible en raison de la nature de ces clauses. Elles n'ont en effet d'existence qu'en rapport à une obligation qu'il s'agit de réglementer. Une obligation doit toujours préexister. Cette préexistence est généralement plus logique que chronologique, mais cette dernière possibilité justifie la possibilité d'un décalage de la clause par rapport à l'obligation régie. Cette nature particulière constitue un dénominateur commun fondamental entre nos clauses étudiées. Ces clauses ont ceci de particulier que leurs importants effets ont contraint les juges à régir leur expression matérielle, leur insertion pratique dans les documents juridiques.

150 – Une rédaction encadrée. Parce qu'elles emportent avec elles l'encadrement anticipé de la responsabilité du débiteur de l'obligation garantie, qu'il s'agisse de la limiter (clause limitative de réparation), de l'anticiper simplement (clause d'indemnisation forfaitaire) ou de la maximiser (clause pénale), le juge doit pouvoir réagir face aux stratégies malignes de stipulation. La tentation est en effet grande pour le bénéficiaire de la clause de tenter de tromper son cocontractant par une rédaction habile tout en se préconstituant la preuve de son acceptation. Le juge eut à connaître plusieurs cas et fit preuve d'une rigueur constante et commune aux clauses étudiées, démontrant par là encore leur proximité.

Le contrat d'adhésion est un terreau propice à l'insertion discrète des clauses étudiées. Ainsi, certains inscrivaient dans un contrat principal d'adhésion que l'acceptation de l'adhérent portait

tant sur ledit contrat que sur des documents non annexés, potentiellement non encore rédigés et fréquemment inconnus du cocontractant, sur lesquels figurait l'une ou l'autre des clauses évoquées. Une telle acceptation était valide à une époque où la sanction du déséquilibre significatif et des clauses abusives était inconnue ou balbutiante. Pourtant, la jurisprudence faisait preuve d'une rigueur toute singulière. Les clauses limitatives de réparation ont pu être exclues lorsqu'elles ne figuraient pas dans le contrat principal, mais dans un document post-contractuel qui ne présageait pas de son acceptation propre[312]. L'enjeu n'est pas tant d'empêcher d'ajouter une clause pénale ou une clause limitative de réparation après la conclusion du contrat principal, mais de requérir strictement l'acceptation de cette importante adjonction et faire ainsi obstacle aux manœuvres de détournement. Le juge apprécie *in concreto* la réalité de l'acceptation. Par exemple, un arrêt ancien caractérise l'acceptation d'une clause pénale par des cautions en relevant que celles-ci avaient paraphé les pages d'un contrat de prêt signé en même temps que les emprunteurs et par là avaient manifestement eu connaissance de la clause incriminée[313].

La police d'écriture est elle-même l'occasion d'un encadrement spécifique par le législateur dans nombre de régimes spéciaux. Certains rédacteurs peu scrupuleux rédigent en effet des clauses pénales, des clauses limitatives de réparation ou des clauses d'indemnisation forfaitaire en petits caractères, parfois même grisés, afin de ne pas attirer un regard inopportun. Parfois de telles clauses figurent-elles au verso de l'*instrumentum* de telle sorte que l'acceptation du cocontractant peu attentif peut se retourner contre lui. Ainsi, la clause pénale stipulée dans un mandat de vendre un bien immeuble doit être rédigée *« en caractères très apparents »*[314], sans quoi la clause doit être réputée non écrite[315]. On trouve au sein d'autres régimes spéciaux qui prévoient plusieurs exemples d'un régime moins contraignant, mais imposant malgré tout l'obligation d'une mention spécifique de la clause pénale. Il en va ainsi pour le contrat de construction d'une maison individuelle[316], le contrat de location-accession à la propriété[317].

[312] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat.*, 2e éd., LGDJ, 1990, p. 7.
[313] Toulouse, 30 janv. 1978, *Gaz. Pal*. 1978, 2, Som. 308.
[314] Article 78 du décret n° 72-678 du 20 juill. 1972, modifié par le décret n° 2015-724 du 24 juin 2015 ; Cass. 1re civ., 17 janv. 2018, n°16-26.099.
[315] Cass. 1re civ., 5 mars 2015, n°14-13062.
[316] Article L. 231-2-i et 231-12 de la loi du 19 décembre 1990 relative au contrat de construction de maisons individuelles.
[317] Article 5 7° de la loi loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière.

Derrière ces exigences se nichent des impératifs de lisibilité, de mise en exergue évidente et explicite afin de s'assurer formellement d'une acceptation éclairée. Une telle exigence est parfois reprise directement par le législateur.

151 – Le lien entre l'autonomie formelle et le pouvoir des clauses. On peut se demander pourquoi les clauses d'indemnisation forfaitaire, les clauses pénales et les clauses limitatives de réparation ont ceci en commun qu'elles tentent les rédacteurs de les insérer subtilement dans le contrat de telle sorte qu'elles soient peu lisibles ou dissimulées ? L'évidence du mobile apparaît si l'on considère la nature de ces clauses. Elles régissent la portée de la responsabilité pécuniaire encourue en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation. Soit le débiteur se protège des conséquences de son inexécution par le moyen d'une clause limitative de réparation, soit le créancier assure son préjudice éventuel par le moyen d'une clause pénale ou d'une clause d'indemnisation forfaitaire. La sécurité acquise par le bénéficiaire d'une telle clause est si importante qu'elle tente les rédacteurs. Se dévoile ainsi un lien entre l'importance de la clause et son autonomie formelle. Plus une clause est importante et emporte potentiellement des conséquences graves, plus les modalités de sa stipulation risquent de s'éloigner de la simplicité ou l'évidence d'une insertion claire et limpide dans le corps du contrat. Le bénéficiaire de la clause sera en effet toujours tenté d'ajouter subrepticement au contrat la clause qu'il souhaite, qui plus est lorsqu'il s'agit d'une clause aussi importante que peut l'être une clause pénale, une clause d'indemnisation forfaitaire ou une clause limitative de réparation. C'est cette même tentation qui est à l'œuvre cette fois-ci non plus sur la seule forme, mais sur le fond, c'est-à-dire quant au *quantum* de la peine, du forfait ou du plafond. Le pouvoir de révision judiciaire entend apporter une limite aux excès potentiels engendrés par cette tentative.

B. L'autonomie fondamentale

152 – Sens de l'autonomie fondamentale. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation ont en commun un régime spécifique tenant à

leur rapport au contrat qui les stipule. En ce sens, il est question d'autonomie fondamentale. Celle-ci peut s'analyser durant la vie du contrat (a), mais aussi lors de la disparition du contrat (b).

a. L'autonomie pendant le contrat

153 – Un objet commun : obligation conditionnelle de réparer. Nous l'avons déjà vu, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaires ainsi que les clauses limitatives de réparation ont, entre autres points communs, celui d'engager le débiteur de l'obligation originelle et principale à quelque chose en cas d'inexécution : payer soit une pénalité, un forfait d'indemnisation ou potentiellement le montant d'un plafond. Cette obligation est l'objet invariable des clauses mentionnées. Elle est conditionnelle, car sa naissance est subordonnée à l'inexécution de l'obligation principale et originelle. Ainsi, l'existence de la pénalité, du forfait d'indemnisation ou du montant du plafond prévu est toujours soumise à la condition suspensive de l'inexécution de l'obligation garantie. On peut donc résumer, dans une analyse groupée, ces clauses à des contrats unilatéraux ayant pour objet une obligation conditionnelle de réparer suivant des modalités distinctes intitulées « pénalité », « forfait » ou encore « plafond ».

La nature des obligations est toujours réparatrice. Si cela est évident pour un forfait qui a vocation à anticiper un montant forfaitaire d'indemnisation et un plafond qui limite justement le jeu de la réparation intégrale. Tel est encore le cas de la pénalité, dont la nature punitive ne saurait anéantir sa vocation également réparatrice.

L'originalité et l'autonomie, par rapport à l'obligation originelle et principale, de l'obligation créée par les clauses citées se révèlent à la lumière de la discussion qui concerne, en matière de responsabilité contractuelle, les rapports entre l'obligation de réparer et l'obligation inexécutée.

154 – Considérations générales sur la responsabilité contractuelle de droit commun. La doctrine s'est penchée, en matière de responsabilité contractuelle, sur les rapports entre l'obligation de réparer et l'obligation inexécutée qui cause le préjudice et fonde le droit à demander réparation. Schématiquement, deux positions s'opposent. L'une décelant une unité entre l'obligation de réparer et l'obligation inexécutée. L'autre les oppose.

La thèse de l'unité des deux obligations repose sur l'attention à leur unique source contractuelle. Elle estime qu'un *« lien très étroit »*[318] unie l'obligation de réparer à l'obligation primordiale qu'est l'obligation inexécutée, voir même que l'obligation de réparer serait *« la continuation, le prolongement »*[319] de l'obligation inexécutée, à tel point qu'on pourrait dire de l'obligation primordiale qu'elle *« se transforme, si elle n'est pas exécutée, en une obligation de réparation »*[320]. En d'autres termes, il y aurait une sorte de continuité dans la discontinuité, une identité dans la dissemblance. Cette thèse suppose l'univocité de la volonté, source de l'obligation primordiale par hypothèse inexécutée. Elle suppose que cette même volonté colore sans nuance tout le contrat. Partant, l'obligation de réparer ne peut s'inscrire en faux vis-à-vis de la nature et du régime du contrat.

À l'inverse, certains auteurs soulignent la différence entre l'obligation inexécutée et l'obligation de réparer[321]. Ils retiennent pour source de l'obligation de réparer non pas le contrat lui-même, la volonté au fond, mais l'inexécution du contrat. Ainsi il n'y a non pas continuité entre les deux obligations, mais rupture. L'obligation de réparer vient se substituer à l'obligation primordiale en cas d'inexécution. Les partisans de cette théorie soulignent la différence souvent radicale qu'il existe entre l'ampleur de l'obligation de réparer et l'obligation primordiale. Dans le cadre de sa thèse sur la notion de clause pénale, le Professeur Denis MAZEAUD se ralliait à cette théorie[322].

155 – L'autonomie des obligations créées par rapport à l'obligation principale. À la suite de ces développements, il convient de se demander si l'obligation qui a sa source dans une clause pénale, une clause d'indemnisation forfaitaire ou une clause limitative de réparation est identique ou distincte de l'obligation principale du contrat qui les stipule. Avant même de répondre à cette question, il faut au préalable savoir s'il est pertinent de poser une seule et même question pour ces trois clauses.

---

[318] Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, 1981, n°23, p. 26.
[319] Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3e éd. 1988, n° 160.
[320] *Ibid*.
[321] P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mel. Maury*, 1960, p. 462 et s. ; G. H. et L. MAZEAUD et A. TUNE, *Traité théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6e éd. 1965, n° 100.
[322] D. MAZEAUD, *th. préc*., n°16, p. 20.

Remarquons pour ce faire que les obligations nées des clauses précitées ont en commun d'être des obligations de réparer. La clause limitative de réparation vise à encadrer l'obligation de réparer par le moyen de son plafonnement quantitatif. La clause pénale elle aussi à un rapport avec l'obligation de réparer dans la mesure où, en dépit de son caractère comminatoire et punitif, par son importance elle compense *de facto* le préjudice subi. Enfin, la clause d'indemnisation forfaitaire par hypothèse vise précisément à forfaitiser les dommages et intérêts dus en cas de préjudice dû à l'inexécution de l'obligation visée et en cela encadre l'obligation de réparer de droit commun. Chacune de ces clauses dispose en germe d'une obligation conditionnelle de réparation qui n'émergera qu'en cas d'inexécution de l'obligation visée.

Partant de cette identité commune, il convient de voir dans quelle mesure cette obligation de réparer propre à ces clauses est autonome vis-à-vis de l'obligation originelle et principale. En somme, il s'agit de confronter les éléments du débat précédemment résumés aux clauses évoquées. En l'occurrence, l'obligation de réparer n'a pas rigoureusement la même source que l'obligation primordiale du contrat. Certes, un même *instrumentum* les contient toutes deux, mais jamais les cocontractants n'ont la volonté de considérer l'obligation de réparer qui naîtra en cas d'inexécution comme une simple modalité d'exécution de l'obligation primordiale. Il s'agit de tout autre chose, les deux obligations ont quantitativement et qualitativement de nature différente. Quantitativement, car dans les cas d'une clause pénale ou d'une clause limitative de réparation la somme due est par hypothèse radicalement moindre ou plus élevée que la valeur pécuniaire de l'obligation primordiale qu'il s'agissait d'exécuter, outre le fait qu'une obligation de payer n'a rien à voir avec une obligation de faire dans les cas où l'obligation primordiale en est une. S'agissant de la clause d'indemnisation forfaitaire, bien que par hypothèse son *quantum* est équitable à la valeur de l'obligation primordiale, reste que généralement il s'agit d'une obligation de payer là où l'obligation primordiale est une obligation de faire. De plus, qualitativement, outre la distinction obligation de payer / obligation de faire mentionnée, les clauses mentionnées se présentent comme des contrats à part entière. On peut dire qu'il s'agit chaque fois d'un contrat distinct du contrat principal qui contient l'obligation primordiale malgré son insertion en tant que clause dans celui-ci. Cela se découvre dans les indices longuement énumérés de la négociation à la rédaction, mais plus encore, nous le verrons, dans l'après-contrat.

La source de l'obligation de réparer n'est donc pas le contrat principal, et à ce titre les clauses citées revendiquent un statut d'autonomie. Elles restent néanmoins liées au contrat en ce qu'elles émanent de la volonté des parties. En définitive, les clauses visées créent, chacune selon ses modalités propres, une obligation conditionnelle encadrant l'éventuel engagement de la responsabilité contractuelle. Lorsque la condition est caractérisée, l'obligation conditionnelle devient une obligation nouvelle, au sens d'une émergence distincte de l'obligation primordiale, mais sans rapport avec la notion de novation, et à ce titre est autonome. Sur le modèle romain finalement, on peut dire que ces clauses consistent en de vraies *stipulatio*, des contrats dans le contrat. Cette analyse se trouve confirmée par l'application des critères d'identification du caractère d'autonomie dégagé par la doctrine.

156 – L'application des critères du caractère d'autonomie. La notion d'autonomie a fait l'objet d'une étude approfondie qui a permis d'en identifier les éléments caractéristiques[323]. Deux critères cumulatifs d'autonomie ont pu être proposés. Le premier critère est subjectif et se définit positivement : l'existence d'un accord volontaire spécifique[324]. Ce critère est gage de la *« séparabilité de la clause »*[325]. Le second est objectif et se définit négativement : l'absence de validité présupposée du contrat principal[326]. Autrement dit, la clause autonome, pour être comprise, ne doit pas présupposer en elle-même la validité du contrat, son objet doit pouvoir être pensé comme compatible avec un anéantissement du contrat principal.

Cette grille d'analyse, dont les prémisses furent données tout le long de nos remarques quant aux caractéristiques particulières des clauses mentionnées, parachève notre démonstration. Qu'il s'agisse de la clause pénale, de la clause d'indemnisation forfaitaire, ou encore d'une clause limitative de réparation un accord de volonté spécifique est toujours requis. La jurisprudence l'a relevé d'un point de vue matériel en requérant des cocontractants la manifestation expresse de leur accord sur ces clauses en particulier sans que celles-ci soient noyées dans le contrat principal. En outre, comme nous l'avons vu, d'un point de vue fondamental, ces clauses supposent que la

[323] D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes*, Presses académiques francophones, 2014.
[324] *Ibid*, p. 387.
[325] *Ibid*.
[326] *Ibid*, p. 293.

volonté des cocontractants s'arrête précisément sur ce point central de la responsabilité en cas d'inexécution. Leur nature même suppose une volonté spécifiée. Le premier critère est donc caractérisé.

Quant au second critère, il n'est qu'à analyser le mécanisme de ces clauses. Chacune est en rapport avec l'inexécution de l'obligation principale et primordiale. Autrement dit, chacune s'active lorsque l'obligation qu'elle vise se trouve pour ainsi dire abandonnée du fait de l'inexécution. Une fois l'inexécution caractérisée, sauf à en forcer l'exécution quand cela est encore intéressant pour le créancier et possible pour le débiteur, il n'est plus question d'obtenir exécution, mais seulement réparation. Nous l'avons vu, s'opère une sorte de relais entre l'obligation principale qui n'est presque plus, et l'obligation de réparation qui se renforce. Il y a donc bien au fondement même des clauses étudiées une sorte d'abstraction du contrat principal dont la seule raison d'être est *a priori* l'obligation principale. Plus encore, la condition de leur activation est uniquement l'inexécution. Il n'est jamais question d'avoir à s'assurer de la validité du contrat principal pour pouvoir faire valoir les droits naissant de l'inexécution. En effet, ces clauses souhaitent encadrer la réparation naissante du préjudice subi résultant de l'inexécution de la clause visée. Que le contrat soit valable ou non, il n'en demeure pas moins que si préjudice résultant de l'inexécution de l'obligation visée il y a, alors la clause a vocation à jouer puisqu'il s'agit de l'intention des parties. Il en résulte que les clauses pénales, d'indemnisation forfaitaire ou limitative de réparation ne présupposent jamais en elle-même la validité du contrat principal, mais seulement son existence. Ainsi, le second critère est caractérisé.

Ce caractère d'autonomie se révèle pleinement dans l'après-contrat.

b. L'autonomie après le contrat

157 – La survie à l'extinction du contrat : l'autonomie post-contractuelle. Le plus éclatant lieu où se révèle la commune autonomie des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation est celui de la disparition du contrat. Il serait *a priori* pourtant normal que lorsque le contrat disparaît, celui-ci emporte avec lui toutes les dispositions qu'il comportait. Mais il est des clauses au champ d'action plus vaste que la vie du

contrat hôte. Cela est dû à leur commune vocation, celle d'être effective au moment de l'inexécution par le débiteur de son obligation afin de dérouler l'aménagement de la responsabilité qui a été prévue et ce quel que soit le sort réservé au contrat lui-même. Nous distinguerons la survie en cas de résolution du contrat (1) de celle en cas de nullité et de caducité (2).

1. La survie de la clause en cas de résolution du contrat

158 – Le problème de la période post-contractuelle. Il faut bien reconnaître que la qualité d'autonomie des clauses pénales, des clauses limitatives de réparation et des clauses d'indemnisation forfaitaire, trouve peu d'occasions de se manifester vraiment durant la vie du contrat. Ces clauses ont pour point commun de fixer chacune à leur manière le montant des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution de l'obligation visée. Aussi, lorsque le créancier demande la résolution du contrat pour inexécution du débiteur, il est en droit d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution. Dans ce cadre, il paraîtrait logique de faire appel à ces clauses qui régissent contractuellement ce droit à dommages et intérêts. Telle est leur utilité fondamentale. Pour autant, l'ancienne rétroactivité de la résolution pour inexécution ou, désormais, son effet extinctif du contrat à la date de l'inexécution[327], ne devrait rien laisser subsister de la clause lorsque le créancier, subséquemment, sollicite son bénéfice. Le contrat en lequel se situe la clause invoquée par les parties n'existe plus. La résolution pourrait à ce titre être un obstacle supplémentaire à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité.

Cette tension entre l'efficacité attendue d'une clause et les effets des différents cas d'anéantissement du contrat a été au cœur de débat et d'une évolution jurisprudentielle qu'il convient de retracer en distinguant parfois les clauses mentionnées.

159 – Les prémisses de la reconnaissance de l'autonomie post-contractuelle. La jurisprudence a longtemps fait primer la rigueur des notions sur le bon sens contractuel. À la question de savoir

[327] L'article 1229, al. 2, du Code civil, il est vrai, introduit davantage de nuances, précisant que *« La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice »*

si les clauses limitant la responsabilité, parmi lesquelles nos clauses étudiées, survivent à la résolution du contrat, la Cour de cassation a d'abord fait valoir le sens et les conséquences strictes liées à la résolution : celle-ci emporte l'anéantissement rétroactif du contrat et la remise des choses en leur état antérieur. À ce titre, toute clause visant à régir cette période post-contractuelle, soit en offrant les moyens de la punition du contractant fautif, soit à l'inverse à le protégeant, ne survivait pas à la résolution[328].

Deux critiques principales peuvent être retenues. Une pratique, une plus fondamentale. D'abord, la doctrine a justement relevé que cette solution permettait au créancier de l'obligation de demander la résolution du contrat pour tout à la fois éviter l'application des clauses de responsabilité et demander des dommages-intérêts sans aucune contrainte de responsabilité[329]. Ensuite, sur le fond, la doctrine a relevé que *« la rétroactivité ne nécessite pas que toutes les stipulations du contrat disparaissent. Elle s'impose simplement pour liquider la situation née de l'inexécution du contrat de telle sorte que l'une des parties ne fournisse pas une exécution non compensée par la contrepartie convenue. »*[330]. Finalement, il s'agit là de l'unique but de la rétroactivité. Ainsi, les clauses qui régissent les conséquences de l'inexécution peuvent demeurer applicables dès lors qu'elles ne font pas obstacle à la poursuite de cet objectif. Plus encore, elles doivent s'appliquer en vertu de la force obligatoire du contrat et de la non-contradiction avec la notion de résolution.

En dernier lieu, il convient de relever qu'en dépit de la résolution du contrat, et donc par hypothèse de la dissolution avec effet rétroactif du lien contractuel, la nature de la responsabilité retenue est contractuelle. À ce titre, les clauses qui encadrent justement cette responsabilité méritent leur application au même titre que la possibilité de la nature contractuelle de la responsabilité.

[328] Cass. com., 5 oct. 2010, n° 08-11.630, *JCP* 2011, n° 3, p. 63, obs. P. GROSSER ; Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-17.779, *D*. 2012. 1719, note A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE ; *RTD civ*. 2012. 527, obs. B. FAGES.
[329] *RDC* 2011. 431, obs. T. GENICON.
[330] J. FLOUR, J.- L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations - 3. Le rapport d'obligation*, 9e éd., Sirey, 2015, n° 272.

Les juges ont néanmoins accueilli que très progressivement l'autonomie de la clause pénale et de la clause limitative de réparation, en dépit de ces arguments.

160 – La survie de la clause pénale puis de la clause limitative de réparation en cas de résolution. La jurisprudence a depuis longtemps maintenant reconnu la survie de la clause pénale à la résolution du contrat[331]. Plus récemment, la jurisprudence a renversé sa jurisprudence à propos de la clause limitative de réparation[332], indiquant qu'elle devait désormais survivre à la résolution du contrat[333].

Néanmoins, l'énoncé de la solution n'a pas toujours été aussi général. Dans les années 90, la Cour de cassation laissait planer l'incertitude quant à la nécessité pour la clause de prévoir expressément les conséquences de la résolution afin de survivre à celle-ci le cas échéant. Ainsi, la formule consacrée était la suivante : la clause pénale *« destinée à réparer les conséquences dommageables de la résolution d'un contrat survit à la résolution de ce contrat »*[334]. Le subtil critère tient en cette « destinée » nécessaire. Une lecture rigoureuse en effet doit concéder que pour s'assurer de sa survie post-résolution la clause pénale devait avoir intégré la mention de sa propre survie dans ce cas. Cette réserve jurisprudentielle permettait d'asseoir la survie de la clause pénale sur la volonté expresse des parties et d'éviter d'avoir à se prononcer sur l'être même de la clause. Par la suite, la Cour de cassation n'a plus précisé ce critère. Pour la clause pénale désormais, les juges énoncent, par exemple, de manière générale que *« la résolution de la vente était sans effet sur le bénéfice de la clause pénale »*[335]. Ainsi, la Cour de cassation reconnaît que ce n'est plus sur la base d'une volonté contractuelle surajoutée à la clause pénale que la survie

[331] Cass. 3e civ., 15 févr. 2005, n° 04-11.223 ; Cass. 3e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376, *D*. 2011. 441 ; *ibid*. 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; *RTD civ*. 2011. 373, obs. T. REVET ; *RDC* 2011/3. 817, obs. Y.-M. LAITHIER.
[332] Cass. com., 20 mai 2012, *Bull. civ*. IV, n° 86.
[333] Cass. com., 7 févr. 2018 n° 16-20.352, *D*. 2018. 537, note D. MAZEAUD, et 1336, chron. F. JOLLEC ; *AJ Contrat* 2018. 130, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; *RTD civ*. 2018. 401, obs. H. BARBIER ; *RTD com*. 2018. 184, obs. B. BOULOC.
[334] Cass. 3e civ., 6 janv. 1993, n° 89-16.011, *Liaisons jur. et fisc*. 1993, n° 667, p. 1, obs. DIMONT. – Cass. com., 10 juill. 1990, n° 89-12.804, *Bull. civ*. IV, n° 204 ; Cass. 3e civ., 13 nov. 2003, n° 01-12.646, *RTD civ*. 2004. 506, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. com., 12 janv. 1994, n° 91-19.540, *Bull. civ*. III, n° 5 ; *RTD civ*. 1994. 605, obs. J. MESTRE ; DEFRENOIS 1994, n° 65, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1994. I. 3809, n° 18, obs. G. VINEY.
[335] Cass. 3e civ., 15 févr. 2005, n° 04-11.223.

post-résolution de celle-ci se fonde. Désormais, la clause pénale seule est reconnue comme survivant à la résolution. Son autonomie est reconnue.

Dans un arrêt du 7 février 2018, la Cour de cassation étend cette assertion générale à la clause limitative de réparation. En l'espèce, deux sociétés avaient conclu un contrat d'entreprise. À la suite d'une inexécution du sous-traitant, le maître de l'ouvrage exerce une action en résolution et une action en responsabilité. Les juges du fond reconnaissent la faute du sous-traitant et lui imputent l'issue résolutoire. Ainsi, il est condamné à l'indemnisation intégrale du préjudice subi par son cocontractant en dépit de la clause limitative de réparation stipulée dans le contrat car *« la résolution de la vente emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, il n'y a pas lieu d'appliquer la clause limitative de réparation »*[336]. La chambre commerciale casse l'arrêt de la Cour d'appel au visa des articles 1134 et 1184 du Code civil, dans leur rédaction antérieure à celle issue de l'ordonnance du 10 février 2016, et indique *« qu'en cas de résolution d'un contrat pour inexécution, les clauses limitatives de réparation des conséquences de cette inexécution demeurent applicables »*[337].

Cette décision bienvenue restaure la cohérence qui manquait aux solutions antérieures[338]. La survie de la clause pénale et non celle de la clause limitative de réparation en cas de résolution pour inexécution ne se justifiait pas. Plus encore, cette décision atteste de l'unité de traitement et d'appréhension de ces notions au-delà du seul pouvoir de révision judiciaire, solution dont nous démontrons l'extension jusqu'au nouvel article 1231-5 du Code civil. Cette unification participe du mouvement législatif et jurisprudentiel qui tend à comprendre ensemble les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation considérant leur parenté de nature et d'effets.

Les décisions en matière de clause pénale et de clause limitative de réparation éclairent le nouvel article 1230 du Code civil.

[336] Cass. com., 5 oct. 2010, n° 08-11.630.
[337] Cass. com., 7 févr. 2018, n° 16-20.352.
[338] J. KNETSCH, « La survie des clauses limitatives de responsabilité à la résolution du contrat : le « pire des casse-tête » enfin résolu ? », *RDC* 2018, p. 196.

161 – L'article 1230 du Code civil et les clauses de responsabilité. L'article 1230 du Code civil dispose que *« la résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence »*. De l'examen du nouvel article 1230 du Code civil, il ressort une typologie des clauses non affectées par la résolution. Premièrement, *« les clauses relatives au règlement des différends »* visent au fond toute clause qui a pour but d'aménager le règlement judiciaire des litiges ou pour objectif de soustraire la résolution des litiges à l'intervention du juge. Deuxièmement, les clauses *« destinées à produire effet même en cas de résolution »* évoquent une catégorie large dont la nature nous est renseignée par les exemples donnés par l'article lui-même : *« telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence »*. Au fond, il s'agit des clauses qui imposent des obligations post-contractuelles qui ont vocation à perdurer en dépit de la résolution du contrat. On pourrait se laisser à croire que l'article dispose d'une liste exhaustive ou, à tout le moins par ses illustrations, ne vise que les seules clauses stipulant une obligation et laisserait hors de son champ celle relatives à la réparation. La disposition défierait alors les acquis jurisprudentiels sans raison apparente. Il apparaît bien davantage probable que la liste n'est pas exhaustive ni les illustrations limitatives, de sorte que l'on peut tout à fait imaginer que les juges recourront à ce nouveau fondement pour réaffirmer leur solution. C'est d'ailleurs l'avis d'une large partie de la doctrine[339]. Le Professeur Denis MAZEAUD de conclure *« l'article 1230 a manifestement vocation à embrasser toutes les clauses de responsabilité dont le fait générateur réside dans l'inexécution et dont l'objectif est d'en aménager les conséquences, soit en faveur du créancier (clause pénale), soit en faveur du débiteur (clause élusive de responsabilité, clause limitative de responsabilité, clause limitative de réparation) »*[340].

En cette conception, la plus logique, l'autonomie clairement affirmée par la jurisprudence des clauses limitatives de réparation, des clauses pénales et par extension des clauses d'indemnisation forfaitaire, trouve désormais son fondement dans le Code civil.

Le souci de cohérence suppose de pouvoir faire valoir ce même mouvement de rapprochement de ces objets juridiques pour l'article 1231-5 du Code civil. L'article 1230 du Code civil s'applique

[339] *D.* 2019. 279, obs. M. MEKKI.
[340] D. MAZEAUD, « Le sort des clauses limitatives de réparation en cas de résolution du contrat », *D.* 2018, p. 537.

à ces clauses en raison de leur autonomie et de leur mécanisme de sanction des conséquences de l'inexécution. L'article 1231-5 du Code civil devrait s'appliquer à ces clauses pour ces mêmes raisons en ce qu'il a vocation à donner pouvoir au juge de retoquer les excès de ces clauses de responsabilité en raison de leur autonomie, de leur importance et de leur rapport à la responsabilité.

2. La survie de la clause en cas de nullité et caducité du contrat

162 – Les complexes articulations de la caducité avec les sanctions de l'inexécution. La caducité du contrat découle de la survenance d'un événement objectif de nature à priver le contrat d'un de ses éléments essentiels. Ainsi, la caducité se distingue de la nullité qui repose sur l'absence *ab initio* d'un élément de validité. Elle se distingue aussi de la rupture unilatérale et de la résolution pour inexécution, qui trouvent leur origine dans la faute de l'une des parties.

Avant mars 2011, la Cour de cassation n'avait pas eu l'occasion de se prononcer sur l'articulation entre la caducité et la survie de la clause pénale dans le cadre ordinaire d'un litige soumis au droit commun. Elle avait simplement eu l'occasion de statuer sur le fondement particulier de l'article 42 alinéa 2 de la loi du 1er juin 1924, art. 42, al. 2 qui impose, à peine de caducité, la réitération authentique des actes entre vifs ayant un objet immobilier dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle[341]. Dans un arrêt du 11 mars 2011[342], la chambre commerciale de la Cour de cassation répond cette fois-ci sur le terrain plus général du droit commun des contrats *: « la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des partie »*. En l'espèce, les actionnaires d'une SA avaient consenti une promesse de cession de leurs titres à une société. Cette dernière avait accepté et payé une partie du prix tout en s'engageant à verser le solde au plus tard à une certaine date. Cette promesse contenait une clause pénale stipulant que la partie défaillante devra verser à l'autre une somme équivalente à 10 % du prix. Malheureusement, le cessionnaire ne

[341] Cass. 3e civ., 11 janv. 2011, n° 10-10.038 ; 9 juin 2010, n° 09-15.361, *Bull. civ.* III, n° 114.
[342] Cass. com. 22 mars 2011, n° 09-16.660, *D.* 2011. 1012, obs. X. Delpech ; *RTD civ*. 2011. 345, obs. B. FAGES ; JCP 2011. I. 566, n° 17, obs. P. GROSSER ; *JCP E* 2011. 1410, note R. MORTIER ; JCP N 2011. 1194, n° 9, obs. S. PIEDELIEVRE ; *LEDC* 2011, n° 3, p. 3, obs. M. LATINA.

s'exécute pas et ne verse pas le prix convenu dans le délai imparti. Il est alors assigné par les promettants qui, invoquant la caducité de la cession et subsidiairement sa résolution, demandent le paiement de diverses sommes dont la pénalité. La Cour d'appel saisie du litige constata la caducité et estima, corrélativement, que la demande relative à la pénalité n'était pas fondée *« compte tenu de la caducité de la promesse qui a été constatée »*, solution cassée par la Cour de cassation.

On pourrait aisément la solution en faisant remarquer que l'effet non rétroactif de la caducité justifie la survie de la clause pénale et de l'obligation qui y est attachée. En effet, si l'inexécution du contrat est antérieure à la caducité alors l'obligation de payer la pénalité devenue exigible en même temps l'est tout autant. En conséquence de quoi, elle subsiste malgré la caducité. Mais comme le fait remarquer le Professeur Antoine HONTEBEYRIE *« deux raisons conduisent pourtant à exclure cette explication »*[343]. Premièrement, l'auteur relève que la caducité peut parfois entraîner l'anéantissement rétroactif du contrat, notamment lorsqu'un contractant a déjà exécuté tout ou partie de son obligation. Or, la Cour de cassation, dans l'arrêt évoqué, vise la caducité sans égard à sa dimension temporelle et aurait pu, s'il s'agissait dans un cas ne faisant intervenir aucun effet rétroactif, se raccrocher à sa solution dégagée s'agissant de la survie d'une telle obligation en cas de résiliation[344]. Deuxièmement, et incidemment, la Cour de cassation vise la clause pénale et non l'obligation pénale, ce qui paraît une précision inutile, car la caducité peut mettre fin à la clause pour l'avenir sans avoir d'effet sur l'obligation pénale née antérieurement. Pour expliquer la solution de la Cour de cassation, le Professeur Antoine HONTEBEYRIE avance *« l'hypothèse de la caducité pénale »*[345]. Une fois activée, la clause pénale, de même que toutes clauses limitatives de réparation, chamboule radicalement le contrat initial et particulièrement l'obligation principale. En effet, l'obligation de payer la somme convenue va coexister avec l'obligation principale jusqu'à ce que le créancier fasse un choix ou qu'il reçoive paiement. Or, dès l'instant où l'option tombe en faveur de l'obligation pénale, c'est que l'obligation principale est elle aussi tombée. Il est permis de penser que, dans le cadre d'un contrat synallagmatique, la disparition de l'obligation principale emporte donc corrélativement la disparition de l'obligation du créancier. La déchéance de l'obligation principale fait déchoir la cause de l'obligation du

[343] A. HAUTEBEYRIE, « La clause pénale et la caducité du contrat », *D*. 2011, p. 2179.
[344] Cass. 3e civ. 22 sept. 2010, n° 09-15318, *Bull. civ*. III, n° 164.
[345] A. HAUTEBEYRIE, *op. cit*., p. 2179.

créancier. On ne pourrait en effet imaginer que le débiteur de l'obligation de payer la somme convenue puisse encore solliciter du créancier l'exécution de sa propre obligation. *« En somme, la mise en œuvre de la clause pénale (non moratoire) devrait, dans un contrat synallagmatique, déboucher sur la disparition de l'obligation principale et, par conséquent, sur celle de l'obligation corrélative. Autant dire, sur la caducité du contrat. »*[346]. Dès lors, la survie de la clause pénale constitue une solution de bon sens puisqu'on ne saurait admettre que la clause pénale et l'obligation attachée soient anéanties du fait même de la caducité du contrat qu'elles génèrent *: « ce serait admettre que l'effet immédiat de la clause pénale (la naissance de l'obligation pénale) soit anéanti par son effet médiat (la caducité du contrat) ; bref, que la mise en oeuvre de la clause aboutisse systématiquement à sa propre neutralisation* »[347]. C'est pourquoi l'auteur conclut qu'on ne peut qu'opter pour la survie de clause, sauf à admettre qu'elle peut être une contradiction en soi ce qui serait absurde.

Reste que le raisonnement souffre de son audace et de la solidité de sa prémisse consistant à identifier la « disparition » de l'obligation principale dans l'option pour l'obligation pénale. L'obligation principale disparait-elle à proprement parler ? N'est-elle pas tout simplement supplanter, mise en retrait, désactivée, par le jeu des stipulations contractuelles qui ont prévu de s'activer dans le cas d'une inexécution contractuelle ?

On préfèrera donc une explication plus classique pour justifier la survie de la clause en cas de caducité. Si dans l'immense majorité des cas la caducité vaut pour le seul avenir, alors il n'y a pas de difficulté pour admettre la survie de l'obligation pénale, nous l'avons dit. Dans le cas présent cas d'espèce, il s'agit d'une « caducité fautive » et si la rétroactivité s'invite certainement la situation ressort identique à celle présente en cas de résolution. Il faut alors considérer les finalités respectives des mécanismes. L'anéantissement rétroactif vise à sanctionner une défaillance fautive tout comme la clause pénale, et toute autre clause limitative de réparation. Ainsi, les deux finalités sont identiques et ne s'opposent pas. Par ailleurs, la survie de la clause fait droit à la volonté initiale des parties de voir exécuter pareille clause précisément dans ces moments où l'inexécution est caractérisée et peu importe les effets contractuels.

[346] *Ibid.*
[347] *Ibid.*

163 – La radicalité de la nullité et son dépassement : le « réputé non écrit » et la nullité partielle. À la différence de la résolution pour inexécution, la nullité anéantit un contrat qui n'a pas été valablement conclu. Plus radicalement que la caducité qui sanctionne la disparition d'un élément essentiel en cours de vie du contrat valablement formé, la nullité sanctionne l'absence *ab initio* d'un élément essentiel du contrat. Par hypothèse donc, tous les éléments présidant à la validité des clauses du contrat, dont nos clauses étudiées, ne sont pas réunis. C'est pourquoi la Cour de cassation n'a jamais pu reconnaître l'effectivité post-nullité de ces clauses, leur existence même étant un accident au regard de leur condition d'avènement dans l'ordonnancement juridique. La position est claire : *« la nullité prononcée […] a pour effet de remettre les choses dans l'état où elles se trouvaient avant la formation du contrat et ne laisse pas subsister les clauses destinées à sanctionner l'inexécution dudit contrat »*[348]. Plus particulièrement, pour le cas de la clause pénale il a été prononcé explicitement : *« La nullité d'une convention, prononcée par les juges du fond, entraîne la nullité de la clause pénale qui s'y trouvait insérée et les effets de cette nullité ne peuvent être limités par l'acceptation, par le débiteur, du principe du versement des pénalités »*[349]. Ainsi, la clause de responsabilité ne peut résister à l'anéantissement rétroactif par nullité de l'acte tout entier dans lequel elle est insérée. La survie est en effet inenvisageable dans la mesure où ne peut subsister en un cas de nullité aucune raison légitime d'activer les effets d'une clause de responsabilité. Dans un cas de nullité en effet, on ne peut imputer une éventuelle inexécution la précédent à l'une des parties puisque l'obligation qui en est l'objet est originellement viciée. Il ne peut donc y avoir à proprement parler d'inexécution.

Néanmoins, passer le stade des réflexions théoriques, il nous faut poser l'hypothèse pratique d'une inexécution intervenue avant la découverte de la nullité du contrat, fût-ce un instant de raison. Dans la mesure où les clauses mentionnées ont pour unique condition de leur activation l'inexécution, il pourrait être envisagé qu'elles jouent. En effet, si l'inexécution, elle, n'a pu théoriquement se produire considérant que le contrat n'a pas existé, le préjudice résultant de l'inexécution, lui, laisse sa marque. Dans ce cas, il nous semble que ces clauses devraient jouer si l'on prouve néanmoins qu'elles ne sont pas entachées elles-mêmes d'une cause de nullité.

[348] Cass. 1re civ., 27 juin 1978, n° 76-10.145, *Bull. civ*. I, n°241, p. 191.
[349] Com. 20 juill. 1983, *Bull. civ*. IV, n°230, *D.* 1984. 422, note J-L. AUBERT.

Autrement dit, on reconnaît leur autonomie au point de circonscrire la nullité de l'acte à tout le reste excepté la clause d'irresponsabilité si elle est exempte de vice.

Si, en l'état actuel du droit positif, la clause de responsabilité ne peut résister à la nullité du contrat tout entier, il en va autrement du cas inverse. Ainsi qu'en dispose l'article 1184 du Code civil : *« Lorsque la cause de nullité n'affecte qu'une ou plusieurs clauses du contrat, elle n'emporte nullité de l'acte tout entier que si cette ou ces clauses ont constitué un élément déterminant de l'engagement des parties ou de l'une d'elles. Le contrat est maintenu lorsque la loi répute la clause non écrite, ou lorsque les fins de la règle méconnue exigent son maintien. »*. Le contrat tout entier peut survivre en cas de nullité de la seule clause de responsabilité. Ou autrement, selon l'expression consacrée depuis la saga Chronopost, le contrat tout entier survit malgré qu'une clause de responsabilité puisse être « réputée non écrite ». La nullité partielle et le « réputé non écrit » sont deux sanctions qui semblent se distinguer à la lecture de l'article. Cette dernière sanction s'apparente pourtant très largement à la nullité, en ce qu'elle signifie l'anéantissement de la clause, considérée comme si elle n'avait jamais existé et cela donc rétroactivement[350]. La Cour de cassation a semble-t-il récemment tranché en faveur de la distinction des deux notions, la demande tendant à voir réputée non écrite une clause litigieuse ne s'analysant pas en une demande en nullité, de sorte qu'elle n'est pas soumise à la prescription quinquennale[351]. Quoiqu'il en soit, ce qui est significatif pour nous c'est la large application réservée de ces sanctions aux clauses de responsabilité. On ne peut s'en étonner considérant leur importance et leur statut nécessairement d'accessoire vis-à-vis de l'obligation principale. Mais le développement de ces sanctions est remarquable en ce qu'il consacre toujours plus fortement l'autonomie des clauses de responsabilité. Ces clauses sont finalement traitées comme des contrats à part entière, pouvant faire l'objet de vices du consentement et pouvant être sanctionnées pour elles-mêmes en raison d'un formalisme illégal.

164 – La radicalité nuancée de la nullité : l'influence subsistante. La Cour de cassation a pu décider que la clause pénale nulle pouvait jouer comme *« élément d'appréciation du montant du*

[350] F-J. PANSIER, « De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite », *CSBP*, n°221, p. 205.
[351] Cass. 1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23169.

préjudice subi »[352] par la victime. La décision est étonnante puisqu'elle signifie la survie de la volonté des parties malgré une sanction en nullité. Étonnamment donc, la clause nulle, réputée en conséquence n'avoir jamais existé, constitue un élément d'appréciation. La clause nulle déploie des effets. La logique de l'arrêt peut largement être étendue aux clauses limitatives de réparation et aux clauses d'indemnisation forfaitaire dans la mesure où elles orientent elles aussi sur la volonté des parties de circonscrire le montant de l'éventuelle indemnisation.

165 – Conclusion du paragraphe 1. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation ont en commun cette autonomie, essence de leur nature commune. Celle-ci peut être dite extracontractuelle en ce qu'elle extrait la clause du contrat dans lequel elle est insérée en lui conférant un statut de contrat autonome. Un contrat dans le contrat. Ce caractère d'autonomie contractuelle se découvre être un facteur d'unité si l'on considère tant le contrat dans le temps de sa vie que lors de sa mort et ce quelle que soit sa cause (résolution, caducité, nullité). En effet, l'on a découvert que l'obligation créée par ces clauses est autonome vis-à-vis de l'obligation principale durant l'exécution du contrat et que cette autonomie se déploie encore, dans une large mesure, lors de son anéantissement. Cette autonomie transparaît en tant que critère dans les termes du premier alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil lorsqu'il est dit *« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera…* » et aujourd'hui le nouvel article 1231-5. En effet, nous l'avons vu, la raison même qui préside à une telle stipulation induit nécessairement la prétention à une autonomie forte vis-à-vis du contrat qui la porte. C'est notamment en réponse à cette forte autonomie que le législateur a depuis longtemps reconnu un pouvoir de révision aux juges s'agissant, dans un premier temps, de la clause pénale.

Ce caractère répond néanmoins d'une dialectique unique avec celui de dépendance. En effet, alors même que les clauses mentionnées sont autonomes, elles sont aussi largement dépendantes du contrat qui les stipule. C'est bien ce couple de caractères qui cernent l'unité de nature mentionnée.

[352] Cass. civ., 29 mars 1965, *Bull. civ. I*, n° 225, p. 167.

§2. La dépendance vis-à-vis du contrat : un lien analogue

166 – Déploiements du lien entre l'obligation de payer un forfait indemnitaire et l'obligation principale. S'il est vrai que toutes obligations issues d'un contrat entretiennent avec son centre, l'obligation principale, un certain lien dans la mesure où elles n'ont d'existence qu'en rapport avec elle, il ressortait de l'ancien article 1152 qu'une obligation de payer une peine était très particulière à cet égard. En effet, elle apparaissait en première lecture comme une obligation miroir de l'obligation principale. Cela tient à la nature réparatrice de la peine qui est, comme l'indique encore aujourd'hui l'article 1231-5 dans son premier alinéa comme pour marquer son caractère prédominant, *« une certaine somme à titre de dommages et intérêts »*. Il nous faut développer ce lien afin d'éclaircir le périmètre des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire hier, et plus encore, aujourd'hui.

Le vocabulaire n'est pas neutre. Dire le *lien* vise à rendre compte d'une interconnexion et une influence réciproques entre l'obligation principale et l'obligation de payer une peine en cas d'inexécution. Nous verrons d'abord l'influence de la seconde sur la première (A), puis l'inverse (B). Cette description continuera d'étayer l'unité substantielle des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation et par suite, après 2016, la reconnaissance de la possible application de l'article 1231-5 du Code civil à toutes les trois.

A. L'influence sur l'exécution de l'obligation principale

167 – Oscillations entre contrainte et opportunité. Ainsi que nous l'avons montré, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation doivent être vues comme des notions indiquant différents types de rapport de force, entre le créancier et le débiteur d'une obligation, d'une même structure obligationnelle. On peut oser dire pour caricaturer que la clause pénale n'est jamais qu'une clause limitative de réparation qui a perdu son caractère limitatif, et la clause limitative de réparation n'est jamais qu'une clause pénale dérisoire. Du moins, du point de vue de l'application du pouvoir de révision judiciaire. Cette porosité entre les notions, que nous continuerons de dévoiler, justifie et donne sens au périmètre

d'application du pouvoir de révision judiciaire. C'est en effet, parce qu'en tous les cas elles contraignent l'une ou l'autre partie au contrat à exécuter l'obligation principale qu'il est légitime que le juge puisse s'immiscer dans le rapport de force pour le rééquilibrer le cas échéant. À l'inverse, c'est parce qu'aussi en tous les cas elles offrent à l'une ou l'autre partie au contrat une liberté de ne pas s'acquitter de l'obligation principale que le juge puisse alourdir ou diminuer la pénalité. Cette contrainte sur l'exécution de l'obligation est à la fois diverse selon les clauses (a) et pourtant fondamentalement une (b).

a. La contrainte : diversité d'influence sur l'exécution de l'obligation

168 – Exposé de la diversité. Il suffit de revenir aux définitions des notions de clause pénale, de clause d'indemnisation forfaitaire et de clause limitative de réparation pour que sautent aux yeux des différences patentes que seule ne saurait résorber, *a priori*, qu'une mauvaise analyse juridique. En effet, la notion de clause pénale renvoie à l'idée d'un *forfait*, valant *peine*, dû en cas d'inexécution d'une obligation contractée définie, la notion de clause d'indemnisation forfaitaire porte en son nom l'atténuation du *forfait* comme simple *indemnité,* tandis que la clause limitative de réparation renvoi premièrement à l'idée de *limite* apportée à l'*indemnisation* naturellement due en cas d'inexécution d'une obligation contractée définie. De prime abord les concepts ne se recoupent pas. Le caractère de *peine* ajoute un élément spécifiquement punitif et comminatoire au *forfait,* là où l'*indemnité* n'entend pas spécialement dépasser le cadre d'une simple anticipation équitable du préjudice prévisionnel en cas d'inexécution d'une obligation. Quant à la *limite,* elle n'entend pas fixer précisément l'indemnisation due en cas d'inexécution, comme un *forfait,* mais simplement en réduire la portée potentielle. Selon un autre axe de lecture, il apparaît d'autres différences. Les clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire sont théoriquement au seul bénéfice du créancier de l'obligation qui risque un préjudice d'inexécution. À l'inverse la clause limitative de réparation se veut être au bénéfice du débiteur de l'obligation qui entend atténuer la portée de sa responsabilité en limitant l'indemnisation en cas d'inexécution de son obligation.

169 – La contrainte propre de la clause limitative de réparation. La clause limitative de réparation joue en principe au bénéfice du seul débiteur de l'obligation. Le créancier lui ne trouve

apparemment aucun intérêt dans cette clause qui viendra limiter la portée de son indemnisation. Tâchons d'apprécier de plus près les effets de la clause limitative de réparation pour chacune des parties. Du point de vue du créancier s'il n'a pas d'intérêt à cette stipulation celle-ci n'en oriente pas moins son attitude. En effet, le créancier éclairé, s'il se sait en position de faiblesse face à son débiteur, tâchera de prévenir les risques d'inexécution ou tentera d'orienter les qualifications de faute lourde du débiteur en émettant des mises en demeure ou en consignant toutes circonstances promptes à cette orientation afin de pouvoir le cas échéant s'éviter l'application de la clause limitative de réparation. Finalement, le créancier est essentiellement cantonné à gérer sa preuve pour, le cas échéant, démontrer une faute lourde du débiteur. L'effet le plus sensible de la clause limitative de réparation est, sans surprise, du côté du débiteur à qui elle bénéficie. De cette limitation il tire une certaine assurance à l'abri de laquelle il sera tenté de poursuivre l'exécution de son obligation avec moins de crainte qu'à défaut de telle clause. Certes la faute lourde est une limite à ses éventuelles négligences ou relâchements. Mais le champ de la liberté d'exécution est vaste entre la parfaite exécution et la faute lourde. Cette dernière, équipollente au dol s'apprécie selon le caractère particulièrement répréhensible du comportement reproché au défendeur ou selon la gravité objective des conséquences de ce comportement[353]. Ainsi, selon la première perspective, la faute lourde se caractérise, notamment, par un comportement anormalement déficient[354]. Selon la seconde perspective, l'inexécution doit toucher un caractère *« essentiel »*, *« fondamental »* ou *« primordial »* de l'obligation inexécutée[355]. Pour le dire simplement, le grief doit être grave. Or, avant qu'il le soit, le débiteur de l'obligation a devant lui tout un champ des possibles. Ce qu'on découvre ici au travers d'une réflexion toute pragmatique c'est, fondamentalement, l'influence de la clause limitative de réparation sur le rapport du débiteur à l'obligation principale. Elle entraîne une *atténuation* de la rigueur du caractère obligationnel de l'obligation principale.

170 – La contrainte propre de la clause pénale. La clause pénale joue à l'inverse et en principe au seul bénéfice du créancier de l'obligation. Le débiteur ne trouve apparemment aucun intérêt

[353] CARVAL (S.), JOURDAIN (P.) et VINEY (G.), *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 4ème éd., LGDJ, 2017, n° 610 à 612.
[354] P. ROBLOT, « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ*., 1943.
[355] Cass. 1re civ., 18 janv. 1984, *Bull. civ. I*, n°27, *JCP* 1985, II, 20372, note J. MOULY, *RTD civ*., 1984, p. 727, obs. J. HUET ; Cass. 1re civ., 15 nov. 1988, *D*. 1989, p. 349, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 9 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 142, obs. P. JOURDAIN, *RTD civ*. 1990, p. 666, n° 1.

dans cette clause qui viendra sanctionner son inexécution d'une *pénalité* idéalement supérieure au préjudice effectivement subi par le créancier. Du point de vue du créancier, la seule attitude résultant d'une clause pénale consiste, comme le créancier d'une obligation sous clause limitative de réparation, à optimiser sa preuve pour pouvoir le cas échéant caractériser facilement l'inexécution et l'application de la clause pénale. Mais vis-à-vis de l'obligation principale, l'effet le plus évident d'une clause pénale se situe du côté du débiteur. Celui-ci est sous la menace de la sanction en cas d'inexécution. Le souci de sa parfaite exécution n'en sera qu'exacerbé. C'est ici qu'on reconnaît le caractère *comminatoire* de la clause pénale, qui vient du latin *comminatus* – menacer. Dans ce contexte la liberté d'exécution du débiteur de l'obligation est, contrairement au débiteur d'une obligation sous clause limitative de réparation, très restreinte. Il doit exécuter son obligation le plus parfaitement possible pour éviter toute circonstance défavorable imputable et susceptible de caractériser une inexécution. Autrement dit, le débiteur se trouve encore plus obligé d'exécuter son obligation qui ne l'aurait été sans le jeu d'une clause pénale. Sans surprise, la clause pénale influe sur le rapport du débiteur à l'obligation principale. La clause pénale entraîne une *amplification* de la rigueur du caractère obligationnel de l'obligation principale.

171 – La contrainte propre de la clause d'indemnisation forfaitaire. La clause d'indemnisation forfaitaire se veut théoriquement équitable. L'anticipation par forfait d'une éventuelle indemnisation n'a jamais que pour objectif idéal d'indemniser à hauteur du préjudice réellement subi le créancier victime de l'inexécution du débiteur. Les aléas des circonstances diront *a posteriori* si le forfait stipulé était supérieur, égal ou inférieur au préjudice subi, mais la visée initiale demeure. Sous ce seul angle, les rapports de force entre les parties restent équilibrés. Au regard de la réparation du préjudice, ni le débiteur ni le créancier n'a plus spécialement intérêt à percevoir le forfait stipulé dans la clause d'indemnisation forfaitaire. Le créancier tire un intérêt accessoire à cette clause qui tient en la déjudiciarisation de l'évaluation du préjudice et de sa réparation. L'avantage est surtout un gain de temps. Dans la lignée de notre propos, on peut alors dire que la clause d'indemnisation forfaitaire n'influe pas sur le caractère obligationnel de l'obligation principale. Que l'obligation principale soit ou non accompagnée d'une clause d'indemnisation forfaitaire on peut bien penser qu'en principe le débiteur n'aura ni plus ni moins de raison de s'exécuter normalement de son obligation. La clause d'indemnisation forfaitaire

entraîne donc seulement un *maintien* de la rigueur du caractère obligationnel de l'obligation principale.

172 – Nouveau cadre d'analyse : la contrainte. Sous les angles des bénéficiaires et des mécanismes, il ne peut être trouvé aucun dénominateur commun entre les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation. Néanmoins, sous l'angle des contraintes, c'est-à-dire des influences exercées sur le rapport du bénéficiaire de la clause à l'obligation principale, force est de reconnaître que les distinctions entre ces clauses tiennent plus à des déclinaisons qu'à des différences profondes. C'est d'ailleurs cette contrainte sur l'une ou l'autre des parties qui a vocation à être contrôlée par le juge afin de faire cesser tout excès manifeste. Lorsque sur l'une des parties fait peser une contrainte trop forte et donc trop grave sur l'autre partie, le juge doit pouvoir agir. C'est là que le pouvoir de révision judiciaire se justifie et entre en jeu.

b. La contrainte : unité d'influence sur l'exécution de l'obligation

173 – De l'intérêt d'une distinction. Il n'est pas question de dire que, du point de vue notionnel, une clause pénale est une clause limitative de réparation et que toutes deux ne seraient finalement qu'une clause d'indemnisation forfaitaire. La distinction se justifie, car les comportements typiques que risquent de susciter l'une ou l'autre nécessitent une réponse circonstanciée qui tient compte de leurs caractères propres. C'est parce qu'une clause limitative de réparation risque, comme on l'a dit, d'influer sur l'exécution de l'obligation principale par le débiteur au point qu'en cas de défaut d'inexécution ne caractérisant pas une faute grave il est apparu nécessaire à la jurisprudence[356], puis au législateur[357], de trouver des moyens de restaurer un certain équilibre de la relation. Inversement, c'est parce qu'une clause pénale risque de faire ployer le débiteur de l'obligation sous une responsabilité trop importante, finalement sous une pression abusive

[356] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., Presses Universitaires de France, 2016, p. 790.
[357] Article 1170 du Code civil : *« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »*.

d'exécuter parfaitement son obligation, qu'il est apparu légitime de pouvoir rééquilibrer la relation contractuelle en révisant la pénalité[358]. Les solutions de rééquilibrage des relations contractuelles, ou de sanction des abus, ne sont pas les mêmes dans l'un et l'autre cas. Ainsi a-t-il été préféré le réputé non écrit pour la clause limitative de réparation et la révision pour les clauses pénales et les clauses d'indemnisation forfaitaire. Cela tient à la différence des mécanismes propres à ces deux types de clauses. D'une part, un plafond, d'autre part, un forfait. Le forfait porte en lui la volonté de déroger largement au principe de réparation, et particulièrement dans le cadre de l'évaluation du préjudice. Le forfait fixe un montant précis dû en cas d'inexécution et ce *« à titre de dommages et intérêts »* selon les termes de l'alinéa 1er de l'ancien article 1152 du Code civil, repris aujourd'hui par l'article 1231-5 du Code civil. Autrement, le plafond porte en lui la volonté théorique de simplement limiter le déploiement du principe de réparation. Le préjudice sera normalement indemnisé sauf à ce qu'il excède la limite stipulée, auquel cas c'est elle seule qui constituera l'indemnisation due. Cette volonté de laisser jouer la responsabilité est toute théorique, car une analyse pragmatique démontre que la limite est bien souvent en réalité, si ce n'est quasi systématiquement, un forfait[359]. Mais la différence théorique entre le plafond et le forfait suffit à obliger le législateur et la jurisprudence. C'est pourquoi il ne pouvait être accepté de réviser un plafond sans faire théoriquement violence à l'autonomie des volontés. Pareillement, ce même respect pour l'autonomie des volontés plaidait pour la révision du forfait afin de conserver l'intention forfaitaire qui avait présidé à sa stipulation.

Ces différences, pour légitimes qu'elles soient, ne doivent néanmoins pas faire oublier l'unité fondamentale qui a motivé ces solutions. Unité dont le motif motive l'application du pouvoir de révision judiciaire.

174 – Sous la diversité, l'unité des contraintes. Nous avons vu que par la commination, la menace, la clause pénale ajoute en quelque sorte de l'effectivité, de la contrainte à l'obligation du débiteur, tandis qu'à l'inverse la clause limitative de réparation retire, en quelque sorte, partie de cette contrainte ou, à tout le moins, l'allège[360]. La clause d'indemnisation forfaitaire, elle, n'ajoute

[358] Article 1231-5 alinéa 2 du Code civil : *« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. »*.
[359] Cf. *supra* n° 35 et s.
[360] Cf. *supra* n° 168 et s.

ni ne retire de l'effectivité. L'effectivité de l'obligation est, pour ainsi dire, neutre. C'est pourquoi, l'on peut dire qu'en tous les cas précédemment cités il s'agit toujours d'un renforcement ou d'un allégement de la contrainte du débiteur à devoir exécuter son obligation. Ainsi, les clauses citées se comprennent de manière unifiée comme des déclinaisons, des variations d'intensité de l'effectivité de l'obligation du débiteur. Cette analyse rend d'ailleurs compte des mouvances entre les notions que peut engendrer l'évolution des circonstances entre la conclusion du contrat et la survenance de l'inexécution. En effet, comme nous avons déjà pu le dire[361], la qualification des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation est complexe dès lors que lors les circonstances de l'activation diffèrent de celles de la conclusion. Bien qu'en principe la volonté des parties doit être appréciée au jour de la conclusion du contrat, il est évident que le passé sera relu de manière partiale à la lumière du présent. Ce dernier apparaissant *a priori* comme l'issue potentielle anticipée par les parties à l'origine et constitue donc le cadre naturel d'interprétation de la clause. Cette indétermination de la qualification précise de la clause s'explique bien par ce jeu de curseur de la contrainte. Car c'est elle qui, prioritairement, aiguille la qualification. Il n'y a alors plus de violence faite à la volonté des parties, puisque celle-ci intègre nécessairement dès la conclusion du contrat l'aléa de l'évolution des circonstances et le risque pris de fixer une contrainte à l'exécution de l'obligation par le débiteur. Certes, il convient de concéder que l'unité qui ressort de cet angle de vue est vite défaite par la différence entre les mécanismes et les objectifs initiaux de chaque clause. Le véritable, en l'occurrence, est la différence des mécanismes, car c'est elle qui fonde la différence de régime et par voie de conséquence éloigne la clause limitative de réparation d'une promiscuité telle avec les clauses pénales et les clauses d'indemnisation forfaitaire que son intégration dans le périmètre du pouvoir de révision judiciaire serait injustifiée. Néanmoins, cet obstacle disparaît si l'on poursuit une analyse pragmatique des clauses limitatives de réparation qui découvre que le *plafond* est souvent, si ce n'est systématiquement, un *forfait*[362].

175 – Esquisse d'une compréhension unifiante et périmètre du pouvoir de révision judiciaire. Il ressort donc de l'appréciation en termes de contrainte des clauses pénales, des clauses limitatives de réparation et des clauses d'indemnisation forfaitaire une unité dans leur

[361] Cf. *supra* n° 143.
[362] Cf. *supra* n° 35 et s.

effet sur l'exécution de l'obligation du débiteur. À titre, on préfèrera parler de déclinaisons que de différences d'une même structure obligationnelle. Or, le régime disposé par l'alinéa 2 de l'ancien article 1152 du Code civil indiquait que *« le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. »*. À rebours, il est logique de comprendre que le pouvoir du juge vise à rectifier une situation manifestement disproportionnée entre la peine, le forfait, et le préjudice effectivement subi par l'inexécution du débiteur. Cette disproportion s'apprécie et dans le sens de l'excès et dans le sens de la dérision. Traduit en termes de contrainte on comprend que s'il s'agit d'une somme manifestement dérisoire la contrainte à exécuter son obligation du débiteur était démesurément allégée, tandis qu'à l'inverse si la somme est manifestement excessive, la contrainte du débiteur à exécuter son obligation est démesurément forte. Dans les deux cas, le juge a pouvoir pour restaurer un certain équilibre contractuel. Il s'agit de justice contractuelle. S'il est vrai que le contrat était supposé équilibré du seul fait qu'il avait été accepté selon le principe de l'autonomie de la volonté dans le Code civil de 1804, il est clair que les temps modernes ont depuis longtemps maintenant reconnu que les contrats pouvaient être gravement déséquilibrés. D'où l'émergence de nombreuses législations visant à permettre de restaurer des équilibres contractuels gravement atteints[363]. D'ailleurs, selon certains auteurs, la justice contractuelle est aujourd'hui un des principes directeurs du droit des contrats[364]. Selon ce mouvement, la lettre même de l'ancien article 1152, et *a fortiori* celle du nouvel article 1231-5 du Code civil, et l'unité substantielle qui traverse les clauses citées nous semble justifier d'admettre la clause limitative de réparation dans le périmètre d'application du pouvoir de révision judiciaire.

B. L'accessoire de l'obligation principale

176 – Le caractère accessoire : nouveau lieu de convergence. Le thème de la dépendance nous a permis d'aborder dans une première partie le rapport de l'obligation de payer un forfait et l'obligation principale. Sous cet angle les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation se reconnaissaient dans une communauté d'effets qui

[363] Cf. *supra* n° 110 et s.
[364] J. GHESTIN, G. LOISEAU, Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Le contrat – Le consentement*, 4e éd., LGDJ, 2013, n° 362.

appuie la possibilité pour le juge de les réviser toutes. Il convient désormais de renverser le point de vue, pour compléter nos premiers développements, en analysant comment l'obligation principale situe l'obligation de payer un forfait par rapport à elle. Disons-le d'emblée, il s'agit d'un rapport principal à accessoire. Celui-ci est naturellement induit par l'alinéa 1er de l'ancien article 1152 du Code civil, et encore aujourd'hui par l'article 1231-5 du Code civil, lorsqu'il était disposé que *: « le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts »*. Le *« contrat »* figure ici l'obligation principale qui craint d'être inexécutée, tandis que la sanction de payer *« une certaine somme »* vise l'objet des clauses accessoires qui tombent dans le périmètre d'application du pouvoir de révision judiciaire. C'est donc parce que ces clauses supposent la préexistence d'une obligation à amender qu'elles sont accessoires. Ce caractère est partagé par les clauses d'indemnisation forfaitaire, les clauses pénales et les clauses limitatives de réparation d'une manière telle qu'il ajoute à leur inclusion dans le champ des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire. Pour le développer, nous aborderons successivement la situation du créancier (a) puis la situation du débiteur (b) dans leur rapport au caractère accessoire des clauses mentionnées.

a. La situation du créancier : le choix possible de la sanction

177 – La pluralité de recours du créancier. Le créancier de l'obligation principale dispose, outre les mécanismes contractuels qui ont pu être prévus par les parties, de plusieurs solutions légales pour réagir face à une inexécution du débiteur. Aujourd'hui, l'article 1217 alinéa 1er du Code civil le résume en disposant que *« la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : Soit refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; Soit poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; Soit obtenir une réduction du prix ; Soit provoquer la résolution du contrat ; Soit demander réparation des conséquences de l'inexécution. »*. S'agissant du cas précis de la clause pénale, l'ancien 1228 du Code civil disposait que *« Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale. »*. On comprend donc que le créancier peut choisir entre plusieurs solutions pour agir contre l'inexécution du débiteur. Les solutions contractuelles, telle la clause pénale ou la clause d'indemnisation forfaitaire, restent des mécanismes supplémentaires qui viennent se surajouter au panel de solutions légales à

disposition du créancier. Ainsi, on comprend que malgré la stipulation d'une clause limitative de réparation, d'une clause pénale ou d'une clause d'indemnisation forfaitaire, le créancier pourrait se départir de l'indemnisation pour préférer, par exemple, l'exécution forcée de l'obligation du débiteur. Ces clauses laissent donc intacts les droits du créancier.

178 – Le débiteur face aux choix du créancier. D'une part, le caractère accessoire des clauses citées permet au créancier de poursuivre l'exécution de l'obligation principale en ce qu'elle doit pouvoir primer sur toute autre solution. D'autre part, le revers du caractère accessoire justifie que le débiteur ne puisse quant à lui choisir d'exécuter ou non son obligation en offrant de payer la peine ou le forfait. C'est le caractère accessoire qui explique cette asymétrie. Le débiteur est toujours tenu d'exécuter l'obligation principale tant que cela est possible et que le créancier n'a pas poursuivi d'autres sanctions.

179 – Le non-cumul des sanctions. De manière générale, les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées et des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. L'ancien article 1229 du Code civil disposait que *« La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. Il ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard. »*. Cet article jugé inutile parce qu'évident[365] n'a pas été repris en droit positif suite à la réforme du droit des obligations de 2016. La règle n'en demeure pas moins valable pour la clause pénale, mais aussi, logiquement, pour la clause d'indemnisation forfaitaire et la clause limitative de réparation. En effet, dans la mesure où ces clauses viennent sanctionner l'inexécution, le créancier ne peut demander l'exécution et la sanction de l'inexécution. Même l'astreinte n'est pas vraiment une nuance à ce principe puisqu'elle ne sanctionne pas l'inexécution de l'obligation elle-même, mais le retard dans l'exécution de celle-ci. C'est, en outre, cette même qui règle justifie aujourd'hui l'alinéa 3 de l'article 1231-5 du Code civil selon lequel *« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent. »*.

[365] Rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 ; G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2ème éd., Dalloz, 2018, p. 597.

Qu'il s'agisse d'une clause pénale, d'une clause d'indemnisation forfaitaire ou d'une clause limitative de réparation, le créancier est donc situé de la même manière vis-à-vis de ses possibilités de sanction de l'inexécution de l'obligation principale. Il n'en ira pas autrement pour ce qui est du débiteur.

b. La situation du débiteur : la contrainte

180 – La singularité de la situation du débiteur. Dans tous les cas des clauses citées, le débiteur se trouve obligé directement par l'obligation principale et virtuellement par la clause stipulée pour influer sur son exécution. Le débiteur est tenu par deux obligations, l'une principale, l'autre accessoire. Chacune a un objet propre. Tandis que l'obligation principale peut être de tout ordre, l'obligation accessoire sera quant à elle une obligation de payer une peine, un forfait, ou un montant maximum. Les causes diffèrent également puisque l'obligation principale a une motivation propre tandis que les obligations accessoires citées visent précisément à influer sur l'exécution de l'obligation principale. Ces obligations accessoires ont une identité de nature.

181 – Définition négative de la commune nature des obligations de payer une pénalité, un forfait ou un montant limité. On s'accordera en premier lieu à dire qu'en tous les cas mentionnés, il y a une dualité d'obligations placées par les parties sur un plan tout à fait différent. Chaque fois, nous l'avons dit, il y a une obligation principale et une obligation de sanction de l'inexécution de la première.

En dépit de leur spécificité propre, les obligations de payer une pénalité, un forfait ou un montant limité se distinguent des obligations alternatives. L'obligation alternative est, en effet, classiquement définie comme une obligation *« par laquelle le débiteur est tenu à plusieurs prestations, mais une seule d'elles peut être exigée par le créancier »*[366]. Dans ce cas, le débiteur est tenu d'exécuter une unique obligation qui présente la particularité, du fait de la pluralité de

[366] Y. MARJAULT, *Les obligations disjonctives : étude des obligations alternatives et facultatives*, Université du Maine, 2016, p. 6.

prestations qu'elle comprend, d'avoir un objet qui reste à déterminer**.** La détermination de l'objet incombera au débiteur[367], sauf à ce qu'il en soit décidé autrement par les parties. Le trait caractéristique de cette institution tient à ce que l'option qui lui est inhérente porte sur deux prestations placées sur le même plan : l'exécution de l'une d'elles est susceptible d'éteindre l'obligation comme l'indique le troisième alinéa de l'article 1307-1 du Code civil[368]. Ces caractéristiques de l'obligation alternative permettent de l'opposer à l'obligation assortie d'une clause pénale, d'une clause d'indemnisation forfaitaire ou d'une clause limitative de réparation. En effet, dans ces cas, il y a toujours deux obligations distinctes, l'une principale, l'autre conditionnelle et accessoire. Ainsi, quand une des clauses citées est stipulée, deux obligations coexistent, mais chacune a un objet unique. Tandis qu'en cas d'obligation alternative, l'obligation est unique, mais elle se caractérise par une pluralité d'objets. On peut également ajouter qu'à la différence des obligations alternatives, les clauses citées ne placent pas sur un pied d'égalité l'obligation qu'elles portent et l'obligation principale. En effet, le débiteur ne peut se libérer qu'en exécutant l'obligation principale, son engagement s'achèvera à l'exécution de cette obligation. Quant à son obligation résultant des clauses citées, elle demeure incertaine quant à son existence dans la mesure où seule son inexécution pourra, éventuellement, l'activer. Au fond, seule l'obligation principale se situe véritablement au rang de l'obligation à proprement parler, tandis que les clauses citées disposent d'une obligation qui se situe au niveau de la responsabilité.

Les obligations résultant des clauses susmentionnées se différencient également des obligations facultatives. Ces dernières sont dites facultatives lorsqu'elles ont *« pour objet une certaine prestation, mais que le débiteur a la faculté, pour se libérer, d'en fournir une autre. »*[369]. Dans ce cas, les deux obligations ne sont certes pas sur un pied d'égalité, car demeure la primauté de l'obligation principale, mais l'obligation facultative peut être exécutée librement par le débiteur s'il le souhaite. La faculté de remplacement du débiteur d'une obligation principale par une obligation facultative désintéresse le créancier qui ne peut plus demander l'exécution de l'obligation principale. Dans ce cadre, il n'y a pas deux obligations distinctes qui cohabitent, mais

[367] Article 1307-1 alinéas 1 et 2 du Code civil *« Le choix entre les prestations appartient au débiteur. Si le choix n'est pas exercé dans le temps convenu ou dans un délai raisonnable, l'autre partie peut, après mise en demeure, exercer ce choix ou résoudre le contrat. »*

[368] Article 1307-1 alinéa 3 du Code civil « *Le choix exercé est définitif et fait perdre à l'obligation son caractère alternatif. »*

[369] Article 1308 alinéa 1er du Code civil.

bien une seule, l'obligation principale, qui peut néanmoins être remplacée à souhait par une autre obligation, l'obligation facultative. C'est ici que la différence apparaît avec les obligations couvertes par des clauses d'indemnisation forfaitaire, des clauses pénales et des clauses limitatives de réparation dans la mesure où il y a dans ces cas bien deux obligations distinctes qui cohabitent. L'obligation de payer vient sanctionner l'obligation principale. Cette coexistence et cette complémentarité d'obligations, l'une assurant l'exécution de l'autre ou sanctionnant son inexécution, font absolument défaut en cas d'obligation facultative puisqu'il n'existe alors qu'une obligation, dont le débiteur est tenu, à laquelle les parties ont ajouté une prestation de remplacement qui permet au débiteur qui l'accomplit de ne pas exécuter la dette qu'il avait initialement contractée.

182 – Définition positive de la commune nature des obligations de payer une peine, un forfait ou un montant limité. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation ont en commun de ne jouer qu'en cas d'inexécution du débiteur. Cette inexécution est par définition hypothétique, incertaine, puisque c'est bien plus de l'obligation principale que le créancier souhaite l'exécution. Or, *« l'obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain »*[370] . En l'espèce, les clauses mentionnées ont pour objet une obligation conditionnelle : la peine, le forfait ou un montant limité. Ces sanctions sont conditionnelles, car leur naissance est subordonnée à l'inexécution de l'obligation originelle. Chaque fois c'est l'inexécution du débiteur qui justifie le jeu de ces clauses. Précisons plus encore. La nature de la condition disposée par ces clauses est suspensive. En effet, *« la condition est suspensive lorsque son accomplissement rend l'obligation pure et simple. »*.[371] En l'espèce, la réalisation de la condition active effectivement la clause et crée l'obligation de payer la peine, le forfait ou le montant limité le cas échéant.

On peut donc conclure en affirmant que les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation sont des contrats accessoires ayant pour objet une obligation sous condition suspensive, respectivement une peine, un forfait et un montant limité. La lettre de l'ancien article 1152, et encore aujourd'hui celle de l'article 1231-5 du Code civil,

[370] Article 1304 alinéa 1er du Code civil
[371] Article 1304 alinéa 2 du Code civil

vise précisément ce mécanisme lorsqu'il dispose que *« celui qui manquera »* d'exécuter son obligation devra payer une *« certaine somme à titre dommages et intérêts »*. Le manquement est un événement futur et incertain, tandis que la sanction, elle, est bien connue et constitue l'obligation sous condition.

183 – La réalité juridique de la contrainte exercée sur le débiteur. Suivant ce parcours qui a permis de situer de quelle obligation le débiteur est-il vraiment redevable, il ressort qu'il n'est tenu, juridiquement, que de l'obligation principale. Les obligations portées par les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation n'existent tout simplement pas au stade de l'exécution de l'obligation principale. À ce stade, seule une influence psychologique et économique s'exerce sur le débiteur, mais rigoureusement entendu la situation juridique de celui-ci ne varie pas selon qu'il est été stipulé ou non une de ces clauses. C'est au stade de l'inexécution, éventuelle, du débiteur que celui-ci devient débiteur de l'obligation de payer une peine ou un forfait, voire un montant limité le cas échéant. C'est justement cette contrainte évolutive, d'abord psychologique et économique puis juridique, que le pouvoir de révision judiciaire cherche à appréhender pour la tempérer.

184 – Conclusion du paragraphe 2. Sous l'angle de la dépendance, nous avons pu découvrir le trait propre et distinctif des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire, à savoir les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation, dans leur rapport interne aux contrats qui les stipulent. Il ressort, synthétiquement, deux choses. La première est de reconnaître que les clauses mentionnées ont une même structure, à savoir qu'elles ont pour objet des obligations conditionnelles suspensives de payer, en cas d'inexécution du débiteur, une peine, un forfait ou un montant limité. Ce faisant, le créancier se situe dans un rapport simple et unique à l'obligation principale. Il ne peut pas demander l'exécution de l'obligation accessoire à moins que la condition se réalise. Même dans ce cas, il peut encore exiger l'exécution forcée de l'obligation principale. Le rapport de ces clauses à l'obligation principale tient au caractère d'accessoire que chacune porte en elle. Néanmoins, malgré l'inexistence de l'obligation stipulée par ces clauses au stade de l'exécution de l'obligation, le spectre, l'horizon de son application, suffit à modifier le rapport du débiteur à l'exécution de l'obligation principale. Par l'influence psychologique et économique, le débiteur risque tantôt d'être trop contraint, par le jeu par exemple

d'une clause pénale manifestement excessive, tantôt d'être trop peu contraint, par le jeu par exemple d'une clause limitative de réparation manifestement dérisoire. Ainsi, sous le prisme du pouvoir de révision judiciaire, les clauses mentionnées doivent bien plus être vues comme des déclinaisons d'une même structure obligationnelle que comme des clauses s'insérant dans des catégories bien distinctes. Le second trait de notre conclusion est de redire que le pouvoir de révision judiciaire vise à permettre la restauration d'un certain équilibre contractuel qui serait trop radicalement menacé par l'une ou l'autre des parties. Ce cadre et les développements menés ajoutent à l'idée que le périmètre d'application de l'ancien article 1152 du Code civil, et encore plus aujourd'hui celui de l'article 1231-5 du Code civil, inclut la clause pénale, la clause d'indemnisation forfaitaire et la clause limitative de réparation. Dans le cadre de l'influence toujours grandissante de la justice contractuelle, cette perspective ne peut étonner et même doit être acceptée.

185 – Conclusion de la section 2. À travers l'étude de leur rapport au contrat qui les porte, nous avons pu aborder sous les angles opposés, mais complémentaires, de l'autonomie et de la dépendance les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de répartition. Il ressort que ces clauses sont sensiblement les mêmes dans leur rapport au contrat principal. Brièvement, nous rappellerons que toutes font l'objet d'attention et de réglementation équivalentes quant à leur insertion formelle dans le contrat principal. Aussi, et plus fondamentalement, c'est pour les mêmes raisons que leur autonomie vis-à-vis du contrat a été de plus en plus reconnue, au point qu'aujourd'hui on peut dire qu'il s'agit de contrats à part entière. On peut alors parler de contrat dans le contrat. Ce pan de leur nature va de pair avec leur dépendance vis-à-vis du contrat principal dont elles tiennent leur existence. Sous cet angle, nous avons vu les influences différentes que chacune exerce sur le débiteur dans son rapport avec l'exécution de l'obligation principale. Plus une question de curseur qu'une différence réelle de mécanisme, il s'avère que c'est juste la contrainte, sous toutes ces formes, qui mérite la révision judiciaire au nom de la justice contractuelle. Tenant leur force tout à la fois de leur autonomie et de leur dépendance, les clauses étudiées répondent des mêmes structures qui justifient l'application de la révision judiciaire.

186 – Conclusion du chapitre 1. La portée des changements induits par la réforme de 2016 à travers l'article 1231-5 du Code civil, à savoir que le juge peut dorénavant connaître sans ambiguïté de toute clause indemnitaire et forfaitaire, s'inscrit dans le cadre d'une unification plus large du traitement de ces clauses. Cette unité de traitement était déjà perceptible à travers l'étude de l'intention des parties et des rapports de ces clauses avec le contrat qui les porte. On repère en effet que la structure d'intention qui préside aux clauses pénales, aux clauses d'indemnisation forfaitaire et aux clauses limitatives de réparation est la même. Celles-ci trouvent à être rassemblées autour de l'unique catégorie des clauses d'indemnisation forfaitaire, entendue *lato sensu*, ou, pour éviter cette formule réservée, des clauses indemnitaires et forfaitaires. En effet, dans tous ces cas c'est toujours une même intention qui se décline et non plusieurs intentions substantiellement différentes. Chaque fois il est question d'anticiper le risque de l'inexécution du débiteur et de fixer par avance le montant de l'indemnisation. Il s'agit ensuite pour l'une ou l'autre des parties de parvenir à être bénéficiaire de cette clause. Un forfait d'indemnisation majorant bénéficiera au créancier, tandis qu'un forfait d'indemnisation minorant bénéficiera au débiteur. En décidant de fixer l'avenir, les parties acceptent nécessairement le risque d'un retournement des circonstances telles que leur pronostic de réparation des intérêts soit déjoué. Ainsi, lorsque les parties s'accordent à stipuler un forfait d'indemnisation majorant, elles acceptent le risque qu'*in fine* celui-ci joue comme un forfait d'indemnisation minorant, car le préjudice subi se révélerait bien plus important que prévu. Inversement pour une stipulation initiale d'un forfait d'indemnisation minorant. On en conclut que la nature de ces clauses est mouvante, les clauses indemnitaires et forfaitaires sont polymorphes dans leur nature même. Face à cette même nature, il paraît logique et cohérent que le législateur ait cru bon par les changements opérés en 2016 de permettre au juge d'en connaître pleinement à travers son pouvoir de révision judiciaire.

Ces clauses n'ont pas seulement une même structure d'intention, mais ont aussi un même rapport au contrat qui, lui aussi, précède la réforme de 2016 et la situe dans le même temps comme une suite logique. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation entretiennent toutes un rapport ambivalent avec le contrat qui les stipule. Un rapport fait d'autant d'autonomie que de dépendance. Chacune de ces clauses, en effet, apparaît autonome en ce sens que formellement elles font l'objet d'un soin particulier et fondamentalement elles apparaissent comme des contrats à part entière. Sur ce dernier point, nous redirons simplement que l'alignement du régime de leur survie post-contractuelle dans les cas de résolution, de caducité

et de nullité démontre que le juge considère comme un ensemble les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation.

Les clauses indemnitaire et forfaitaire apparaissaient donc, à bien des égards, comme un ensemble unique avant la réforme de 2016 qui aboutit toutefois l'unification.

Chapitre 2 – L'aboutissement de l'unification après la réforme

187 – Les utilités de l'unification de traitement. Les germes de l'unité de traitement des clauses indemnitaires[372] ont fini d'être parfaits par la réforme de 2016 et son changement de paradigme. Ainsi, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation risquent de la même manière d'être révisées par le juge au visa du nouvel article 1231-5 du Code civil dès lors que le forfait stipulé est manifestement excessif ou dérisoire par rapport au préjudice subi. L'unification des régimes est, sur ce point, aboutie et a vocation désormais à déployer ses effets. Le premier est évident, c'est celui du décuplement de l'ampleur du pouvoir de révision judiciaire (Section 2). Désormais, le juge peut connaître de davantage de clauses que la seule clause pénale *stricto sensu* auquel il s'est longtemps cantonné. La deuxième est préalable, il s'agit de l'atténuation de la difficulté à qualifier les clauses litigieuses dans la perspective de l'exercice du pouvoir de révision judiciaire (Section 1).

Section 1 – La qualification : une difficulté atténuée

188 – La double conséquence d'une qualification facilitée. Sous l'empire de l'ancien article 1152 du Code civil et de son interprétation, il incombait nécessairement au juge de qualifier une clause pénale afin de s'autoriser à connaître de son éventuel caractère manifestement excessif ou dérisoire. Dès lors, le juge devait faire l'effort de distinguer une clause parmi d'autres voisines. Cet exercice n'est pas évident. Puisque l'article 1231-5 du Code civil ouvre plus largement le

[372] Cf. *supra* n° 133 et s.

champ des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire, l'intérêt d'une rigoureuse qualification entre ces clauses est à relativiser au stade de savoir si le juge peut ou non poursuivre le contrôle de l'éventuel caractère manifestement excessif ou dérisoire de l'objet de la clause d'espèce. Ainsi, on peut dire que la réforme de 2016 et avec elle l'unification du traitement des clauses indemnitaires résout les difficultés anciennes de qualification (§1). Cette atténuation est également synonyme de résolution des difficultés d'appréhension des clauses indemnitaires (§2).

§1. La résolution des difficultés de qualification

189 – Les difficultés de qualification et leur résolution. L'unification de traitements des clauses pénales, des clauses limitatives de réparation et des clauses d'indemnisation forfaitaire se justifient par leur proximité et leur unité de mécanisme. Pour ces mêmes raisons, ces différentes clauses sont difficiles à différencier (A), d'où l'heureuse et pragmatique simplification apportée par l'article 1231-5 du Code civil (B).

A. Les difficultés de différenciation des clauses

190 – La date d'appréciation de la nature juridique d'une clause. L'intention guide le processus d'assomption du projet de clause vers son avènement dans l'ordonnancement juridique. Ainsi, l'intention concourt à la définition de la nature juridique de la clause souhaitée. L'intention se situe à l'origine de clause, elle se fige ensuite par la rédaction, rédaction qui deviendra le moyen privilégié pour reconstituer *a posteriori* l'intention. L'intention des parties va conférer une nature juridique spécifique au contrat et aux clauses qu'il comporte. Naturellement, il paraitrait saugrenu d'imaginer que la nature des objets juridiques puisse varier avec le temps. Ainsi, les contrats administratifs conclus par un établissement public demeurent des contrats de droit administratif même si la personne publique est ultérieurement transformée en personne morale de droit privé[373]. En principe donc, la nature juridique d'un contrat, et par extension d'une clause, s'apprécie à la

[373] T. confl., 16 oct. 2006, *Caisse centrale de réassurance (CCR)*, concl. J.-H. STAHL, *BJCP* 2006, n°49, p. 419, note SCHWARTZ

date à laquelle il a été conclu[374]. Pourtant, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation posent des problèmes redoutables à la pratique.

191 – L'application de la clause : lieu de confusion. Qu'il s'agisse d'une clause pénale, d'une clause d'indemnisation forfaitaire ou d'une clause limitative de réparation, la vie du contrat témoigne de leur silence. C'est seulement lorsque le contrat est menacé pour cause d'inexécution qu'alors ces clauses jouent. C'est généralement lors de la fin du contrat qu'elles s'appliquent, car la relation contractuelle peinera à survivre d'une inexécution grave justifiant le recours à ces mécanismes. L'activation de la clause est le lieu idéal pour révéler l'inefficacité du critère intentionnel dans la qualification et la différenciation de ces clauses.

L'intention originelle s'inscrit dans un cadre de circonstances données, avec un rapport de force précis et des projections par les parties sur l'avenir, permises par un présent particulier. C'est partant de ce cadre que, selon leur volonté, créancier et débiteur s'entendent sur le principe d'une clause pénale, d'une clause d'indemnisation forfaitaire ou d'une clause limitative de réparation. Néanmoins, à la faveur du temps qui passe et de ses évènements insoupçonnés, il peut arriver que lors de l'activation de la clause stipulée les circonstances envisagées soient déjouées au point de renverser son but premier.

192 – Illustrations des confusions. Ainsi, la clause pénale dont le but est par définition de stipuler une somme élevée ayant vocation à contraindre le débiteur à s'exécuter de peur de se voir fortement sanctionner, peut potentiellement agir comme une clause d'indemnisation forfaitaire, voire comme une clause limitative de réparation.

La clause pénale peut jouer comme une simple clause d'indemnisation forfaitaire lorsqu'il s'avéra que le préjudice causé par l'inexécution du débiteur correspond peu ou prou en terme pécuniaire au montant stipulé par la clause. Dépouillée de son caractère comminatoire à la faveur d'un nouveau contexte, la clause pénale qui porte alors mal son nom se révèle être dans les faits une simple clause d'indemnisation forfaitaire. Plus encore, si l'on pousse plus loin l'hypothèse une clause pénale pourrait tout à fait jouer comme une clause limitative de réparation dès lors que la

[374] *Ibid.*

somme faisant normalement office de peine dans l'esprit des parties s'avéra, au gré des circonstances imprévues, être bien moindre que le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution du débiteur. Le renversement sera alors total, car la clause jouera en faveur du débiteur et non du créancier.

Une clause limitative de réparation ne pourrait certes pas jouer comme une clause pénale, puisque la limite convenue si elle se trouve finalement bien plus élevée que le préjudice réellement subi ne jouera pas et laissera libre court au principe de réparation du préjudice. Le créancier de l'obligation inexécutée pourra demander la réparation de son préjudice, puisque celui-ci demeure dans notre hypothèse inférieure à la somme stipulée. Néanmoins, une clause limitative de réparation jouera sensiblement le même rôle qu'une clause d'indemnisation forfaitaire lorsque la limite convenue s'avèrera être peu ou prou le montant correspondant à une évaluation du préjudice subi par le créancier de l'obligation inexécutée. Enfin, une clause d'indemnisation forfaitaire peut jouer comme une clause pénale et comme une clause limitative de réparation lorsque l'évaluation faite en amont par le créancier de son préjudice probable se révèlera être mauvaise au point qu'en aval la somme alors basse profitera au débiteur fautif, ou à l'inverse, la somme alors haute profitera au créancier victime.

En résumé, le seul critère temporel est inefficace à distinguer proprement les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation ou bien il conduit à des solutions absurdes de qualification contraire à la réalité. Imaginons, le simple cas où une clause d'indemnisation forfaitaire stipulant un forfait plutôt bas par rapport au préjudice prévisible se révèle, au jour de son activation, avoir fixé un montant excédant manifestement le préjudice réel. Dans ce cas et dans la logique interprétative qui avait cours jusqu'à présent l'ancien article 1152, le juge n'aurait pas le droit de réviser faute pour la clause d'avoir été *ab initio* une clause pénale *stricto sensu*. Un tel exemple est déclinable dans tous les sens avec les autres clauses mentionnées.

193 – Débat sur la place de l'intention. Le débat se situe en réalité sur le point de savoir si le fait que l'une ou l'autre de ces clauses joue comme une autre clause qu'elle n'est originellement pas en raison de circonstances imprévues modifie au fond sa nature juridique et donc sa qualification. Cette problématique pose au moins deux questions. L'une de savoir quand est-ce

qu'il convient d'apprécier la nature de ces clauses. L'autre, corollaire de la première, de savoir si ces clauses peuvent avoir une nature mouvante.

Il est clair qu'au jour de la formation du contrat, une intention différente préside à la stipulation soit d'une clause pénale, soit d'une clause d'indemnisation forfaitaire, soit d'une clause limitative de réparation. La première a pour but de garantir par la menace d'une sanction forfaitaire importante l'exécution de l'obligation principale. La clause d'indemnisation forfaitaire a pour finalité la simple évaluation conventionnelle de la réparation. Enfin, la clause limitative de réparation vise, non pas à soustraire les parties à l'évaluation de la réparation due en cas d'inexécution et aux règles légales sur le calcul des dommages-intérêts, à fixer un plafond d'indemnisation. Par essence, seule la notion de clause pénale inclut un caractère comminatoire et punitif. Les autres entendent simplement réduire l'aléa de l'indemnisation future (soit celui que comporte l'appréciation du préjudice par le juge, soit celui d'une indemnisation potentiellement trop importante par rapport aux capacités du débiteur), mais elles ne cherchent pas à contraindre le débiteur à s'exécuter. Mais lorsque, par exemple, la somme stipulée par une clause pénale se révèle être *in fine* inférieure au préjudice subi, doit-on persister sur sa nature de clause pénale ou considérer qu'elle est désormais une clause limitative de réparation ? Au fond, l'intention première doit-elle toujours valoir pour apprécier la nature de la clause ?

Selon le Professeur Denis MAZEAUD, la nature de ces clauses doit s'apprécier selon *« l'intention des parties, au moment de la conclusion de la clause »*[375]. Il s'agit là ni plus ni moins que d'une application du principe général susmentionné. Dans ce cas, le montant de la peine ou de l'indemnité n'est alors qu'un indice non exclusif de la qualification. Il en résulte notamment selon le Professeur Philippe MALINVAUD que la clause pénale dérisoire, concept erroné qui découlait d'une mauvaise interprétation de l'ancien article 1152 du Code civil[376], est « *le résultat d'une erreur, erreur à tout le moins rétrospective tenant à ce que le créancier a mal apprécié les*

[375] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992, n°271, p. 148.
[376] Cf. *supra* n° 40.

dommages susceptibles de découler de l'inexécution du contrat. ».[377] L'hypothèse que la clause d'espèce serait à considérer autrement que ceux à quoi une analyse au jour de la conclusion conduit n'effleurait pas l'auteur. À l'inverse, certains auteurs subordonnent la qualification de la clause au montant de l'indemnité ou de la peine[378]. C'est-à-dire que l'on écarte l'application du critère temporel et on ignore en sus l'intention des parties pour ne considérer que la réalité objective de chaque situation.

Au fond, deux types d'appréciation s'opposent. L'une subjective, l'autre objective. La première fait une place plus large à l'analyse de l'intention originelle des parties. La deuxième est pragmatique et priorise les circonstances factuelles qui entourent l'appréciation. Ces méthodes d'analyse doivent être conciliées afin de parvenir à une solution équilibrée.

B. La résolution des difficultés

194 – L'appréciation objective : reconnaissance d'une clause polymorphe. L'intention des parties ne doit pas être ignorée, mais ne doit pas constituer l'indice majeur dans la démarche de qualification juridique des clauses étudiées. Une appréciation objective doit être préférée. Celle-ci évite l'absurde. Elle évite par exemple d'avoir à qualifier des « clauses pénales dérisoires »[379]. Une telle proposition n'est pas cohérente. Il s'agit d'un oxymore vide de toute substance. Le Professeur Denis MAZEAUD le reconnaît par ailleurs : *« le caractère comminatoire essentiel à la qualification de clause pénale est absolument inconciliable avec l'idée de peine manifestement dérisoire »*[380]. Or, c'est le genre de conclusion auquel parvient le juriste qui tient à la survivance de la nature décelée dans l'intention originelle des parties. Le juriste soucieux de parvenir à une qualification possible et cohérente devra circonstancier son interprétation et, en l'occurrence,

[377] Ph. MALINVAUD, « De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Litec, p. 689 s.
[378] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, 2e éd., Sirey, 1988, n° 292.
[379] Cf. *supra* n° 40 et s.
[380] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992, n°596, p. 340.

retenir pour qualification une clause limitative de réparation ou une clause d'indemnisation forfaitaire.

La question du critère chronologique de qualification de la clause et la question de la méthode d'appréciation sont en réalité enchâssées. En effet, vouloir qualifier la clause au regard du moment originel de sa conclusion c'est, en réalité, prioriser une analyse subjective. La distance temporelle entre l'observateur et les circonstances initiales contraignent à s'appesantir sur la volonté subjective des parties qu'il s'agit inévitablement de reconstituer tant bien que mal. Tandis que, le juge qui décide de se placer à la date de sa décision et non, artificiellement, à la date de conclusion de la clause, priorise une analyse objective des circonstances actuelles pour interpréter à leur lumière la réalité des effets de la somme stipulée. Ainsi se révèle l'effet réel et pratique du forfait convenu sur l'agir des parties. Cette dernière attitude est selon nous rendue possible par la position de la Cour de cassation. Elle estime que le juge doit se placer *« à la date de sa décision »*[381] pour apprécier du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la somme forfaitaire due en cas d'inexécution. La solution ne va pas de soi. On peut bien considérer que l'appréciation doit se faire au jour de la formation du contrat afin de justifier la sanction de la démesure grave au jour où elle se cristallise vraiment. Ainsi, on situerait au même moment l'appréciation de la nature de la clause et de son éventuel caractère démesuré. Mais dans une logique non de sanction de la partie qui commet cet excès, mais de protection de celle qui le subit, on comprend la solution retenue. Le juge souhaite pouvoir ajuster la somme convenue au moment de son exigibilité. L'ajustement n'a de sens que s'il est fonction des circonstances dans lequel il s'inscrit. À défaut, si par exemple l'ajustement devait se faire en contemplation des circonstances originelles, il se risquerait à être soit trop avantageux soit trop désavantageux, au regard des circonstances actuelles, pour le créancier de la somme stipulée.

Si le juge s'autorise à apprécier la portée de la somme stipulée à la date de sa décision, il n'y a qu'un pas pour qu'il apprécie la nature de la clause à la date de sa décision. À vrai dire, on peut même se demander si indirectement il ne le fait pas déjà. En effet, par cette solution, le juge accepte de décorréler le moment considéré de son analyse de la formation du contrat. Il en ressort

[381] Cass. 1re civ., 19 mars 1980, *Bull. civ.* I, n°95 ; Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Bull. civ*. I, n°98 ; Com. 14 déc. 2010, n° 09-68.275, *RTD civ*. 2011. 122, obs. B. FAGES.

une solution qui fait déjà violence à l'intention des parties puisqu'elle tiendra rigueur aux parties d'un contexte qu'elle ne pouvait pas connaître au jour de la conclusion du contrat. Dès lors, on peut se demander pourquoi s'autoriser un tel geste quant à l'objet de la clause et non quant à sa nature. Au fond, il n'y aurait pas plus d'atteintes à l'intention originelle des parties dans les deux cas. Par ailleurs, suivant cette solution, le juge se prononce implicitement malgré lui sur la nature de la clause à la date de sa décision. Dès lors, par exemple, qu'il reconnaît que la somme convenue est, au regard des circonstances au jour de sa décision, manifestement dérisoire il ressort nécessairement que la clause en elle-même ne peut plus être considérée, à ce moment-là, comme une clause pénale sauf à vouloir tenir ensemble des propositions incohérentes.

Le juge ne traite pas l'erreur d'appréciation des parties, mais l'aléa inhérent à l'évaluation préalable, lors de la formation de la clause, du préjudice possible. Car les parties connaissent, dès l'origine, le caractère risqué de leur évaluation et de la somme convenue. De sorte que, d'une certaine manière, bien que l'intention originelle puisse être de stipuler une clause pénale *stricto sensu*, celle-ci implique nécessairement l'acceptation en creux d'un renversement possible de sa finalité et donc de sa nature. En appréciant les excès de la somme convenue à la date de sa décision, le juge s'évite de bousculer le principe selon lequel la nature d'une clause doit s'apprécier au jour de sa formation, mais en pratique sa solution revient à cela. Reconnaître qu'il convient d'apprécier la gravité de la démesure au jour de sa décision c'est reconnaître, en creux, que la clause pénale est une clause mouvante, polymorphe. Ainsi, si la clause pénale peut, par hypothèse, devenir une clause limitative de réparation ou une clause d'indemnisation forfaitaire, tous les mouvements sont possibles entre elles trois comme nous l'avons par ailleurs déjà vu[382].

195 – L'appréciation objective : sauvegarde de l'intention originelle. Dans une première étape de notre raisonnement, nous avons dit que la solution retenue par le juge faisait violence à l'intention des parties dans la mesure où l'intention originelle est née dans un contexte différent du jour de la décision judiciaire. Cette remarque se plaçait dans le cadre d'une appréciation simpliste de l'intention qui considère un cas de figure de clause pénale dérisoire, par exemple, comme une erreur. Mais dans un second temps, nous disions qu'au fond il est faux de considérer une telle hypothèse comme une erreur d'appréciation des parties. Les cocontractants intègrent

[382] Cf. *supra* n° 142 et s.

l'aléa inhérent à l'évaluation préalable, lors de la formation de la clause, du préjudice possible. Chacun sait au jour de la formation du contrat ce qu'il encourt comme risque. Prévoir l'avenir c'est accepter une contrainte face à l'imprévisible. Nul ne peut ignorer cette dimension aléatoire. C'est pourquoi il faut bien conclure qu'en tous les cas l'intention originelle des parties comprend toujours en elle-même l'acceptation tacite d'une variation aléatoire des circonstances et donc d'une variabilité d'interprétation de la clause stipulée. Sauf à ce que les parties indiquent expressément vouloir figer le sens de la clause en précisant que tout concours malheureux de circonstances qui renverserait le sens premier donné à la clause serait une erreur. Qui plus est, comment peut-on déterminer *a posteriori* ce qui revêtait le plus d'importance pour les parties *à l'origine* ? Était-ce le fait que le montant stipulé joue comme une pénalité, comprise comme une sanction, ou était-ce le fait que l'inexécution visée emporte une certaine somme ? Si l'on prend par exemple la stipulation suivante : « l'inexécution de l'obligation susmentionnée entrainera à titre de pénalité une indemnisation de 40 000 euros » : comment savoir ce qui est important pour les parties entre le mot « pénalité » et les « 40 000 euros » dont le paiement est ainsi garanti ? Qu'est- ce qui a déterminé leur consentement ? C'est à ces questions insondables qu'entend répondre avec pragmatisme notre plaidoyer pour une appréciation tout objective. Appréciation qui toutefois n'ignore pas le rôle de l'intention des parties ni son importante, puisque tout au contraire elle lui reconnait mieux encore sa dignité.

Le renversement ainsi opéré de l'appréciation, d'une appréciation subjective à une appréciation objective, restaure la complexité de l'intention qui sous-tend les clauses d'anticipation de la défaillance contractuelle. C'est en remontant de la clause à l'intention, et non en descendant d'une intention caricaturale vers la clause que nous parvenons à décrire la réalité. Lorsqu'une clause pénale joue comme une clause limitative de réparation, qu'une clause d'indemnisation forfaitaire joue comme une clause pénale, ou encore qu'une clause limitative de réparation joue comme une clause d'indemnisation forfaitaire, il s'agit toujours de l'avènement d'une éventualité contenu dès l'origine dans l'intention des parties. L'intention originelle ne peut se défaire de l'acceptation de l'aléa des circonstances, sauf à le stipuler expressément.

Les clauses mentionnées sont donc polymorphes, au sens où elles peuvent jusqu'au moment de leur activation revêtir plusieurs formes. Au jour de leur activation, ou au jour de la décision du

juge, se fixe définitivement leur nature. À cet égard les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de responsabilité intègrent toutes le périmètre d'application du pouvoir de révision judiciaire de l'article 1231-5 du Code civil. Le juge doit être pragmatique et objectif dans son analyse. La qualification rigoureuse et précise, et donc la distinction entre les clauses mentionnées, n'est plus un enjeu au stade de savoir si la clause d'espèce est susceptible d'être révisée ou non. Néanmoins, l'intention des parties demeure utile au stade de la révision proprement dite.

196 – Le silence quant au régime du pouvoir de révision judiciaire. En effet, bien que la loi attribue au juge le pouvoir de réviser les clauses qui entraient dans le périmètre de sa lettre, il n'en demeure pas moins que les conditions d'application de ce pouvoir son vague. Laconiquement, le deuxième alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil disposait *« le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire »* et il en va de même aujourd'hui avec le nouvel article 1231-5 du Code civil à ceci près qu'il est désormais question de réviser une pénalité. L'excès ou la dérision seront qualifiés dès lors que la somme convenue s'avèrera respectivement plus importante ou plus faible que le montant du préjudice subi. La difficulté naît de l'appréciation du caractère manifeste. Il ne suffit pas que le montant stipulé soit simplement supérieur ou inférieur au préjudice. À plusieurs reprises, la jurisprudence s'est refusée à considérer que les conditions de mise en œuvre de son pouvoir de révision étaient réunies malgré l'existence d'un écart important entre la somme stipulée et le préjudice[383].

Le caractère manifeste est traditionnellement défini comme un *« écart quantitatif substantiel »*[384] rappelant, à la hausse, celui de la lésion, à la baisse celui de la vileté du prix. Pour l'apprécier, les juges du fond demeurent souverains[385]. Au-delà de la définition subsiste la question pratique des indicateurs utiles au juge dans l'exercice de son pouvoir de révision. La loi n'en dit rien.

[383] Reims, 26 janv. 2021, n°19/003191 ; Paris, 23 mars 2018, n°16/164327 ; Paris, 20 oct. 2017, 16/00325 ; Fort-de-France, 11 mai 2012, 10/00456 ; Douai, 2 juill. 1976, *RTD civ*. 1977, 338, obs. G. CORNU ; TGI Nice, 19 juillet 1977, *Rev. jur. com*. 1978, p. 265, note E.M. BEY ; Amiens, 2 juillet 1981, *Gaz. Pal*. 1981, 2, Som. 610, note E.-M. BEY.
[384] B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil* : *Les obligations*, Lexis Nexis, 1995, n°1827, p. 640 ; J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n° 181, p. 321 et 322.
[385] Soc. 24 mai 1978, *JCP* 1978, IV, p. 227.

197 – L'intention et la somme excessive. Lorsqu'une somme forfaitaire à payer est stipulée en cas d'inexécution, lors donc que nous sommes en présence d'une clause pénale *stricto sensu,* la question des critères orientant la liberté de révision du juge se pose. En l'occurrence, s'il est manifeste que les parties ont accepté de stipuler un forfait qu'il espérait supérieur au préjudice subi en cas d'inexécution, et qui s'est avéré l'être au jour de l'activation de la clause, le juge doit en tenir compte. Dans l'idéal, le juge devrait modérer la peine en supprimant l'excès, mais laisser subsister sa nature « pénale » qui a pour but de sanctionner l'inexécution illicite. Il en résulte que dans ce cas de figure le montant révisé doit nécessairement dépasser le montant du préjudice subi. Le pouvoir d'équité du juge ne serait pas remis en cause dans la mesure où il l'utilise pour supprimer l'excès. Mais l'équité ayant été nuancée dès l'origine par l'intention des parties, le juge doit se conformer à la nature souhaitée de la clause. Reste que si le bon sens recherche une solution conciliante qui tient ensemble le respect de la volonté des parties et la sanction des démesures graves, il faut voir qu'une attitude est conditionnée à la légalité de la clause pénale. Or, l'existence de la clause pénale en droit français est aujourd'hui questionnable. Si celle-ci n'est plus reconnue en droit positif, il faudrait admettre que le juge devra réviser la somme manifestement excessive au niveau du préjudice réellement subi.

198 – L'intention et la somme dérisoire. Comme nous l'avons déjà dit, une somme manifestement dérisoire n'est pas selon nous le résultat d'une erreur[386]. Il s'agit soit de la réalisation d'un aléa accepté, soit du fruit d'une intention telle qu'il s'agit en fait d'une clause limitative de réparation. Il en découle que le juge doit selon nous pouvoir, à l'instar de sa liberté vis-à-vis de la clause pénale manifestement excessive, être totalement libre vis-à-vis de la clause d'indemnisation manifestement dérisoire. Autrement dit, le juge devrait pouvoir augmenter la somme convenue au niveau du préjudice réellement subi ou tenir compte de la volonté des parties de limiter l'indemnisation du préjudice en cas d'inexécution. Dans ce dernier cas, il devra alors maintenir le caractère limitatif de la somme.

[386] Cf. *supra* n° 70.

199 – La solution de la Cour de cassation : liberté totale du juge. En matière de clause pénale, la Cour de cassation paraît avoir adopté le système du Professeur François CHABAS[387]. À plusieurs reprises les Hauts magistrats ont affirmé que *« le juge du fond, souverain dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, fixe librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale, dès lors qu'il l'estime manifestement excessive, sans pouvoir toutefois allouer une somme inférieure au montant du dommage »*[388]. La Cour a parfois précisé que le juge n'était pas tenu de diminuer une somme manifestement excessive au montant du préjudice réel[389]. Il semble difficile de déterminer toutefois la manière dont les juges font usage de leur pouvoir, tantôt ils révisent la somme convenue au niveau du montant du préjudice subi, tantôt ils laissent subsister le caractère pénal ou limitatif de ladite somme tout en corrigeant l'excès.

Comme le résument parfaitement le Professeur François TERRE et ses coauteurs pour la clause pénale *« la marge de manœuvre du juge se situe entre la peine et le dommage »*. Pour généraliser et rendre compte de la symétrie des solutions avec la somme manifestement dérisoire, nous dirons que la marge de manœuvre du juge se situe entre la somme convenue et le dommage. Cette liberté du juge qui, jusqu'à présent, n'a été saisi que dans les cas des clauses pénales considérant l'interprétation traditionnelle de l'ancien article 1152 du Code civil doit être désormais transposée aux clauses d'indemnisation forfaitaire et aux clauses limitatives de réparation.

Outre les conséquences sur la qualification proprement dite, l'unification de traitement joue aussi dans l'appréhension qu'on les cocontractants et les juges vis-à-vis de ces clauses.

[387] Cf. *supra* n° 79.
[388] Cass. 1re civ., 24 juill. 1978, *Rev. trim. dr. civ*. 1979, 150, obs. G. CORNU ; *D.* 1979.inf.rap.151, obs. D. LANDRAUD ; Cass. com., 9 juin 1980, *Bull. civ*. IV, n°245 ; Cass. com. 3 fév. 1982 : *Gaz. Pal*. 1982, 2, n°231, note A. PIEDELIEVRE ; Cass. com., 8 juill. 1986, *JCP*. 1986, IV, n°275 ; Cass. com., 14 fév. 2012, n°10-28.791.
[389] Cass. com., 18 déc. 1978, *Bull. civ*. IV, n°313 ; Cass. com. 23 janv. 1979, *JCP* 1979, IV, n°106.

§2. La résolution des difficultés d'appréhension des clauses indemnitaires

200 – Les difficultés d'appréhension et leur résolution. Outre que l'unification de traitements des clauses pénales, des clauses limitatives de réparation et des clauses d'indemnisation forfaitaire permettent de simplifier la tâche du juge dans son devoir de qualification et donc de différenciation des clauses, elle permet aussi de faciliter leur appréhension. Par le terme d'« appréhension », nous voulons désigner l'ensemble des rapports extralégaux qu'ont les parties avec les clauses indemnitaires. Cela peut donc viser un rapport psychologique, un rapport méthodologique, ou encore un rapport d'intérêt ou d'importance avec ces clauses. Naturellement, le droit antérieur à la réforme et son interprétation situaient d'une manière particulière les cocontractants et les juges vis-à-vis des clauses indemnitaires que nous abordons. Ces rapports posaient des difficultés auxquelles vient répondre l'interprétation que nous donnons du nouvel article 1231-5 du Code civil. S'agissant des cocontractants leur rapport de force est rééquilibré (A) tandis que le juge voit sa fonction judiciaire réessentialisée (B).

A. Les cocontractants : un rapport de force rééquilibré

201 – Les déséquilibres contractuels annexes induits par les clauses indemnitaires. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation induisent des déséquilibres contractuels. Un contrat n'est jamais qu'une somme de déséquilibres, plus ou moins compensés dans les contrats synallagmatiques par d'autres dispositions contractuelles. À ce principe, les clauses mentionnées ne dérogent pas, à ceci près, peut-être, qu'elles emportent avec elles des conséquences particulièrement importantes qui justifient leur encadrement judiciaire. En marge des déséquilibres souhaités qui tiennent à la nature même des clauses, par exemple la protection du créancier dans le cas d'une clause pénale ou celle du débiteur dans le cadre d'une clause limitative de réparation, il existe des déséquilibres annexes qui méritent d'être abordés et traités.

Imaginons le cas de la clause limitative de réparation où le débiteur, profitant de sa position de force, fixe un plafond suffisamment bas qu'il constitue en réalité un forfait d'indemnisation très

faible (mais pour notre hypothèse, insuffisamment faible pour ne pas porter atteinte à la substance de l'obligation essentielle, selon l'article 1170 du Code civil). Dans le cas de l'interprétation classique des termes de l'ancien article 1152 du Code civil qui se prolonge dans le nouvel article 1231-5, le juge ne saurait en réviser le montant. Se surajoute donc à la domination contractuelle du débiteur, une domination de celui-ci sur le plan judiciaire, faute pour le juge de s'autoriser à connaître des « plafonds » indemnitaires.

À l'inverse, lorsque c'est le créancier qui se trouve en situation de force, il pourra jouer de celle-ci et tenter d'éviter par une rédaction astucieuse les risques d'une révision. On peut évoquer quelques stratégies comme par exemple le fait de nommer autrement la clause pénale en espérant que le débiteur se convainque lui-même de cette nature par l'effet de l'apparence et évite le moment venu de porter l'affaire devant un juge. Encore, il serait possible pour le créancier de justifier par des explications ou des calculs fallacieux que le forfait convenu n'a vocation qu'à anticiper une juste indemnisation et ne saurait donc être considéré comme une clause pénale *stricto sensu*. Dans ce cas et suivant l'interprétation traditionnelle, le débiteur, mais aussi le juge pourrait être convaincu par l'argumentaire et donc le pouvoir de révision judiciaire ne pourrait jouer faute de caractère comminatoire et punitif.

Dans un autre registre, imaginons le cas d'une fluctuation des circonstances et avec elles des effets de la clause stipulée. Par exemple, le forfait d'une clause d'indemnisation forfaitaire qui n'avait initialement pour objectif que de prévoir de manière juste et anticipée le montant de l'indemnisation, mais qui se retrouve *in fine* être bien supérieur au préjudice réel. Là encore, faute de caractère comminatoire et punitif *ab initio* le juge ne se permettrait pas dans le cadre interprétatif traditionnel d'utiliser son pouvoir de révision judiciaire. Or, il paraît légitime qu'un tel déséquilibre puisse être régulé par le juge.

La réforme répond à ces déséquilibres en indiquant aux cocontractants qu'ils n'échapperont pas à la compétence judiciaire en tentant d'éviter la qualification de clause pénale ou en profitant d'un changement radical des circonstances extérieures.

202 – Fluctuation de la nature des clauses : rééquilibrage des conséquences. Les conséquences liées à la fluctuation, du fait des circonstances, de la nature des clauses restent un angle mort du pouvoir de révision judiciaire jusqu'à aujourd'hui. À moins que le juge s'autorise, par l'artifice d'une analyse tronquée, à en connaître, il n'y a sur le fond aucune cohérence de régime qui ne l'autorise. Or, l'article 1231-5 du Code civil et l'interprétation que nous en proposons démontrent la légitimation d'une analyse objective et pragmatique pour orienter la tâche du juge[390].

Dès lors, le juge peut connaître de ces cas. Ainsi, l'intention de stipuler une pénalité n'est plus la condition première à la révision des graves déséquilibres, lesquels seraient appréciés *a posteriori* afin de répondre plus proprement à la réalité du dévoiement du rapport de force des parties. Seul compte de savoir si le forfait d'espèce est manifestement dérisoire ou excessif au moment où le juge devra apprécier sa corrélation avec le préjudice.

203 – Rééquilibrage par l'extension du périmètre des clauses révisables. De plus, la reconnaissance d'un périmètre des clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil incluant les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation permet au juge de se saisir plus facilement des cas où la partie en position de force aura tenté d'esquiver par une rédaction habile de voir sa clause qualifiée de clause pénale *stricto sensu*, seule clause jusqu'à présent susceptible d'être révisée. Par la reconnaissance d'une possible révision du triptyque des clauses indemnitaires, dans les cas où le forfait convenu est manifestement excessif ou dérisoire, la latitude des parties pour pouvoir éviter un rééquilibrage de leur relation est bien plus limitée. Les cocontractants qui auront convenu d'une clause limitative de réparation stipulant un plafond d'indemnisation tel qu'il est évident qu'il joue le rôle d'un forfait démesurément bas encourront désormais le risque de le voir qualifier de manifestement dérisoire par le juge au titre de l'article 1231-5 du Code civil. Son rehaussement par le juge permet de rééquilibrer, dans le respect de l'intention initiale des parties de limiter l'indemnisation du créancier en cas d'inexécution du débiteur, le rapport de force entre les parties.

[390] Cf. *supra* n° 194 et s.

B. Le juge : une fonction judiciaire réessentialisée

204 – Concentration sur la révision plutôt que sur la qualification. L'article 1231-5 du Code civil emporte, entre autres conséquences, de concentrer la fonction judiciaire plutôt que sur la qualification de la clause litigieuse. C'est là un renversement de la situation qui prévalait jusqu'alors tant le contentieux a toujours été extrêmement nourri sur les débats autour des questions relatives à la qualification de clause pénale, puisque cette dernière notion constituait la seule porte d'entrée vers la révision judiciaire. La révision elle-même n'était alors plus tellement un enjeu, toutes les attentions étant tournées vers la qualification. En comprenant, désormais, l'article 1231-5 du Code civil comme disposant d'un périmètre élargi de clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire, l'enjeu de la distinction entre clause voisine est moindre. En effet, il ne s'agit plus pour le juge, au stade de savoir s'il peut envisager de réviser ou non la clause litigieuse, d'être absolument sûr qu'il s'agit d'une clause pénale *stricto sensu* mais de s'assurer qu'elle répond simplement à la définition du premier alinéa, savoir qu'elle stipule simplement un forfait indemnitaire. Inutile de rechercher un caractère comminatoire, un caractère punitif, mais simplement un caractère indemnitaire et forfaitaire. Ainsi, même si la qualification reste et restera encore un enjeu pour le juge, il n'en demeure pas moins qu'il est désormais bien moindre qu'avant. Fort de cette nouvelle situation, le juge pourra mieux se concentrer sur la révision proprement dite et s'appesantir davantage sur l'appréciation du préjudice et sa décorrélation manifestement excessive ou dérisoire avec le forfait convenu. Au fond, le juge se voit recentrer sur sa fonction judiciaire.

205 – Recentrement de la fonction judiciaire. S'il est une fonction du juge, c'est bien celle de rendre la justice. Cela signifie que le juge doit rendre une décision en droit, mais aussi en équité. Or, force est de constater que le travail du juge dépasse parfois largement ce seul effort et consiste parfois à se faire exégète des contrats. Or, en la matière qui nous occupe, force est de constater que le juge est plus souvent exégète que juge. L'article 1231-5 du Code civil recentre le juge dans son œuvre de justice en développant son implication dans le contrat au travers d'une justice contractuelle qui se veut plus globale. Mécaniquement les débats se décentreront de la seule qualification pour développer davantage les discussions autour du *quantum* auquel il convient de

réviser le forfait litigieux. La question de préjudice, de son évaluation, de sa réparation est par voie de conséquence remise au centre.

L'insistance renouvelée sur l'œuvre de justice ne signifie pas pour autant que le juge doit à tout prix réparer la totalité du préjudice à travers l'exercice de son pouvoir de révision judiciaire. En ce cas, la révision judiciaire reviendrait au même résultant que la sanction du réputé non écrit. Le juge devra tenir des comptes de l'intention pour partie afin de faire cesser le caractère manifestement excessif ou dérisoire du forfait tout en maintenant sa vocation à limiter ou à excéder la réparation du préjudice.

206 – Redéfinition du périmètre d'action. Le périmètre d'action du juge est aussi redéfini par le nouvel article 1231-5 du Code civil. En effet, nous soutenons que le juge peut désormais réviser les forfaits indemnitaires manifestement excessif ou dérisoire des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation. Mais plus qu'une redéfinition proprement dite, il s'agit plutôt d'une clarification d'un périmètre bien plus large. Dans la continuité des Professeurs Denis MAZEAUD et Jacques MESTRE, nous pensons que la lettre de l'ancien article 1152 du Code civil permettait déjà de réviser les clauses limitatives de réparation et, plus globalement, toutes clauses d'indemnisation forfaitaire. Simplement, les juges ont toujours compris l'ancien article 1152 du Code civil comme visant la seule clause pénale *stricto sensu*. Désormais, l'entièreté de la lettre prend son sens, le juge a vocation à connaître des forfaits d'indemnisation allant du manifestement dérisoire au manifestement excessif. On peut bien dire que l'ampleur du pouvoir de révision judiciaire est décuplée par rapport à ce qu'il était antérieurement.

207 – Conclusion de la section 1. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation ont une structure d'intention identique qui, en pratique, rend bien souvent difficile leur distinction. La variation des circonstances extérieures peut conduire la clause stipulée à produire un effet contraire à celui initialement souhaité. Il en irait par exemple ainsi d'une clause pénale dont la peine se retrouverait finalement manifestement dérisoire au jour de l'inexécution du débiteur. Plutôt que de conclure à l'erreur des parties, il convient de reconnaître que celles-ci acceptent une part d'aléa lors de la conclusion du contrat. Cet aléa inclut la possibilité pour le montant du forfait de la clause convenue d'être plus ou moins en phase avec

les prévisions initiales. C'est pourquoi les clauses mentionnées peuvent être dites polymorphes, en ce sens qu'elles portent en elles-mêmes la possibilité d'être *in fine* un autre levier que celui initialement souhaité. L'article 1231-5 du Code civil reconnaît désormais cette réalité et invite implicitement au renouveau de la méthode d'analyse. Ainsi, le critère chronologique et le critère intentionnel doivent être relativisés par un critère pragmatique dans la démarche de qualification juridique de ces clauses. C'est pourquoi, au stade de savoir s'il peut ou non se saisir de son pouvoir de révision judiciaire, la tâche du juge est simplifiée. Si l'utilité de l'intention est toute relative pour déterminer la nature juridique de la clause étudiée, elle se dévoile néanmoins comme véritablement utile et nécessaire dans l'exercice du pouvoir de révision que font les juges. L'intention oriente, en effet, le juge dans sa détermination souveraine du quantum de la révision.

En outre, la réforme permet également de traiter les déséquilibres et effets d'aubaine que ne manquait pas de créer l'exclusivité réservée de la révision judiciaire à la clause pénale *stricto sensu*. Désormais, en incluant toutes les clauses indemnitaires stipulant un forfait manifestement excessif ou dérisoire, les parties fortes et les opportunistes d'un changement de circonstances peuvent moins s'éviter l'intervention judiciaire. Ainsi les rapports entre parties se trouvent rééquilibrés. Plus encore, par l'élargissement du périmètre des clauses visées, c'est la fonction judiciaire qui est réessentialisée. Désormais, l'attention du juge peut se concentrer sur la révision plus que sur les débats entourant la qualification et la distinction d'avec la clause pénale.

Le corollaire d'une diminution de la difficulté à qualifier les clauses révisables au visa de l'article de 1231-5 du Code civil est de décupler l'ampleur de la révision judiciaire elle-même.

Section 2 – La révision judiciaire : une ampleur décuplée

208 – La nouvelle amplitude du pouvoir de révision judiciaire. Alors même que le juge aurait dû pouvoir de tout temps réviser autant les « peines » manifestement excessives que les « peines » manifestement dérisoires sous l'empire de l'ancien article 1152 du Code civil, force est de constater que les révisions à la hausse ont été rares pour ne pas dire anecdotiques. On n'en trouve presque aucun exemple en jurisprudence. Cela est logique si on se rappelle d'une part que l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle dominante considérait que l'ancien article 1152

visait la seule clause pénale *stricto sensu* et, d'autre part, que la lettre du texte évoquant le cas d'une peine *« manifestement dérisoire »* n'était comprise que comme l'évocation de l'hypothèse d'une malheureuse erreur d'appréciation par les parties. À la suite de nos développements, nous disons que désormais le juge peut connaître des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaires et des clauses limitatives de réparation dès lors qu'elles stipulent un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire. Ainsi, la réforme renforce l'acquis du pouvoir de révision à la baisse (§1) et révèle enfin de manière claire la possibilité pour le juge de réviser à la hausse (§2).

§1. La révision à la baisse : un acquis renforcé

209 – Le renforcement du pouvoir de révision des forfaits manifestement excessifs. Depuis la loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil, le juge est en droit de réviser les clauses pénales et donc les peines manifestement excessives. Ce pouvoir de révision à la baisse n'est pas bouleversé puisque les clauses pénales entrent toujours dans le périmètre des clauses visées par le nouvel article 1231-5 du Code civil. Néanmoins, ce pouvoir ancien bénéficie aujourd'hui d'une clarification quant à sa méthode d'exercice (B) et d'une extension de son champ d'action (A).

A. L'extension du champ d'action

210 – La possible révision à la baisse de toutes les clauses pénales *in fine*. Nous l'avons vu, la nature juridique d'une clause est en principe fixée au jour de sa conclusion. Néanmoins, en matière de clause indemnitaire, un tel principe risque de conduire à des situations absurdes dès lors que les circonstances extérieures ont changé de façon telle que lors de la survenance du préjudice, le forfait convenu a des effets contraires à ceux souhaités. Ce sera, par exemple, le cas d'une clause d'indemnisation forfaitaire qui se comportera *in fine* comme une clause pénale, car l'appréciation initiale qui se voulait juste et équilibrée se révèlera être excessive par rapport au préjudice réel.

Mais si le juge a indiqué qu'il convenait de se placer au jour de sa décision pour apprécier du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine[391], reste qu'il convenait au préalable d'avoir qualifié une clause pénale *stricto sensu*. Autrement dit, avant même d'apprécier le caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine, le juge devait reconnaître une clause pénale *ab initio*. Ainsi, le cas d'une sous-estimation ou d'une juste estimation forfaitaire *ab initio* des indemnités dues en cas d'inexécution de la part du débiteur ne pourrait pas, dans le contexte ancien, passer la première étape de la qualification susceptible ensuite de débloquer une intervention du juge sur le plan de la révision.

Désormais, le pouvoir de révision judiciaire à la baisse peut connaître, selon nous, de toutes les clauses pénales *in fine*, autrement dit de tout forfait d'indemnisation qui se révélerait être, au jour de l'analyse du juge, manifestement excessive et ce indépendamment de la nature juridique *ab initio* de la clause litigieuse.

211 – La révision de tous les forfaits d'indemnisation manifestement excessifs. Le corollaire d'une telle assertion, c'est que le juge n'est plus bridé à connaître que des peines proprement dites. Son pouvoir de révision à la baisse peut désormais connaître de tous les forfaits d'indemnisation dès lors qu'ils se révèlent être manifestement excessifs. Ainsi, le juge n'a plus à rechercher, au stade de savoir s'il peut réviser le montant convenu, si l'objet de la clause litigieuse revêt des caractères comminatoire et punitif. La clause pénale ne constitue plus la notion référentielle exclusive du nouvel article 1231-5, comme nous l'avons montré.

On peut par ailleurs imaginer que le juge qui viendrait à comprendre ainsi son pouvoir de révision judiciaire s'accorderait à connaître de plus d'objet juridique, en ce sens qu'admettre de pouvoir réviser des forfaits manifestement excessifs est plus permissif que s'autoriser à réviser les seules peines manifestement excessives. S'il est certes vrai que le caractère « manifestement excessif » doit s'apprécier par rapport au préjudice et que celui-ci n'a *a priori* pas de lien avec la clause elle-même, il n'en demeure pas moins que la nature de la clause emporte avec elle une certaine influence psychologique. On peut donc penser que le juge reconnaîtra moins facilement une

[391] Cass. 1re civ., 19 mars 1980, *Bull. civ.* I, n°95 ; Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Bull. civ*. I, n°98 ; Com. 14 déc. 2010, n° 09-68.275, *RTD civ*. 2011. 122, obs. B. FAGES.

excessivité manifeste s'il estime avoir à apprécier une clause pénale. À l'inverse, si le juge estime connaître d'un simple forfait d'indemnisation, il risque d'être enclin à caractériser plus aisément l'excessivité manifeste par rapport au préjudice.

Outre l'extension de son champ d'action, le juge voit sa méthode de révision clarifiée.

B. Une méthode clarifiée

212 – La méthode usuelle et les débats sur le but de la révision. La Cour de cassation estime que *« le juge du fond, souverain dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, fixe librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale, dès lors qu'il l'estime manifestement excessive, sans pouvoir toutefois allouer une somme inférieure au montant du dommage »*[392]. On comprend donc que le juge du fond est totalement libre de sa révision dès lors que la réévaluation s'effectue entre la cessation de l'excessivité manifeste et le montant du dommage. Mais rien n'est dit sur le point de savoir si le montant révisé doit être plus proche du préjudice ou plus proche du point où le caractère manifestement excessif s'estompe. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises que le juge n'était pas tenu de réduire la peine au montant du préjudice[393].

Néanmoins, force est de constater que les juges du fond ont longtemps eu tendance à ajuster la peine révisée au montant du préjudice réel[394] et cela n'a parfois même pas suscité des réactions de la part de la Cour de cassation[395]. On peut bien comprendre, en effet, la difficulté de positionnement du juge du fond. Dès lors que le montant litigieux apparaît comme manifestement

[392] Cass. 1re civ. , 24 juill. 1978, *Rev. trim. dr. civ*. 1979, 150, obs. G. CORNU ; Cass. com., 9 juin 1980, *Bull. civ*. IV, n° 245 ; Cass. com., 3 fév. 1982, *Gaz. Pal.* 1982.2.Pan. 231, note A. PIEDELIEVRE ; Cass. com., 8 juill. 1986, *JCP*. 1986.IV.275 ; Cass. 3e civ., 24 oct. 2019, n°18-15.278.
[393] Cass. com., 18 déc. 1978 : *Bull. civ*. IV, n° 313 ; Cass. com., 23 janv. 1979, *JCP* 1979.IV.106 ; Cass. com., 28 juin 1983, *JCP*. 1983.IV.287 ; Cass. soc., 11 déc. 1991 : *RJDA* 1992, n° 322.
[394] C. LOYER-LAHRER, « Le contrôle judiciaire des clauses pénales », *Rev. Jud. de l'Ouest*, 1982 ; Ph. NECTOUX, « La révision judiciaire des clauses pénales. Bilan des premières années d'application de la loi du 9 juillet 1975 par l'informatique juridique », *JCP*. 1978.1.2913 ; M. SALUDEN, « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal*. 1984, 1, Doc., p. 262 et s ;
[395] Cass. com., 5 nov. 1991, n°90-14.067.

excessif et qu'ainsi le juge peut se saisir de son pouvoir de révision, la solution la plus juste n'est-elle pas tout simplement d'indemniser la partie lésée à la hauteur du dommage subi ? Le problème qui se pose alors est la distinction entre la révision et le réputé non écrit. Puisque réviser systématiquement au montant du dommage subi équivaut à réputer non écrite la clause litigieuse et à appliquer le principe de réparation.

213 – La clarification du but de la révision. S'il pouvait y avoir un débat jusqu'à présent, les modifications apportées par le nouvel article 1231-5 du Code civil dans l'ordonnancement juridique dissipent toutes les difficultés sur ce point. Dans la mesure où le pouvoir de révision judiciaire peut désormais connaître de l'ensemble des clauses indemnitaires, le juge ne peut aplatir leur différence et leur traitement, autrement la révision n'aurait aucun sens. En effet, la révision vise à corriger le déséquilibre induit par l'excessivité, ou la dérision, manifeste de la somme convenue par rapport au préjudice. Il ne s'agit pas de le supprimer, auquel cas le mécanisme de l'article 1231-5 du Code civil serait un réputé non écrit qui ne se dit pas. La concurrence avec les autres mécanismes de sanction, notamment les articles 1170 et 1171, contraint directement le pouvoir de révision à retrouver son identité et sa vocation propre. C'est pourquoi, la révision ne peut jamais avoir pour but de réduire ou augmenter le montant incriminé pour le ramener au montant du dommage subi. Cela peut être possible, si les circonstances d'espèce font dire au juge qu'il s'agirait là de la solution la plus juste, mais ce n'est pas le but premier. Le but premier doit être de concilier l'impératif de rééquilibrage contractuel avec l'intention des parties. Ainsi, il est désormais clair que le juge doit tenir compte de la vocation première de la clause litigieuse pour opérer une juste révision. Finalement, le seul cas légitime où le juge devrait ramener le montant manifestement excessif ou dérisoire au niveau du préjudice serait le cas d'une clause d'indemnisation forfaitaire qui n'avait d'autre but que de prévoir à l'avance le montant exact de l'indemnisation. La révision d'une clause pénale devrait toujours continuer de situer la peine au-dessus du préjudice. Reste aux juges du fond d'apprécier dans quelle mesure.

S'agissant néanmoins du cas de révision à la hausse, ces questions se posent dans la lumière de la nouveauté.

§2. La révision à la hausse : un pouvoir nouveau

214 – Le nouveau pouvoir de révision des forfaits manifestement dérisoires. Faute de ne s'être jamais autorisés à réviser toutes clauses d'indemnisation stipulant des forfaits minorants, nous arrivons en terrain inconnu sur le point de savoir comment le juge doit appréhender la problématique d'une révision à la hausse. Il nous faut donc développer les nouvelles conditions d'une possible révision (A) et les fondements de la méthode de révision appliquée à ces cas de figure particuliers (B).

A. Les nouvelles conditions d'une possible révision

215 – Une appréciation renouvelée, mais pas transformée. Avec le nouvel article 1231-5 du Code civil se pose la question de savoir si le juge peut continuer d'exercer son pouvoir de révision avec les mêmes méthodes. L'article ne modifie certes pas la latitude de son action puisqu'il peut toujours « modérer ou augmenter » la pénalité. Reste que, nous l'avons vu, il n'était donné vie qu'à la seule possibilité d'augmenter une clause pénale, dans la mesure où elle seule était jusqu'à présent révisable. Or, il est désormais question de pouvoir utiliser le plein potentiel et la pleine vocation de l'article. Ainsi le juge peut désormais modérer toutes les clauses qui se reconnaissent dans le premier alinéa de l'article et notamment les clauses limitatives de réparation. Cette extension du pouvoir de révision n'impose pas de transformer les méthodes et les principes qui orientaient les juges jusqu'à maintenant, mais cela suppose de les renouveler pour qu'ils tiennent compte de l'actualité.

216 – La force obligatoire : le même principe directeur. Dès lors que le juge accepte de reconnaître qu'il peut réviser les clauses d'indemnisation forfaitaires et les clauses limitatives de réparation sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil, il se pose la question de savoir si l'ensemble des principes et méthodes que nous avons vus[396] sont transposables ou non à ces clauses. Autrement dit, le juge peut-il continuer d'agir comme il le fait pour traiter les clauses

[396] Cf. *supra* n° 75.

pénales manifestement excessives s'agissant des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation manifestement excessives ou dérisoires ?

La force obligatoire doit rester le principe directeur de la révision des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation. Si le contrat est obligatoire entre les parties, il l'est aussi pour le juge qui doit reconnaître cette loi conventionnelle. En écartant le juge par le jeu d'une desdites clauses, les contractants recherchent une sécurité dans l'anticipation de l'indemnisation du préjudice résultant d'une éventuelle inexécution. Les causes subjectives sont toujours celles de l'anticipation, la rapidité, l'automatisme et l'intangibilité du mécanisme choisie pour traiter les conséquences d'une inexécution. Les contractants doivent pouvoir croire en la force de la clause stipulée pour que celle-ci ait un sens et un poids. Leur volonté, leur pouvoir de création d'obligation, doit pouvoir être reconnue sans ambiguïté sans quoi ces clauses n'auraient plus d'intérêt.

Les juges doivent donc réserver là aussi à la révision des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation le caractère très exceptionnel de leur intervention. Les parties doivent se sentir liées par les termes de leur contrat. Les mêmes remarques faites pour la clause pénale sont donc valables et la lettre du nouvel article 1231-5 du Code civil doit susciter dans les juges la même attitude qu'ils avaient au visa de l'ancien article 1152. Il faut que la pénalité soit *« manifestement excessive ou dérisoire »* pour envisager sa révision judiciaire. La révision judiciaire doit demeurer un pouvoir et non un devoir du juge.

217 – Les effets souhaités sur la révision. Le juge devrait tenir compte de la force obligatoire et de la volonté des parties dans la révision de ces clauses. Concrètement cela signifie respecter leur nature, la volonté des parties, et néanmoins réviser avec l'équité en ligne de mire. Ainsi, une clause d'indemnisation forfaitaire suppose pour les parties d'avoir en principe souhaité que le forfait convenu soit équivalent au préjudice éventuellement subi en cas d'inexécution du débiteur. Si les circonstances sont telles que le forfait convenu se retrouve manifestement excessif ou dérisoire par rapport au préjudice réellement subi, le juge pourra se saisir de sa révision. Il lui incombera alors de réviser le forfait afin de le faire correspondre au préjudice subi. Au fond, il s'agit pour le juge, après avoir caractérisé le déséquilibre manifeste, d'apprécier le préjudice

comme pour n'importe quel cas de responsabilité contractuelle et d'en déduire le montant des dommages et intérêts correspondants. En l'occurrence néanmoins, il s'agira pour les parties de percevoir le forfait contractuel révisé et non une réparation judiciaire en tant que telle. La clause d'indemnisation forfaitaire a donc cet avantage de replacer le juge dans une situation classique de responsabilité contractuelle sans dispositif l'encadrant.

La clause limitative de réparation, quant à elle, situe le juge dans un registre assez similaire à la clause pénale dans la mesure où il dispose d'une marge de manœuvre de révision entre le quantum de préjudice réel et celui à partir duquel la disproportion manifeste est corrigée. La clause limitative de réparation suppose pour les parties d'avoir convenu qu'en cas de préjudice résultant de l'inexécution du débiteur, l'indemnisation du créancier serait bien moindre. Le juge devra donc respecter cette volonté et ne pas ramener sans nuance la somme due au montant du préjudice.

218 – Le nécessité d'un traitement à part entière. Reste une difficulté, celle de savoir comment le juge doit interpréter les clauses d'indemnisation forfaitaire et limitative de réparation. Plus précisément, il est question de savoir s'il peut, ou doit, rester dans l'ancien paradigme interprétatif et les considérer comme des clauses pénales tantôt excessives tantôt dérisoires ou s'il doit reconnaître leur nature propre et s'y adapter. Il convient, selon nous, à la suite de l'insistance sur la force obligatoire et la volonté des parties que le juge reconnaisse la nature propre de la clause qui se présente à lui.

Dans le cadre de l'ancien article 1152 du Code civil, le Professeur Philippe MALINVAUD estimait que la révision des clauses limitatives de réparation présentait *« des difficultés presque insurmontables »*[397]. Il montrait qu'en transposant le critère dégagé par la jurisprudence pour les clauses pénales dérisoires, à savoir le caractère insuffisamment comminatoire de la peine, on parvient à une impasse, car la clause limitative de réparation n'a justement aucune vocation comminatoire et est en principe stipulé dans le seul intérêt du débiteur. Il ajoutait également qu'on ne peut rapprocher la clause limitative de réparation d'une clause pénale excessive afin de recourir au critère de la disproportion entre la peine, ou le plafond en l'occurrence, et le préjudice subi. En

[397] Ph. MALINVAUD, « De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Litec, p. 695.

effet, dans ce cas le juge doit en principe conserver le caractère comminatoire de clause et donc conserver une peine qui porte ce caractère. Dans le cas d'une clause limitative de réparation cela n'a aucun sens. Mais la démonstration, certes logique, est biaisée en ce qu'elle postule que l'ancien article 1152 du Code civil visait exclusivement la clause pénale. Ainsi, toute clause qui fait l'objet d'une révision judiciaire sur ce fondement doit être rapprochée de la clause pénale. Or, cela est faux et participe de la confusion traditionnelle largement décrite par ailleurs. Il convient de saisir les clauses limitatives de réparation et les clauses d'indemnisation forfaitaire dans ce qu'elles ont de propre et d'unique. Quitte à s'inspirer des méthodes développées par les juges pour apprécier et réviser les clauses pénales, mais sans se contraindre à vouloir les reproduire en totalité sans considérer les spécificités de la clause d'espèce qu'il s'agit de potentiellement réviser.

B. Les fondements d'une nouvelle méthode de révision

219 – La révision selon un critère objectif ?. Afin d'apprécier le *quantum* de la révision, il est naturel de penser à transposer le système développé pour les clauses pénales aux clauses d'indemnisation forfaitaire et aux clauses limitatives de réparation. De la même manière qu'il convient de caractériser l'inadéquation flagrante et considérable de peine excessive avec le préjudice effectivement subi, il incombera aux juges de caractériser cette même inadéquation démesurée entre le plafond ou l'indemnité forfaitaire, autrement dit à chaque fois le forfait, et le préjudice subi. Il faudra évidemment toujours que l'inadéquation soit grave. Il ne s'agit pas pour le juge de pouvoir rétablir tous les deltas entre le *quantum* de la clause et le *quantum* du préjudice.

En pratique, nous l'avons vu[398] dans le cas d'une clause pénale le juge s'accordait la liberté de réviser librement la peine dans une fourchette allant du montant du dommage au point le plus élevé ne caractérisant plus une peine manifestement excessive. Il semblait ressortir de la jurisprudence que les juges étaient attentifs à conserver un écart entre la peine révisée et le montant du préjudice subi afin de respecter la volonté des parties d'avoir stipulé une clause pénale à vocation comminatoire et punitive. Par conséquent, cette même attitude peut se transposer aux clauses limitatives de réparation et aux clauses d'indemnisation forfaitaire. Le Professeur Denis

[398] Cf. *supra* n° 79.

MAZEAUD indique bien qu'*« en raison de son objet, […] la clause pénale, doit […] malgré sa révision, être maintenue par le juge à un niveau sensiblement supérieur au préjudice réel. Au contraire, si le juge révise une clause d'indemnisation forfaitaire, il peut l'adapter au montant du dommage subi »*[399]. Ainsi, si on transpose une telle logique à la clause limitative de réparation, le juge devrait pouvoir augmenter le plafond de dommages et intérêts tout en laissant subsister un écart important, mais non plus manifestement dérisoire. Cet écart est le garant du respect de la volonté des parties de limiter la réparation du créancier. C'est cette liberté qu'il nous semble devoir être retenue. Elle doit primer l'écueil qui consiste à identifier le montant du préjudice réellement subi comme un butoir. Concédons que réviser la clause pour retenir le montant exact à partir duquel le plafond n'est plus manifestement dérisoire, suppose de pouvoir parfaitement apprécier ce montant. Or, cela est impossible. Il est donc à craindre que le système prôné laisse subsister la démesure excessive. Mais le risque s'impose face à l'exigence du respect de la volonté des parties.

Reste une critique formulée par le Professeur Philippe MALINVAUD, déjà rapidement aperçue[400], à l'égard de toute révision de la clause limitative de réparation, et en particulier selon la méthode objective reprise du système de révision afférent à la clause pénale. Celui-ci estime qu'accorder au juge la liberté, que nous appelons de nos vœux, reviendrait à lui accorder le droit de supprimer la clause limitative de réparation du contrat[401]. Il explique qu'à l'inverse de la révision d'une clause pénale, le juge dénature nécessairement la clause limitative de réparation en la révisant. Selon lui, dans le cas de la révision d'une clause pénale *« l'atteinte portée à la force obligatoire du contrat est relative puisque, par hypothèse, la clause évaluant forfaitairement un dommage futur n'est pas conclue en pleine connaissance de cause. »* [402]. Alors que dans le cas de la révision d'une clause limitative de réparation, l'auteur estime que le juge *« va directement à l'encontre de la volonté des parties : celles-ci étaient d'accord pour limiter le préjudice réparable, en ayant pleinement conscience que le préjudice réel pouvait être supérieur, et le juge revient*

[399] D. MAZEAUD, *th. préc.*, p. 7.
[400] Cf. *supra* n° 40 et s.
[401] Ph. MALINVAUD, « De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Litec, p. 695.
[402] Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, p. 699.

purement et simplement sur cette limitation »[403]. Sa conclusion est alors sans appel : *« Sous couvert d'un pouvoir modérateur, le juge est en fait amené à rayer une clause du contrat »*[404]. Nous ne pensons néanmoins pas que le juge en révisant une clause limitative de réparation la supprime. Tout au contraire, comme pour la clause pénale, en la révisant le juge respecte la volonté des parties en ce qu'elle restaure le caractère limitatif de réparation de la clause. Son caractère manifestement dérisoire en moins. C'est le caractère manifestement dérisoire qui est supprimé, non la clause elle-même et sa vocation. En effet, si le Professeur Philippe MALINVAUD a raison de dire que la clause limitative de réparation est stipulée par des cocontractants pleinement conscients que le préjudice risque fortement d'être supérieur, reste que dans la majorité des cas un créancier ne saurait accepter par avance qu'un fossé grave, flagrant, considérable et démesuré soit constaté entre le plafond convenu et le montant du préjudice réel. Autrement dit, un créancier que rarement à l'avance de subir une grave démesure, une dérision manifeste, qui dépasse largement le déséquilibre convenu et normal de la relation contractuelle en lui causant un préjudice grave. Le juge pourra alors restaurer le caractère limitatif au lieu de laisser subsister un plafond tel qui exonère radicalement et abusivement le débiteur de toute responsabilité. Pour les cas, certainement plus rares, où les circonstances sont telles que le créancier accepte en connaissance de cause que le débiteur limite largement sa responsabilité dans des proportions largement excessives au regard de son obligation[405], il conviendra simplement pour le juge d'interpréter la clause en regard de la volonté initiale des parties. Dès lors, ce serait forcément de mauvaise foi que le créancier réclamerait la révision du forfait d'indemnisation manifestement dérisoire au regard de son préjudice réel.

En permettant au juge de réviser le plafond, au lieu de supprimer la clause, le juge peut ainsi faire droit à la volonté des parties d'accorder un avantage au débiteur en limitant la réparation du créancier.

La révision des clauses d'indemnisation forfaitaire, quant à elles, ne pose *a priori* pas de difficulté dès lors qu'il s'agit pour le juge de corriger la démesure excessive caractérisée en ramenant le

[403] *Ibid.*
[404] *Ibid.*
[405] Par exemple, dans le cas d'un sous-traitant aéronautique au rôle mineur dans la fabrication d'un avion mais dont la mauvaise exécution peut engendrer un accident majeur lors d'un vol.

forfait au niveau du préjudice subi. Nous ne voyons pas d'obstacle à ce qu'il soit fait application de la même méthode objective qu'en matière de clause pénale considérant que la solution la plus simple, à savoir ramener le forfait au montant du préjudice, est la volonté des parties.

220 – La révision selon un critère subjectif ?. À défaut d'avoir besoin d'une méthode complémentaire s'agissant de la clause d'indemnisation forfaitaire, voyons si la révision de la clause limitative de réparation peut s'enrichir d'un critère subjectif. Nous l'avons rapidement dit, mais l'appréciation des juges selon un critère subjectif n'est pas nouvelle. En effet, le juge a parfois considéré le comportement du débiteur afin de diminuer plus ou moins fortement une peine manifestement excessive. Ainsi, lorsque le débiteur a commis une faute grave, le juge aura tendance à laisser subsister une peine au caractère répressif fort, tandis que si l'inexécution ne mérite pas une répression en raison de circonstances particulières, le juge aura tendance à ramener la peine davantage vers le montant du préjudice. Reconnaissons néanmoins que la Cour de cassation a toujours rejeté une telle appréciation basée sur un critère subjectif[406]. Le comportement du débiteur, dans le cas d'une clause pénale, ne peut donc en principe jouer sur la révision du juge qui doit se contenter d'un critère objectif. Néanmoins, les juges du fond, certainement plus transparents dans l'énonciation de leur méthode, ont parfois retenu une appréciation subjective pour fonder leur révision. En effet, au-delà de la rigueur du principe de la Cour de cassation, on peut se demander s'il est raisonnable de refuser un critère qui certainement infuse toujours l'appréciation du juge et ressort implicitement dans l'ampleur de la révision décidée.

Le recours à un critère subjectif s'enrichit en matière de révision de clause limitative de réparation en raison du régime particulier auquel elle est soumise par ailleurs. En effet, dans la mesure où la clause limitative de réparation ne déroge qu'*in limine* au principe de réparation, à l'inverse de la clause pénale qui y déroge *in fine*, et laisse ainsi libre le jeu de la responsabilité jusqu'au plafond, elle est soumise au nouvel article 1231-3 du Code civil qui dispose que *« le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »*. On le voit, la faute lourde et la faute dolosive emportent ici les mêmes effets. Cela résulte de l'adage *culpa lata dolo*

[406] Cass. com., 11 fév. 1997, *RJDA* 1997, n° 610, *Contrats, conc. consomm*. 1997, n° 75, obs. L. LEVENEUR, *Defrénois* 1997.740, obs. Ph. DELEBECQUE.

aequiparatur : la faute est équipollente au dol. Dans ces cas, la clause ne pourra pas être invoquée. Il s'agit là d'une sanction unique qui mériterait d'être tempérée pour au moins deux raisons. D'abord parce que malgré l'assimilation de la faute lourde et de la faute dolosive, il s'agit au fond de deux fautes différentes qui recouvrent en pratique des fautes de gravité différentes. Or, il paraît opportun que le juge dispose d'un outil supplémentaire pour sanctionner les moins graves des comportements caractérisant une faute grave ou dolosive afin de faire davantage droit à la volonté des parties d'avoir stipulé une clause limitative de réparation. Yannick GONTIER propose par exemple que la faute dolosive puisse être sanctionnée par le seul « réputé non-écrit » de la clause, que la faute lourde ouvre le pouvoir de réviser la limite d'indemnisation tout en lui laissant la possibilité d'appliquer la même sanction que pour la faute dolosive, et que la faute simple ne permette au juge que de reconnaître l'application de la clause limitative de réparation stipulée[407]. Néanmoins, un tel système ne peut faire abstraction des conditions objectives d'application de l'article 1231-5 du Code civil. Il ne doit pas s'agir de ne permettre la révision judiciaire que sur le seul constat préalable d'une faute lourde du débiteur. Ce serait complètement dévoyer la lettre de ce dernier texte. Outre que la distinction de la faute lourde et de la faute dolosive paraît trop audacieuse. Malgré tout, l'idée d'intégrer dans l'analyse judiciaire le comportement des parties, et non seulement du débiteur, paraît légitime afin de faire meilleur œuvre de justice. Ainsi, une faute grave ou dolosive du débiteur devrait toujours être sanctionnée par le réputé non écrit, tandis que toute autre faute devrait plutôt être traitée dans le cadre d'une révision. Il ne s'agira toutefois pas d'une sanction directe de la faute à proprement parler. La faute constituant alors simplement un élément d'appréciation pour le juge dans la définition du *quantum* du montant révisé.

Au fond, il paraît souhaitable d'accorder au juge de ne pouvoir réviser toute clause qui entre dans le champ d'application de l'article 1231-5 du Code civil que sur la base du seul constat d'un écart manifestement excessif entre l'objet stipulé par la clause et le préjudice subi. Néanmoins, faute de disposer d'autre élément de mesure pour décider du *quantum* précis auquel sera ramené l'objet de la clause, il semble judicieux d'accorder au juge de pouvoir apprécier le comportement des parties.

[407] Y. GONTIER, *Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité*, préf. J. MESTRE, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2005, n° 267, p. 230.

221 – Conclusion de la section 2. La possibilité pour le juge de pouvoir désormais connaître de la révision de toute clause indemnitaire stipulant un forfait manifestement excessif ou dérisoire, autrement dit des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation, concourt à décupler l'ampleur du pouvoir de révision judiciaire. Concrètement, ce mouvement renforce la possibilité de réviser à la baisse les forfaits d'indemnisation manifestement excessive. Ce renforcement est dû à l'extension du champ d'action du juge qui peut désormais connaître sans ambiguïté des clauses indemnitaires qui identifieraient *in fine* une pénalité au moment de l'inexécution du débiteur et à la faveur d'un changement radical des circonstances. La méthode elle aussi est clarifiée en ce qu'il apparaît que le juge doit tenir compte de la volonté initiale des parties dans l'exercice du pouvoir de révision. À l'opposé du spectre, le juge peut désormais connaître de tout forfait d'indemnisation manifestement dérisoire. La révision à la hausse est reconnue comme un mouvement légitime, non plus seulement comme une possibilité rare pour corriger quelques erreurs fortuites. Avec sa nouveauté se pose la question des modalités et des principes directeurs de son exercice. Il est d'abord clair que le principe de force obligatoire doit rester la boussole du juge. Si tel était le dessein initial des parties, le juge doit pouvoir réviser des clauses stipulant des forfaits bas sans pour autant les traiter comme des clauses pénales mal appréciées. A défaut, contraint de préserver l'aspect comminatoire, l'exercice de son pouvoir de révision parviendrait à une solution injuste, car à l'opposé du dessein initial voulu. En la matière, l'exercice de son pouvoir peut s'inspirer des réflexions conduites sur les méthodes de révision en matière de clause pénale. S'il est nécessaire que la révision s'opère selon un critère objectif, on peut se poser la question de l'utilité de recourir à un critère subjectif. En effet, si l'on considère le régime des clauses limitatives de réparation et leur inefficacité en raison de la faute lourde du débiteur, on pourrait imaginer que la révision judiciaire permette de se saisir des cas de faute de moindre gravité. Ainsi on peut imaginer, comme cela fut suggéré par certains, de rétablir une distinction entre la faute dolosive et la faute grave, pour laisser le « réputé non écrit » à la première et permettre la révision pour la seconde. Mais compte tenu de la violence faite aux conditions objectives d'application de l'article 1231-5 du Code civil et de la complexité d'une distinction entre faute dolosive et faute lourde, cela ne nous apparaît pas souhaitable. Malgré tout, l'appréciation du comportement des parties peut être utile dans la définition du *quantum* du montant révisé.

222 – Conclusion du chapitre 2. L'article 1231-5 du Code civil aboutit à l'unification de traitement des clauses indemnitaires et forfaitaires dont les germes étaient déjà repérables. Cela signifie très concrètement que les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaires et les clauses limitatives de réparation peuvent être révisées par le juge dès lors qu'elles stipulent des forfaits d'indemnisation manifestement excessifs ou dérisoires. Cette unité de traitement emporte d'autres conséquences. D'une part, il en résulte une atténuation de la difficulté entourant l'enjeu de qualification des clauses litigieuses pour l'application de l'article 1231-5 du Code civil. D'autre part, le juge voit ses pouvoirs renforcés dans la mesure où il peut désormais, sans ambiguïté, se saisir des forfaits d'indemnisation minorant au premier rang desquels les très répandus faux plafonds d'indemnisation des clauses limitatives de réparation. L'enjeu entourant la qualification de la clause litigieuse dans l'application du pouvoir de révision judiciaire est amoindri par l'élargissement du périmètre des clauses visées. En effet, nous avons vu que les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaires et les clauses limitatives de réparation partageaient des caractéristiques communes qui permettaient de les considérer comme des déclinaisons d'une seule et même clause : la clause indemnitaire et forfaitaire. Ce faisant, on comprend dans le contexte de l'ancien article 1152 du Code civil et de son interprétation circonscrivant la révision aux seules clauses pénales, que l'enjeu entourant la distinction entre ces clauses était fort. Il ne s'agissait pas alors simplement de démontrer que la clause litigieuse était une clause indemnitaire et forfaitaire, mais de démontrer qu'il s'agissait d'une clause pénale. Désormais, le juge peut se contenter de déterminer si elle rentre dans le champ des clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil. Le législateur invite ainsi à ne pas prioriser les critères chronologique ou intentionnel, mais à faire simplement preuve de pragmatisme. Du point de vue des parties, les effets d'aubaine et les déséquilibres induits associés sont eux aussi réduits. Là où les parties pouvaient espérer autrefois voir renverser leur rapport de force par un changement des circonstances, tel un forfait d'indemnisation majorant qui s'avérait *in fine* minorant, et ainsi s'éviter opportunément la révision judiciaire. De plus, les parties pourront moins facilement éviter la révision judiciaire par leur habileté rédactionnelle. Le juge quant à lui pourra recentrer ses efforts sur le traitement de l'inadéquation démesurée entre le préjudice subi et le forfait indemnitaire plutôt que de s'évertuer à qualifier proprement une clause pénale. Les pouvoirs de révision du juge sont décuplés par l'article 1231-5 du Code civil dans la mesure où il peut se saisir de toute la latitude de son pouvoir de révision judiciaire, à la hausse comme à la baisse, et ce sur toutes clauses indemnitaire et

forfaitaire. Ceci signifie que son pouvoir de révision à la hausse est renforcé en ce qu'il peut désormais connaître sans ambiguïté des forfaits d'indemnisation qui s'avèreraient *in fine* manifestement excessifs alors qu'ils avaient été stipulés afin de minorer l'indemnisation due en cas d'inexécution du débiteur. À l'inverse, le juge peut désormais connaître des plafonds des clauses limitatives de réparation jouant comme des forfaits d'indemnisation manifestement dérisoires. Quant à la méthode, elle n'est pas troublée dans ces grandes lignes. Le respect de la force obligatoire du contrat tient en première place et situe la révision judiciaire comme une exception. Le juge doit conduire dans tous les cas sa révision selon une appréciation objective de l'écart manifestement excessif ou dérisoire entre le préjudice subi et le forfait d'indemnisation stipulé. On peut néanmoins, dans le cas des clauses limitatives de réparation, juger utile le recours à un critère subjectif. En effet, compte tenu de leur régime spécifique et de la nullité associée à la caractérisation d'une faute grave ou dolosive, il serait tentant de hiérarchiser rigoureusement les fautes dolosives, les fautes graves et les fautes simples. Mais systématiser un tel régime ne nous apparaît pas souhaitable compte tenu de la violence faite aux textes législatifs, à la difficulté de distinguer entre elles et au chamboulement de l'état du droit en la matière. Pour autant, le juge restera libre d'orienter sa décision en considérant l'attitude des parties, dès lors que l'appréciation de celle-ci permet une meilleure réponse judiciaire.

223 – Conclusion du titre 1. Les clauses indemnitaires et forfaitaires démesurées, c'est-à-dire celles dont le forfait d'indemnisation est manifestement excessif ou dérisoire, font désormais l'objet d'un traitement unifié au visa de l'article 1231-5 du Code civil et sur le plan du pouvoir de révision judiciaire. Cet état de fait constitue un aboutissement au vu de l'évolution de l'état antérieur du droit. En effet, les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation faisaient l'objet d'une appréhension de plus en plus unifiée.

Le fondement de la démarche est à situer dans la communauté d'intentions qui préside à la stipulation de l'une ou l'autre de ces clauses[408]. C'est toujours, en effet, une même intention de vouloir anticiper les conséquences de l'inexécution du débiteur en stipulant un forfait d'indemnisation dont il est question. Tantôt ce sera au bénéfice du débiteur, à travers un forfait

[408] Cf. *supra* n° 135 et s.

minorant, tantôt ce sera au bénéfice du créancier, au travers d'un forfait majorant, tantôt ce sera une répartition égalitaire des avantages, il s'agira d'un strict forfait d'indemnisation[409]. Le choix d'anticiper inclut également le risque que les pronostics de l'anticipation soient déjoués et qu'*in fine* la clause stipulée joue en un sens contraire à celui initialement souhaité. Ces clauses sont ainsi polymorphes[410]. Elles doivent davantage être considérées comme des déclinaisons d'une même clause fondamentale que comme des notions à différencier strictement. Ainsi, les clauses qu'on nomme traditionnellement aux trois niveaux du spectre de l'indemnisation forfaitaire, clause pénale, clause d'indemnisation forfaitaire et clause limitative de réparation peuvent être réunies sous la seule appellation de clause d'indemnisation forfaitaire, entendu *lato sensu*, ou, pour éviter la redondance, clause indemnitaire et forfaitaire. Si la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire sont fondamentalement des clauses indemnitaires et forfaitaires, il n'en va pas de même de la clause limitative de réparation. Cette appellation recoupe soit un strict forfait d'indemnisation minorant l'indemnisation due, soit un plafond d'indemnisation. Si le premier cas n'oppose aucun obstacle quant à l'intégration au sein de la plus vaste catégorie de clause indemnitaire et forfaitaire, il n'en va pas de même dans le second cas. Un plafond d'indemnisation n'est *a priori* pas un forfait d'indemnisation et à ce titre ne pourrait être révisé au visa de l'article 1231-5 du Code civil. Sur ce point une analyse pragmatique[411] doit permettre de déceler s'il s'agit d'un réel plafond d'indemnisation ou si celui-ci a été fixé de telle sorte à être systématiquement atteint, auquel cas il s'agit d'un faux plafond et donc d'un forfait d'indemnisation grossièrement déguisé. En pratique, on peut craindre que la majorité des plafonds d'indemnisation soient des forfaits d'indemnisation. En tout état de cause, cette commune nature justifie et explique l'orientation du législateur de permettre un traitement indifférencié de ces clauses par le pouvoir de révision judiciaire.

L'article 1231-5 du Code civil aboutit à unifier le traitement des clauses indemnitaires et forfaitaires en permettant que toutes puissent être révisées par un juge si elles stipulent un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire. De cet état de fait, il résulte plusieurs conséquences. Le juge voit ses pouvoirs renforcés et l'enjeu entourant la qualification des clauses

[409] Cf. *supra* n° 168 et s.
[410] Cf. *supra* n° 173 et s.
[411] Cf. *supra* n° 194 et s.

litigieuses réduit. Le pouvoir de révision judiciaire est renforcé en ce que la révision à la hausse peut désormais connaître de tous les cas de forfait indemnitaire manifestement excessif, qu'il soit stipulé par une clause initialement pénale ou non[412]. À l'inverse, le juge peut désormais connaître des forfaits indemnitaires minorants manifestement dérisoires[413]. Ces derniers se rencontrent principalement pour les clauses limitatives de réparation qui stipulent de faux plafonds d'indemnisation dont chacun sait qu'en toute hypothèse ils seront atteints. Par l'élargissement du périmètre des clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil, la difficulté ancienne liée à la qualification des clauses litigieuses dont il était réclamé la révision est amoindrie. En effet, hier, le juge devait s'assurer être précisément saisi d'une clause pénale en raison de l'interprétation retenue de l'ancien article 1152 du Code civil. Désormais, le juge n'a plus à distinguer la nature précise de la clause litigieuse pour décider de la possible application de son pouvoir de révision judiciaire. Il doit simplement constater la stipulation d'un forfait d'indemnisation et, par suite, son caractère manifestement excessif ou dérisoire. La nature de la clause - clause pénale, clause d'indemnisation forfaitaire, clause limitative de réparation - n'est finalement plus utile en tant que telle pour décider de l'applicabilité de la révision judiciaire, mais seulement pour son application. En effet, le juge devra encore cerner l'intention primordiale des parties pour orienter et mesurer correctement l'ampleur de sa révision.

Titre 2 - Les limites du traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées

224 – Les limites du traitement unifié en question. Une fois convaincu que les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation entrent dans le périmètre des clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil, la question se pose des conséquences périphériques d'un tel état de fait. En effet, chacune de ces clauses fait déjà l'objet d'un encadrement juridique particulier. Chacune dispose d'un régime juridique qui déborde l'article 1231-5 du Code civil et même au-delà qui déborde le seul droit des contrats. Ainsi, la

[412] Cf. *supra* n° 209 et s.
[413] Cf. *supra* n° 214 et s.

nouvelle articulation que cela suscite entre les divers encadrements légaux doit être abordée. Mais fondamentalement, deux thèmes majeurs regroupent les interrogations relatives à la thèse que nous développons. Le premier a trait à la force obligatoire des clauses indemnitaires et à la menace nouvelle que fait peser sur elles une extension accrue du pouvoir de révision judiciaire (Chapitre 1). Le deuxième a trait, plus prosaïquement, à l'utilité même du renouvellement de l'interprétation traditionnelle de la lettre du nouvel article 1231-5 largement hérité de l'ancien article 1152 et donc de l'unification de traitement des clauses indemnitaires (Chapitre 2).

Chapitre 1 – La force obligatoire des clauses indemnitaires : une menace relative

225 – La force obligatoire menacée ?. À chaque extrémité du spectre des clauses révisables se trouvent la clause limitative de réparation et la clause pénale. La réforme de 2016 emporte des conséquences particulières pour l'une et l'autre. En effet, la clause limitative de réparation peut désormais faire l'objet d'une révision judiciaire si elle stipule un forfait manifestement dérisoire. Là où il n'était possible que de réputer non écrite une telle clause, si tant est qu'elle prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (article 1170 du Code civil) ou qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties dans un contrat d'adhésion (article 1171 du Code civil), nous ajoutons désormais qu'il est possible qu'elle soit révisée au visa de l'article 1231-5 du Code civil. Quant à la clause pénale, elle trouvait un ancrage textuel sans équivoque dans notre Code civil aux anciens articles 1226 et suivants. Désormais, on ne retrouve plus de référence expresse à ce mécanisme. Ces conclusions menacent l'utilité de la clause limitative de réparation (Section 1) et l'existence de la clause pénale (Section 2).

Section 1 – L'utilité menacée de la clause limitative de réparation

226 – Enjeux autour de la clause limitative de réparation et la révision judiciaire. Dire de la clause pénale qu'elle pourra encore à l'avenir être révisée par le juge ne chamboulera de prime abord personne. À l'inverse, dire de la clause limitative de réparation qu'elle peut désormais être révisée sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil si elle stipule un plafond tel qu'il se

comporte comme un forfait d'indemnisation manifestement dérisoire peut bousculer le juriste. On peut alors se poser la question de savoir ce qu'il reste de la clause limitative de réparation qui fait déjà l'objet depuis longtemps d'une *« vague de défiance »*[414] soutenue par les pouvoirs publics qui *« tendent à réduire toujours plus le champ du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité »*[415]. Si on ajoute à sa réglementation la possibilité additionnelle pour le juge d'en réviser le montant, la question se pose pour les plus pessimistes de la survie pure et simple d'une quelconque utilité au mécanisme. En outre, et pour ne rien arranger, la réforme de 2016 a entériné aux articles 1170 et 1171 les avancées jurisprudentielles en matière de sanction des clauses qui privent de leur substance les obligations essentielles ou qui créent des déséquilibres significatifs dans les contrats d'adhésion. Ces articles, directement issus de solutions dégagées à propos de clauses limitatives de réparation, notamment dans le cadre de la saga judiciaire *Chronopost*, interrogent quant à leur articulation avec l'article 1231-5 du Code civil. C'est pourquoi il nous faut développer l'intérêt résiduel dont dispose encore la clause limitative de réparation qui tout en étant atteinte par une nouvelle disposition (§1) conserve une certaine utilité (§2).

§1. Une nouvelle atteinte portée à la clause limitative de réparation

227 – Enjeux autour de la clause limitative de réparation et la révision judiciaire. Il faut bien reconnaître que la clause limitative de réparation, et plus largement toutes les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité font l'objet depuis le début du XXe siècle d'une réglementation croissante réduisant d'année en année leur espace de validité. Certains se sont posé la question de *« la survivance du principe même de validité »*[416]. En effet, aux atteintes ponctuelles au principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, repérable par exemple en matière de droit des transports[417] ou en matière de contrats spéciaux (dépôt hôtelier[418] ou encore

[414] M. LEVENEUR-AZEMAR, *Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 577, 2017, n°112, p. 77.
[415] *Ibid*.
[416] M. LEVENEUR-AZEMAR, *Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 577, 2017, n°114, p. 79.
[417] Loi du 17 mars 1905 dite Rabier sur la responsabilité du transporteur.
[418] Article 1953 du Code civil.

contrat de construction d'ouvrage[419]), se sont ajoutés des atteintes de grande envergure. Ces dernières ont été initiées dans le droit de la consommation[420], pour ensuite être étendues au droit de la concurrence[421], et finir d'être reconnues en droit des obligations[422]. Les plus pessimistes diront qu'il ne reste comme espace de validité pour ces clauses que les contrats de gré à gré négociés équitablement entre deux parties disposant de forces équivalentes.

À ce contexte, s'ajoute donc désormais le pouvoir de révision judiciaire. Ainsi, on peut imaginer qu'une clause limitative de réparation valide peut encore encourir le risque de se voir réviser par le juge. Le contrôle judiciaire dépasse donc le seuil du seul contrôle de validité pour connaître finalement de l'efficacité même de la clause qui risque d'être excessivement démesurée. En plus d'apparaître comme inutile, elle apparaît dangereuse puisqu'elle ouvre droit au juge d'en réviser librement le montant.

228 – La possibilité nouvelle de rehausser la limite de réparation et le risque d'arbitraire. La liberté judiciaire fait et fera toujours craindre le risque d'arbitraire. S'interrogeant sur l'éventuelle possibilité pour une clause limitative de réparation d'être révisée par le juge, le Professeur Marie LEVENEUR-AZEMAR pose la question : « *Comment ne pas craindre l'arbitraire le plus total dans la fixation de la nouvelle limite de responsabilité ? »*[423] et conclut qu'il est « *inadmissible que le juge s'immisce dans le contrat pour réévaluer la clause, au détriment des prévisions des parties »*[424]. C'est effectivement ce que pourra faire le juge au visa de l'article 1231-5 du Code civil s'il estime que le plafond de la clause limitative de réparation constitue, en réalité, un forfait d'indemnisation qui plus est manifestement dérisoire. À l'automaticité du contrat ou à la sanction bien connue de l'invalidité de la clause se substitueront

[419] Articles 1792 et suivants du Code civil.
[420] Loi n°78-22 du janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le cadre d'une offre de prêt, dite loi Scrivener ; Loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial (article L. 212-1 du Code de la consommation) ; Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 (articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, devenus R. 212-1 et R. 212-2 depuis le 1er juillet 2016).
[421] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 (article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce).
[422] Articles 1170 et 1171 du Code civil.
[423] M. LEVENEUR-AZEMAR, *op. cit.*, n°643, p. 412.
[424] *Ibid*.

effectivement la liberté d'appréciation du juge et la fixation d'une limite nouvelle. Nul ne peut dire que la sécurité juridique n'est pas atteinte, elle l'est de fait et on peut craindre que « s*ous couvert d'équité, l'intervention judiciaire [soit] en réalité illégitime et comporte un risque réel pour la sécurité juridique. »*[425]. À ce titre, le pouvoir de révision judiciaire ne serait qu'un « *instrument de démolition des prévisions des parties »*[426]. Reconnaître la possible révision judiciaire de la clause limitative de réparation, ce serait, finalement, finir d'achever un mécanisme depuis longtemps déjà en danger de mort. Voyons néanmoins s'il n'est vraiment rien de positif et souhaitable dans le nouvel article 1231-5 du Code civil et l'extension du pouvoir de révision judiciaire.

§2. Le maintien d'une certaine utilité

229 – Le maintien du principe de l'efficacité de la clause limitative de réparation. Les cocontractants peuvent être rassurés sur l'efficacité de la clause limitative de réparation. L'article 1231-5 du Code civil n'ajoute aucune limite quant à sa validité. Son champ de validité, déjà bien rogné au fil du temps[427], n'est pas modifié par le pouvoir de révision judiciaire. En effet, l'article 1231-5 du Code civil n'apporte qu'un tempérament à l'efficacité de la clause. Autrement dit, le principe reste et restera la force obligatoire du contrat. Ce n'est jamais qu'à la marge, en cas de démesure manifeste, c'est-à-dire d'une dérision manifeste du plafond convenu qui confine alors au forfait d'indemnisation manifestement dérisoire, que les parties seront en droit d'en réclamer la révision et que le juge pourra, éventuellement, s'en saisir d'office.

La clause limitative de réparation a donc vocation à être efficace, pour autant qu'elle soit valide. Les cocontractants n'ont pas à craindre de voir leur clause systématiquement remise en cause sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil, car cela reste une mesure d'exception. Le juge ne sanctionne pas la clause elle-même, mais le caractère manifestement dérisoire de son objet. Si les cocontractants ont fait un usage juste et légitime de leur liberté contractuelle quitte à entériner des

[425] *Ibid*.
[426] *Ibid*.
[427] Cf. *supra* n° 111 et s.

déséquilibres contractuels, tant que le débiteur ne fait pas usage de sa force pour s'exonérer de manière démesurée des conséquences de son inexécution.

230 – La clause limitative de réparation révisable : un cas particulier. Plus encore, ce n'est pas toutes les clauses limitatives de réparation dont nous disons qu'elles peuvent être révisées sur le fondement de l'article 1231-5 du Code civil. Ce n'est jamais que la clause limitative de réparation qui dispose d'un forfait d'indemnisation manifestement dérisoire qui encourt la révision et l'augmentation de son montant. Si les parties ont entendu stipuler une véritable clause limitative de réparation, en appréciant honnêtement le préjudice prévisible et en décidant de limiter l'indemnisation dans des proportions qui ne lèseront pas de manière disproportionnée le créancier alors la clause n'encourra aucun risque de révision. C'est donc un faux procès fait à l'article 1231-5 du Code civil de dire qu'il permettra la révision de toute clause limitative de réparation. Pour le dire autrement, le pouvoir de révision judiciaire ne pourra, à proprement parler, connaître que des clauses d'indemnisation forfaitaires manifestement dérisoires. Finalement, seules les clauses limitatives de réparation qui cachent leur véritable nature forfaitaire sous le masque d'un plafond si bas qu'il sera systématiquement atteint en cas d'inexécution du débiteur seront susceptibles d'être révisées. En définitive, on peut dire que la clause limitative de réparation dont le juge peut connaître au titre de l'article 1231-5 du Code civil n'est qu'une clause d'indemnisation forfaitaire cachée derrière l'apparence d'une fausse clause limitative de réparation. Si la clause limitative de réparation en est vraiment une, c'est-à-dire si elle stipule un véritable plafond, une vraie limite, et non un plafond déguisé, alors elle ne pourra être révisée par le juge.

231 – L'analogie entre la révision de la clause pénale et la révision de la clause limitative de réparation. Ceci étant dit, on peut encore maintenir à la suite de nos explications les plaintes relatives à l'incursion du juge dans le contrat, à sa liberté de révision, au risque d'arbitraire. Celles-ci font écho à celles qui avaient été émises en 1975 lorsque le législateur a décidé de conférer au juge le pouvoir de réviser les clauses pénales. Une grande partie de la doctrine avait alors parlé d'une *« crise »*[428]. Certains avaient même annoncé la *« mort »* de la clause pénale à cause du

[428] A. WEILL & F. TERRE, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 4e éd., 1986, n° 461.

déclin de l'autonomie de la volonté[429] et certains ont même proféré un *« requiem »*[430] en guise d'oraison funèbre pour cette notion. Les arguments soulevés étaient les mêmes que ceux avancés dans le cas de la révision de la clause limitative de réparation. On s'inquiétait alors de la perte de son utilité pratique et de sa spécificité théorique, de sa prochaine disparition des contrats faute pour elle d'être encore attrayante, ou encore de l'arbitraire fixation de la peine révisée. Mais force est de constater qu'aucune de ces funestes prophéties ne s'est réalisée. Au contraire, *« la clause pénale est sortie comme régénérée de ces diverses épreuves ; loin d'anéantir l'institution, les réformes qui l'ont affectée ont provoqué un surcroît d'intérêt à son sujet et entraîné une seconde naissance de la notion »*[431]. La doctrine qui jusqu'alors ne s'intéressaient pas à cette clause a soudain braqué son attention durablement sur le sujet afin, premièrement, de discuter le bien-fondé de la loi de 1975, mais surtout, deuxièmement, de cerner les contours de la notion. Au-delà du seul regain d'intérêt théorique, la pratique n'a jamais délaissé le mécanisme ainsi qu'en témoigne le contentieux toujours abondant sur le sujet. En outre, plus personne ne s'étonne ni ne s'émeut de ce que les peines manifestement excessives soient révisées par le juge. Qui, encore, se plaint aujourd'hui de l'atteinte illégitime à la volonté des parties ?

Le cas de la clause limitative de réparation est exactement le même à ceci près qu'il se situe à l'opposé du spectre des clauses indemnitaires. Il n'y a donc pas lieu de s'inquiéter de l'arbitraire du juge dont on ne l'accuse plus pour la clause pénale aujourd'hui ou encore de l'inutilité à venir de clause limitative de réparation considérant le recours toujours important à la clause pénale.

232 – L'utilité maintenue même en cas de révision. Plus encore, nous disons que l'utilité de la clause limitative de réparation est maintenue en cas de révision au contraire du cas de nullité. Si l'on peut craindre la liberté judiciaire, reste qu'en principe la révision est censée tenir compte du but de la clause litigieuse. S'il s'agit d'une clause limitative de réparation, la révision judiciaire devra fixer un montant révisé en deçà du préjudice, ceci afin de faire droit à la volonté des parties d'accorder au débiteur de l'obligation une limitation de sa responsabilité. Ainsi, au contraire d'une

[429] B. BOUBLI, « La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté », *Journal des notaires*, 1976, p. 945 et s.
[430] Y. LETARTRE, « Requiem pour une clause pénale ? », *Rev. jur. com.*, 1978, 101 et s.
[431] D. MAZEAUD, *op. cit.*, p. 3.

sanction radicale telle que le réputé non écrit ou la nullité qui annihile toute utilité, la révision conserve l'existence de la clause et tente de la faire jouer dans les bornes de l'équité.

Au lieu de rendre inefficace la clause limitative de réparation comme il a pu être dit, la révision du juge conserve une certaine efficacité à la clause limitative de réparation. Certes l'utilité par rapport à une clause limitative de réparation qui demeurerait invariable est réduite, au même titre qu'une clause pénale, mais le résidu n'est pas négligeable et même certainement préférable aux sanctions de sa validité. Dans le premier cas, la volonté des parties survit, mais est corrigée, dans le second, la volonté des parties est radicalement sanctionnée et son fruit supprimé. La sécurité juridique est d'autant plus préservée que les parties peuvent espérer voir subsister un résidu de leur volonté. Il y a une sorte de continuité dans le contrat que ne permet pas la nullité ou le réputé non écrit de la clause. La sécurité juridique n'est-elle pas largement plus menacée lorsque les cocontractants ont à craindre non pas seulement la correction de leur excès, mais sa suppression même ?

233 – Conclusion de la section 1. Dire de la clause limitative de réparation qu'elle peut désormais être révisée au visa de l'article 1231-5 du Code civil suscite logiquement l'inquiétude tant on sait qu'elle fait déjà l'objet d'une stricte réglementation, au sein du droit des contrats et au-delà. Partant, on est en droit de dire que l'utilité même de la clause limitative de réparation est menacée. S'il est vrai que la révision s'ajoute à de nombreuses sanctions judiciaires qu'encourt déjà la clause limitative de réparation, il nous faut reconnaître que celle-ci conserve une certaine utilité. En effet, l'article 1231-5 du Code civil n'a vocation à permettre au juge de réviser des clauses indemnitaires qu'à la seule et unique condition que l'inadéquation entre le forfait stipulé et le préjudice soit « manifestement excessif ou dérisoire ». Dès lors, une clause limitative de réparation stipulée sans volonté de démesure risque peu de faire l'objet d'une révision judiciaire. Plus encore, et au contraire de toutes les autres sanctions, la révision judiciaire doit poursuivre l'utilité économique de clause limitative de réparation. En effet, le juge doit respecter la volonté des parties de limiter le montant de l'indemnisation due en cas de préjudice résultant de l'inexécution du débiteur. C'est pourquoi le montant révisé sera, en principe, inférieur au montant du préjudice. Ainsi, la clause limitative de réparation demeure utile même après avoir été

sanctionnée. Le seul et unique objectif du juge étant de faire cesser la démesure, la manifeste dérision.

Si la réforme impacte l'utilité de la clause limitative de réparation en ajoutant à son régime une possibilité de révision judiciaire, il nous faut aussi considérer ses effets sur la notion même de clause pénale. Celle-ci n'existe expressément plus dans le Code civil et cela n'est pas sans poser question.

Section 2 – L'existence menacée de la clause pénale

234 – La survie en question de la clause pénale. Il est un fait majeur, rappelé dès le début de cette thèse, que la création de l'article 1231-5 du Code civil s'est fait au prix d'un toilettage radical d'anciennes dispositions relatives à la clause pénale. Cette évolution marque une rupture avec l'ordonnancement juridique qui avait cours depuis 1804. Dès lors, la question se pose dans ce contexte nouveau de la survie de la notion de clause pénale. Celle-ci avait fait l'objet d'une thèse remarquable[432] dont l'auteur lui-même s'inquiète aujourd'hui de la pertinence et de la survie[433]. Il nous faut donc développer, de manière nécessairement prospective, les conséquences de la disparition des dispositions relatives à la clause pénale (§1) et voir, qu'à tout le moins, les fonctions essentielles de celle-ci sont à relativiser (§2).

§1. La disparition de l'assise textuelle

235 – Les anciens articles 1226 et 1229 et l'existence de la clause pénale. Depuis 1804 la notion de clause pénale était définie par deux articles, les anciens articles 1226 et 1229 du Code civil. Le premier définissait la clause pénale comme *« celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution »* tandis que le premier alinéa du second avançait quelle *« est la compensation des dommages et intérêts que*

[432] D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992, n°498 à 516.
[433] D. MAZEAUD, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *D.* 2016, p. 1628.

le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». Ces deux articles qui pouvaient apparaître contradictoires ont fondé pendant plus de deux cents ans la notion de la clause pénale en sa double nature réparatrice et punitive. Fait somme toute remarquable, la clause pénale était la seule clause particulière expressément mentionnée et définie dans le Code civil. Elle se distinguait en cela de toutes les autres clauses spécifiques qui nécessitaient un travail doctrinal de définition pour parvenir à circonscrire les notions. Il n'incombait à la doctrine ou au juge que d'interpréter, d'expliciter et de commenter les anciens articles 1226 et 1229 du Code civil. Ainsi, une donnée extérieure et objective, la lettre des articles, offrait un repère intangible, une résistance inaliénable, à toute discussion. L'existence de la clause pénale tenait donc à ce savant équilibre entre l'objectivité de la lettre et la subjectivité de sa réception.

Aujourd'hui, à la faveur de la réforme de 2016, l'ensemble des anciens articles 1226 à 1233 du Code civil ont été supprimés. S'agissant des *« définitions posées par les articles 1226 et 1229 al. 1er »*, elles sont *« apparues inutiles »*[434]. On peut se poser la question de savoir pourquoi ils apparaissaient inutiles : est-ce parce que le législateur souhaite faire progressivement disparaître la clause pénale ? Est-ce parce que la définition de la clause pénale est claire en doctrine et en jurisprudence ? Ou bien est-ce parce qu'ils apparaissaient redondants avec l'ancien article 1152 du Code civil, largement repris au nouvel article 1231-5 du Code civil ? Une réponse positive est peut-être possible pour chacune de ces questions, mais sans doute la redondance a-t-elle prévalu, car le législateur nous annonce, rappelons-nous, que *« l'article 1231-5 simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des actuels articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales »*. Puisque l'ancien article 1152 a été largement repris pour fonder le nouvel article 1231-5 du Code civil, on pourrait espérer que la notion de clause pénale n'est pas expressément disparue du Code civil. En effet, en 1975, l'existence de la clause pénale s'était enrichie d'un nouveau fondement en l'ancien article 1152 qui n'avait pourtant pas du tout vocation à en être un.

236 – L'ancien article 1152 et l'existence de la clause pénale. La loi n°75-597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale a permis au juge de réviser les peines manifestement excessives ou dérisoires des clauses pénales. Un effet collatéral étonnant

[434] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

de cette loi a été de conférer à la notion de clause pénale un autre fondement, une autre définition légale. Certains lisaient alors le premier alinéa de l'ancien article 1152 du Code civil comme une définition de la clause pénale. Néanmoins, il suffit de le lire pour comprendre qu'aucune définition n'est disposée dans cet article. Il n'est nulle part écrit « La clause pénale est… » ou encore « La clause d'indemnisation forfaitaire est… ». Il est simplement question du régime d'invariabilité de la clause d'indemnisation forfaitaire. L'erreur du législateur a été, non pas de lire l'ancien article 1152 du Code civil comme une définition de plus de la clause pénale, mais de le comprendre comme disposant du régime de celle-ci. À dire vrai, son erreur était relative puisqu'une clause pénale pécuniaire, cas alors le plus courant, n'est finalement qu'une clause d'indemnisation forfaitaire disposant d'un caractère comminatoire et punitif. Le pouvoir de révision judiciaire de la clause pénale, s'il devait être cantonné à celui-ci, aurait dû être intégré aux anciens articles 1226 et suivants.

Cette loi n'a donc jamais fondé l'existence de la clause pénale à l'ancien article 1152 en dépit de commentaires se fiant aux apparences en ce sens. Aujourd'hui le doute n'est plus permis dans la mesure où le nouvel article 1231-5 du Code civil n'affiche aucun lien exprès avec la notion de clause pénale. Celle-ci se reconnaît simplement dans la situation dépeinte à l'alinéa 1er et encadré par l'alinéa 2nd.

237 – Le nouveau fondement de la clause pénale : la liberté contractuelle. Depuis 2016, la clause pénale n'a donc plus de fondement légal exprès. L'expression ne figure plus dans le Code civil. L'existence de la clause pénale se fonde donc aujourd'hui seulement sur le principe de la liberté contractuelle, soit le premier alinéa de l'article 1102 du Code civil : *« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. »*. Rien d'original si l'on compare avec la situation de toutes les autres clauses possibles et imaginables, qui ne vivent elles aussi que de ce principe. Néanmoins, ce fait est notable pour la clause pénale, car il laisse cette notion orpheline des textes qui l'ont jusqu'alors fondée.

238 – La fragilisation du cadre définitionnel. Une telle situation met la clause pénale sur un pied d'égalité avec toutes les autres clauses possibles et imaginables. À la différence près que la

clause pénale a perdu, depuis 2016, une des composantes fondamentales de ce qui façonnait jusqu'à présent sa définition : la loi. Ce n'est pas sans raison que le législateur de 1804 avait estimé nécessaire de réserver à cette clause particulière une section entière, plusieurs articles dépeignant son régime et surtout deux disposant de la double facette de sa définition. En effet, cette clause emporte des effets graves : soustraction au principe de réparation, punition lourde à l'encontre du débiteur négligeant et compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution. Ces effets radicaux peuvent vite être modulés par un juge, qui n'aurait à cœur l'un ou l'autre, s'il n'est pas lui-même contraint par la loi.

Effacer les anciens articles 1226 et suivants du Code civil revient à fragiliser le cadre définitionnel de la clause pénale. Or, ce cadre ne trouve en l'article 1231-5 du Code civil aucun relais. Si le Garde des Sceaux a pu dire que l'article 1231-5 reprenait les anciens *« articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales »*[435], il ne voulait pas dire que l'ancien article 1152 définissait la clause pénale et qu'ainsi le nouvel article 1231-5, comme lui, définit encore aujourd'hui la clause pénale. L'ancien article 1152 était relatif à la clause pénale en tant qu'il précisait une partie de son régime, à savoir les conditions de sa révision judiciaire, mais non sa définition. Dans cette phrase du Garde des Sceaux il faut donc bien voir que l'ancien article 1152 n'est pas relatif à la clause pénale comme il l'est également dit pour les anciens articles 1226 ou 1229 qui disposaient, eux, de la définition de la clause pénale.

La définition de la clause pénale est donc désormais tout entière laissée à la responsabilité de la doctrine et de la jurisprudence. On pourrait se rassurer en pensant que l'une et l'autre ont depuis longtemps digéré les anciens articles 1226 et suivants du Code civil et ont ainsi pu fixer clairement les caractères de la notion. Outre que ce motif de rassurance est à relativiser tant la « clause pénale » est parfois définie comme une clause d'indemnisation pure et simple[436], il nous faut voir ce que risque d'emporter avec lui le mouvement de décodification des définitions de la clause pénale.

[435] *Ibid*.
[436] Cf. *supra* n° 17.

§2. Le risque de relativisation des fonctions essentielles

239 – La crainte d'une disparition de la clause pénale. En moins de cinquante ans, la clause pénale a connu de très nombreuses atteintes. En 1975, sa révision judiciaire est rendue possible. En 1985, le juge peut la réviser même d'office. Enfin, en 2016 la clause pénale n'est plus mentionnée dans le Code civil, ses textes sources ont disparu et la « peine » de l'ancien article 1152 du Code civil qui était une référence directe a été remplacée par le terme « pénalité ». Il n'en fallait pas tant pour inquiéter la doctrine. La lettre du nouvel article 1231-5 du Code civil ne permet-elle pas de conclure à la disparition de la clause pénale de notre droit positif ? C'est en tout cas ce que craint le Professeur Denis MAZEAUD lorsqu'il espère déceler dans la « pénalité » du deuxième alinéa de l'article un vestige de la clause pénale, mais admet vite qu'il s'agit là d'un *« pur instinct de survie doctrinale »*[437] pour conclure tristement que *« l'infortuné docteur pourra désormais ranger la thèse qu'il avait commise naguère au rayon des thèses d'histoire du droit... »*[438]. Le Professeur Mustapha MEKKI déduit, quant à lui, de la lettre du texte que la clause pénale est considérée *« comme une banale clause d'indemnisation forfaitaire »*[439].

240 – Les origines du risque : l'interprétation notionnelle de l'ancien article 1152 du Code civil et la suppression des articles 1226 et suivants du Code civil. Clairement, le risque encouru pour la clause pénale est sa disparition. Ce risque est en partie issu de la compréhension de l'ancien article 1152 du Code civil, et à sa suite le nouvel article 1231-5, comme fondant l'existence de la clause pénale. Si l'on croit que cet article se réfère directement à la notion de clause pénale, alors la disparition des expressions qui l'évoquaient entraîne de fait une remise en question de son existence. Le risque qui pèse sur la clause pénale tient donc à ce que nous appelons l'interprétation notionnelle de l'ancien article 1152 du Code civil, et potentiellement du nouvel article 1231-5 du Code civil. C'est-à-dire cette façon de lire la lettre de l'article comme posant la notion de clause pénale et non seulement comme définissant un champ d'application, un périmètre de clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire. Pourtant nous avons montré que l'ancien article 1152 du Code civil n'a jamais eu d'autres vocations que celle-ci, en sorte que la notion de clause pénale

[437] D. MAZEAUD, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *D.* 2016, p. 1628.
[438] *Ibid*, p. 1631.
[439] M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016/2, p. 400.

n'aurait en principe à subir aucun affaiblissement du fait de la disparition du terme « peine » dans le nouvel article 1231-5. Mais il nous faut bien prendre la mesure des effets d'une telle interprétation qui se maintient encore aujourd'hui. Ce qui est par ailleurs certain, c'est qu'à cette interprétation fallacieuse, qui n'est pas sans risque, s'ajoute la suppression des articles 1226 et suivants du Code civil. Le risque est pluriel. La notion de clause pénale peut craindre une atténuation de sa fonction comminatoire, une suppression de sa fonction punitive, voire la confusion définitive avec la notion de clause d'indemnisation forfaitaire.

241 – Le risque d'une fonction comminatoire atténuée. La clause pénale vise principalement à contraindre le débiteur de s'exécuter en lui faisant craindre, le cas échéant de son inexécution, une lourde sanction généralement pécuniaire. Si l'on s'imagine que la notion de clause pénale n'a plus voix au chapitre dans notre droit positif, on peut naturellement craindre un moindre effet incitatif à l'encontre du débiteur. Puisque l'ancien article 1226 du Code civil qui a été supprimé expliquait clairement que la clause pénale avait, entre autres, pour but d'*« assurer l'exécution d'une convention »*, il pourra plus facilement être plaidé qu'elle a désormais pour unique but d'anticiper la réparation. Autrement dit, il pourra être plus facilement soutenu que derrière le vocable de « clause pénale » se cache une « clause d'indemnisation forfaitaire ». C'est d'ailleurs la remarque du Professeur Mustapha MEKKI que nous citons *in extenso* : *« Cette définition présente la clause pénale comme une banale clause d'indemnisation forfaitaire et ne met pas en exergue le caractère punitif du mécanisme »*[440]. Si on peut reprocher, comme nous l'avons évoqué, l'interprétation notionnelle qui croit lire une définition au sein de l'article 1231-5, on voit de manière limpide la conclusion qui en découle : la clause pénale n'est plus qu'une simple clause d'indemnisation forfaitaire. La différence d'expression ne se justifierait donc plus. Fort de ce potentiel constat, le débiteur sachant pourrait ne plus craindre la clause pénale, car en toute logique le corollaire serait le risque de suppression de la fonction punitive de la clause pénale.

242 – Le risque d'une fonction punitive supprimée. Si la clause pénale a disparu et qu'elle n'est plus qu'une clause d'indemnisation forfaitaire alors ce qu'on appellerait encore à tort une « peine » ne devrait plus qu'être une « indemnité forfaitaire ». Cela signifierait que le juge ne devrait plus laisser subsister, après révision, un quelconque caractère punitif. C'est-à-dire que toute révision de peine manifestement excessive ou dérisoire devrait consister en une simplement

[440] *Ibid.*

égalisation du montant révisé avec le montant du dommage subi. La révision judiciaire ne serait alors qu'un « réputé non écrit » qui ne dit pas son nom, car le juge n'aurait d'autre objectif que d'indemniser justement la partie lésée.

Depuis 2016, la Cour de cassation n'a pas eu l'occasion à notre connaissance de réaffirmer explicitement les caractères comminatoire et punitif de la clause pénale au visa de l'article 1231-5 du Code civil. De manière inquiétante la Cour de cassation a laissé entendre que la clause pénale ne serait rien d'autre qu'une clause d'indemnisation forfaitaire, et ce au visa de l'article 1231-5. C'est, en effet, à l'occasion de l'examen d'une question portant sur la nature de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence que les juges ont semé un trouble. En l'occurrence un employeur tentait de faire juger que la contrepartie financière de la clause de non-concurrence dont il devait s'acquitter et qu'il trouvait trop élevée constituait une clause pénale dont le juge pouvait modérer le montant au visa de l'article 1231-5 du Code civil. Si la Haute juridiction indique, dans son arrêt du 13 octobre 2021[441], que *« la cour d'appel a exactement décidé qu'elle n'était pas une clause pénale »,* elle explique que c'est parce qu'elle ne constitue pas *« une indemnité forfaitaire prévue en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle »*. On pourrait résumer en disant : la contrepartie financière de la clause de non-concurrence n'est pas une clause pénale parce qu'elle n'est pas une clause d'indemnisation forfaitaire. L'amalgame est total entre la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire et la « peine » n'est pas évoquée. Serait-ce à dire que l'ensemble des risques évoqués se sont réalisés ? Il ne faut pas extrapoler des conclusions sur la base d'un arrêt qui avait avant tout vocation de trancher entre la nature compensatrice de salaire ou indemnitaire de la contrepartie financière de la clause de non-concurrence.

243 – La relativisation du risque de disparition de la clause pénale. Rien n'oblige toutes ces déductions si l'on s'efforce de rompre avec la tradition d'amalgame entre l'ancien article 1152 et la notion de clause pénale. Une fois libérer de ce carcan interprétatif pour enfin embrasser la lettre de l'article en toute objectivité, il ressort qu'il ne définit qu'un champ d'application des objets juridiques susceptibles d'être révisés sans définir une notion, sans disposer d'un régime propre à

[441] Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-12.059 ; *Dalloz actualité,* 15 nov. 2021, obs. C. COUEDEL ; *D.* 2021. 1926 ; *Dr. soc.* 2021. 1036, obs. J. MOULY ; *RDT* 2021. 707, obs. F. ROSA.

une clause spécifique et sans poser d'autres éléments de régime que la seule liberté pour le juge de réviser la somme convenue si elle se trouve être manifestement excessive ou dérisoire. Ainsi compris, il revient au juge de dérouler le régime propre de la clause d'espèce en cohérence avec ses caractères et donc en cohérence avec la volonté des parties. Le juge devrait donc pouvoir réviser la clause pénale en tenant compte de ses caractères comminatoire et punitif, c'est-à-dire en révisant la peine sans entamer sa nature et en considérant son activation sans qu'il y ait lieu de caractériser un préjudice, mais seulement une inexécution de la part du débiteur. La clause d'indemnisation forfaitaire devrait amener le juge à pouvoir réviser la somme manifestement excessive ou dérisoire en la ramenant au niveau du préjudice subi et la clause ne s'activerait qu'en cas d'inexécution du débiteur ayant entraîné un préjudice pour le créancier. Enfin, la clause limitative de réparation serait révisable dans la mesure où le juge maintient le caractère limitatif du plafond convenu et n'aurait vocation à s'activer qu'en présence d'un préjudice résultant de l'inexécution du débiteur. La peine de la clause pénale continuerait de pouvoir se cumuler avec d'éventuels dommages et intérêts, au contraire des deux autres clauses mentionnées.

La clause pénale aura donc le destin que voudront bien lui donner les juges et interprètes de la loi. Il est néanmoins vrai que l'ensemble du contexte et le sens de l'histoire plaident pour un déclin de la notion de clause pénale. En supprimant l'expression de « peine » et « clause pénale » le législateur même s'il n'a pas voulu supprimer la notion sous-jacente prend le risque que l'unité de traitement des clauses d'indemnisation nivèle doucement, mais sûrement les caractères comminatoires et punitifs de la clause pénale. Selon nous cependant, ce n'est pas son caractère punitif qui est menacé par la réforme, mais seulement le caractère punitif supputé de l'ancien article 1152 et par suite du nouvel article 1231-5 du Code civil qui a été aboli. Il est désormais clair que notre article d'étude n'a pas vocation à encadrer la seule clause pénale, et c'est d'ailleurs dans son intérêt. Son application est conditionnée par la seule nécessité de caractériser le caractère indemnitaire et forfaitaire de la somme convenue.

244 – Conclusion de la section 2. L'existence de la notion de clause pénale est clairement menacée par le mouvement d'unification de traitement des clauses indemnitaires. Ce mouvement a emporté avec lui la suppression de toute trace de la clause pénale de notre Code civil, et ce jusqu'à la « peine » qui figurait dans l'ancien article 1152 du Code civil. À cela s'ajoute le risque

de la survie de l'interprétation notionnelle, de l'amalgame entre l'article 1231-5 et une définition notionnelle. Si cela se poursuit, il faudrait conclure que la clause pénale n'est plus qu'une clause d'indemnisation forfaitaire et que le juge est alors tenu de systématiquement ramener le forfait manifestement excessif ou dérisoire au montant du dommage subi. Une telle conclusion, outre qu'elle emprunte un raisonnement fallacieux qui présuppose que l'article 1231-5 du Code civil définie une clause spécifique, conduirait à vider de toute substantielle l'intérêt de la révision judiciaire qui ne serait qu'une autre manière de parvenir au même résultat que la sanction du réputé non écrit. Disons-le sans nuance, la clause pénale ne devrait pas être menacée par la réforme de 2016, elle doit subsister avec toutes ses caractéristiques propres et peut encore être révisée, au même titre que les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation. Reste qu'il nous faut reconnaître les risques qui pèsent aujourd'hui sur elle, car la nuance et la subtilité de l'interprétation qu'il convient de réserver à l'article 1231-5 du Code civil peuvent avoir vite fait d'être simplifiées ou écartées.

245 – Conclusion du chapitre 1. Étudier les conséquences de la réforme de 2016 et du traitement unifié des clauses indemnitaires au visa du nouvel article 1231-5 du Code civil, c'est forcément avancer en terrain inconnu. C'est avant tout la réception par la pratique du nouveau texte, le mûrissement des idées et le temps de leur plein déploiement qui dira ce qu'il adviendra des clauses limitatives de réparation et des clauses pénales vis-à-vis du pouvoir de révision judiciaire. C'est pourquoi la menace qui pèse sur elles peut être dite relative en ce qu'il y a de nombreuses raisons de penser que l'interprétation que nous avançons du nouvel article 1231-5 du Code civil recèle davantage d'avantages que d'inconvénients. Ainsi, la clause limitative de réparation qui, désormais, peut être révisée sur le fondement de l'article 1231-5 si elle dispose d'un plafond qui constitue un forfait d'indemnisation manifestement dérisoire. Si une telle possibilité atteint inévitablement la force obligatoire de celle-ci, mais il n'y a pas lieu de prédire sa mort, comme on a pu le faire à tort de la clause pénale bien avant elle. Le principe reste et restera son efficacité pleine et entière, ce n'est qu'à la marge, en cas de démesure excessive, que les parties pourront craindre une légitime révision. D'ailleurs nous pensons que cette atteinte est bien plus respectueuse de la volonté des parties qu'une radicale sanction de réputé non-écrit. La révision judiciaire laisse espérer un maintien de l'intention originelle limitative de responsabilité des parties, là où la sanction de réputé non-écrit fait fi de celle-ci et restaure en plein le principe de

réparation. Quant à la clause pénale, elle ne devrait craindre aucun risque à la suite de nos développements. Néanmoins, une raisonnable analyse oblige à imaginer les risques qui pèsent sur elle à cause de la suppression des textes qui la fondait jusqu'alors et de la tenace interprétation notionnelle de l'ancien article 1152 et à sa suite de l'article 1231-5 du Code civil. Ainsi la suppression des anciens articles 1226 et suivants du Code civil retire à la notion de clause pénale tout fondement exprès dans le Code civil et laisse ainsi libre la pratique de moduler avec moins de contraintes sa définition et sa double finalité punitive et indemnitaire. L'interprétation notionnelle de l'ancien article 1152 et à sa suite de l'article 1231-5 du Code civil, c'est-à-dire la lecture qui consiste à voir dans la lettre du texte la définition d'une clause spécifique au lieu d'y voir simplement la circonscription d'un périmètre d'application du pouvoir judiciaire, fait craindre un amalgame définitif entre la clause pénale et la clause d'indemnisation forfaitaire. Cela entraînerait l'anéantissement des caractères comminatoire et punitif de la clause pénale ainsi que, par voie de conséquence, l'obligation pour le juge de systématiquement réduire la « peine » manifestement excessive au montant du dommage subit. Une telle analyse est un risque de dérive interprétative et réduirait à néant tout intérêt à l'intérêt de la révision.

Outre la menace que fait peser l'unification de traitement des clauses indemnitaires démesurées sur leur intégrité, il faut reconnaître humblement que ce mouvement peut encore faire l'objet de critiques quant à son utilité que tout un chacun pourrait trouver limitée.

Chapitre 2 – Le traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées : une utilité limitée

246 – L'utilité limitée du traitement unifié des clauses indemnitaires. Au-delà du fait que le traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées s'impose à la seule lecture de l'article 1231-5 du Code civil puisqu'elles sont embrassées par les termes de son premier alinéa, nous avons pu expliciter ses nombreux avantages. Néanmoins, le traitement unifié des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation au visa 1231-5 du Code civil ne résout pas toutes les difficultés et n'est pas exempt de critiques. En la matière deux protagonistes sont intéressés : le juge et les cocontractants. En effet, c'est au regard de l'article

1231-5 du Code civil que le juge se saisira de son pouvoir de révision judiciaire et que les parties contracteront en connaissance de cause. Si les nouvelles bornes du pouvoir judiciaire renouvellent l'utilité des clauses indemnitaires, il est clair que ce changement emporte avec lui une redéfinition des limites qui lui sont inhérentes. L'utilité limitée du traitement unifié des clauses indemnitaires au visa de l'article 1231-5 du Code civil doit donc être abordée tant du côté du juge (Section 1) que de celui des cocontractants (Section 2).

Section 1 – Une utilité limitée pour les juges

247 – La nouvelle situation du juge et ses limites. L'article 1231-5 du Code civil et l'exégèse que nous en avons donnée reconfigurent la situation du juge à l'égard de son pouvoir de révision judiciaire. En effet, contrairement à sa situation sous l'empire du droit antérieur à 2016, le juge peut désormais connaître sans ambiguïté des clauses indemnitaires démesurées, autrement dit des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation. Face à ces possibilités nouvelles se repositionnent également de nouvelles limites dont le juge doit prendre la mesure. Celles-ci concernent naturellement le rôle du juge dans l'expression de son pouvoir de révision judiciaire. Ainsi, le traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées nécessitera toujours de la part du juge qu'il fasse l'effort de qualifier juridiquement les clauses litigieuses (§1) et ajoute à sa difficile œuvre de justice la complexité additionnelle d'un arbitrage entre plusieurs sanctions judiciaires (§2).

§1. La qualification juridique : un effort toujours nécessaire

248 – La nécessité subsistante de la qualification. L'article 1231-5 du Code civil n'enlève pas complètement au juge la nécessité d'analyser la clause litigieuse et de la qualifier juridiquement. Tout juriste sait que la qualification juridique est l'acte par lequel on décide d'attribuer tel nom, de faire entrer conséquemment dans telle catégorie juridique, à une chose ou à un fait, afin de leur associer un régime, c'est-à-dire un ensemble d'effets ou de conséquences. S'agissant du pouvoir de révision, ces conséquences sont repérables tant au niveau de son applicabilité que de son

application proprement dite. Si le traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées au visa de l'article 1231-5 du Code civil apporte une solution à de nombreux problèmes,[442] il n'en demeure pas moins que la qualification suspend encore l'applicabilité du pouvoir de révision judiciaire (B) et l'oriente (A).

A. L'application de la révision orientée par la qualification

249 – Une démarche simplifiée, mais encore nécessaire. L'article 1231-5 du Code civil, nous avons déjà eu l'occasion de le dire[443], simplifie un enjeu récurrent qui entoure la qualification de la clause pénale. En effet, rappelons-nous que sous l'empire de l'ancien article 1152 du Code civil les juges estimaient que ne pouvait être révisée que la clause pénale *stricto sensu*. C'est-à-dire que seule la clause dont il était prouvé les caractères comminatoires, punitifs et indemnitaires craignait la révision judiciaire. Or, il suffisait en principe, comme l'avait bien indiqué le Professeur Jacques MESTRE, de constater la seule réunion de trois critères : un forfait, à titre de dommages-intérêts, pour le cas d'inexécution par le débiteur[444]. Mais le juge ne s'en contentait pas puisqu'il ajoutait la nécessité de déceler derrière le forfait une fonction comminatoire et punitive. Suivant notre analyse, l'article 1231-5 du Code civil ouvre la possibilité d'une relecture à frais nouveau et donne l'occasion au juge de se réinterroger sur les conditions d'exercice de son pouvoir de révision judiciaire. Revenant aux strictes conditions essentielles, l'exercice de qualification du juge est simplifié en amont de l'application de son pouvoir, considérant que l'enjeu de la distinction entre les clauses limitatives de réparation, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses pénales est alors moindre puisque toutes sont susceptibles d'être révisées. Reste qu'au moment d'exercer la révision, le juge doit pouvoir s'orienter afin de savoir s'il est question d'augmenter ou de réduire le forfait convenu manifestement excessif ou dérisoire.

250 – L'orientation de la révision par la qualification. Qualifier une clause, c'est pour le juge la démarche qui consiste à fixer une interprétation des faits et de la volonté des parties. Or, le pouvoir de révision judiciaire vise non pas à annuler la clause litigieuse, mais à la corriger. Il faut

[442] Cf. *supra* n° 94.
[443] Cf. *supra* n° 194 et s.
[444] J. MESTRE, obs., *RTD civ.* 1985, p. 372.

donc que le juge connaisse la nature de la clause d'espèce pour qu'il sache la corriger proprement. En effet, chacun s'accordera à dire que la révision d'une clause pénale manifestement excessive ne saurait être orientée dans la même direction qu'une clause limitative de réparation manifestement dérisoire ou dans les mêmes proportions qu'une clause d'indemnisation forfaitaire. Le juge doit donc qualifier la clause litige pour pouvoir apporter la meilleure réponse judiciaire.

L'intérêt de l'article 1231-5 du Code civil, et d'une juste définition du périmètre des clauses visées, est de permettre au juge d'être plus libre dans l'exercice de son pouvoir de révision. Jusqu'à présent la qualification de clause pénale était la seule à même de l'autoriser à réviser la clause litigieuse. En cohérence avec cette qualification, le juge était tenu de laisser subsister un caractère punitif au montant révisé. Or, la qualification retenue de clause pénale était parfois teintée d'opportunisme afin justement de pouvoir réviser la clause litigieuse, mais cet opportunisme était mécaniquement bridé par l'unique voie empruntée, celle de la clause pénale. Ainsi, imaginons dans ce contexte ancien une clause d'indemnisation forfaitaire dont le forfait d'indemnisation est devenu manifestement excessif par rapport au dommage subi. C'est par le truchement de la notion de clause pénale que le juge pourrait s'en saisir en projetant des caractères comminatoire et punitif sur un objet juridique qui en était à l'origine dépourvu[445]. Contraint par ses propres conclusions, il serait alors malvenu de la part du juge de réduire le forfait excessif au montant réel du dommage subi. Il est fort à parier qu'un certain degré de punition serait sauvegardé. Désormais, le juge est libre de pouvoir pleinement reconnaître la nature de la clause litigieuse et ainsi, sans hypocrisie et faux-semblant, d'en réviser le montant en tenant compte de la véritable volonté des parties.

251 – La corrélation entre la qualification et le montant révisé. La spécificité et l'originalité du pouvoir de révision judiciaire sont de permettre une modulation de la sanction au regard du rapport de force contractuelle. À la différence de la nullité ou du réputé non-écrit qui supprime radicalement la stipulation contractuelle, la révision judiciaire a vocation à simplement la corriger dans sa dérive. Un juste exercice du pouvoir de révision judiciaire tient donc nécessairement compte de la nature de la clause litigieuse. Plus encore, elle doit aller jusqu'à tenir compte du degré d'intensité de l'intention qui a présidé au choix entre telle ou telle clause. C'est pourquoi le

[445] Cass. 1re civ., 22 oct. 1996, *Bull. civ I*, n°366 ; Cass. 1re civ., 16 juill. 1997, *Bull. civ. I*, n°244.

juge qui qualifie la clause est plus encore fondé à sonder la force conférée par les parties à ce choix. Ainsi, si les cocontractants ont souhaité une clause pénale fortement punitive, le juge doit en tenir compte afin de maintenir un haut niveau de punition après révision. À l'opposé, si les cocontractants ont souhaité une clause limitative de réparation qui plafonne gravement la responsabilité du débiteur, alors là encore le juge doit maintenir le montant révisé à un montant largement inférieur au montant du dommage subi. Le seul et unique impératif dans l'exercice du pouvoir de révision est de supprimer le caractère démesuré du forfait d'indemnisation convenu, c'est-à-dire son caractère *manifestement* excessif ou dérisoire.

Au-delà de l'utilité de la qualification dans l'application du pouvoir de révision, il faut encore reconnaître son utilité pour déterminer son applicabilité.

B. L'applicabilité de la révision suspendue à la qualification

252 – La réduction de l'enjeu par le traitement unifié des clauses indemnitaires. La question de l'applicabilité du pouvoir de révision a rapport aux conditions dans lesquelles le juge est en droit de connaître une clause au visa de l'article 1231-5 du Code civil. L'article 1231-5 du Code civil dispose, comme l'ancien article 1152 du Code civil avant lui, bien que son interprétation fût déviante, de trois conditions pour être appliqué. Il faut qu'une clause stipule 1° un forfait, 2° à titre de dommages-intérêts, 3° pour le cas d'inexécution par le débiteur. Notre explication et interprétation des termes de l'article ont montré qu'aujourd'hui le juge devrait plus que jamais s'autoriser de réviser toutes les clauses indemnitaires, autrement dit les clauses limitatives de répartition, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses pénales. Forcément un tel élargissement du périmètre des clauses visées par le pouvoir de judiciaire par rapport à la situation antérieure réduit par suite le champ des clauses qui ne peuvent être connues pas lui. C'est pourquoi on peut dire que l'enjeu entourant la question de l'applicabilité de la révision judiciaire a été réduit, même s'il demeure encore important.

253 – Une distinction des clauses voisines toujours nécessaire L'histoire de la révision judiciaire entourant la clause pénale nous apprend que ce régime spécifique occasionne logiquement un important contentieux en amont, relatif à l'existence du critère conditionnant le

mécanisme, en l'occurrence la qualification de la clause pénale. Alors qu'aucune discussion ou presque n'entourait la notion de clause pénale, l'introduction du pouvoir de révision judiciaire en 1975 a impulsé un regain d'intérêt. Le pouvoir de révision judiciaire a ceci de pervers qu'il peut tenter la partie victime d'une clause spécifique de la raccrocher coute que coute à une clause révisable, soit avant 2016 à la clause pénale, soit désormais à toute clause indemnitaire démesurée. Ainsi, il a fallu que la doctrine et la jurisprudence s'échinent depuis 1975 à dire ce qu'était ou n'était pas une clause pénale. Nous savons désormais qu'une clause de dédit n'est pas une clause pénale,[446] car elle constitue la contrepartie de l'exercice d'un droit et n'est donc pas révisable. En pratique néanmoins la distinction est loin d'être facile à mettre en œuvre, car le contrat n'est pas toujours explicite, de telle sorte qu'on peut souvent hésiter sur l'intention des parties quant à l'existence même de la faculté de dédite[447]. Même chose à propos des indemnités d'immobilisation due par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale de vente et le dépôt de garantie dans le contrat préliminaire de vente d'immeuble à construire. La question s'était posée pour les clauses qui prévoient dans les promesses unilatérales de vente que le bénéficiaire devra verser au promettant une indemnité d'immobilisation s'il ne lève pas l'option à l'expiration de la période durant laquelle le promettant lui a réservé le bien. Mais la Haute juridiction a considéré qu'il ne pouvait s'agir d'une clause pénale, car le bénéficiaire n'est pas tenu d'acheter et ne manque donc pas à une obligation contractuelle en s'abstenant de requérir du promettant l'exécution de sa promesse[448]. Là encore, si la solution est bien acquise, la pratique révèle des situations complexes où la distinction est difficile. C'est par exemple le cas lorsqu'une clause prévoit, dans une promesse synallagmatique de vente, que le dépôt de garantie restera acquis au vendeur si en raison de sa négligence l'acquéreur n'obtient pas le prêt qui constitue la condition

[446] Cass. com., 27 mars 1990, *D.* 1990, p. 390, note E. DE LA MARINIERE, obs. P. REMY, *RTD civ*. 1990, p. 514 ; 9 janv. 1991, *Bull. civ. IV*, n° 19, *D.* 1991, p. 481, note G. PAISANT, *RDI* 1991, p. 489, obs. J. C. GROSLIERE.

[447] Cass. 3e civ., 20 mai 2014, n°13-13764 ; Cass. com., l0 mars 2015, n°13-27993 ; Cass. 3e civ., l0 mars 2015, n° 13-27942 ; obs. P. REMY, *RTD civ.* 1990, p. 514 ; J.-S. BORGHETTI, note *RDC* 2009, p. 94.

[448] Cass. 3e civ., 5 déc. 1984, *Bull. civ. III*, n°207, *JCP* 1986, II, 20555, note G. PAISANT, *D.* 1985, p. 544, obs. BENAC-SCHMIDT, obs. J. MESTRE, *RTD civ*. 1985, p. 976, P. REMY, *RTD civ*. 1985, p. 592 et s. ; Cass. 3e civ., 5 nov. 2013, n° 11-28383 ; Cass. 3e civ., l0 mars 2015, n° 13-27942 ; A. BENET, « Indemnité d'immobilisation, dédit et clause pénale », *JCP* 1987, 1, 3274.

suspensive de réalisation de la vente[449]. On trouve encore d'autres décisions abondantes en matière d'indemnités accompagnant une clause de non-concurrence qui ne constituent pas une clause pénale[450]. Sans qu'il soit nécessaire de faire la liste exhaustive des lieux de friction entre les notions de clause pénale et tout autre objet juridique, cela illustre l'essor des débats qui accompagne inévitablement le pouvoir de révision judiciaire. Ainsi, la notion de clause pénale a été décortiquée afin d'apprécier au mieux tout objet juridique particulier qui en serait potentiellement une. Tous les angles de la clause ont été discutés dans ses accointances avec des clauses voisines. On peut donc raisonnablement penser qu'autoriser le juge aujourd'hui à réviser une clause limitative de réparation ouvrirait de nombreux espaces de discussion nouveaux qui détermineront si telle ou telle clause mérite cette qualification et serait donc susceptible d'être révisée au titre de l'article 1231-5 du Code civil.

254 – La résistance persistante à l'opportunisme judiciaire des cocontractants. Au-delà il incombera toujours au juge de faire face aux assauts de l'opportunisme judiciaire des cocontractants. La perspective de la révision judiciaire est attrayante pour la partie lésée par la clause litigieuse. Au lieu d'avoir à subir l'intangibilité du contrat, l'intransigeance de sa force obligatoire, et toute la dureté d'un rapport de force qui déploie tous ses effets au moment de l'activation de la clause litigieuse, la victime peut-être naturellement tentée de solliciter du juge qu'il révise le montant convenu. Une importante proportion des contentieux est suscitée par des tentatives désespérées de voir réviser des objets juridiques qui n'entrent pas dans le champ de l'article 1231-5 du Code civil. Or, lorsque le juge doit refuser la révision d'une clause particulière, il lui faut expliquer pourquoi celle-ci ne stipule pas un forfait d'indemnisation qui sanctionne l'inexécution du débiteur. En conséquence, le juge devra qualifier la clause d'espèce simplement pour refuser la qualification de clause pénale, de clause d'indemnisation forfaitaire ou de clause limitative de réparation. Ainsi, en dépit de l'unification de traitement des clauses indemnitaires

[449] Cass. 2e civ., 24 sept. 2008, *D*. 2008, p. 2497, note G. FOREST, *JCP* 2009, II, 10016, note Y. DAGORNE- LABBE ; *RTD civ*. 2008, p. 675, obs. B. FAGES, *RDC* 2009, p. 60, obs. D. MAZEAUD et p. 88, obs. J.-S. BORGHETTI.

[450] Cass. soc., 4 juill. 1983, *Bull. civ. V*, n°380, p. 272 ; Cass. soc., 8 févr. 1984, *D*. 1985, p. 154, obs. Y.SERRA ; Cass. soc., 23 juill. 1984, *D*. 1985, p. 101 ; Cass. soc., 13 oct. 2021, n° 20-12.059 ; *Dalloz actualité*, 15 nov. 2021, obs. C. COUEDEL ; *D*. 2021. 1926 ; *Dr. soc*. 2021. 1036, obs. J. MOULY ; *RDT* 2021. 707, obs. F. ROSA.

démesurées, le juge continuera de devoir faire rempart à l'opportunisme judiciaire des cocontractants et devra donc continuer sans relâche de qualifier les clauses litigieuses.

§2. La multiplication des sanctions judiciaires : un arbitrage complexifié

255 – Une multiplication des sanctions synonyme d'une complexification de la tâche judiciaire. Il résulte de notre présente étude que le juge peut, au titre de l'article 1231-5 du Code civil, se saisir des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation qui disposent d'un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire. Outre ce nouvel article 1231-5 du Code civil, on compte parmi les nouveaux pouvoirs du juge gravés dans le marbre de la loi la faculté de réputé non écrit *« toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur »* (article 1170 du Code civil) et *« dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »* (article 1171 du Code civil). Cette multiplication des sanctions judiciaires à l'égard des clauses indemnitaires démesurées pose la question de l'articulation entre les articles 1170, 1171 et 1231-5 du Code civil (A). Par voie de conséquence, complique la tâche du juge en matière d'arbitrage entre celles-ci (B).

A. La multiplication des sanctions judiciaires des clauses indemnitaires démesurées

256 – La superposition des champs d'application des sanctions. La réforme de 2016 a inscrit dans le Code civil plusieurs dispositifs qui peuvent certainement concerner les clauses indemnitaires démesurées. Évidemment il y a l'article 1231-5, mais on compte aussi les articles 1170 et 1171 du Code civil. Chacune de ces sanctions a une histoire particulière et emporte une démarche judiciaire singulière. En effet, au visa de chacun de ces articles, il n'est jamais question de contrôler le même travers contractuel ni de mettre en œuvre les mêmes méthodes de contrôle. Le problème que cela pose au juge est caractérisé lorsqu'en dépit des différences de ces dispositions, il est une situation qui permet l'application de la révision judiciaire (article 1231-5

du Code civil) et de réputer non écrite la clause litigieuse (articles 1170 ou 1171 du Code civil). Ces cas sont évidemment possibles. Ainsi, on peut tout à fait imaginer une clause limitative de réparation telle qu'elle soit considérée comme stipulant un forfait d'indemnisation manifestement dérisoire, susceptible d'être révisée et comme privant de sa substantielle l'obligation essentielle du débiteur. On peut encore imaginer dans un autre registre une clause pénale qui dispose d'un forfait d'indemnisation manifestement excessif et qui est, en même temps, une clause non négociable d'un contrat d'adhésion créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Les superpositions des champs d'application des sanctions sont donc possibles.

Si le juge devra, en effet, choisir, c'est parce que l'article 1231-5 lui confère le pouvoir de réviser « même d'office » les forfaits manifestement excessifs ou dérisoires[451]. Cette exception au principe de l'immutabilité de l'objet de la demande relègue au rang d'inopérante toute tentative du demandeur de contraindre le juge à prononcer principalement la nullité et subsidiairement la révision par exemple. On comprend que si le juge devait être lié par cette hiérarchie entre les demandes, celle-ci aurait pour conséquence de lui interdire de réviser d'office le forfait manifestement excessif puisqu'il ne pourrait y procéder que subsidiairement à l'examen de la première demande ou, pire, ne pourrait procéder à aucune révision dans l'hypothèse où la nullité de la clause serait acquise. Logiquement, telle n'est pas l'acception judiciairement retenue du pouvoir expressément accordé par le texte de réviser d'office la clause litigieuse[452].

257 – L'articulation théorique des articles 1170, 1171 et 1231-5 du Code civil. L'article 1171 du Code civil introduit la lutte contre les clauses abusives dans le droit commun des contrats en disposant dans son premier alinéa : *« Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. »*. Cette disposition concerne directement, bien qu'implicitement, la clause limitative de réparation dans la mesure où elle est considérée comme une clause abusive en droit de la consommation et en droit de la concurrence,

[451] Cf. *supra* n° 116.
[452] Cf. *supra* n° 116.

matières qui ont engendré cette disposition. Il faut dire que la rédaction de cet article est le fruit d'un compromis entre le Gouvernement d'une part et la doctrine et les professionnels d'autre part. Initialement, le projet d'ordonnance ne limitait pas la portée du texte aux seuls contrats d'adhésion. Tous les contrats, même négociés sur un pied d'égalité, pouvaient être réformés par le juge en cas de déséquilibre significatif. Face aux critiques[453] le texte a été modifié afin d'intégrer la limite du contrat d'adhésion. Le rapport au Président accompagnant l'ordonnance reconnaît avoir entendu les critiques formulées à l'encontre du projet : *« Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion »*[454]. Cette limitation aux contrats d'adhésion en réduit très nettement la portée pratique, surtout s'il ne trouve à s'appliquer qu'en dehors des hypothèses déjà réglementées par les droits spéciaux. Concrètement, si l'on retire les contrats de consommations et les contrats commerciaux, il resterait certains contrats conclus entre professionnels non compris dans l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce[455] ou exclus de son champ[456], les contrats d'adhésion conclus entre particuliers s'ils ne relèvent pas d'un modèle type rédigé *« par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée »*[457] sans quoi ils relèvent de l'article L. 212-1 du Code de la consommation. En définitive, la portée pratique de l'article 1171 est assez négligeable malgré son insertion dans le droit commun des contrats[458]. Cela s'explique, car l'immense majorité des cas est finalement captée par la vaste portée des textes spéciaux. La disposition constitue toutefois un ultime rempart. Sur ce fondement donc, il est fort à parier que les contrats qui stipulent une clause limitative de réparation seront peu sanctionnés.

[453] P. STOFFEL-MUNCK, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy… », *Dr. Patr*. 2014, n° 240, p. 56 ; R. BOFFA, « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335 ; T. REVET, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.
[454] Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[455] Par exemple les contrats liant un professionnel libéral et ses partenaires, ou un agent commercial et son mandant.
[456] Par exemple la location gérance conclus avec un établissement financier
[457] Cass. 1re civ., 3 fév. 2011, n° 08-14402, *Bull. civ. I* n° 23, *D.* 2011 p. 1659, note G. CHANTEPIE, *CCC* 2011, comm. 102, note G. RAYMOND, *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 2864, note S. PIEDELIEVRE, *JCP G* 2011, n° 414, note G. PAISANT.
[458] M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016, 391, p. 662.

L'article 1170 du Code civil est lui l'héritier des arrêts *Chronopost*[459] et *Faurecia II*[460]. Le premier expliquait que « *la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* » et le second nuançait en indiquant que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ». L'article 1170 du Code civil entérine ces acquis jurisprudentiels en disposant que *« Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »*. Il n'y a, à la différence de l'article 1171, aucune limitation particulière du champ d'application. Considérant néanmoins son histoire, nous savons que la clause limitative de réparation est directement visée par cette disposition. Reste que de nombreux commentateurs estiment que l'article 1170 est redondant avec l'article 1171 et inutile. Le Professeur Yves LEQUETTE le déplorait : *« Quant [au texte] qui vise l'obligation essentielle, il pérennise la jurisprudence Chronopost, source de confusion et devenue inutile dès lors qu'existe une disposition sur les clauses abusives »*[461].

De prime abord, on comprend mal comment doivent s'articuler les sanctions prévues aux articles 1170, 1171 et 1231-5 du Code civil dans le cas de la clause limitative de réparation. Il faut, pour mieux le comprendre, détailler le type de contrôle judiciaire avancé par chacune de ces dispositions.

L'article 1170, nous l'avons dit, est issu des arrêts *Chronopost* et *Faurecia II*. Ces arrêts renseignent sur la nature du contrôle effectué par le juge. Celui-ci procède à un contrôle de la cohérence, c'est-à-dire qu'il contrôle la contradiction de la clause avec l'obligation essentielle. Ne sont donc pas prises en compte les autres clauses du contrat, dans la mesure où elles ne concernent pas la relation entretenue entre la clause limitative de réparation et l'obligation sur laquelle elle porte. L'article 1171 hérite, lui, de la notion de déséquilibre significatif né au sein du droit de la consommation puis étendu au sein du droit de la concurrence. Il s'agit donc d'un

[459] Cass. com., 22 octobre 1996, n° 93-18632, *Bull. civ. IV* n° 261, *D.* 1997, p. 121, note A. SERIAUX, et p. 145, chron. Ch. LARROUMET, *D. Aff.* 1997, p. 235, chron. Ph. DELEBECQUE, *JCP G* 1997, II, 22881, note D. COHEN, *CCC* 1997, comm. 24, note L. Leveneur, *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. MESTRE.
[460] Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11841, *Bull. civ. IV* n° 115, D. 2010. 1832, obs. *D.* MAZEAUD ; *JCP G* 2010, p. 787, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2010, p. 1790, note Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD civ.* 2010, p. 555, obs. B. FAGES ; *RDC* 2010, p. 1220, art. Y.-M. LAITHIER.
[461] Y. LEQUETTE, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, p. 615, n° 6.

contrôle de l'équilibre qui embrasse l'ensemble du contrat qui considère l'ensemble des *« droits et obligations des parties »* et non seulement la clause litigieuse dans son rapport à l'obligation essentielle. Enfin, l'article 1231-5 du Code civil propose un contrôle de l'adéquation entre la réparation et le préjudice. Il s'agit pour le juge d'identifier si le forfait d'indemnisation est manifestement excessif ou dérisoire par rapport au dommage subi. Plus généralement même, les articles 1170 et 1171 du Code civil disposent d'un contrôle de validité, tandis que l'article 1231-5 dispose d'un contrôle d'efficacité.

Sur le plan théorique, chacun de ces articles impulse donc un contrôle judiciaire particulier. La spécificité de chaque article plaide pour leur utilité respective et singulière. Si les contrôles sont différents, c'est qu'ils sanctionnent des illégalités différentes. Au-delà des méthodes et de leur visée, la différence se joue même sur le plan *chrono*-logique. En effet, la validité s'apprécie avant l'efficacité, de sorte que l'appréciation sous le prisme des articles 1170 et 1171 s'effectue logiquement avant celle de l'article 1231-5. On pourrait donc imaginer, sur le plan purement théorique qu'une clause valide, au regard des articles 1170 et 1171, soit néanmoins révisée parce que le forfait est manifestement excessif ou dérisoire par rapport au dommage subi, autrement dit son efficacité est démesurément exagérée. Enfin, dans la mesure où les articles 1170 et 1171 contrôlent la validité de la clause limitative de réparation, l'un des cocontractants peut tout à fait solliciter le prononcé du réputé non écrit de manière anticipée, avant même la réalisation d'un éventuel préjudice. À l'inverse, le juge ne peut réviser la clause au titre de l'article 1231-5 du Code civil qu'en cas de préjudice.

Ces quelques considérations pourraient faire croire qu'il n'y aurait pas tant lieu de se poser le problème de l'articulation entre ces dispositifs. Néanmoins, la pratique révèle une réelle difficulté d'articulation.

258 – L'articulation pratique des articles 1170, 1171 et 1231-5 du Code civil. Le fait est qu'en pratique la validité des clauses limitatives de réparation est généralement questionnée au moment de l'inexécution du débiteur et du malheureux constat du préjudice qui en résulte. C'est pourquoi, la distinction théorique entre les sanctions de la validité (articles 1170 et 1171) et la sanction de l'efficacité (article 1231-5) est en pratique à relativiser. Dans la majorité des cas, les

cocontractants sollicitent la sanction de la clause litigieuse au moment où celle-ci est applicable. C'est à ce moment-là que la partie lésée réalise le caractère injuste de la stipulation et rarement avant, tant que la relation contractuelle normale bat son plein. Si la logique commande au juge d'examiner d'abord la validité de la clause pour ensuite se pencher sur la dérive éventuelle de son efficacité, reste qu'en pratique on peut bien penser que le juge considérera ensemble, dans un même mouvement, l'un et l'autre des aspects et choisira la sanction la plus adéquate parmi les possibilités dont il dispose.

Reste, néanmoins, que ces différents articles ne sanctionnent pas les mêmes torts. L'article 1170 sanctionne la privation de substance de l'obligation essentielle, l'article 1171 sanctionne le déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, et l'article 1231-5 sanctionne la disproportion manifestement excessive ou dérisoire du forfait d'indemnisation convenu par rapport au préjudice subi. La différence entre les notions laisse à penser qu'il est chaque fois question d'un tort contractuel particulier. Mais en pratique de nombreuses situations sont susceptibles de caractériser les conditions d'application de plusieurs articles à la fois. Il en irait ainsi tout simplement du cas d'une clause limitative de réparation si basse qu'elle constituerait tout à la fois une atteinte privative de substance à l'obligation essentielle, un forfait d'indemnisation manifestement dérisoire et marquerait un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties. Il incomberait alors au juge d'arbitrer entre ces sanctions[462].

Ajoutons en outre que si les contrôles suscités par ces différents articles sont théoriquement différents, en pratique on peut penser qu'ils se recoupent. En effet, nous l'avons dit l'article 1170 invite le juge à contrôler le seul rapport de la clause litigieuse avec l'obligation essentielle, l'article 1171 invite le juge à contrôler l'ensemble de l'équilibre contractuel, tandis que l'article 1231-5 invite le juge à contrôler le rapport entre le montant stipulé par la clause litigieuse et le préjudice subi. Mais derrière ces différences formelles se cache chaque fois une nécessaire analyse économique et donc implicitement une analyse du préjudice. Lorsque le juge doit apprécier la clause litigieuse dans son rapport avec l'obligation essentielle, outre qu'il le fait souvent dans un contexte où le préjudice est déjà survenu et qu'il ne peut éviter de considérer, il comparera le gain économique conféré par l'obligation essentielle au créancier et la mesure de l'anéantissement de

[462] Cf. *infra* n° 261 et s.

ce gain par la clause litigieuse. Or, en appréciant le gain économique, il apprécie également le préjudice économique qui résulte en partie de l'absence du gain économique espéré et ce d'autant plus, encore une fois, que le litige est porté devant lui après que le dommage ait été subi. En sorte qu'indirectement le juge, au visa de l'article 1170, met en balance la clause litigieuse et le préjudice. La démarche s'approche alors sensiblement de celle de l'article 1231-5. Quant à l'appréciation globale de l'équilibre du contrat de l'article 1171, on ne peut manquer de penser qu'elle se distille dans les démarches des articles 1170 et 1171. N'oublions pas que l'article 1170 est aussi issu de l'arrêt *Faurecia II* qui tempère l'arrêt *Chronopost* en invitant à une mise en perspective globale avec le contrat de l'obligation essentielle et de la clause litigieuse, tandis que l'analyse des juges au visa de l'ancien article 1152 a souvent tenu compte des *« circonstances de la cause »*[463] et d'autres paramètres du contrat. En définitive, le type d'analyse conduit par le juge au visa de ces différents articles se confond aujourd'hui largement et distingue difficilement l'une ou l'autre des démarches.

Finalement, ce qui distinguera en pratique ces articles c'est d'abord et avant tout leur différent champ d'application : les contrats d'adhésion pour l'article 1171, les clauses stipulant des forfaits d'indemnisation pour l'article 1231-5 et tout type de contrat pour l'article 1170. Lorsque ces champs se recoupent, la question de l'arbitrage entre les sanctions se posera au juge.

259 – Le forfait manifestement dérisoire et la privation de substance de l'obligation essentielle. Un forfait manifestement dérisoire est un montant de dommages-intérêts exagérément bas par rapport au montant du dommage subi. Ce cas de figure n'étant jusqu'à présent compris que comme le résultat d'une malheureuse erreur relative à une clause pénale mal appréciée, la jurisprudence n'offre que très peu d'exemples spécifiques sur l'appréciation de la disproportion en matière de dérision. Il y a néanmoins tout lieu de penser que le juge peut appliquer le même cadre d'analyse qu'en matière de clause manifestement excessive[464]. Autrement dit, le juge doit constater, pour le dire rapidement, une disproportion manifeste entre le dommage subi et le montant stipulé. S'agissant de l'appréciation de la privation de substance de l'obligation essentielle, elle s'est affutée suite à la jurisprudence *Chronopost* plusieurs interrogations. La

[463] Cass. com., 20 déc. 2017, n°16-18.280.
[464] Cf. *supra* n° 215 et s.

question se posait en effet de savoir s'il suffisait, pour que la clause litigieuse soit réputée non-écrite, qu'elle restreigne le droit à réparation né de la violation de l'obligation essentielle, ou s'il fallait, de surcroît, qu'elle ait pour effet de contredire la portée de cette obligation. La Cour de cassation a d'abord été favorable à la première solution[465], ce qui permettait d'invalider des clauses limitatives de réparation non dérisoires, ou contrebalancées par des stipulations favorables au créancier. Face aux nombreuses critiques[466] et le risque de disparition totale des clauses limitatives de responsabilité, la Haute juridiction est revenu à une conception plus mesurée par un arrêt du 18 décembre 2007[467] en validant une clause limitative de réparation qui *« n'avait pas pour effet de vider de toute substance l'obligation essentielle de fourniture d'électricité, caractérisant ainsi l'absence de contrariété entre ladite clause et la portée de l'engagement souscrit »*[468]. Désormais, il est donc clair que la clause doit déséquilibrer le contrat au point qu'elle rend l'engagement du bénéficiaire illusoire afin d'être réputée non écrite. Ce qui trouble l'éventualité d'une synonymie des notions respectives des articles 1170 et 1231-5 du Code civil est leur différent mode de rapport à la relation contractuelle. L'article 1170 oppose la clause litigieuse et l'obligation essentielle, tandis que l'article 1231-5 oppose la clause litigieuse et le montant du préjudice subi. Il est ceci dit troublant de voir comment la doctrine superpose les termes. Ainsi, en guise de récapitulatif pratique, il a été dit que les clauses *« qui instituent des plafonnements non dérisoires, ou qui ne visent que certains manquements à l'obligation essentielle, sont susceptibles d'échapper à la nullité, étant précisé que l'appréciation de leur impact sur la substance de l'engagement du débiteur doit se faire au cas par cas »*[469]. Il est éloquent de voir repris le terme « dérisoire » qui fait écho à la lettre de l'article 1231-5 du Code civil pour décrire le cas de la privation de substance de l'obligation essentielle. On voit ainsi l'utilisation d'un terme qui renvoie à l'idée d'une appréciation du montant stipulé au regard de l'indemnisation possible, et donc du préjudice possible, pour décrire le risque de nullité pour atteinte à la substance de l'obligation essentielle. En pratique, il est donc difficile d'imaginer une

[465] D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p. 1776 et s.
[466] T. GENICON, « Le régime des clauses limitatives de responsabilité : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 988 et s. ; O. DESHAYES, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC* 2008, p. 1015, n° 16 à 18.
[467] Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ*. IV, n° 265.
[468] *Ibid*.
[469] S. CARVAL, P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité,* 4e éd., LGDJ, 2017, p. 500.

indemnisation contractuelle manifestement dérisoire sanctionnant l'inexécution de l'obligation essentielle qui ne la viderait pas de sa substance. Il est donc difficile, sinon impossible, d'imaginer des cas où ne se chevauchent pas les champs des sanctions d'une clause stipulant un forfait d'indemnisation manifestement dérisoire et d'une clause privant de substance l'obligation essentielle par ce même moyen. Ceci signifie que le juge sera dans ce cas systématiquement en position d'arbitrer entre les deux types de sanction : réviser ou réputer non écrit.

260 – Le forfait manifestement excessif ou dérisoire et le déséquilibre significatif. La question du lien entre les sanctions des articles 1231-5 et 1171 du Code civil pose des questions très différentes de celles qui se posent en relation avec l'article 1170. Cela pour au moins deux raisons. Premièrement, parce que l'article 1171, au contraire de l'article 1170, avance la sanction d'un déséquilibre significatif qui s'apprécie au regard du contrat tout entier. Deuxièmement, parce qu'encore une fois au contraire de l'article 1170, la sanction de l'article 1171 peut être en concurrence avec les deux axes de sanction, forfaits manifestement dérisoire et excessif, de l'article 1231-5. En effet, on ne peut imaginer une privation de substance de l'obligation essentielle qu'en cas de forfait manifestement dérisoire, puisqu'au contraire un forfait manifestement excessif la renforcerait. Rappelons à toutes fins utiles que la question d'une superposition des champs des sanctions ne se pose que dans les limites du contrat d'adhésion. Hors de ce cas, il ne peut être question d'appliquer l'article 1171 du Code civil. Hormis ce cas, se pose la question de la concurrence des sanctions dans le cas des contrats d'adhésion lorsqu'ils stipulent des clauses d'indemnisation manifestement excessive ou dérisoire. Une clause indemnitaire et forfaitaire manifestement excessive ou dérisoire est-elle de nature à créer systématiquement un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des cocontractants ou peut-elle faire l'objet d'une compensation ? La question relève au fond de la seule liberté d'appréciation des juges du fond. Eux seuls sont en mesure de conférer à ces notions leur portée propre et spécifique.

L'article 1171 du Code civil est manifestement inspiré de l'article L212-1 du Code de la consommation, bien qu'il ne reprenne pas toutes ses dispositions. On peut donc supposer que sa mise en œuvre se fera à l'aide des critères qui sont utilisés en droit de la consommation. Le rapport au président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 est en ce sens puisqu'il

expose que *« les critères d'appréciation du déséquilibre significatif sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le Code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE sur les clauses abusives »*[470]. Or, l'article L212-1 du Code de la consommation dispose, de manière plus extensive que l'article 1171 du Code civil, que *« le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. »*. En outre, il ajoute que deux décrets déterminent les *« types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives »* les *« clauses présumées abusives »*. Or, ces décrets insèrent, notamment, aux articles R212-1 et R212-2 du Code de la consommation que les clauses qui imposent *« au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant manifestement disproportionné »* sont présumées abusives et les clauses qui suppriment ou réduisent *« le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »* sont réputés irréfragablement abusives. On peut raisonnablement supposer que le juge reprendra à son compte ces conclusions dans son interprétation du nouvel article 1171 du Code civil compte tenu de son inspiration directe. Autrement dit, dans notre mise en perspective avec l'article 1231-5 du Code civil, nous voyons que les clauses stipulant un forfait manifestement dérisoire seraient réputées irréfragablement démesurées tandis que les clauses stipulant un forfait manifestement excessif seraient présumées démesurées. La conclusion est donc évidente dans ces cas : le juge devra arbitrer entre la sanction du réputé non écrit et la révision. À l'inverse néanmoins, une clause indemnitaire qui dispose d'un forfait d'indemnisation inférieur ou supérieur par rapport au préjudice peut être abusive au sens de l'article 1170 du Code civil, compris dans le même sens que l'article L212-1 du Code de la consommation, sans que le forfait soit manifestement excessif ou dérisoire au sens de l'article 1231-5 du Code civil. L'automaticité de l'analyse qu'imposent les articles R212-1 et R212-2 du Code de la consommation, qui sera vraisemblablement repris dans l'interprétation de l'article 1171 du Code civil, se justifie au regard de la circonscription de la sanction aux contrats d'adhésion. Le contrat d'adhésion suppose en lui-même une rupture d'égalité dans le rapport de forces entre les cocontractants. Cette situation, couplée à l'usage des

[470] CJUE, 14 mars 2013, aff. C-415/11, Aziz c/Catalunyacaixa, *D.* 2013, 766 ; *RTD eur*. 2013. 559, obs. C. AUBERT DE VINCELLES.

clauses susmentionnées, autorise de dépêcher la conclusion. En définitive, on peut dire que le périmètre de l'article 1231-5 du Code civil est complètement recouvert par celui de l'article 1171 du Code civil, mais l'inverse n'est pas vrai. Reste, néanmoins, la superposition des articles est un risque dans le seul champ des contrats d'adhésion.

B. Le difficile arbitrage entre les sanctions

261 – Les raisons de la difficulté d'arbitrer entre les sanctions. Dans les cas où le juge est en position de choisir entre le réputé non-écrit et la révision pour sanctionner des clauses stipulant un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire, la question se pose des critères qui doivent guider son action dès lors qu'on se souvient que le pouvoir de procéder à la révision d'office le libère du strict respect des demandes dont il sera saisi[471]. Les deux types de sanction sont diamétralement opposés dans leur effet. Le réputé non écrit porte bien son nom, car la clause est réputée disparaître du contrat qui la stipule. Dès lors les principes généraux qui président à l'indemnisation trouvent à s'appliquer faute de disposition contractuelle. Ainsi, la partie lésée est en droit de solliciter une indemnisation du préjudice. À l'inverse, la révision laisse subsister la dérogation au principe de réparation et permet idéalement de faire droit à l'intention des parties de vouloir tantôt limiter, tantôt maximiser l'indemnisation, tout en laissant libre cours à une redéfinition du montant qui risque l'arbitraire. Difficile donc *a priori* de préférer l'une à l'autre. Une sensibilité qui priorise le respect de la volonté des parties sera plus à même de risquer l'intervention judiciaire et tout ce qu'elle emporte d'aléa et de déséquilibre contractuel persistant. À l'inverse, une sensibilité qui priorise la justice contractuelle et la protection de la partie faible préférera peut-être le réputé non écrit afin d'équilibrer la relation et indemniser convenablement la victime. Des critères plus objectifs qui permettraient de réduire la place de l'arbitraire et qui assureraient une meilleure prévisibilité juridique pour les parties sont toutefois esquissables.

262 – Un critère d'arbitrage possible : l'attitude des parties. En vertu de l'article 1231-3 du Code civil *« Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une*

[471] Cf. *supra* n° 256.

faute lourde ou dolosive. » c'est pourquoi en matière de clause limitative de réparation nous savons qu'en marge de l'application éventuelle des articles 1170, 1171, 1231-5 du Code civil celle-ci sera écartée lorsque le débiteur aura commis une faute lourde ou dolosive qui justifie qu'il ne puisse bénéficier de la limitation contractuelle de sa responsabilité. On le voit, le législateur restaure le principe de réparation en fonction de la gravité extraordinaire de l'attitude du débiteur. Il est juste que la faute du débiteur puisse être appréciée pour adapter la réponse judiciaire. La faute lourde se définit classiquement comme une faute particulièrement grossière, intentionnelle ou non, faite par le débiteur d'une obligation qui dénote sa sottise, son incurie, ou son insouciance à l'égard des dangers qu'il crée[472]. Avant d'atteindre ce degré de gravité, on peut imaginer une infinité de degrés dans la faute avant de parvenir au dol ou à la faute lourde. Si une faute grave légitime la plus grande protection de la partie lésée en garantissant son entière indemnisation, une faute moins grave devrait argumenter dans le sens de la simple révision du montant stipulé par la clause incriminée. On pourrait imaginer qu'une faute simple justifie la simple révision tandis qu'à partir de la faute grave il devrait être préféré la nullité. Une position analogue a été systématisée par Yannick GONTIER[473]. Celui-ci proposant dans sa thèse que la faute dolosive ne puisse être sanctionnée que par le seul « réputé non-écrit » de la clause, que la faute lourde puisse ouvrir droit au juge de réviser ou de réputer non écrite la clause et que la faute simple ne permette au juge que de reconnaître l'application de la clause limitative de réparation. Si la proposition nous paraît trop audacieuse, difficilement applicable, et contraire à la lettre de l'article 1231-5 du Code civil, outre qu'elle distingue les fautes lourde et dolosive aujourd'hui assimilées en droit français, il n'en demeure pas moins qu'elle peut constituer une grille de lecture implicite pour le juge. L'idée fondamentale consistant à reconnaitre au juge la possibilité de pouvoir tenir compte de l'attitude des parties pour arbitrer entre plusieurs types de sanction nous paraît devoir être retenue.

En matière de clause d'indemnisation stipulant un forfait manifestement excessif, il peut être question d'analyser le comportement du créancier, cela en dépit de ce qu'il n'est pas le débiteur de l'obligation couverte par elle. En effet, le débiteur a parfois besoin du créancier pour s'exécuter.

[472] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., PUF, 2011.
[473] Y. GONTIER, *Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité*, préf. J. MESTRE, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2005, n° 267, p. 230.

Ce dernier est alors débiteur d'une obligation de collaboration[474]. On peut imaginer que le juge choisisse selon le réputé non écrit ou la révision, s'il souhaite protéger parfaitement le débiteur ou maintenir un certain niveau de punition. Cette réflexion est valable même lorsque le créancier ne dispose pas formellement d'une obligation de collaboration, il doit en toute hypothèse ne pas faire obstacle à l'exécution par le débiteur de son obligation et doit même, au titre de la loyauté et de la bonne foi, en faciliter l'exécution s'il le peut, à défaut nous pensons que le juge doit en tenir compte. À l'inverse en matière de clause d'indemnisation stipulant un forfait manifestement dérisoire, plus la faute du débiteur est grave, plus la clause devrait craindre d'être réputée non écrite. Au contraire, moins elle est grave, plus le juge devrait préférer faire droit à l'intention originelle des parties et réviser le montant indiqué. Le degré de gravité jouerait alors comme un curseur.

263 – Un critère d'arbitrage possible : la finalité de la clause litigieuse. Le juge pourrait également s'intéresser à la finalité de la clause litigieuse, autrement dit savoir à quel point le cocontractant en position de force, sur le sujet de l'indemnisation en cas d'inexécution, a entendu pénaliser la partie faible. En effet, tous les degrés sont imaginables en matière de punitivité des clauses pénales et de réduction en matière de clause limitative de réparation. Si le juge estime que la finalité naturelle de la clause stipulée est dévoyée, il devrait la réputer non écrite, tandis que si la finalité naturelle est respectée, il devrait préférer la révision. En effet, une clause pénale a vocation à inciter le débiteur à s'exécuter et *in fine* à le punir s'il a manqué à son obligation. La punition dont il est question porte bien son nom, elle vise à sanctionner le comportement du débiteur. La sanction porte avec elle l'idée d'un certain lien avec l'inexécution. Elle est en principe fixée en fonction des conséquences de l'inexécution, majorée selon le niveau de punition souhaitée. Mais dès lors que la partie forte n'a plus souci de mettre en rapport les conséquences de l'inexécution avec la sanction, dès lors que la sanction vise non pas seulement à punir, mais à détruire économiquement et financièrement le débiteur, dès lors en somme que la punition est parfaitement déraisonnable, il serait souhaitable que le juge puisse réputer non écrite la clause. Il en va de même s'agissant d'une clause limitative de réparation. Si le plafond a été indiqué sans aucun rapport avec les conséquences prévisibles de l'inexécution et qu'il a vocation à annihiler

[474] H. MORTEMART DE BOISSE et E. RIGAL-ALEXANDRE, note sous Paris, 16 janv. 2015, *JCP E* 2015, 1206.

purement et simplement le principe même de réparation, le juge devrait choisir de réputé non-écrit une telle clause. À l'inverse, si le plafond a été fixé en regard de l'indemnisation probable, cela justifierait plutôt une révision. Au fond, ce possible critère renvoie à la bonne ou mauvaise foi des cocontractants.

264 – Un critère d'arbitrage possible : *specialia generalibus derogant* ?. L'histoire des articles mis en compétition dans notre discussion pose la question d'une possible application de l'adage *specialia generalibus derogant*. Rappelons-nous, en effet, que l'article 1231-5 du Code civil vise toute clause indemnitaire, mais drague un héritage centré sur la notion de clause pénale ; l'article 1170 du Code civil trouve son origine dans la jurisprudence Chronopost/Faurecia qui concernait spécifiquement les clauses limitatives de responsabilité ; et l'article 1171 du Code civil est fils des législations en droit de la consommation et droit de la concurrence qui concernent des rapports contractuels incluant des « professionnels ». En conséquence, il pourrait être tentant pour le juge d'arbitrer son choix entre ces articles du Code civil en considération de leur origine respective. L'origine indiquerait alors la visée réelle de l'article.

La sanction du déséquilibre significatif a été circonscrite expressément aux contrats d'adhésion dans l'article 1171 et vise, historiquement, tout type de clause. L'article 1231-5 s'applique, nous l'avons démontré, à toute clause indemnitaire et forfaitaire et la tradition ne devrait pas la cantonner aux seules clauses pénales. Dans le contexte d'un contrat d'adhésion, on pourrait alors considérer que la révision judiciaire devrait être appliquée aux clauses indemnitaires et forfaitaires, tandis que le réputer non écrit concernerait tout autre type de clause. Ainsi, une clause indemnitaire et forfaitaire manifestement excessive ou dérisoire créant un déséquilibre significatif au sein d'un contrat d'adhésion ne devrait pouvoir faire l'objet que d'une révision judiciaire. L'article 1231-5 du Code civil étant plus « spécial » que l'article 1171 du Code civil du point de vue des clauses visées.

Si l'on poursuit le raisonnement, une clause limitative de réparation manifestement dérisoire, caractérisant donc objectivement un forfait indemnitaire démesurément minorant, qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur devrait ne pouvoir être que réputée non écrite. L'article 1170 du Code civil étant tiré d'une jurisprudence visant spécialement les clauses limitatives de responsabilité, la disposition ressort plus « spéciale » que la généralité des clauses

d'indemnisation forfaitaires concernées par l'article 1231-5 du Code civil. Le juge n'aurait donc pas à arbitrer entre deux sanctions dans ce cas de figure, mais à simplement choisir la sanction « naturelle » en vertu de l'adage *specialia generalibus derogant.*

Malgré la praticité évidente d'un tel raisonnement, économisant au juge l'effort d'arbitrer entre deux sanctions concurrentes, il ne nous semble pas pouvoir être raisonnablement tenu. D'abord, force est de constater qu'il s'agirait de disposer là où la loi ne dispose pas. Il nous faut, en effet, considérer les textes législatifs en eux-mêmes. Or, l'article 1170 du Code civil ne restreint pas expressément son champ aux seules clauses limitatives de responsabilité. L'article concerne alors toute clause. Cette violence faite au texte étant écartée, l'application de l'adage *specialia generalibus derogant* pourrait encore être invoquée étant donné que l'article 1231-5 du Code civil ressortirait toujours plus « spécial » que l'article 1170 et que l'article 1171 dans le contexte d'un contrat d'adhésion. En effet, l'article 1231-5 vise les seules clauses indemnitaires et forfaitaires, tandis que les articles 1170 et 1171 visent toute clause. Parvenu à ce point, il convient de convoquer les réflexions éclairantes du Professeur Charlotte GOLDIE-GENICON[475]. L'auteur démontre que la norme de conflit n'impose l'exclusion du droit commun par le droit spécial qu'à trois conditions : 1° que deux dispositions appréhendent la même question, 2° que l'une d'elles ait un champ d'application plus restreint que l'autre et 3° que les dispositions conduisent à des solutions antinomiques. À défaut, il convient d'admettre le cumul des dispositions, à tout le moins de laisser à la personne protégée le soin de choisir celle qu'elle préfère. En l'espèce, la première condition fait manifestement défaut. Les articles 1170, 1171 et 1231-5 du Code civil ne visent pas la même question. Il s'agit respectivement d'atteinte à la substance de l'obligation essentielle, de déséquilibre significatif et de démesure excessive d'un forfait indemnitaire au regard du préjudice subi. Il en résulte qu'aucun de ces articles ne saurait être regardé comme plus « spécial » qu'un autre. Le juge devra donc arbitrer entre les sanctions dès lors qu'il sera en présence d'une espèce caractérisant un écueil chapeauté par les articles 1231-5 et 1170 ou 1171 du Code civil.

265 – Conclusion de la section 1. Les conséquences du traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées au visa de l'article 1231-5 du Code civil doivent être abordées de

[475] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats,* préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009, n° 383 et s.

manière pragmatique. Si l'on a pu dire l'intérêt pour le juge d'une telle évolution,[476] il faut néanmoins aussitôt évoquer les limites aux utilités précédemment mentionnées. Reconnaissons en premier lieu que le juge devra encore et toujours qualifier les clauses d'espèce dont il est sollicité par l'une ou l'autre des parties la révision. En effet, l'exercice du pouvoir de révision doit être orienté par la qualification juridique afin de mieux respecter la volonté des parties et ainsi ajuster au plus juste le montant révisé. De plus, même si l'enjeu entourant la qualification a été relativisé par suite de l'élargissement du périmètre des clauses visées, il n'en demeure pas moins que les juges devront encore faire face à l'effort de distinguer les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation d'autres clauses voisines. Cela d'autant plus que cet élargissement ne manquera pas de créer un effet d'aubaine de la part des contractants qui croiront pouvoir soumettre à la révision judiciaire des clauses très étrangères. En outre, il est vrai que les sanctions judiciaires se multiplient à l'encontre des clauses indemnitaires, ce qui complexifie par voie de conséquence l'arbitrage du juge entre ces différentes possibilités. L'article 1231-5 du Code civil doit en effet trouver à s'articuler avec les nouveaux articles 1170 et 1171 du Code civil. Ces trois articles ne sanctionnent pas les mêmes dérives et ne sont donc pas conditionnés par des critères similaires. Les articles 1170 et 1171 s'intéressent et sanctionnent un équilibre au sein du contrat, en son ensemble ou par rapport à la seule obligation essentielle. Mais seul l'article 1231-5 du Code civil autorise une comparaison entre une stipulation contractuelle par rapport à un fait objectif extérieur : le préjudice. Ces articles poursuivent donc des ambitions distinctes et reposent sur des champs d'application différents. À cet égard, il ne saurait être fait application de l'adage *specialia generalibus derogant* pour préférer une disposition à une autre. Lorsqu'il est objectivement possible de sanctionner une clause au titre soit de l'article 1231-5 soit des articles 1170 et 1171 du Code civil, il se pose la redoutable question des critères utiles pour arbitrer le choix. Nous proposons, en premier lieu, que le juge examine l'attitude des parties. Ainsi, si la partie bénéficiant de la clause indemnitaire a commis une faute, il convient de sanctionner par la nullité si elle atteint un degré de gravité important. En second lieu, nous proposons que le juge s'autorise à analyser la finalité de la clause litigieuse. Autrement dit, lorsque la finalité de clause est, dès l'origine, dévoyée pour léser au-delà du raisonnable la partie faible, il convient d'appliquer la sanction la plus dure, la nullité. Il s'agit alors, au fond, de considérer la bonne ou mauvaise foi des cocontractants.

[476] Cf. *supra* n° 208 et s.

En sus des limites mentionnées pour les juges, il convient d'évoquer celles affectant les cocontractants.

Section 2 – Une utilité limitée pour les cocontractants

266 – L'utilité limitée du traitement unifié des clauses indemnitaires pour les cocontractants. La partie faible se trouve naturellement davantage protégée par l'extension du périmètre du pouvoir de révision judiciaire. Néanmoins, la partie faible n'est pas toujours la même compte tenu de l'aléa touchant les circonstances et leurs évolutions. En effet, quelques changements imprévus transformer une clause initialement excessive en clause finalement dérisoire. Dès lors, celui qui bénéficie initialement de la clause peut se retrouver être celui qui en pâtit. C'est pourquoi il est légitime de parler d'utilité limitée pour les contractants et non pas seulement pour la seule partie forte. Ainsi, outre ses avantages, le traitement unifié présente pour les cocontractants quelques limites qu'il convient d'étudier afin de rendre compte de manière globale des chamboulements emportés par notre lecture de l'article 1231-5 du Code civil. Reconnaître que les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaires et les clauses limitatives de réparation manifestement excessives ou dérisoires peuvent être révisés au visa de l'article 1231-5 du Code civil, c'est augmenter l'ampleur de l'insécurité juridique et avec elle l'insécurité économique (§1). Néanmoins, et à l'inverse, malgré l'extension du périmètre d'application de la révision judiciaire, les cocontractants habiles peuvent toujours encore et toujours rusés pour tenter d'éviter toute immixtion judiciaire dans leur indemnisation contractuelle (§2).

§1. L'imprévisibilité contractuelle : une insécurité économique

267 – L'insécurité économique : entre renforcement de l'inquiétude et incitation au retour du contrat. L'insécurité juridique est un motif légitime de plainte et d'inquiétude pour les cocontractants qui souhaiteraient que leur loi contractuelle soit inaltérable et inflexible. Leur

souhait de cadrer les conséquences de l'inexécution du débiteur se trouve suspendu à l'éventuelle intervention judiciaire. À la suite de nos développements, il est clair que l'article 1231-5 du Code civil élargit l'insécurité juridique et donc l'insécurité économique dans la mesure où le périmètre d'application du pouvoir de révision judiciaire est étendu (A). Néanmoins, on peut penser que faire craindre un interventionnisme judiciaire accrue peut inciter les cocontractants à retourner au contrat (B).

A. L'élargissement de l'insécurité économique

268 – L'imprévisibilité en matière de clause indemnitaire. L'imprévisibilité contractuelle est caractérisée en matière de clause indemnitaire dans la mesure où les parties peuvent craindre une réécriture par le juge de leur contrat. Cette réécriture par le juge consiste potentiellement en une fixation d'une nouvelle somme à devoir par le débiteur qui ne s'est pas exécuté de son obligation. Le juge réécrit ainsi la clause. Qu'il s'agisse d'une clause pénale moratoire ou d'une clause limitative de réparation, la révision aplatit toute rédaction plus ou moins proche de celle attendue pour un forfait d'indemnisation *stricto sensu* pour laisser place à un nouveau montant d'indemnisation.

Il faut néanmoins dire que l'imprévisibilité qui a lieu dans ce cadre n'a rien à voir avec l'imprévisibilité quant au montant de l'indemnité lorsqu'aucune clause n'est stipulée à ce sujet dans le contrat. En effet, lorsque la réparation joue à plein, le juge doit fixer le montant de l'indemnisation au montant du préjudice prévisible. Pour ce faire, il évalue le montant du préjudice pour déterminer les dommages et intérêts correspondants. Il n'en va pas exactement de même lors de la révision judiciaire, c'est pourquoi l'imprévision quant au montant des dommages et intérêts n'est pas tout à fait la même lorsqu'une clause indemnitaire est stipulée. En effet, dans le premier cas, le juge n'a pour indicateur que le seul préjudice, tandis que dans le second il dispose à la fois du préjudice et du forfait prévu par les parties. Ce dernier ajoute de fait un élément d'appréciation pour le juge. S'il est vrai que lorsque le juge décide de réviser une clause manifestement excessive ou dérisoire, il a toute l'attitude pour le faire, il faut bien se rappeler que la révision a vocation à considérer la volonté des parties. Ainsi, le but de la révision n'est pas de

parvenir à une indemnisation correspondant au montant du préjudice, même si elle peut parfois y parvenir. Dans son principe, la révision judiciaire doit laisser subsister l'intention minorante ou majorante de la réparation voulue par les parties. L'imprévisibilité post-stipulation est certes toujours une imprévisibilité, mais une imprévisible réduite dans son ampleur, car les cocontractants savent que le juge sera orienté par la clause. La clause stipulée joue, en effet, comme un repère pour le juge.

C'est pourquoi, s'il va sans dire qu'une imprévisibilité demeure quant à l'indemnisation, il faut bien voir que celle-ci est largement réduite dans son ampleur par rapport à une situation qui ne comporte aucun amendement contractuel au principe de réparation. C'est là un petit lot de consolation en la matière pour les cocontractants qui reconnaîtront un intérêt subsistant à stipuler des clauses indemnitaires.

269 – L'élargissement de l'imprévisibilité. La réforme de 2016 conduit à comprendre que le nouvel article 1231-5 du Code civil permet de réviser toutes les clauses indemnitaires manifestement excessives ou dérisoires. Concrètement, cela vise les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation. Cela signifie donc que contrairement à l'interprétation en vogue jusqu'à alors qui ne permettait de réviser que les seules clauses pénales, le périmètre du pouvoir judiciaire peut aujourd'hui clairement s'élargir si les juges se saisissent de la totalité de la lettre du texte. Ainsi donc l'imprévisibilité augmente proportionnellement à l'élargissement du périmètre du pouvoir de révision judiciaire. Les cocontractants peuvent non seulement craindre la révision de leur clause pénale, mais aussi celle de leur clause limitative de réparation ou encore de leur clause d'indemnisation forfaitaire. L'imprévisibilité touche donc désormais des clauses qui ne craignaient pas jusqu'à présent d'être concernées par le pouvoir de révision judiciaire. Certes, les cocontractants pouvaient s'inquiéter de la validité de leur clause ou d'éventuelles sanctions, mais pas au titre de la révision judiciaire.

270 – De l'imprévisibilité contractuelle à l'imprévisibilité économique. Le but avoué de la clause indemnitaire est de fixer par anticipation les conséquences de l'inexécution et donc de permettre, notamment, aux parties de connaître à l'avance le coût de celle-ci. Ces clauses permettent donc par un moyen contractuel de faciliter la gestion financière, comptable et

économique. À l'incertitude d'une indemnité judiciairement déterminée, à laquelle s'ajoute les frais de justice, est substituée la certitude d'un montant contractuellement défini[477]. Or, la compétitivité et l'efficacité économique sont expressément avancées comme des objectifs de la réforme[478]. *« À cet égard, si l'on pense la réforme à travers le prisme de l'analyse économique du droit, on conclura volontiers que le rôle du juge s'est modifié. Il semblerait ne devoir plus être au service du contrat, mais au service d'une bonne marche de l'économie. »*[479]. Notre ligne d'interprétation de l'article 1231-5 du Code civil paraît donc s'opposer à cet objectif de la réforme et à ce nouveau rôle du juge dans la mesure où l'augmentation de l'imprévisibilité est économiquement plus préjudiciable qu'une parfaite anticipation. Cela néanmoins est vrai dans la mesure où les cocontractants subissent les délais judiciaires, les coûts de la justice et l'aléa de la décision judiciaire. Or, loin de nécessairement nourrir le contentieux judiciaire, l'élargissement du périmètre du pouvoir de révision judiciaire pourrait bien au contraire inviter davantage encore les parties à négocier plus souvent et avec plus d'efficacité.

B. Le retour au contrat incité par l'insécurité

271 – L'incitation renforcée par l'augmentation du périmètre de l'imprévisibilité. Afin de comprendre et anticiper le comportement des contractants ayant stipulé une clause indemnitaire risquant la révision judiciaire, il nous faut recourir aux outils de l'analyse économique du droit. Il s'agit d'*« utiliser les outils et critères de jugement des économistes afin d'étudier des questions relevant de la sphère juridique »*[480]. Face au risque, tout un chacun éprouve une aversion naturelle et instinctive. Les contractants ayant stipulé une clause indemnitaire ne sont pas exempts d'une telle attitude. Il nous faut alors connaître le comportement des parties qui découle de la perspective d'une révision judiciaire et d'un résultat inconnu quant à son importance. Pour commencer, il faut

[477] S. SOUAM, « Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs. Une analyse économique », in *Droit et économie des mécanismes contractuels*, C. JAMIN (éd.), LGDJ, 2008, p. 127-140.
[478] Préambule du Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.
[479] F. ROUVIÈRE, « Les valeurs économiques de la réforme du droit des contrats », *RDC*, 2016, n° 113, p. 600.
[480] Y. GABUTHY, « Analyse économique du droit : présentation générale », *Économie & prévision*, vol. 202-203, n°. 1-2, 2013, p. 1-8.

voir que *« l'incertitude sur la sentence a une influence sur l'échec des négociations. Une augmentation de l'incertitude rend plus coûteux le procès en termes de risques et doit donc réduire le nombre d'échecs des négociations. »*[481]. C'est pourquoi, *« en présence de négociateurs éprouvant de l'aversion vis-à-vis du risque, un accroissement de l'incertitude augmente la zone de négociation. Par voie de conséquence, la probabilité d'un accord négocié est plus grande en présence d'aversion à l'égard du risque. Les parties riscophobes sont plus réceptives à la détermination d'un accord négocié »*[482]. Ainsi, dans la mesure où l'imprévisibilité augmente, et avec elle le risque, il y a tout lieu de penser que les parties sont encore plus incitées à revenir à la négociation, au contrat, afin de fixer elles-mêmes l'indemnisation.

On peut encore ajouter que cette incitation est renforcée par un autre effet de l'élargissement du périmètre des clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil : la réduction de l'enjeu entourant la qualification et la distinction entre les clauses indemnitaires. En effet, sous l'empire de l'interprétation de l'ancien article 1152 du Code civil, seule la clause pénale pouvait craindre la révision. En cas de litige, le créancier pouvait, plus qu'aujourd'hui, alimenter le débat de la qualification de la clause pénale. Le risque perçu était donc moindre. Aujourd'hui, on peut penser que le risque perçu par les parties est plus grand dans la mesure où ils peuvent moins se rassurer quant à la non-application de l'article 1231-5 du Code civil à leur clause d'espèce.

272 – Un retour contractuel facilité par l'anticipation indemnitaire. L'incitation à revenir à une solution contractuelle, à une détermination contractuelle de l'indemnité, est d'autant plus facilitée qu'elle fait suite à une réflexion déjà inaugurée en aval du contrat. En effet, les cocontractants en litige sur une demande de révision du montant indiqué au sein de leur clause indemnitaire, ont l'avantage d'avoir dès l'origine accepté l'idée d'une intention minorante ou majorante de l'indemnité due en cas d'inexécution du débiteur. Ils disposent donc en principe d'un premier terrain d'entente sur l'orientation qu'il souhaitait donner à une telle situation. En outre, la portée de leur intention a été matérialisée dans la définition de la somme due. Ces éléments posent donc naturellement les bases d'une éventuelle négociation. Lorsqu'on ajoute à ces circonstances connues et partagées par les cocontractants, leur risque de voir définit le montant

[481] N. CHAPPE, « Les enseignements de l'analyse économique en matière de résolution amiable des litiges », *Négociations*, 2008/2, n° 10, p. 75-88.
[482] *Ibid*.

par un juge, on peut penser que l'incitation à transiger sera forte. Cela d'autant plus qu'il convient d'ajouter à l'aléa judiciaire quant au montant de la révision, l'ensemble de l'aléa entourant les dépenses annexes. Aujourd'hui, toutes les conditions sont donc réunies pour encourager les parties à trouver leur solution. Finalement, seules les situations les plus désespérément litigieuses continueront de parvenir au juge.

En définitive, si on peut naturellement s'inquiéter d'une augmentation de l'imprévisibilité juridique et économique, de l'augmentation de l'arbitraire judiciaire et de l'inutilité croissante des clauses indemnitaire, il y a en réalité tout lieu de penser qu'au contraire celles-ci demeurent utiles, que leur régime invite plus qu'hier et avec plus d'efficacité les parties à retourner au contrat et que l'office du juge restera exceptionnel.

§2. La technique contractuelle : un outil d'évitement

273 – Les possibles esquives contractuelles. Quand bien même il ressort de notre lecture de l'article 1231-5 du Code civil un élargissement du périmètre des clauses visées par la révision judiciaire, et donc une réduction du champ des clauses n'y figurant pas, il faut se poser la question de l'effectivité pratique. Il demeurera des cocontractants habiles pour éviter, autant que possible, le risque de voir réviser leur clause indemnitaire. Afin de mieux cerner les effets d'opportunisme que peut entraîner le nouvel article 1231-5, il convient d'imaginer les attitudes possibles des rédacteurs. Deux chemins peuvent selon nous être empruntés afin d'éviter l'intervention judiciaire. Le premier consiste pour le rédacteur à maîtriser parfaitement les conditions d'intervention du juge dont dispose l'article 1231-5 et de rédiger en réaction une clause qui se soustrairait à son champ d'application. La seconde est d'éviter tout simplement l'intervention judiciaire en disposant que le litige se traitera en dehors d'une cour de justice. En résumé, l'esquive contractuelle peut s'organiser au niveau de la clause indemnitaire (A) ou au niveau du contrat (B).

A. L'évitement par la clause indemnitaire

274 – Les diverses méthodes d'évitement. Les rédacteurs de clause indemnitaire peuvent être tentés d'emprunter plusieurs voies pour s'éviter une soumission à l'article 1231-5 du Code civil. L'objectif sera d'éviter toute possibilité de caractériser l'ensemble des éléments nécessaires à la définition des clauses visées par le premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil. Pour rappel, il convient pour qu'une clause indemnitaire risque la révision, qu'elle stipule une certaine somme à titre de dommages-intérêts, un forfait, manifestement excessive ou dérisoire et due en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation. Le rédacteur ne peut éviter l'inexécution du débiteur pour que les effets de la clause d'indemnisation opèrent. En outre, éviter à une quelconque somme due en cas d'inexécution qu'elle dispose ne serait-ce qu'en partie d'une nature indemnitaire paraît être un défi insurmontable. Reste donc au rédacteur de tenter d'esquiver toute accusation d'excès ou de dérision, la nature forfaitaire de l'obligation de payer ou encore tout simplement l'anticipation contractuelle.

275 – L'esquive de l'excès ou de la dérision. La manière la plus simple d'éviter la révision judiciaire reste encore que la somme stipulée ne soit jugée ni manifestement dérisoire ni manifestement excessive. Nous savons que le juge apprécie cela en analysant la disproportion entre le montant stipulé et le préjudice subi. Néanmoins, la rédaction de la clause peut tenter de justifier les éventuels importants écarts qui seraient constatés. Pour ce faire, le rédacteur doit prendre conscience qu'il a tout intérêt à dépasser la seule rédaction de la clause souhaitée *stricto sensu*. Il faut y ajouter un contexte, expliciter le montant, justifier les écarts entre le montant stipulé et le préjudice subi et cela même par anticipation. Fort de ces explications, le juge verra son analyse orientée et pourra plus difficilement qualifier de manifestement excessif ou dérisoire un montant qui a été justifié par les parties elles-mêmes, et ce jusque dans des hypothèses anticipées d'accroissement de la disproportion prévue initialement entre le montant et le préjudice. En tout état de cause, plus la clause sera justifiée et explicitée, plus elle anticipera en les justifiant les hypothèses d'une évolution des circonstances qui ajouterait à l'importance du caractère excessif ou dérisoire, plus elle réduira le risque de la révision. Néanmoins, un tel levier pour éviter la révision ne joue qu'au niveau de l'appréciation judiciaire et pas au niveau, plus en amont, de la

qualification. C'est peut-être à ce niveau-là que se situent les esquisses les plus sérieuses au risque de révision judiciaire.

276 – L'esquive de la notion de « somme monétaire ». Nous avons eu l'occasion de dire que le forfait dont il est question au travers de l'expression « une certaine somme » du premier alinéa de l'article 1231-5 du Code civil est nécessairement une somme pécuniaire et monétaire, en bref une somme d'argent. Quant à sa forme, il est accepté qu'elle soit très variée : moratoire, strictement forfaitaire, plafonné, etc. Afin d'éviter toute possibilité de révision, le rédacteur de la clause peut donc difficilement tenter d'imaginer une forme qui serait exclue du large champ d'expression de la notion de forfait. Néanmoins, sur le fond, il peut éviter la notion forfaitaire en substituant l'obligation de payer une somme d'argent par une obligation en nature. Selon les contrats, le rédacteur jugera utile de stipuler telle ou telle obligation de donner ou de faire. Classiquement, on peut imaginer le cas d'une indemnisation qui se matérialiserait non pas par le paiement d'une somme d'argent, mais par le transfert de propriété d'un bien. Ainsi, en cas d'inexécution, le débiteur accepterait d'indemniser le créancier par exemple par la cession de son entier parc automobile. De manière plus originale, à l'heure du développement des cryptoactifs[483], on peut se poser la question du risque d'éviter très aisément la notion forfaitaire telle qu'entendu par l'article 1231-5 du Code civil par leur truchement. En effet, *« en droit français, les cryptoactifs ne sont pas considérés comme une monnaie légale, une devise, une monnaie électronique ou même un instrument financier »*[484]. Les actifs et monnaies virtuels sont improprement qualifiés de monnaie, car ils n'ont pas de cours légal, ne sont pas reconnus comme des moyens de paiement et ne remplissent pas ou que très partiellement les trois fonctions dévolues à la monnaie (unité de compte, intermédiaire des échanges et réserve de valeur)[485]. En conséquence, pour le cas qui nous occupe, le juge pourrait-il se saisir de la révision d'une « somme » manifestement excessive ou dérisoire stipulée en bitcoin, ether ou autre cryptomonnaie ? Leur cours permet rapidement d'apprécier leur valeur en monnaie réelle, mais reste que leur nature est loin d'être celle d'une somme d'argent telle que l'entend le droit aujourd'hui. Si encore on peut imaginer l'audace

[483] A. LOURIMI, A. BARBET-MASSIN, C. PION, F. FLEURET & W. O'RORKE, *Droit des crypto-actifs et de la blockchain*, Lexis Nexis, 2020.
[484] AMF, « Analyse sur la qualification juridique des produits dérivés sur crypto-actifs », note, fév. 2021.
[485] Banque de France, « L'émergence du bitcoin et autres crypto-actifs : enjeux, risques et perspectives », Focus n° 16, 5 mars 2018.

judiciaire sur ce point, tant le bon sens permet d'imaginer aisément par analogie qu'il est possible de réviser le montant stipulé d'une monnaie virtuelle, il en va tout autrement au sujet d'autres cryptoactifs, au premier rang desquels les NFTs (Non-Fungible Token). Un NFT est un jeton non fongible cryptographique qui représente un objet numérique unique. Cet objet peut avoir une valeur. L'utilisation la plus connue et actuellement la plus médiatisée est celle de la vente d'œuvres d'art sous forme de NFT. Si le rédacteur de la clause oblige le débiteur à donner au créancier tel ou tel NFT identifié à l'avance, comment peut-on imaginer que le juge puisse réviser une telle obligation ? Or, un tel objet numérique peut bien disposer d'une valeur fixe et aisément convertible en monnaie réelle. Au travers de la mention de ces cas, on voit que la révision judiciaire peut vite être empêchée, et ce d'autant plus facilement que ces solutions numériques sont de plus en plus démocratisées et connaissent une percée au sein du grand public de plus en plus importante.

277 – L'esquive de la notion de forfait. La clause indemnitaire entend par essence déroger au principe de réparation. Elle entend fixer par avance le montant de l'indemnité due en cas de préjudice. Ainsi, le rédacteur pourrait être tenté de stipuler une clause indemnitaire originale qui laisserait jouer le principe de la réparation de l'entier préjudice prévisible, mais qui en multiplierait ou en diviserait le montant arrêté *in fine*. La définition du montant de l'indemnisation pourrait être prévue contractuellement et ainsi être le fait d'un expert par exemple. Elle pourrait également être le fait, classiquement, du juge. Toujours est-il que la clause convenue pourrait arbitrairement décider par avance de multiplier ou diviser ce montant par un coefficient déterminé ou déterminable. Un tel mécanisme ne pourrait pas faire l'objet d'une révision considérant qu'il n'indique aucun forfait d'indemnisation, aucun montant qui ne saurait donc être révisé. Certes une telle clause ne reprend pas à son compte l'avantage de la rapidité et de l'automaticité des clauses indemnitaires classiques. À ceci près cependant que couplée avec une clause prévoyant l'intervention d'un expert pour définir le préjudice, la définition du montant de l'indemnisation pourrait être plus rapide que dans le circuit judiciaire. Reste qu'une telle clause aurait l'avantage *in fine* de satisfaire aux mêmes objectifs que les clauses pénales ou les clauses limitatives de réparation en majorant ou minorant sensiblement, et même de manière manifestement excessive ou dérisoire, sans qu'il soit possible de les réviser. Au-delà de ces mécanismes *intra*-clause, le

bénéficiaire d'une clause indemnitaire peut encore éviter le risque de la révision judiciaire par d'autres moyens contractuels.

B. L'évitement au-delà de la clause indemnitaire

278 – Les clauses de négociation préalable : l'intervention judiciaire éloignée. Lorsqu'est stipulée une clause indemnitaire au sein d'un contrat, les clauses de négociation préalable peuvent être de redoutables alliées afin d'éviter l'aléa de la révision judiciaire. Celles-ci se déclinent soit en une clause de conciliation préalable qui exigera des parties qu'elles tentent, par elles-mêmes, de concilier leurs points de vue préalablement à toute saisine d'une juridiction, soit en une clause de médiation préalable qui exigera des parties qu'elles confient leur différend à un tiers, chargé de tenter de concilier les parties, préalablement à toute saisine d'une juridiction. Ces clauses sont aujourd'hui redoutables dans la mesure où leur régime procédural est radical. En effet, ces clauses portent avec elles l'interdiction absolue de saisir une juridiction avant d'avoir mis en œuvre la procédure de conciliation ou de médiation. Or, il n'est pas possible de couvrir *a posteriori* l'irrecevabilité d'une action en justice, faute d'avoir mis en œuvre le mécanisme de négociation préalable prévue par une clause du contrat[486]. Comme toute irrecevabilité[487], elle peut être soulevée en tout état de cause, à tout stade de la procédure. Il résulte donc que le non-respect d'une clause de négociation préalable constitue un obstacle non régularisable. L'incitation à respecter ladite clause est donc extrêmement forte. Comme nous le disions, lorsqu'une clause indemnitaire est couplée à une clause de négociation préalable, les éléments d'une discussion productive et fructueuse sont disposés. En effet, la clause indemnitaire a déjà fait l'objet d'une négociation, ou à tout le moins d'une acceptation, lors de la conclusion du contrat. Ainsi, les parties ont convenu que l'indemnisation due en cas d'inexécution par le débiteur de son obligation serait tantôt augmentée tantôt diminuée et sont donc en théorie d'accord de faire droit à cette intention initiale lorsqu'il s'agit de mettre à effet leur engagement. Ce qui peut être contesté c'est le caractère démesuré, autrement manifestement excessif ou dérisoire par rapport au préjudice réel, mais pas la volonté initiale d'augmenter ou réduire le *quantum* de l'indemnisation. La

[486] Ch. mixte, 12 déc. 2014, n°13-19684.
[487] Article 123 du Code de procédure civile.

négociation obligatoire accorde donc un cadre contraint pour la discussion. La discussion est de fait bien engagée, car elle ne part pas de zéro, elle a pour elle l'accord de principe sur l'orientation que les parties avaient entendu conférer à leur indemnité contractuelle. S'ajoute à cela la crainte de l'aléa judiciaire, le coût du parcours judiciaire et les délais de la justice, autant d'ingrédients qui invitent les cocontractants à réussir leur négociation amiable.

279 – La clause compromissoire : l'intervention judiciaire évitée. Lorsqu'ils stipulent une clause indemnitaire, les parties peuvent craindre l'aléa judiciaire relatif à la détermination du montant de l'indemnité post-révision. Le juge est libre de porter le montant révisé au niveau du montant du préjudice, cela en dépit de l'intention des parties. En outre, puisqu'une juste révision dépend nécessairement d'une juste appréciation préalable du montant du préjudice, les parties sont liées par la compétence du juge pour ce faire. Or, notamment en matière de contentieux complexes, le juge peut être limité par sa compétence, outre qu'il ne dispose pas du même temps que l'arbitre. En effet, l'arbitre est, en principe, non seulement spécialisé et expert en la matière, mais aussi complètement dédié à l'affaire pour laquelle il est désigné. En conséquence, le recours à l'arbitre peut permettre d'éviter l'intervention judiciaire si celle-ci est redoutée par les parties.

Une autre raison peut motiver la stipulation d'une clause compromissoire, notamment lorsqu'elle est couplée à une clause pénale. Chacun sait en effet que le recours à l'arbitraire est onéreux, réputé souvent bien plus onéreux que la justice classique. Cela peut jouer comme la crainte d'une double peine que le débiteur de l'obligation de payer la pénalité ne veut pas risquer et ce d'autant plus lorsque la clause compromissoire annonce par avance le prix des prestations arbitrales. Ainsi, la clause compromissoire peut jouer de deux manières différentes son rôle d'astuce d'évitement de l'intervention judiciaire en matière de révision de la clause indemnitaire.

280 – Conclusion de la section 2. Du point de vue des cocontractants, le nouvel article 1231-5 du Code civil et l'interprétation que nous en donnons, et qui, selon nous s'impose, peuvent induire deux effets collatéraux. L'élargissement du périmètre des clauses révisables peut faire craindre l'aggravement de l'imprévisibilité contractuelle et donc de l'insécurité économique. En outre, les parties peuvent s'en trouver motivées à tenter d'éviter par tout moyen d'être soumis à l'aléa de la révision judiciaire. L'imprévisibilité contractuelle augmente en ce sens qu'en davantage de cas le

montant initialement convenu encourt la révision judiciaire. Là où les parties pouvaient craindre une telle sanction dans les seuls cas de la clause pénale, ils ont désormais matière à s'inquiéter de la même manière dans tous les cas de clause indemnitaire stipulant un forfait manifestement excessif ou dérisoire. Dès lors, l'assurance de pouvoir organiser sa relation économique en prévoyant à l'avance les conséquences financières de l'inexécution est plus largement mise à mal. Cela étonne dans le contexte d'une réforme du droit des contrats qui veut au contraire servir l'économie. Néanmoins, on peut se demander si cette évolution ne va pas au contraire inciter, plus d'hier, les parties à négocier une solution et donc à retourner au contrat. En effet, l'analyse économique du droit révèle que l'augmentation de l'incertitude est de nature à favoriser la négociation. Or, dans le contexte des clauses indemnitaires, cette négociation est d'autant plus facilitée qu'elle bénéficie d'une préalable entente entre les parties. Celles-ci ont en effet dès l'origine convenu d'organiser les conséquences de l'inexécution, de maximiser ou minimiser l'indemnisation qui en découlerait éventuellement. Cela permet de penser que toutes les conditions sont réunies pour faciliter la négociation et son chemin vers un résultat.

Plus radicalement, les cocontractants peuvent tenter purement et simplement d'éviter tout risque de révision judiciaire par des moyens contractuels. Ils peuvent par exemple tenter de justifier le montant indiqué au sein de leur clause indemnitaire pour désamorcer tout soupçon d'excès ou de dérision en cas de préjudice résultant de l'inexécution du débiteur. La notion de forfait peut être évitée en stipulant des objets non monétaires, tels des cryptoactifs, ou tout simplement en multipliant ou divisant le résultat d'une classique évaluation du préjudice. Au-delà de la clause, c'est en stipulant au sein du contrat des clauses de négociation préalable ou des clauses compromissoires que les cocontractants pourront s'assurer d'éviter le juge.

281 – Conclusion du chapitre 2. Aux utilités et intérêts du traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées répondent nécessairement quelques limites à leur portée. La révision judiciaire concerne deux types d'acteurs, les cocontractants et le juge. C'est donc tout naturellement que les limites aux utilités et intérêts affectant l'un et l'autre de ces protagonistes gagnent à être abordées successivement.

S'agissant du juge, la réforme complexifie le traitement de certaines clauses indemnitaires lorsqu'elles sont à cheval sur les différents périmètres d'application des articles 1170, 1171 et 1231-5 du Code civil. Si on peut espérer que ces cas ne seront pas majoritaires, il arrivera néanmoins que le juge soit contraint d'avoir à choisir entre la révision judiciaire et le réputé non écrit. Dans ce cas, il se pose les questions des critères qui peuvent aiguiller sa prise de décision. Nous proposons par exemple que le juge puisse considérer l'attitude des parties afin de sanctionner avec le plus de vigueur, par le réputer non écrit, les comportements gravement fautifs. Le juge pourrait aussi analyser les buts de la clause afin de savoir si sa vocation à simplement encadrer l'indemnisation due en cas de préjudice résultant d'une inexécution a été dévoyée ou non. Si elle l'est alors il conviendrait de préférer la sanction la plus forte afin de protéger au mieux la partie faible abusée, à savoir le « réputé non écrit ». Il s'agit, au fond, de considérer la bonne ou mauvaise foi des parties. Ajoutons que si l'article 1231-5 du Code civil atténue l'enjeu entourant la qualification des clauses litigieuses, en particulier sur le point de savoir si elles sont susceptibles d'être révisées, il faut aussitôt en dire les limites. Le juge devra en effet continuer ses efforts de qualification, car celle-ci est une nécessité pour orienter la correction le sens de la révision et son ampleur. En outre, l'exercice de qualification sera toujours requis pour lutter contre les tentatives opportunistes des parties de voir qualifier des clauses qui n'entrent pas dans le périmètre de l'article 1231-5 du Code civil. Ainsi, l'effort de distinction sera maintenu au stade de l'applicabilité du pouvoir de révision.

S'agissant des cocontractants, ils peuvent craindre une plus grande imprévisibilité contractuelle, synonyme d'insécurité économique, ou à l'inverse tenter d'éviter l'application de l'article 1231-5 du Code civil annihilant ainsi toute son utilité. Il est vrai qu'en incluant toutes les clauses indemnitaires stipulant un forfait l'article 1231-5 élargit la révision judiciaire à des cas jusqu'alors hors de son giron traditionnel. En conséquence, les cocontractants peuvent craindre de voir retoquer leur contrat en bien plus d'hypothèses qu'auparavant. On peut, ceci dit, penser qu'une progression de l'imprévisibilité porte en elle une incitation renforcée à la négociation d'une solution amiable. Ce d'autant plus que les parties sont aidées par un contexte préétabli, des volontés déjà exprimées par le contrat et inscrites dans sa lettre. Ainsi, il n'est pas question pour elles de tenter d'arrêter vaguement et sans point de départ un montant d'indemnisation. Elles savent déjà qu'elles ont consenti à minorer ou majorer le montant de l'indemnisation en cas de

préjudice et ce avec un certain degré d'écart. En définitive, tous les éléments facilitants d'une négociation sont réunis et peuvent faire espérer l'augmentation d'issues favorables. Reste qu'en réaction au renforcement du pouvoir judiciaire, les rédacteurs pourraient être tentés d'éviter purement et simplement de remplir les critères d'application du pouvoir de révision judiciaire, voire d'inscrire une clause permettant d'éviter l'examen judiciaire ou son immédiateté.

282 – Conclusion du titre 2. Le nouvel article 1231-5 du Code civil et l'élargissement du périmètre des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire n'a pas que des attraits. Les avantages conquis emportent leurs lots de conséquences parmi lesquelles quelques limites sont à relever[488]. En outre, les changements induits par la réforme que nous avons explicités peuvent faire craindre une grave atteinte à la force obligatoire des clauses indemnitaires.

Réviser c'est, en effet, toujours attenter à la volonté des parties. Ainsi, permettre plus vastement la révision c'est attenter plus largement à la volonté des parties. Néanmoins, la menace qui pèse sur la force obligatoire des clauses indemnitaires trouve à être relativisée. La menace est claire, le juge peut désormais réviser l'ensemble des forfaits d'indemnisation manifestement excessifs ou dérisoires. Sont ainsi visées les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaires et les clauses limitatives de réparation disposant d'un forfait manifestement excessif ou dérisoire. Plus encore que par le passé, la volonté des parties peut craindre d'être contrecarrée par le juge. En cela, la menace est caractérisée, la force obligatoire est attaquée. Pourtant, elle peut être relativisée dans la mesure où la révision judiciaire emporte ceci de particulier, à la différence de toute autre sanction judiciaire qu'elle considère l'intention des parties. En effet, s'il convient en premier lieu de rappeler que l'atteinte à la volonté des parties reste et restera toujours exceptionnelle et la force obligatoire le principe. La révision judiciaire n'a vocation à intervenir que dans les contextes d'inéquivalences graves et préjudiciables entre le montant du forfait et le montant du préjudice subi. À la différence de la nullité de la clause qui reviendrait à rétablir totalement le principe de réparation, la révision judiciaire permet d'arrêter un montant révisé différent du montant du préjudice subi[489]. Le juge doit tenir compte de la volonté originelle des parties dans l'exercice de son pouvoir de révision. Par exemple, en cas de clause limitative de réparation stipulant un forfait

[488] Cf. *supra* n° 224 et s.
[489] Cf. *supra* n° 229 et s.

d'indemnisation manifestement dérisoire, le juge peut conserver un caractère minorant par rapport au préjudice dans le montant révisé. En outre, si l'on peut craindre la disparition de la clause pénale, il n'en est en réalité rien. La suppression des termes « peine », des références explicites à la « clause pénale » et la suppression des anciens articles 1226 et suivants permettent simplement de conclure que le nouvel article 1231-5 du Code civil ne doit pas être lu dans le sens d'une assise textuelle pour la notion de clause pénale[490]. Plus aucun texte législatif ne fonde désormais expressément l'existence de la clause pénale. L'article 1231-5 du Code civil ne définit pas la clause pénale et ne dispose pas de son régime propre, mais vise toute clause indemnitaire et forfaitaire. La clause pénale ne puise désormais sa possibilité d'existence que dans le principe de la liberté contractuelle[491]. La force obligatoire des clauses indemnitaires est donc sauve, les nouvelles atteintes nous paraissant harmoniser le traitement de toutes les clauses indemnitaires et forfaitaires en renforçant la justice contractuelle.

Par ailleurs, si nous pensons que l'article 1231-5 du Code civil emporte des évolutions heureuses et utiles, il nous faut être réalistes sur leur portée réelle. Les limites sont identifiables tant du point de vue du juge que de celui des cocontractants. Les juges voient leur tâche complexifiée dans un environnement juridique foisonnant de sanctions. Ainsi, le juge doit-il composer avec les articles 1170 et 1171 pour traiter des clauses indemnitaires démesurées[492]. Dans les cas où les sanctions se feraient concurrence, le juge devrait arbitrer entre l'une ou l'autre en raison de son pouvoir de relever d'office le caractère manifestement dérisoire ou excessif du forfait. Le juge devrait alors pouvoir considérer l'attitude des parties. Le réputé non-écrit permettant de protéger plus fortement la victime du préjudice, car il rétablit en plein le principe de réparation. En outre, le juge devra toujours s'évertuer à qualification rigoureusement les clauses litigieuses afin d'orienter et d'apprécier l'ampleur de la révision judiciaire[493]. À cela s'ajoutera l'interminable combat contre les tentatives opportunistes de disqualification de la clause en dépit de sa nature exacte de façon à ce qu'elle n'entre pas dans le périmètre des clauses visées par l'article 1231-5 du Code civil.

[490] Cf. *supra* n° 235 et s.
[491] Article 1102, al. 1, du Code civil : *« Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi. »*
[492] Cf. *supra* n° 255 et s.
[493] Cf. *supra* n° 249 et s.

Sur ce point le juge devra continuer de distinguer entre les notions[494]. Quant aux cocontractants, il va sans dire que l'imprévisibilité contractuelle est proportionnelle au renforcement du pouvoir de révision judiciaire. Perdant le contrôle de leur contrat et ne pouvant anticiper précisément par avance les conséquences d'une éventuelle révision judiciaire, les cocontractants ont de quoi s'inquiéter[495]. Ceci étant dit, il nous faut rappeler que la révision judiciaire considère l'intention des parties et tend à la préserver tout en supprimant le caractère manifestement excessif ou dérisoire du montant stipulé par rapport au préjudice subi. Ce faisant, l'utilité demeure pour les parties de stipuler une clause indemnitaire et forfaitaire. De plus, le contexte particulier de l'augmentation de l'incertitude liée au renforcement du pouvoir judiciaire et l'anticipation contractuelle des conséquences de l'inexécution par le débiteur de son obligation sont un terreau propice aux solutions contractuelles négociées[496]. À l'inverse, l'augmentation de l'incertitude peut faire craindre le développement par le moyen de la technique contractuelle de stratégie d'évitement du pouvoir de révision judiciaire : soit par le moyen d'une rédaction habile extirpant la clause d'espèce du cadre de l'article 1231-5 du Code civil[497], soit par le moyen d'un évitement du procès judiciaire[498].

[494] Cf. *supra* n° 252 et s
[495] Cf. *supra* n° 268 et s.
[496] Cf. *supra* n° 271 et s.
[497] Cf. *supra* n° 274 et s.
[498] Cf. *supra* n° 278 et s.

Conclusion de la deuxième partie

Les clauses indemnitaires et forfaitaires stipulant des dommages-intérêts manifestement excessifs ou dérisoires par rapport au préjudice subi peuvent toutes faire l'objet d'une révision judiciaire au titre du nouvel article 1231-5 du Code civil. Ce mouvement parfait l'unification de traitement des clauses indemnitaires et forfaitaires, bien qu'il n'aille pas sans présenter de nouvelles limites.

L'unification de traitement ne tient pas à un choix arbitraire de regrouper des clauses disparates et sans lien sous une même bannière, ceci aux seules fins de simplifier l'état du droit. Le mouvement est porté par un constat, celui de la communauté de mécanisme et d'intention partagée par ces clauses[499]. En effet, il s'agit toujours pour l'une ou l'autre des parties d'anticiper et de fixer à son avantage les conséquences de l'inexécution par le débiteur de son obligation. Soit le débiteur lui-même remporte le rapport de force sur ce point et imposera un forfait d'indemnisation minorant, dont il tentera assurément de maximiser l'effet par l'abaissement optimal du montant des dommages-intérêts. Concrètement, il pourrait formellement aussi bien s'agir d'un plafond d'indemnisation que d'un forfait d'indemnisation à proprement parler[500]. Soit le créancier réussit à faire prévaloir son intérêt sur ce point et tentera de maximiser l'indemnisation qui lui serait due en cas de préjudice résultant de l'inexécution par le débiteur. Il tentera, au contraire du débiteur, d'augmenter au maximum le montant des dommages-intérêts afin de s'assurer la plus large et confortable indemnité quitte à être même comptablement bénéficiaire par rapport à la stricte exécution de l'obligation dont il était le créancier. En ce cas, on décèlera aisément une peine. Aussi, les parties pourront simplement convenir ensemble de fixer au plus juste l'indemnisation due en cas de préjudice résultant de l'inexécution par le débiteur de son obligation, il s'agira alors d'un simple forfait d'indemnisation. Ainsi, loin d'être des clauses radicalement distinctes, chacun des cas évoqués n'est rien d'autre qu'une déclinaison de la clause indemnitaire et forfaitaire. Cette unité s'est peu à peu dévoilée. Ces clauses se présentent d'abord comme des contrats à part entière parce qu'elles peuvent, par exemple, être surajoutées au contrat principal *a posteriori* ou parce

[499] Cf. *supra* n° 135 et s.
[500] Cf. *supra* n° 142 et s.

que leur rédaction est encadrée considérant leur effet important et grave[501]. Mais surtout leur comportement vis-à-vis du contrat[502] est le même et se déploie au-delà de lui[503]. Par exemple, lorsque le contrat est résolu, la clause pénale et, depuis 2012, la clause limitative de réparation survivent et déploient leur effet dans cet espace post-contractuel. Ces clauses ont en commun cette même autonomie, qu'elles tiennent d'un étonnant dénominateur commun : leur commune nature. Celle-ci d'ailleurs se révèle une nouvelle fois lorsqu'on considère le rapport de dépendance de ces clauses à l'égard du contrat. D'une part, car toutes sont des obligations conditionnelles suspensives de payer, en cas d'inexécution du débiteur, un forfait d'indemnisation. Chaque fois donc, ces clauses constituent l'accessoire de l'obligation principale[504]. D'autre part, ces clauses influent toujours sur l'exécution par le débiteur de son obligation[505]. Aux deux extrêmes, soit le débiteur se sent contraint de s'exécuter promptement, soit il se sent détacher de la nécessité d'une parfaite exécution, selon que le forfait d'indemnisation est majorant ou minorant. L'article 1231-5 du Code civil achève l'unification de ces clauses sur un point qui demeurait sans réponse : celui d'une réponse judiciaire commune et cohérente.

Le juge voit donc son pouvoir de révision renforcé dans son expression à la baisse[506]. Autrement dit, lorsqu'il s'agit de diminuer le montant d'un forfait d'indemnisation manifestement excessif par rapport au préjudice subi. Le juge se saisissait déjà largement de son pouvoir pour sanctionner des clauses pénales dont la peine était manifestement excessive, cette possibilité est réaffirmée, mais s'y ajoute désormais de nouvelles hypothèses. Celles-ci s'enrichissent des cas où toute autre clause indemnitaire et forfaitaire qui n'avait pas pour vocation *ab initio* de jouer comme une clause pénale se retrouve *in fine* à avoir indiqué un montant d'indemnisation manifestement excessif par rapport au préjudice subi. Ce cas, s'il peut être rare, n'était pas couvert par le cadre d'analyse antérieur. Le juge pourra en outre désormais se saisir pleinement de son pouvoir de révision à la hausse[507]. Pouvant désormais considérer sans ambiguïté tout forfait d'indemnisation minorant qui se révèlerait manifestement dérisoire, le juge pourra enfin sanctionner ces cas au

[501] Cf. *supra* n° 148 et s.
[502] Cf. *supra* n° 153 et s.
[503] Cf. *supra* n° 157 et s.
[504] Cf. *supra* n° 176 et s.
[505] Cf. *supra* n° 167 et s.
[506] Cf. *supra* n° 209 et s.
[507] Cf. *supra* n° 214 et s.

visa de l'article 1231-5 du Code civil et réinjecter de l'équité, en tenant compte de l'intention initiale des parties, dans le contrat. Cet élargissement d'application affectant le pouvoir de révision judiciaire relative à l'enjeu, autrefois prégnant, de qualification de la clause litigieuse au stade de savoir si elle peut ou non faire l'objet d'une analyse au visa l'article 1231-5 du Code civil. En effet, il ne saurait s'agir désormais de constater un caractère comminatoire ou punitif pour s'autoriser l'analyse du caractère manifestement excessif ou dérisoire du forfait d'indemnisation. Il s'agira simplement de constater, au stade de l'applicabilité de la révision judiciaire, qu'une clause indemnitaire et forfaitaire a été stipulée.

Reste qu'en dépit des avantages indéniables d'une unification de traitement qui fait droit à la communauté de nature des clauses indemnitaires et forfaitaires et confère au pouvoir de révision judiciaire une ampleur nouvelle, le changement emporte certaines limites. La critique la plus immédiate peut être celle d'une atteinte à la force obligatoire des clauses indemnitaires qui subissent déjà largement, par ailleurs, d'une réglementation foisonnante[508]. Il est vrai que l'élargissement des clauses visées par le pouvoir de révision judiciaire ne peut être que synonyme d'atteinte à la force obligatoire dans la mesure où la volonté des parties pourra se trouver plus fréquemment amendée par le juge. Cependant, il serait radical et injuste de conclure sur ce constat. En effet, le pouvoir de révision judiciaire a ceci d'unique qu'il vise à concilier la volonté des parties avec la nécessaire réduction d'une inadéquation démesurée entre le préjudice subi et le forfait d'indemnisation[509]. En cela l'atteinte à la force obligatoire est toute relative au contraire d'une sanction telle le réputé non écrit. Désormais, la force obligatoire de la clause pénale n'est pas plus atteinte que celle de toute autre clause indemnitaire et forfaitaire. Alors, certes, la clause pénale n'est plus citée, telle qu'elle, au sein du Code civil en raison depuis la disparition de toute référence à cette notion et la suppression des anciens articles 1226 et suivants du Code civil[510]. Mais le concept ne disparait pas pour autant[511] et se retrouve en partie au sein du nouvel article 1231-5 du Code civil qui vise toute clause indemnitaire et forfaitaire.

[508] Cf. *supra* n° 228.
[509] Cf. *supra* n° 230 et s.
[510] Cf. *supra* n° 235 et s.
[511] Cf. *supra* n° 239 et s.

Malgré tout, certaines critiques demeurent indépassables et sont largement fondées. Parmi celles-ci, on peut évoquer la tâche du juge qui se complexifie largement[512]. Le juge doit composer avec les articles 1170 et 1171 pour traiter des clauses indemnitaires et forfaitaires démesurées[513]. Dans les cas où il est possible de sanctionner et au titre de l'article 1231-5 du Code civil et au titre de l'article 1170 ou 1171 du Code civil, le créancier disposera d'un choix en saisissant le juge à titre principal soit d'une sanction radicale, le réputé non écrit, soit d'une sanction de compromis, la révision judiciaire. Mais il demeurera que le juge sera en capacité de choisir la sanction compte tenu de son pouvoir de réviser « même d'office »[514] un forfait manifestement excessif ou dérisoire. Toutes ces réflexions pourront, en tous les cas, toujours être mises à mal par l'habileté des rédacteurs qui tenteront d'éviter l'applicabilité de la révision judiciaire ou retarderont l'entrée dans le circuit judiciaire par des clauses de négociation préalable ou s'en abstrairont complètement par le recours à l'arbitrage[515]. Dans le premier cas, on peut remarquer que la situation est propice à la convergence des parties vers une solution négociée dans la mesure où la crainte renforcée de l'aléa judiciaire couplée à l'effort déjà effectué de prédétermination du montant due en cas de préjudice résultant de l'inexécution par le débiteur de son obligation est de nature à faciliter la négociation.

[512] Cf. *supra* n° 261 et s.
[513] Cf. *supra* n° 255 et s.
[514] Cf. *supra* n° 116.
[515] Cf. *supra* n° 273 et s.

Conclusion générale

Le nouvel article 1231-5 du Code civil offre aujourd'hui une opportunité, celle de pouvoir refonder l'interprétation traditionnelle de l'ancien article 1152 du Code civil dans un souci de fidélité à la lettre et à son intention.

L'ancien article 1152 du Code civil, dont le nouvel article 1231-5 du Code civil s'inspire très largement, traînait en effet avec lui de nombreux malentendus, des incohérences, et des difficultés d'articulation avec d'autres textes étonnement liés, tels les anciens articles 1226 et suivants du Code civil[516]. La doctrine dominante et les juges associaient, en effet, sans nuance la notion de clause pénale et l'ancien article 1152[517]. Pourtant, une telle association faisait violence à la vocation initiale de cet article, qui n'était que de rappeler le caractère intangible de toute clause indemnitaire et forfaitaire[518]. Plus encore, le pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales se situait en son sein et non au niveau des articles explicitement dédiés, à savoir les anciens articles 1226 et suivants.

La réforme du droit des obligations de 2016 chamboule les fondements de cet écheveau[519]. Pour ne citer que les principaux changements : les anciens articles 1226 et suivants sont purement et simplement supprimés, la notion de « clause pénale » ne figure plus dans le Code civil, le terme de « peine » figurant au second alinéa de l'ancien article 1152 est remplacé par celui de « pénalité ». Ces quelques éléments, ainsi que les réflexions immédiates d'une doctrine avisée, annoncèrent la mort de la clause pénale ou, à tout le moins, sa transformation en simple clause d'indemnisation forfaitaire[520]. Assurément, la portée de ce nouvel article 1231-5 du Code civil interroge.

[516] Cf. *supra* n° 4 à 15.
[517] Cf. *supra* n° 17.
[518] Cf. *supra* n° 16.
[519] Cf. *supra* n° 18.
[520] Cf. *supra* n° 19.

L'analyse du sens et de la portée de l'expression du premier alinéa « une certaine somme à titre de dommages et intérêts » révèle que n'est visée qu'une somme d'argent[521], rompant ainsi avec la possibilité théorique de pouvoir réviser les obligations en nature au titre de l'ancien article 1226 du Code civil[522]. Au-delà de ce caractère pécuniaire et monétaire, la notion de forfait d'indemnisation démontre une étonnante plasticité. Sous sa bannière peuvent se retrouver les objets stipulés par une large variété de clauses d'indemnisation forfaitaire (moratoire, plafond, peine, indemnité, etc.)[523]. Le juge s'est, par exemple, autorisé à connaître des clauses pénales moratoires alors même que la nature forfaitaire du mécanisme paraît bien relative[524]. Ce pragmatisme judiciaire autorise à penser que, sur ce point, les plafonds des clauses limitatives de réparation puissent être considérés[525]. Un plafond d'indemnisation manifestement dérisoire étant, par hypothèse, si bas qu'il est, en réalité, un forfait d'indemnisation[526]. D'ailleurs, l'étude de la jurisprudence montre que le juge est avant tout sensible à la réduction des démesures graves entre le préjudice subi et le montant du forfait d'indemnisation[527].

L'expression « pénalité » dont dispose le second alinéa ne constitue ni une contradiction, ni une restriction, mais une simple reprise synonymique de l'expression du premier alinéa. Une telle évolution est cohérente avec l'histoire de la « peine ». La notion a, en effet, toujours entretenu un lien paradoxal avec celle de « dommages-intérêts »[528]. L'histoire de la clause pénale illustre ces liens complexes oscillant du droit romain à aujourd'hui entre radical accent indemnitaire et radical accent punitif[529]. Tout en continuité, le nouvel article 1231-5 innove sur le fond par le truchement de la seule forme. En supprimant les anciens articles 1226 et suivants du Code civil, et avec eux les expressions « clause pénale » et « peine », le nouvel article ouvre la possibilité d'une nouvelle compréhension[530]. Comme pour nous faciliter la compréhension, au risque de se méprendre en suivant la tradition interprétative, le législateur trace un lien sémantique qui synonimise de fait la

[521] Cf. *supra* n° 48 et s.
[522] Cf. *supra* n° 45 et s.
[523] Cf. *supra* n° 56 et s.
[524] Cf. *supra* n° 64 et s.
[525] Cf. *supra* n° 67 et s.
[526] Cf. *supra* n° 35 et s.
[527] Cf. *supra* n° 81 et s.
[528] Cf. *supra* n° 90.
[529] Cf. *supra* n° 91 et s.
[530] Cf. *supra* n° 124.

« pénalité » et la « certaine somme à titre de dommages et intérêts » grâce à l'ajout de l'expression « ainsi convenue » qui établit une correspondance stricte entre les deux termes[531]. Aussi, si la « peine » est, de fait, associée à la notion de clause pénale, la « pénalité », elle, a le mérite d'avoir un sens bien moins connoté qui s'applique à toutes les clauses forfaitaires et indemnitaires manifestement excessives ou dérisoires[532]. En effet, la démesure d'un forfait indemnitaire punit, en un sens, toujours la partie, débiteur ou créancier, qui subit les conséquences d'une différence trop importante entre le montant indiqué et le préjudice subi. À cela s'ajoute que l'article 1231-5 du Code civil s'insère dans une sous-section dédiée à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat[533]. Cette compréhension est d'autant plus confirmée lorsqu'on considère l'évolution du droit et le contexte plus global dans lequel s'insère la réforme[534] : un mouvement qui fait de plus en plus droit à la justice contractuelle et à la protection de la partie faible, créancier ou débiteur.

Il en résulte que toutes clauses indemnitaires et forfaitaires, parmi lesquelles peuvent figurer les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation, peuvent être révisées au visa de l'article 1231-5 du Code civil dès lors qu'elles stipulent un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire. Ainsi, les clauses indemnitaires et forfaitaires démesurées voient leur traitement unifié.

Cette unification de traitement connaît avec l'article 1231-5 du Code civil un aboutissement logique. En effet, ce mouvement est repérable depuis longtemps et se justifie par l'étroite connexion que ces clauses ont entre elles. Elles partagent une communauté de mécanismes et d'intentions et gagnent donc à être comprises comme des déclinaisons d'une seule et même notion, la clause indemnitaire et forfaitaire[535]. L'accent conféré par l'une ou l'autre partie accentuera plus ou moins le caractère minorant ou majorant du forfait d'indemnisation selon qu'il s'agit de mieux protéger le créancier ou le débiteur. Formellement, nous trouverons aux extrémités du spectre les clauses pénales et les clauses limitatives de réparation, et en point médian la stricte clause

[531] Cf. *supra* n° 125.
[532] Cf. *supra* n° 126 et s.
[533] Cf. *supra* n° 121 et s.
[534] Cf. *supra* n° 110 et s.
[535] Cf. *supra* n° 134 et s.

d'indemnisation forfaitaire. Cette unité notionnelle est corroborée par la pratique qui, très vite, a considéré de la même manière ces clauses, tant sur le plan formel[536], avec des enjeux de rédaction identiques et des régimes similaires, que sur le plan fondamental[537]. Sur ce dernier point, il n'est qu'à rappeler la survie post-contractuelle de ces clauses dans les cas de résolution[538]. Depuis 2012, la clause limitative de réparation et la clause pénale sont traitées pareillement en la matière, signe de leur communauté de nature.

Par l'unification de traitement de ces clauses, une utile réponse judiciaire commune et cohérente est apportée. Le juge voit son pouvoir de révision renforcé. D'une part, la possibilité de réviser à la baisse s'enrichit des hypothèses où la clause litigieuse stipule un forfait d'indemnisation manifestement excessif qui n'avait pas pour vocation *ab initio* cette démesure[539]. D'autre part, et c'est là le plus important, la possibilité de réviser à la hausse se comprend dorénavant comme une sanction à part entière et non comme un simple recours exceptionnel pour traiter des situations d'erreur d'appréciation des parties dans la détermination de leur clause pénale[540]. Dès lors, le juge peut désormais considérer sans ambiguïté tout forfait d'indemnisation minorant qui se révèlerait manifestement dérisoire. En pratique, il s'agira souvent de clauses limitatives de réparation. L'élargissement du pouvoir de révision judiciaire à toute clause indemnitaire et forfaitaire réduit par voie de conséquence l'enjeu entourant la qualification des clauses litigieuses puisqu'il ne s'agit plus de distinguer précisément entre-elles, mais de simplement s'assurer de la stipulation d'un forfait d'indemnisation, critère suffisant pour les attraire dans le champ de la révision judiciaire.

Ces bouleversements appellent toutefois des observations critiques qui doivent être entendues et discutées. La première est celle d'une nouvelle atteinte grave à la force obligatoire des clauses indemnitaires[541], au premier rang desquelles la clause limitative de réparation qui jusqu'alors ne pouvait être révisée par le juge et qui, par ailleurs, fait déjà l'objet d'un riche encadrement

[536] Cf. *supra* n° 148 et s.
[537] Cf. *supra* n° 153 et s.
[538] Cf. *supra* n° 157 et s.
[539] Cf. *supra* n° 209 et s.
[540] Cf. *supra* n° 214 et s.
[541] Cf. *supra* n° 227 et 228.

législatif. Le point saillant de notre réponse tient au rappel de la nature du pouvoir de révision judiciaire qui vise, au contraire de toute autre sanction en droit des obligations, à concilier l'intention des parties tout en faisant cesser la démesure excessive[542]. À ce titre, les parties ayant stipulé une clause limitative de réparation devraient préférer la voir révisée plutôt qu'annulée le cas échéant. Dans le même temps, il faut voir que la tâche du juge se complexifie, car il doit composer avec plusieurs articles et leur éventuelle superposition[543]. Ceci d'autant plus qu'il dispose du pouvoir de réviser « même d'office » une clause litigieuse, lui permettant ainsi de déroger librement au principe de l'immutabilité de l'objet du litige[544]. La question de l'articulation des articles 1170 et 1171 dans leur lien avec l'article 1231-5 du Code civil se pose[545]. Si les cas qui rendent possibles l'application de l'une ou l'autre des sanctions resteront rares, nous proposons que si un choix doit être fait il le soit à l'aune de l'attitude des parties, perceptible tant lors de la formation que lors de l'exécution, ou de la finalité de la clause litigieuse, supposant un examen de la bonne foi des parties[546]. Reste que les rédacteurs pourront toujours tenter d'éviter la révision judiciaire soit par le moyen de clauses évitant ou repoussant l'office du juge, soit par une rédaction habile qui extrairait la clause stipulée du champ de l'article 1231-5 du Code civil[547]. Il pourrait en être ainsi, par exemple, en stipulant pour « pénalité » une obligation de faire, ou encore une obligation de paiement de cryptoactifs.

Malgré tout, nul doute qu'une équivoque persistera sur la portée réelle de l'article 1231-5 du Code civil que nous décrivons. On peut penser que le terme « pénalité » constituera toujours un frein au renouvellement de l'interprétation traditionnelle attachée à l'ancien article 1152 du Code civil. De la même manière, le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance de 2016 entretient le sempiternel imbroglio en évoquant la « clause pénale » et ses anciennes dispositions, pourtant supprimées du Code civil, comme fondues dans le nouvel article. Ces quelques éléments ne manqueront pas de constituer un obstacle majeur au renouvellement de l'analyse du nouvel article que nous appelons de nos vœux.

---

[542] Cf. *supra* n° 229 et s.
[543] Cf. *supra* n° 255.
[544] Cf. *supra* n° 116 et 256.
[545] Cf. *supra* n° 256 et s.
[546] Cf. *supra* n° 261 et s.
[547] Cf. *supra* n° 273 et s.

C'est pourquoi on peut regretter que le législateur français n'ait pas eu l'audace et la clarté de son voisin belge. Le 21 avril 2022, la Chambre des représentants de Belgique a approuvé la proposition de loi portant le livre 5 « Les obligations » du nouveau Code civil. Cette proposition ambitionnait dans son préambule de *« réaliser un nouvel équilibre entre l'autonomie de la volonté des parties et le rôle du juge en tant que gardien des intérêts de la partie faible et de l'intérêt général »*[548]. En notre matière, leurs choix ont été plus francs. Au-delà de la suppression de toute référence à la « clause pénale le nouvel article 5.88 intitulé « Clause indemnitaire », figurant au sein d'un Paragraphe 3 « Le droit à la réparation du dommage », dispose en ces deux premiers paragraphes : *« § 1er. Les parties peuvent convenir à l'avance qu'en cas d'inexécution imputable, le débiteur est tenu, à titre de réparation, au paiement d'un montant forfaitaire ou à la fourniture d'une prestation déterminée. Dans ce cas, il ne peut être alloué à l'autre partie une réparation plus élevée, ni plus basse. § 2. Toutefois, si la clause indemnitaire est manifestement déraisonnable, le juge la réduit, d'office ou à la demande du débiteur, compte tenu du dommage et de toutes les autres circonstances, en particulier des intérêts légitimes du créancier. En cas de réduction, le juge ne peut condamner le débiteur à une réparation inférieure à un montant raisonnable ou à une prestation raisonnable »*[549]. Si la formulation n'est pas exempte de toute critique, remarquons qu'il n'est plus question que de clause indemnitaire et que sur ce point le périmètre d'application du pouvoir de révision judiciaire est limpide. La portée générale de l'article est clairement affirmée par ailleurs et toute interprétation notionnelle orientée par la seule clause pénale est bannie, ainsi que l'indique le commentaire de l'article 5.88 figurant dans la proposition de loi initiale : *« Le pouvoir de modération du juge s'applique généralement à toutes sortes de clauses indemnitaires, même lorsqu'elles ont (en tout ou en partie) un caractère punitif »*[550]. Toutes les clauses d'indemnisation forfaitaire sont donc, théoriquement, révisables. Toutefois, la possibilité reconnue au juge de pouvoir réviser même une obligation en nature nous paraît déraisonnable malgré l'idée sous-jacente visant à mieux protéger la partie faible. En effet, une telle hypothèse nous paraît risquer des révisions complexes et potentiellement bien plus

[548] Proposition de loi portant le Livre 5 "Les obligations" du Code civil déposée par MM. K. GEENS et K. AOUASTI, Mmes N. GILSON, C. HUGON et K. GABRIELS et MM. B. SEGERS et S. VAN HECKE, Doc 55 1806/001, p. 3.
[549] Loi du 28 avril 2022 portant le livre 5 « Les obligations » du Code civil, article 5.88, 1er et 2e paragraphes.
[550] Proposition de loi portant le Livre 5 "Les obligations" du Code civil, texte adopté en deuxième lecture par la Commission de la Justice, Doc 55 1806/001, p. 100.

attentatoires à la volonté des parties. Définir une obligation de faire raisonnable est tout autre chose que de ramener le montant d'une obligation de payer à un niveau raisonnable. En cela, le choix du législateur français de restreindre la révision judiciaire aux forfaits pécuniaires et monétaires nous paraît judicieux. Avouons néanmoins, qu'au contraire du cadre juridique français démontré dans cette thèse, le législateur belge semble, plus formellement, extraire le traitement des clauses limitatives de réparation de celui des clauses d'indemnisation forfaitaire. D'abord, l'article 5.88 n'évoque que la possibilité d'une révision judiciaire dans le sens d'une réduction. Ensuite, parce qu'un article 5.89 est spécialement dédié à la « Clause exonératoire de responsabilité » et vise toute *« clause exonérant le débiteur, en tout ou en partie, de sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle »*. Il dispose d'un régime n'admettant pour sanction que le réputé non écrit. Mais parce que la révision judiciaire nous paraît offrir tout à la fois une sanction et une solution unique de compromis entre le respect de la volonté des parties et la correction d'une démesure grave entre le préjudice subi et le montant indiqué, nous ne nous situerons pas dans une parfaite continuité avec la loi belge, dont nous reconnaissons par ailleurs la clarté utile aux justiciables. Ainsi, le législateur belge a expressément ouvert le champ de la révision judiciaire en ne laissant subsister aucune trace de « peine », de « pénalité » ou de « clause pénale », par ailleurs partout remplacée par « clause indemnitaire » dans le Code civil et le Code judiciaire belges. Au contraire du législateur français qui conserve des expressions équivoques, la révision n'est possible qu'à la baisse et ne peut donc connaître que des forfaits majorants. Ainsi, la loi belge est plus claire, mais moins audacieuse que la loi française.

Gageons que cet effort de clarté inspire les acteurs du droit français pour parfaire dans la lettre l'audace d'un renouvellement de l'interprétation de l'article 1231-5 du Code civil, selon qu'il a été démontré, au bénéfice de la justice contractuelle, d'un meilleur équilibre entre l'autonomie des volontés et le rôle du juge, et de la protection des parties faibles.

Tirant profit de la clarté de la rédaction belge et de notre démonstration, une opportune rédaction de l'article 1231-5 du Code civil nous paraît pouvoir être celle-ci :

Version actuelle	**Proposition**
« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre. *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.* *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.* *Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.* *Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure. »*	*« Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera <u>un montant forfaitaire</u> à titre de dommages et intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre.* *Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter <u>le montant forfaitaire</u> ainsi convenu s'il est manifestement excessif ou dérisoire.* *Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, le <u>montant forfaitaire</u> convenu peut être diminué par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.* *Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.* *Sauf inexécution définitive, <u>le montant forfaitaire</u> n'est encouru que lorsque le débiteur est mis en demeure. »*

« Il faut changer, quand la plus funeste de toutes les innovations serait, pour ainsi dire, de ne pas innover » - Portalis, Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)

Bibliographie

TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

A. DURANTON, *Traité des contrats et des obligations en général suivant le Code civil*, t. II, 1819, p. 450 s.

B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil* : *Les obligations*, Lexis Nexis, 1995, n°1827, p. 640.

C. DEMOLOMBE, *Cours de Code Napoléon*, t. XXVI, n° 606.

F. LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVII, 3e éd., 1878, n° 451.

G. CORNU, *Droit civil, Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 11e éd., 2003, n°416 et 417, p. 172.

G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, 2e éd., Sirey, 1988, n° 292.

G. H. et L. MAZEAUD et A. TUNE, *Traité théorique et Pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, 6e éd. 1965, n° 100.

H., L., J. MAZEAUD et F, CHABAS, *Traité*, t. III, 2e vol., 6e éd., n° 2636.

J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*, 22e éd., PUF, 2000, n° 181, p. 321 et 322

J-E-M. PORTALIS, *Discours préliminaire du premier projet de Code civil (1801)*, Éditions Confluences, 2004, p. 14.

J. GHESTIN, *Traité de droit civil, Les obligations, Le contrat.*, 2e éd., LGDJ, 1990, p. 7.

M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, t. 1, Contrat et engagement unilatéral*, 4e éd., Presses Universitaires de France, 2016, p. 790.

Ph. LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3e éd. 1988, n° 160.

Ph. MALAURIE, *Les cours de droit*, 1971, p. 166.

R. RODIERE, *Droit des transports*, 2e éd., Sirey, 1977, n° 600

R-J. POTHIER, *Traité des obligations*, Orléans, 1761.

S. CARVAL, P. JOURDAIN et G. VINEY, *Traité de droit civil – Les effets de la responsabilité*, 4e éd., LGDJ, 2017, p. 577.

MONOGRAPHIES ET OUVRAGES SPÉCIAUX

E. CUQ, *Les institutions juridiques des romains*, Librairie Plon, Paris, 1891, T. II.

G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 2e éd., Dalloz, 2018.

G. LEFEVRE, *Le traité « de usura » de Robert de Courçon*, Lille, 1902.

G. MORIN, *La loi et le contrat. La décadence de leur souveraineté*, Paris, Alcan, 1927.

J-J-R DE CAMBACERES, *Premier projet de Code civil*, L.III, T. I.

M. BUGNET, *Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle*, 1861.

M. LEBEAU, *De l'interprétation stricte des lois, Essai de méthodologie*, Defrénois, t. 48, 2012.

M. THEVENIN, *Textes relatifs aux institutions privées et publiques aux époques mérovingiennes et carolingiennes*, Alphonse Picard Editeur, Paris, 1887.

P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836, T. XIII.

P. MOUSSERON, J. RAYNARD, J-B. SEUBE, *Technique contractuelle*, Éditions Francis Lefebvre, 5e éd., 2017.

P. OURLIAC & J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, P.U.F., Thémis, 2e éd. 1969.

P. RICOEUR, *Temps et récit 3*, Paris, Seuil, 1983.

R. VON JHERING, *De la faute en droit privé. Études complémentaires de l'Esprit du droit romain*, trad, par O. DE MEULENAERE, Paris, 1880.

W. DROSS, *Clausier. Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, 3e éd., LexisNexis, 2016.

Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz., 1983.

TRAVAUX PRÉPARATOIRES, RAPPORTS OFFICIELS, RECUEIL

Recueil complet des discours prononcés lors de la discussion du Code civil par les divers orateurs du Conseil d'état et du Tribunal et discussion particulière de ces deux corps avant la rédaction définitive de chaque projet de loi, Paris, T. 2, 1839, p. 293.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Table de concordance, Articles 1100 à 1386-1 au JO du 11 févr. 2016 (ancienne / nouvelle référence)

THÈSES

C. MARUANI, *La clause pénale*, Faculté de Droit de Paris, Paris, 1935.

C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009.

D. CHENU, *Les clauses contractuelles autonomes*, Presses académiques francophones, 2014.

D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992.

E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridiqu*e, Librairie Arthur Rousseau, 1912, p. 85.

G. GIRARD, *De la stipulation poenae en droit romain : De la clause pénale en droit français*, Paris, 1877.

G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, Université de Paris, 1965.

J. MOURY, *Le moyen de droit à travers les articles 12 et 16 du nouveau Code de procédure civile*, Paris, 1986.

J. PELLERIN, *Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre co-contractants*, Paris, 1977.

M. LEVENEUUR-AZEMAR, *Etude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 577, 2017.

M.S. AL JONDI, *Le juge et les clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle*, Paris, 1979.

Ph. DELEBECQUE, *Les clauses allégeant les obligations*, Université Aix-Marseille, 1981.

Y. GONTIER, *Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité*, Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille, 2005.

Y. MARJAULT, *Les obligations disjonctives : étude des obligations alternatives et facultatives*, Université du Maine, 2016.

DICTIONNAIRES

D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy / Puf, 2003.

G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 9ème éd., Puf, 2011.

M. DRUON et H. CARRERE D'ENCAUSSE (dir.), *Dictionnaire de l'Académie française*, t. 1, 2 et 3, 9ème éd., Imprimerie nationale / Fayard, 1992, 2005 et 2011.

ARTICLES, CHRONIQUES ET FASCICULES

A. DUMAS, « Les origine romaines de l'article 1150 du Code civil. (Histoire de l'interprétation de la l. un. C. J., 7, 47, de sententiis quae pro eo quod interest proferuntur) », in *Etudes d'Histoire juridique offertes à Paul Frédéric GIRARD,* T. II, Librairie Paul Geuthner, 1913, p. 96.

A. FLINIAUX, « L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Âge », in *Mélanges Paul Fournier*, Sirey, 1929, p. 234.

A. HAUTEBEYRIE, « La clause pénale et la caducité du contrat », *D.* 2011, p. 2179.

A. RIEG, « La lutte contre les clauses abusives des contrats (Esquisse comparative des solutions allemande et française) » in *Études offertes à René Rodière*, Dalloz, 1981, p. 240.

A. SOLAL, « La réforme de la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) et le contrat de crédit-bail », *AJPI* 1976, p. 6.

B. BOCCARA, « La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire », *JCP* 1976, 2742, n° 20.

B. BOUBLI, « La mort de la clause pénale ou le déclin du principe d'autonomie de la volonté », *Journal des notaires*, 1976, p. 945 et s.

B. JOMAIN, « La clause pénale et l'équilibre contractuel », in *Exigence sociale, jugement de valeur et responsabilité civile en droit français, allemand et anglais*, H-A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (dir.), Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1983, n° 7.

C. LOYER-LAHRER, « Le contrôle judiciaire des clauses pénales », *Rev. Jud. de l'Ouest*, 1982.

Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, chr. 145.

D. MAZEAUD, « Une clause résolutoire n'est pas acquise si elle a été mise en œuvre de mauvaise foi par le créancier », *D.* 1995 p. 230.

D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003/1, p. 295.

D. MAZEAUD, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *D.* 2016, p. 1628.

D. MAZEAUD, « Le sort des clauses limitatives de réparation en cas de résolution du contrat », *D.* 2018, p. 537.

E. ALFANDARI, « Le contrôle des clauses pénales par le juge », *JCP* 1971,1, 2397, n°1.

F. CHABAS, « Préface », in D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale,* LGDJ, 1992.

F. CHABAS, « La réforme de la clause pénale », *D.* 1976. chron. 229, p. 235.

F-J. PANSIER, « De la différence entre « clause nulle » et « clause réputée non écrite », *CSBP*, n°221, p. 205.

F. ZENATI, « Loi n° 85-1097 du 11 octobre 1985 », *Rev. trim. dr. civ*. 1986, p. 212.

G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Rev. int. dr. comp*., 1979, n° spécial, p. 447, n° 24.

G. PAISANT, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juill. 1975) », *RTD civ*. 1985.647, n° 75.

J. DEPREZ, « Les clauses pénales dans les relations de travail et leur révision par le juge », *Bull. soc. F. Lefebvre*, juill. 1985, p, 267 et s.

J. THILMANY, « Fonctions et révisabilité des clauses pénales en droit comparé », *Rev. int. dr. comp.,* 1980, p. 7.

H. NIAL, « Les clauses pénales dans les contrats de vente internationale », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 417.

H. MORTEMART DE BOISSE et E. RJGAL-ALEXANDRE, « Validité et mise en œuvre d'une clause pénale dans le secteur des communications électroniques », obs. sous Paris, 16 janv. 2015, *JCP E* 2015, 1206.

J. GHESTIN, « Le contrat en tant qu'échange économique », *Rev. d'éco. ind*., 2000, vol. 92, p. 81.

J. KNETSCH, « La survie des clauses limitatives de responsabilité à la résolution du contrat : le « pire des casse-tête » enfin résolu ? », *RDC* 2018, p. 196.

J.-L. EVADE, « La réduction des clauses pénales excessives », *Gaz. Pal.* 1976, 2e sem., p. 449.

J. MESTRE, « De la notion de clause pénale et de ses limites », *RTD civ*. 1985, p. 372.

J.-S. BORGHETTI, « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, p. 1158.

M. DEMOULIN & E. MONTERO, « La formation du contrat depuis le code civil de 1804 : un régime en mouvement sous une lettre figée » in P. WERY (dir.), *Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du code civil*, Paris, La Charte, 2004, p. 61.

M. FONTAINE, « Les clauses pénales dans les contrats internationaux », *RID comp*., 1982, p. 413.

M. MEKKI, « Le juge et les remèdes à l'inexécution du contrat », *RDC* 2016/2, p. 400.

M. SALUDEN, « L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale », *Gaz. Pal*. 1984, 1, Doc., p. 262 et s.

Ph. DELEBECQUE, *JCl. Resp. civ.*, fasc. 212.

Ph. DELEBECQUE, *JCl. civ.*, art, 1146 à 1155, fasc. 22, n°31 et 32.

P. HEBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *Mel. Maury*, 1960, p. 462 et s.

Ph. MALAURIE, « La révision judiciaire de la clause pénale », *Defrénois*, 1976, n°31075, p. 533.

Ph. MALINVAUD, « De l'application de l'article 1152 du code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, 1999, Dalloz-PUF-Litec, p. 689.

Ph. NECTOUX, « La révision judiciaire des clauses pénales. Bilan des premières années d'application de la loi du 9 juillet 1975 par l'informatique juridique », *JCP*. 1978.1.2913.

P. LEMAY, « Le sort de la "clause pénale" en nature dans le cadre d'une liquidation judiciaire », *D*. 2015, 2114, obs. sous Douai, 21 mai 2015.

P. LEMAY, « La clause pénale en nature », *RTD Com*., 2017, p. 801.

S. SANZ, « La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale », *RTD civ.* 1977, p. 268-271.

S. SOUAM, « Clause pénale et dommages-intérêts incitatifs. Une analyse économique », in *Droit et économie des mécanismes contractuels*, C. JAMIN (éd.), LGDJ, 2008, p. 127-140.

NOTES DE JURISPRUDENCE ET OBSERVATIONS

A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE

- note sous Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-17.779, *D*. 2012. 1719.

A. PIEDELIEVRE

- note sous Cass. com. 3 fév. 1982, *Gaz. Pal*. 1982, 2, n°231.

B. BOULOC

- obs. sur Cass. com., 3 déc. 1985, *Bull. civ.* V, n°289, p. 246, *RTD com*. 1987, p. 111.
- obs. sur Cass. com., 7 févr. 2018 n° 16-20.352, *RTD com*. 2018. 184.

B. FILLION-DUFOULE

- note sous Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, *Bull. civ*. I, n°347, *D*. 1996, p. 486.

B. FAGES

- obs. sur Cass. 1re civ., 18 oct. 2005, *RTD civ*. 2006, p. 107.
- obs. sur Cass. 3e civ., 13 nov. 2003, n° 01-12.646, *RTD civ*. 2004. 506.
- obs. sur Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-17.779, *RTD civ*. 2012. 527.

B. MALLET-BRICOUT

- obs. sur Cass. 3e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376, *D*. 2011. 441.

Ch. BOILLOT

- obs. sur Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ*. IV n°265, *RLDA* 2008, p. 37.

D. LANDRAUD

- obs. sur Cass. 1re civ., 24 juill. 1978, *D.* 1979.IR.151.
- obs. sur Cass. 3e civ., 17 juill. 1978, *JCP* 1978.IV.301, *D*. 1979.IR.151.

D. MAZEAUD

- obs. sur Cass. com., 12 janv. 1994, n° 91-19.540, *Bull. civ*. III, n° 5, *Defrénois* 1994, n° 65.
- obs. sur Cass. soc., 5 juin 1996, *Defrénois*, 1997,1, art. 36591, p. 737.
- note sous Cass. com., 7 févr. 2018 n° 16-20.352, *D*. 2018. 537.

E-M. BEY

- note sous TGI Nice, 19 juill. 1977, *Rev. jur. com*. 1978, p. 265.
- note sous Amiens, 2 juill. 1981, *Gaz. Pal*. 1981.2.610

F. CHABAS

- obs. sur Cass. 1re civ., 23 févr. 1982, *JCP* 1982.IV.169, *RTD civ*. 1982.603.

G. CORNU

- obs. sur Cass. 1re civ., 24 juill. 1978, *Rev. trim. dr. civ*. 1979, 150.
- obs. sur Cass. 3e civ, 26 avril 1978, *D*. 1978.349, *RTD civ*. 1978.672.
- obs. sur Douai, 2 juill. 1976, *RTD civ*. 1977, 338.

G. PAISANT

- obs. sur Cass. 1re civ., 16 janv. 1985, *JCP*. 1986.11.20661.
- note sous Cass. 1re civ., 14 mai 1991, n° 89-20999, *JCP G*, 1991, II, 21763.
- note sous Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, *Bull. civ*. I, n°347, *JCP G* 1996, II, 22580.
- note sous Cass. com., 2 oct. 1984, *JCP*. 1985.11.20433.

G. VINEY

- obs. sur Cass. com., 12 janv. 1994, n° 91-19.540, *Bull. civ*. III, n° 5, *JCP* 1994. I. 3809.
- obs. sur Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ*. IV n°265, *RDC* 2008, p. 287.

G. VIRASSAMY

- note sous Cass. 1re civ., 20 déc. 1988, *Bull. civ.* I, n°373, *JCP* 1989, II, 21354.

H. BARBIER

- obs. sur Cass. com., 7 févr. 2018 n° 16-20.352, *RTD civ*. 2018. 401.

J.-L. AUBERT

- obs. sur Cass. 1re civ., 27 févr. 1996, *Defrénois* 1996, 742.

J. DUPICHOT

- note sous Cass. com., 2 oct. 1984, *Gaz. Pal*. 1985.1. Som. 24.

J. GHESTIN

- note sous Cass. 1re civ., 14 mai 1991, n° 89-20999, *JCP G*, 1991, II, 21763.

J. HÉMARD

- obs. sur Cass. com., 3 déc. 1985, *Bull. civ.* V, n°289, p. 246, *RTD com*. 1987, p. 111.

J. MESTRE

- obs. sur Cass. 1re civ., 3 janv. 1985, *Bull. civ*. I, n°4, *Rev. trim. dr. civ*. 1985. 574.
- obs. sur Cass. 1re civ., 16 janv. 1985, *Rev. trim. dr. civ.* 1986, p. 103.
- obs. sur Cass. 1re civ., 14 mai 1991, n° 89-20999, *RTD Civ*., 1991, p. 526.
- obs. sur Cass. 1re civ., 27 févr. 1996, *RTD civ.* 1997, p. 119.
- obs. sur Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Bull. civ*. I, n°98, *RTD Civ*. 1999, 97.
- obs. sur Cass. 1re civ., 18 oct. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 107.
- obs. sur Cass. 3e civ., 20 juill. 1989, n°88-13856, *Bull. civ.* IV, n°172.
- obs. sur Cass. 3e civ., 13 nov. 2003, n° 01-12.646, *RTD civ*. 2004. 506.
- obs. sur Cass. com., 12 janv. 1994, n° 91-19.540, *Bull. civ*. III, n° 5 ; *RTD civ*. 1994. 605.
- obs. sur Versailles, 19 oct. 1989, *D.* 1989, IR p. 301.

J.-S. BORGHETTI

- obs. sur Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n°07-14556, *RDC* 2008, p. 1058.

L. LEVENEUR

- obs. sur Cass. 1re civ., 14 mai 1991, n° 89-20999, *CCC*, 1991, n° 160, p. 3.
- obs. sur Cass. 1re civ., 27 févr. 1996, *CCC*, 1996, n° 94.
- obs. sur Cass. com., 11 fév. 1997, *RJDA* 1997, n° 610, *CCC*. 1997, n° 75.

L.-M. AUGAGNEUR

- obs. sur Cass. com., 7 févr. 2018 n° 16-20.352, *AJ Contrat* 2018. 130.

M. FABRE-MAGNAN

- note sous Cass. 1re civ, 24 fév. 1993, *JCP G* 1997, I, 4002**.**

M. VASSEUR

- obs. sur Cass. com., 18 déc. 1978, *Bull. civ*. IV, n°313, *D*. 1980.IR.12.
- obs. sur Cass. ch. mixte, 20 janv. 1978, *D*. 1978.349, *D*. 1978.IR.229.

Ph. DELEBECQUE

- obs. sur Cass. 1re civ., 1er oct. 1995, *D*. 1996, som. com. p. 116.
- obs. sur Cass. com., 11 fév. 1997, *RJDA* 1997, *Defrénois* 1997.740.

P. GROSSER

- obs. sur Cass. com., 5 oct. 2010, n° 08-11.630, *JCP* 2011, n° 3, p. 63.

P. JOURDAIN

- obs. sur Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ*. IV n°265, *RTD civ*. 2008, p. 310.

P. LEMAY

- note sous Douai, 21 mai 2015, n° 14/06130, *D*. 2015. 2114.

R. SCHWARTZ

- note sous T. confl., 16 oct. 2006, *Caisse centrale de réassurance (CCR)*, *BJCP* 2006, n°49, p. 419.

T. GENICON

- obs. sur Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703, *RDC* 2017/4.

T. REVET

- obs. sur Cass. 3e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376, *RTD civ*. 2011. 373.

X. AGOSTI- NELLI

- note sous Cass. 1re civ, 24 fév. 1993, *D*. 1994, Juris, p. 11, n° 28.

X. DELPECH

- obs. sur Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ*. IV n°265, D. 2008, p. 154.

Y.-M. LAITHIER.

- obs. sur Cass. 3e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376, *RDC* 2011/3. 817.

LISTE DES ARRÊTS, JUGEMENTS ET DÉCISIONS

TRIBUNAL DES CONFLITS

T. confl., 16 oct. 2006, *Caisse centrale de réassurance (CCR)*, concl. J.-H. STAHL, *BJCP* 2006, n°49, p. 419, note R. SCHWARTZ.

COUR DE CASSATION

Cass. 1re civ., 29 nov. 1961, *Bull. civ*. I, n°563, p. 448.

Cass. 1re civ., 29 mars 1965, *Bull. civ. I*, n° 225, p. 167.

Cass. 1re civ., 22 fév. 1977, *Gaz. Pal*. 1977.1. Som. p. 140.

Cass. 1re civ., 10 mai 1978, *JCP* 1978.IV.212.

Cass. 1re civ., 27 juin 1978, n° 76-10.145, *Bull. civ*. I, n°241, p. 191.

Cass. 1re civ., 24 juill. 1978, *Rev. trim. dr. civ*. 1979, 150, obs. G. CORNU ; *D*. 1979.inf.rap.151, obs. D. LANDRAUD.

Cass. 1re civ., 3 mai 1979, *JCP* 1979, IV, p. 220.

Cass. 1re civ., 19 mars 1980, *Bull. civ*. I, n°95.

Cass. 1re civ., 23 févr. 1982, *JCP* 1982.IV.169, *RTD civ*. 1982.603, obs. F. CHABAS ;

Cass. 1re civ., 3 janv. 1985, *Bull. civ*. I, n°4, *Rev. trim. dr. civ*. 1985. 574, obs. J. MESTRE.

Cass. 1re civ., 16 janv. 1985, *Rev. trim. dr. civ.* 1986, p. 103 et s. obs. J. MESTRE ; *JCP*. 1986.11.20661, obs. G. PAISANT.

Cass. 1re civ. 9 déc. 1986, *Bull. civ*. I, n°284.

Cass. com., 27 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n°190.

Cass. 1re civ., 14 mai 1991, n° 89-20999, *JCP G*, 1991, II, 21763, note G. PAISANT ; *D.* 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; *RTD Civ.*, 1991, p. 526, obs. J. MESTRE ; *CCC*, 1991, n° 160, p. 3. obs. L. LEVENEUR.

Cass. 1re civ., 7 oct. 1992, *JCP* 1992.IV.2988.

Cass. 1re civ., 3 janv. 1995, *Bull. civ.* I, n°4.

Cass. 1re civ., 1er oct. 1995, *D.* 1996, som. com. p. 116, obs. Ph. DELEBECQUE.

Cass. 1re civ., 10 oct. 1995, *Bull. civ.* I, n°347, *D.* 1996, p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR, *JCP G* 1996, II, 22580, note G. PAISANT.

Cass. 1re civ., 27 févr. 1996, *Cont. concur, consom.* 1996, n°94, obs. L. LEVENEUR, *Defrénois* 1996, 742, obs. J.-L. AUBERT, *RTD civ.* 1997, p. 119, obs. J. MESTRE.

Cass. 1re civ., 12 oct. 1996, *Bull. civ.* I, n°366.

Cass. 1re civ., 10 mars 1998, *Bull. civ.* I, n°98 ; *RTD Civ.* 1999, 97, obs. J. MESTRE

Cass. 1re civ., 18 oct. 2005, *RTD civ.* 2006, p. 107, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

Cass. 1re civ., 19 juin 2008, n°07-14556, *RDC* 2008, p. 1058, obs. J.-S. BORGHETTI.

Cass. 1re civ., 3 nov. 2016, n°15-23.234.

Cass. 1re civ., 17 janv. 2018, n°16-26.099.

Cass. 1re civ., 13 mars 2019, n° 17-23169.

Cass. 3e civ, 26 avril 1978, *D.* 1978.349, *RTD civ.* 1978.672, obs. G. CORNU.

Cass. 3e civ., 17 juill. 1978, *JCP* 1978.IV.301, *D.* 1979.IR.151, obs. D. LANDRAUD.

Cass. 3e civ., 6 nov. 1986, *Bull. civ.* III, n° 150, p. 116.

Cass. 3e civ., 20 juill. 1989, n°88-13856, *Bull. civ.* IV, n°172, obs. J. MESTRE, *RTD civ.*, 1990.

Cass. 3e civ., 6 janv. 1993, n° 89-16.011, *Liaisons jur. et fisc.* 1993, n° 667, p. 1, obs. DIMONT.

Cass. 3e civ., 13 nov. 2003, n° 01-12.646, *RTD civ.* 2004. 506, obs. J. MESTRE et B. FAGES

Cass. 3e civ., 15 févr. 2005, n° 04-11.223.

Cass. 3e civ., 23 mai 2008, n°06-15486.

Cass. 3e civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376, *D.* 2011. 441 ; *ibid.* 2298, obs. B. MALLET-BRICOUT et N. REBOUL-MAUPIN ; *RTD civ.* 2011. 373, obs. T. REVET ; *RDC* 2011/3. 817, obs. Y.-M. LAITHIER.

Cass. 3e civ., 27 juin 2019, n°17-28.872.

Cass. com., 28 mai 1952, *Bull. Transports* 1952, p. 939 ; 4 mai 1959, *Bull. Transports* 1959, p. 201.

Cass. com., 5 mars 1974, *Bull. civ.* IV, n°78.

Cass. com., 31 janv. 1978, *Bull. civ.* IV, n°44, 1978.

Cass. com., 22 mai 1978, *Gaz. Pal*. 1978.2. Pan. p. 373.

Cass. com., 18 déc. 1978, *Bull. civ*. IV, n°313, *D*. 1980.IR.12, obs. M. VASSEUR.

Cass. com., 23 janv. 1979, *JCP* 1979, IV, n°106.

Cass. com., 9 juin 1980, *Bull. civ*. IV, n°245.

Cass. com., 25 mai 1981, *JCP* 1981.IV.286.

Cass. com. 3 fév. 1982, *Gaz. Pal*. 1982, 2, n°231, note A. PIEDELIEVRE.

Cass. com., 12 oct. 1983, *JCP* 1983, IV, p. 350.

Cass. com., 28 juin 1983, *JCP*. 1983.IV.287.

Cass. com., 20 juill. 1983, *Bull. civ*. IV, n°230, *D*. 1984. 422, note J-L. AUBERT.

Cass. com., 24 nov. 1983, *Bull. civ.* IV, n°322, p. 279.

Cass. com., 29 nov. 1983, *JCP* 1984, IV, p. 48.

Cass. com., 2 oct. 1984, *Gaz. Pal*. 1985.1. Som. 24 et note J. DUPICHOT ; *JCP*. 1985.11.20433, obs. G. PAISANT.

Cass. com., 9 oct. 1984, *JCP* 1984, IV, p. 344.

Cass. com., 3 déc. 1985, *Bull. civ.* V, n°289, p. 246 ; *RTD com*. 1987, p. 111, obs. J. HÉMARD et B. BOULOC.

Cass. com., 8 juill. 1986, *JCP*. 1986, IV, n°275.

Cass. 1re civ., 20 déc. 1988, *Bull. civ.* I, n°373, *JCP* 1989, II, 21354, note G. VIRASSAMY.

Cass, com., 27 mars 1990 : *D*. 1990, 390.

Cass. com., 10 juill. 1990, n° 89-12.804, *Bull. civ*. IV, n° 204.

Cass. com., 29 janv. 1991, *Bull. civ.* IV, n°43 ; 26 févr. 1991, *Bull. civ.* n°91.

Cass. com., 14 avr. 1992, *Bull. civ.* IV, n°166.

Cass. com., 12 janv. 1994, n° 91-19.540, *Bull. civ*. III, n° 5 ; *RTD civ*. 1994. 605, obs. J. MESTRE ; *Defrenois* 1994, n° 65, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1994. I. 3809, n° 18, obs. G. VINEY.

Cass. com., 5 juill. 1994, *Bull. civ.* IV, n°253.

Cass. com., 20 févr. 1996, *Bull. civ.* IV, n°60.

Cass. com., 11 fév. 1997, *RJDA* 1997, n° 610, *CCC*. 1997, n° 75, obs. L. LEVENEUR, *Defrénois* 1997.740, obs. Ph. DELEBECQUE.
Cass. com., 18 déc. 2007, *Bull. civ*. IV n°265, D. 2008, p. 154, obs. X. DELPECH, *RTD civ*. 2008, p. 310, obs. P. JOURDAIN, *RLDA* 2008, p. 37, note Ch. BOILLOT, *RDC* 2008, p. 287 note G. VINEY.
Cass. com., 5 oct. 2010, n° 08-11.630, *JCP* 2011, n° 3, p. 63, obs. P. GROSSER.
Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-16.660.
Cass. com., 3 mai 2012, n° 11-17.779, *D*. 2012. 1719, note A. ETIENNEY-DE SAINTE MARIE ; *RTD civ*. 2012. 527, obs. B. FAGES.
Cass. com., 20 mai 2012, *Bull. civ*. IV, n° 86.
Cass. com., 18 juin 2013, *Bull. civ*. IV, n° 104.
Cass. com., 12 juill. 2017, n° 15-27.703, *RDC* 2017/4, obs. T. GENICON.
Cass. com., 7 févr. 2018 n° 16-20.352, *D*. 2018. 537, note D. MAZEAUD, et 1336, chron. F. JOLLEC ; *AJ Contrat* 2018. 130, obs. L.-M. AUGAGNEUR ; *RTD civ*. 2018. 401, obs. H. BARBIER ; *RTD com*. 2018. 184, obs. B. BOULOC.
Cass. soc., 24 mai 1978, *JCP* 1978, IV, p. 227.
Cass. soc., 11 déc. 1991 : *RJDA* 1992, n° 322.
Cass. soc., 5 juin 1996, *Defrénois*, 1997,1, art. 36591, p. 737, obs. D. MAZEAUD.
Cass. ch. mixte, 20 janv. 1978, *D*. 1978.349, *D*. 1978.IR.229, obs. M. VASSEUR.
Cass. ch. mixte, 22 avr. 2005, n°02-18.326.

TRIBUNAUX DE PREMIERE INSTANCE

TGI Nice, 19 juill. 1977, *Rev. jur. com*. 1978, p. 265, note E-M. BEY.

COURS D'APPEL

Amiens, 23 nov. 1976, *JCP*, 1977, 11, 18567.
Amiens, 2 juill. 1981, *Gaz. Pal*. 1981.2.610, note E-M. BEY ;
Douai, 2 juill. 1976, *RTD civ*. 1977, 338, obs. G. CORNU.
Douai, 21 mai 2015, n° 14/06130, *D*. 2015. 2114, note P. LEMAY.

Lyon, 27 janv. 1976, *JCP* 1976, IV, p. 331.

Paris, 14 avr. 1980, *Bull. Transports* 1980, p. 500.

Paris, 12 juill. 1983 : *D.* 1983.

Toulouse, 30 janv. 1978, *Gaz. Pal*. 1978, 2, Som. 308.

Versailles, 19 oct. 1989, *D.* 1989, IR p. 301, obs. J. MESTRE, *RTD civ.* 1990, p. 711.

TABLE DES MATIÈRES

Les nombres renvoient aux numéros des pages.

SOMMAIRE **6**

PRINCIPALES ABREVIATIONS **7**

INTRODUCTION **9**

PARTIE 1 – LE CONSTAT DE L'ASSIMILATION DE L'INDEMNITE CONVENTIONNELLE A LA PENALITE **34**

TITRE 1 – L'INDEMNITE CONVENTIONNELLE FORFAITAIRE POUR SUJET (AL. 1) 34

Chapitre 1 – La restriction aux seules anticipations indemnitaires forfaitaires et monétaires *35*

Section 1 – « une certaine somme » nécessairement forfaitaire 35

§1. L'artifice de la distinction entre le forfait et la pénalité 37

§2. La possible assimilation du forfait et du plafond 41

A. Le plafond : un forfait déguisé 42

B. La pénalité plafonnée 45

C. La pénalité dérisoire 48

Section 2 – « une certaine somme » nécessairement monétaire 53

§1. La multiplicité des interprétations 54

§2. La nécessaire interprétation pécuniaire et monétaire 56

Chapitre 2 – Le silence quant aux modalités du forfait *64*

Section 1 - Les multiples modalités du forfait 65

§1. La modalité évidente : le forfait 65

A. Le forfait compensatoire : l'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts 66

B. Le forfait punitif : la peine 67

§2. Les modalités limites : le moratoire et le plafond 70

A. L'audace passée des juges : la révision des clauses pénales moratoires 70

B. L'audace future des juges : la révision des clauses limitatives de réparation 72

Section 2 – La diversité des adaptations judiciaires du forfait 80

§1. Une adaptation judiciaire du forfait orientée par la fonction punitive 80

A. Une révision orientée par le respect de la force obligatoire du contrat 80

B. La libre méthode de révision 83

§2. Une adaptation judiciaire fondée sur le préjudice subi 86

A. La révision comme pouvoir dérogatoire au principe d'équivalence 87

B. La révision comme outil de réduction des écarts manifestement excessifs 90

TITRE 2 – LA PENALITE POUR SYNONYME (AL. 2) 95

Chapitre 1 – Une assimilation fluctuante avant le droit moderne *96*

Section 1 - La peine avant 1804 : fluctuation de la nature réparatrice 96

§1. En droit romain : une peine privée 97
§2. En ancien droit : une indemnisation révisable 99
A. Le rôle des canonistes au Moyen Âge 99
B. Le rôle des jurisconsultes à l'époque moderne 102
Section 2 - La peine après 1804 : le déclin de la nature réparatrice 105
§1. Les travaux préparatoires : esquisse d'une nature ambivalente 106
§2. Le Code civil : consécration d'une nature monovalente 108
Chapitre 2 – Une assimilation grandissante après le droit moderne 113
Section 1 – Le paradigme d'un déclin de caractère punitif 113
§1. Le contexte large : l'émergence de la notion de déséquilibre contractuel 114
§2. Le contexte étroit : les réformes législatives successives 119
A. Le déclin de la force obligatoire de la clause pénale 120
B. Le déclin du caractère comminatoire de la clause pénale 123
Section 2 – Le renouveau du caractère indemnitaire 125
§1. L'analyse macro : les grands mouvements du Code 126
§2. L'analyse micro : les changements dans l'article 129

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE 140

PARTIE 2 – LES CONSEQUENCES DE LA SYNONYMIE ENTRE L'INDEMNITE CONVENTIONNELLE ET LA PENALITE 145

TITRE 1 – LA REVISION DE TOUTE CLAUSE D'INDEMNISATION FORFAITAIRE DEMESUREE 145
Chapitre 1 – Les germes de l'unification avant la réforme 146
Section 1. L'intention semblable des contractants 146
§1. L'unité intentionnelle des clauses d'indemnisation forfaitaire en théorie 147
§2. L'unité intentionnelle des clauses d'indemnisation forfaitaire en pratique 155
Section 2 – Le rapport semblable des clauses au contrat 160
§1. L'autonomie au-delà du contrat : un caractère partagé 160
A. L'autonomie formelle 161
B. L'autonomie fondamentale 164
a. L'autonomie pendant le contrat 165
b. L'autonomie après le contrat 169
1. La survie de la clause en cas de résolution du contrat 170
2. La survie de la clause en cas de nullité et caducité du contrat 175
§2. La dépendance vis-à-vis du contrat : un lien analogue 181
A. L'influence sur l'exécution de l'obligation principale 181
a. La contrainte : diversité d'influence sur l'exécution de l'obligation 182
b. La contrainte : unité d'influence sur l'exécution de l'obligation 185
B. L'accessoire de l'obligation principale 188
a. La situation du créancier : le choix possible de la sanction 189
b. La situation du débiteur : la contrainte 191
Chapitre 2 – L'aboutissement de l'unification après la réforme 197
Section 1 – La qualification : une difficulté atténuée 197
§1. La résolution des difficultés de qualification 198
A. Les difficultés de différenciation des clauses 198
B. La résolution des difficultés 202

§2. La résolution des difficultés d'appréhension des clauses indemnitaires 209
A. Les cocontractants : un rapport de force rééquilibré 209
B. Le juge : une fonction judiciaire réessentialisée 212
Section 2 – La révision judiciaire : une ampleur décuplée 214
§1. La révision à la baisse : un acquis renforcé 215
A. L'extension du champ d'action 215
B. Une méthode clarifiée 217
§2. La révision à la hausse : un pouvoir nouveau 219
A. Les nouvelles conditions d'une possible révision 219
B. Les fondements d'une nouvelle méthode de révision 222

TITRE 2 - LES LIMITES DU TRAITEMENT UNIFIE DES CLAUSES INDEMNITAIRES DEMESUREES . 231
Chapitre 1 – La force obligatoire des clauses indemnitaires : une menace relative 232
Section 1 – L'utilité menacée de la clause limitative de réparation 232
§1. Une nouvelle atteinte portée à la clause limitative de réparation 233
§2. Le maintien d'une certaine utilité 235
Section 2 – L'existence menacée de la clause pénale 239
§1. La disparition de l'assise textuelle 239
§2. Le risque de relativisation des fonctions essentielles 243
Chapitre 2 – Le traitement unifié des clauses indemnitaires démesurées : une utilité limitée 248
Section 1 – Une utilité limitée pour les juges 249
§1. La qualification juridique : un effort toujours nécessaire 249
A. L'application de la révision orientée par la qualification 250
B. L'applicabilité de la révision suspendue à la qualification 252
§2. La multiplication des sanctions judiciaires : un arbitrage complexifié 255
A. La multiplication des sanctions judiciaires des clauses indemnitaires démesurées 255
B. Le difficile arbitrage entre les sanctions 265
Section 2 – Une utilité limitée pour les cocontractants 271
§1. L'imprévisibilité contractuelle : une insécurité économique 271
A. L'élargissement de l'insécurité économique 272
B. Le retour au contrat incité par l'insécurité 274
§2. La technique contractuelle : un outil d'évitement 276
A. L'évitement par la clause indemnitaire 277
B. L'évitement au-delà de la clause indemnitaire 280

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE 287

CONCLUSION GENERALE 291

BIBLIOGRAPHIE 299

TABLE DES MATIÈRES 314

Résumé en français :

La révision des clauses d'indemnisation forfaitaire. Etude sur l'article 1231-5 du Code civil.
Le nouvel article 1231-5 du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations de 2016 chamboule l'interprétation traditionnelle de l'ancien article 1152 du Code civil. Les anciens articles 1226 et suivants sont purement et simplement supprimés, la notion de « clause pénale » ne figure plus dans le Code civil, le terme de « peine » figurant au second alinéa de l'ancien article 1152 est remplacé par celui de « pénalité ». La « pénalité » ressort désormais comme un strict synonyme de la « certaine somme à titre de dommage et intérêts ». En conséquence, le juge peut réviser toute clause d'indemnisation forfaitaire dès lors qu'elle stipule un forfait d'indemnisation manifestement excessif ou dérisoire. Ainsi, le juge peut connaître tout à la fois des clauses pénales, des clauses d'indemnisation forfaitaire et des clauses limitatives de réparation. En effet, un plafond d'indemnisation n'est jamais qu'un forfait en toute hypothèse où il est manifestement dérisoire par rapport au préjudice subi. Les clauses indemnitaires et forfaitaires démesurées voient donc leur traitement unifié au visa de l'article 1231-5 du Code civil. Ce résultat aboutit un mouvement repérable depuis longtemps dans l'histoire du droit et dans ses évolutions récentes. Les clauses pénales, les clauses d'indemnisation forfaitaire et les clauses limitatives de réparation partagent une communauté de mécanismes et d'intentions et gagnent donc à être comprises comme des déclinaisons d'une seule et même notion. Par l'unification de traitement de ces clauses, une utile réponse judiciaire commune et cohérente est apportée. Le juge voit ainsi son pouvoir de révision renforcé et les cocontractants leur volonté davantage respectée.

Titre et résumé en anglais :

Revision of lump sum payment clauses. Study of article 1231-5 of the French Civil Code.
The new article 1231-5 of the Civil Code, resulting from the 2016 reform of the law of obligations, turns the traditional interpretation of former article 1152 of the Civil Code on its head. The former articles 1226 et seq. have been purely and simply deleted, the notion of "penalty clause" no longer appears in the Civil Code, and the term "peine" appearing in the second paragraph of the former article 1152 has been replaced by "pénalité". "Pénalité" is now strictly synonymous with " a certain sum as damages ". As a result, the judge can revise any lump-sum payment clause if it stipulates a compensation package that is manifestly excessive or derisory. This means that the judge can review penalty clauses, lump-sum payment clauses and limitation of liability clause. Indeed, a compensation ceiling is never more than a lump sum, in any case where it is manifestly derisory in relation to the loss suffered. The treatment of compensation clauses and disproportionate lump-sum clauses has therefore been unified under article 1231-5 of the French Civil Code. The result is the culmination of a trend that has long been evident in the history of the law and in recent developments. Penalty clauses, lump-sum payment clauses and limitation of liability clauses all share a common mechanism and intention, and are therefore best understood as variations on a single concept. By unifying the treatment of these clauses, a useful common and coherent judicial response is provided. The judge's power of review is thus strengthened, and the co-contracting parties' will is better respected.

Discipline : Droit privé et Sciences criminelles

Mots-clés : Révision judiciaire – Clause pénale – Clause d'indemnisation forfaitaire – Réforme du droit des contrats – Droit des contrats

Intitulé et adresse de la Faculté ou du Laboratoire :
Université de Montpellier – UFR Droit – Cendre du Droit de l'Entreprise (EA 712). 39 rue de l'Université, 34 000 MONTPELLIER, Cedex 2