L'efficacité De L'astreinte Et De La Clause Pénale Dans Le Contentieux Contractuel: Mythe Ou Réalité?

Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law Journal of Law

Dr. Osman Mourad khalak
Professeur assistant-Faculté du Droit
Université du Roi Faisal
E-mail: osmankhalak@yahoo.fr

*Received on: 20\1\2018
*Accepted on: 23\4\2018

L'efficacité De L'astreinte Et De La Clause Pénale Dans Le Contentieux Contractuel: Mythe Ou Réalité?

Dr. Osman Mourad khalak
Professeur Assistant - Faculté du Droit
Université du Roi Faisal

Résumé

Le débiteur doit, en principe, exécuter volontairement son obligation contractuelle. Mais, s'il refuse illégitimement d'exécuter son obligation, il existe en droit français des moyens visant à porter atteinte au portefeuille du débiteur en lui infligeant des sanctions tellement importantes qu'il s'exposera a un préjudice considérable. Dans ce sens, l'astreinte et la clause pénale sont des mesures de pression qui représentent des menaces pécuniaires sur le patrimoine du débiteur qui tente de s'échapper à ses obligations. Ces mesures peuvent être, soit prononcées par la justice, accessoirement à une condamnation principale, soit prévues par les parties, afin de forcer le débiteur défaillent ou de mauvaise foi à exécuter volontairement son obligation. L'astreinte ainsi que la clause pénale sont des moyens incitatifs destinés à faire pression sur le débiteur afin de l'obliger à exécuter son obligation.

Keywords: Astreinte judiciaire, Clause d'astreinte, Clause pénale, Créancier, Débiteur.

Effectiveness of the Penalty Payment and the Penalty Clause in the Contractual Contentious; Myth or Reality?

Dr. Osman Mourad Khalak
Assistant Professor - Faculty of Law
King Faisal University

Abstract

The debtor must, in principle, voluntarily fulfill his contractual obligation. But, if he refuses illegitimately to execute his obligation, there exists in French law ways and means to strike a blow at the debtor's wallet by inflicting so great penalties on him that he will expose himself to considerable prejudice. In this sense, the penalty payment and the penalty clause are pressure tactics that represent pecuniary threats to the assets of the debtor who is trying to escape his obligations. These measures may be pronounced by the justice, secondarily to a main conviction, or provided for by the parties, in order to force the debtor to default or in bad faith to voluntarily perform his obligation. The penalty payment and the penalty clause are incentives to pressure the debtor to compel him to execute his obligation.

Keywords: Penalty payment, Payment clause, Penalty clause, Creditor, Deptor.

Introduction

Bien que l'exécution forcée constitue l'objet unique des voies d'exécution, l'exécution volontaire reste sa finalité profonde. L'on ne s'étonnera donc pas de l'existence en droit français de techniques visant à porter atteinte aux intérêts patrimoniaux du débiteur en lui infligeant des pénalités tellement importantes qu'il s'exposera à un préjudice considérable s'il s'obstine dans son refus illégitime d'accomplir la prestation promise au créancier. Dans ce sens, l'astreinte et la clause pénale ne sont rien d'autre que des mesures d'intimidation. Selon la jolie formule du doyen Carbonnier, « on frappe le portefeuille pour contraindre la volonté»[1]. Plus techniquement, il s'agit des menaces pécuniaires sur le patrimoine du débiteur qui tente de s'échapper à ses obligations. Ces mesures peuvent être, soit prononcées par le juge, accessoirement à une condamnation principale, soit prévues par les parties, afin de contraindre le débiteur récalcitrant à exécuter volontairement son obligation. L'astreinte ainsi que la clause pénale, font indéniablement parties de ces moyens incitatifs destinés à faire pression sur le débiteur pour qu'il exécute lui-même ce à quoi il s'est engagé contractuellement.

Le débiteur doit, en principe, exécuter volontairement ses obligations contractuelles sans même être menacé par une sanction légale ou judiciaire qui pourrait le forcer à le faire. Toutefois, si le débiteur ne choisit pas l'exécution volontaire de son obligation, le créancier peut le contraindre à exécuter son obligation en ayant recours à des moyens dissuasifs qui appartiennent aux techniques « des moyens de pression privée»[2]. Ces moyens peuvent être variés pour forcer le débiteur à s'exécuter. Certaines font peser sur le débiteur une menace pécuniaire en cas d'inexécution, c'est le cas de la clause pénale[3], de l'astreinte et de la clause de dédit[4]. D'autres menacent ce même débiteur

1. J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, Les obligations, v. II, 1re éd, Guadriage, 2004, p. 1918. 168.

2. Ph. Gerbay, Moyens de pressions privés et exécution du contrat, thèse université de Dijon : SRT, Grenoble, 1976.

3. Article 1231-5 du Code civil prévoit que :"Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages et intérêts….".

4. La clause de dédit est une clause par laquelle l'une des parties, ou toutes les parties, peuvent user d'un droit de sortie, moyennant une indemnité forfaitaire ou proportionnelle à l'objet du contrat.... Toutefois, l'exercice de ce droit revêt un caractère onéreux et oblige celui qui l'exerce au paiement du dédit stipulé.

d'anéantir systématiquement le contrat, c'est le cas de la clause résolutoire[5]. Seules seront traitées, dans le cadre de cette étude, l'astreinte et la clause pénale donnant au créancier de l'obligation le pouvoir d'obliger le débiteur à exécuter ses obligations contractuelles.

La singularité de l'astreinte se mesure à l'aune de la procédure à double détente qu'elle implique. Tout commence avec la menace du juge qui prononce l'astreinte en indiquant la somme importante que le débiteur s'expose à payer s'il n'exécute pas la décision de justice visée dans le délai déterminé. Mais si le débiteur refuse toujours, le juge peut intervenir à nouveau pour liquider l'astreinte et en fixer le montant définitif. Et la mise en garde de se transformer en une créance certaine, liquide et exigible. L'on voit ainsi que les caractères de ce mécanisme singulier font de l'astreinte une institution qui n'est réductible à aucune autre.

L'étude des moyens de pression pesant sur le débiteur défaillant est d'une importance significative suite au développement des relations contractuelles, couplé avec l'évolution rapide des moyens de communication qui a conduit à l'accroissement des échanges contractuels entre les cocontractants. Ainsi, le besoin d'opter pour des clauses qui s'adaptent à la nature des différends contractuels est apparu nécessaire pour les régler rapidement tout en respectant les droits des parties au conflit. Notre étude intervient aussi afin de démontrer l'importance de l'astreinte et de la clause pénale en tant que moyens dissuasifs à l'encontre du débiteur défaillant. Ce qui explique les avantages de recourir à ces instruments afin de protéger le créancier face à un débiteur de mauvaise foi ou qui ne veut pas s'exécuter.

Pour traiter au mieux ce sujet, il convient de s'interroger de la manière suivante: L'astreinte et la clause pénale sont-elles bien efficaces en tant que moyens dissuasifs face à un débiteur défaillant ou de mauvaise foi ? Peuvent-elles être perturbées par l'insolvabilité de ce dernier ?

Notre recherche consiste réellement à traiter l'astreinte et la clause pénale en tant que moyens de pression dans l'exécution des contrats. Et, surtout, que le nouvel article 1231-5 du Code civil a simplifié et synthétisé les anciens articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales. De plus, l'ordonnance n'a pas retenu les articles 1227, 1228 et 1229 alinéa 2, car le

5. Article 1224 du Code civil dispose que :" La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice".

législateur français a jugé qu'il est inutile de les prévoir à nouveau. Ce qui nous mène à aborder le régime de ces deux moyens en droit français tout en montrant leur rôle dissuasif dans le contentieux contractuel, et présentant à la fois leurs aspects similaires et différents.

Nous allons exposer successivement, dans un premier temps, le régime juridique de l'astreinte et de la clause pénale (I). Et, dans un second temps, nous allons tenter de comparer ces deux moyens tout en essayant de mettre en exergue leur rôle dissuasif face à l'inexécution du débiteur de son obligation, ainsi que leur efficacité en faveur du créancier (II).

I – Régime juridique de l'astreinte et de la clause pénale ; Mesures de pression face au débiteur défaillant

Le législateur français a organisé des modalités d'exécution diversifiées, afin que l'exécution forcée constitue le dernier recours. Le créancier se trouve parfois obligé de faire recours aux instruments juridiques qui peuvent faire pression sur le débiteur pour qu'il exécute son obligation. Il en est ainsi de l'astreinte judiciaire prononcée par le juge et qui peut être provisoire ou définitive. Certains moyens de pression relèvent de la technique contractuelle. Parmi ces moyens la clause dite « l'astreinte conventionnelle » et la clause pénale. Ce sont des clauses contractuelles par lesquelles les parties évaluent forfaitairement et préalablement l'indemnité à laquelle donnera lieu à l'inexécution de l'obligation contractée. Elles sont la compensation des dommages subis par le créancier suite à l'inexécution de l'obligation principale du débiteur[6].

Faute de recouvrement à l'amiable, le créancier dispose des moyens de contrainte à l'encontre du débiteur défaillant. Parmi ces moyens, différents types d'astreinte peuvent être envisagés afin de garantir l'exécution du débiteur de son obligation (A). Les parties peuvent également prévoir une clause dite « clause pénale» afin de forcer le débiteur à s'exécuter (B).

A – Astreinte pouvant être judiciaire ou conventionnelle

L'astreinte est une condamnation pécuniaire et elle peut être, soit prononcée par le juge afin de faire pression sur le débiteur pour qu'il exécute

6. V. anciens articles 1226 et 1229 du Code civil. Cependant, l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, n'a pas conservé la définition de la clause pénale des anciens articles 1226 et 1229, al. 1er, jugés « inutiles ».

les condamnations prononcées contre lui (1), soit prévue par les parties lors de la conclusion du contrat afin de préserver les droits du créancier face à un débiteur défaillant (2).

1) Portée de la décision de justice prononçant l'astreinte

Avant d'aborder la nature juridique de l'astreinte judiciaire (b), nous devons mettre en exergue, la source de cette dernière comme étant prononcée par une décision de justice forçant le débiteur défaillant à exécuter son obligation (a).

a. Astreinte judiciaire prononcée par la justice accessoirement à une condamnation principale

L'astreinte n'a jamais bénéficié d'une prestation législative complète et cohérente[7]. Cependant, le Code de procédures civiles d'exécution, a délibérément inclut l'astreinte dans le champ de la prévention des difficultés d'exécution, et il ne l'a pas placée au rang des mesures d'exécution forcée[8]. L'astreinte se rapproche davantage des mesures conservatoires, elles aussi organisées en deux temps, et utilisées bien souvent comme menace plutôt que pour leur phase exécutoire[9].

Conformément à l'article L. 131-1 du code de procédures civiles d'exécution : «tout juge peut ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision». Il en résulte que l'astreinte peut être prononcée par toutes les juridictions de l'ordre judiciaire au premier degré comme au second degré. Dans son arrêt en date du 17 février 1976[10], la Cour de cassation définit l'astreinte comme «une mesure destinée à vaincre la résistance opposée à l'exécution d'une condamnation». Ce n'est pas une véritable voie d'exécution mais un moyen de pression consistant dans la condamnation du débiteur à payer une somme d'argent dont le montant augmente selon une périodicité fixée par le juge jusqu'à l'exécution des obligations mises à la charge de ce dernier.

Cela signifie que l'astreinte ne peut être que l'accessoire à la condamnation principale qu'elle assortit[11], à condition que le jugement rendu soit

7. Sur les aspects historiques, v. chron. R. Perrot, Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr. 801.

8. V. arts. L. 221 s du code de procédures civiles d'exécution.

9. Sous la direction de S. Guinchard et de T. Moussa, « Droit et pratique des voies d'exécution », Dalloz, Paris, 2016, p. 394.

10. Cass., civ. 3e, 17 février 1976, Bull. civ. III, n° 110.

11.Quel qu'en soit l'objet ; paiement d'une somme d'argent ou exécution d'une obligation de faire ou

exécutoire[12]. Seules les décisions des juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif, lorsqu'elles ont une force exécutoire, peuvent être assorties d'une astreinte, et non pas les autres titres exécutoires, non plus que les obligations qui n'ont été consacrées par aucun jugement[13]. Si la décision qui ordonne l'astreinte est rétroactivement anéantie, cela entrainera, de plein droit, pour perte de fondement juridique, l'anéantissement de la décision prise au titre de la liquidation de l'astreinte, fut-elle passée en force de chose jugée et donnera lieu, éventuellement, à restitution[14].

Par ailleurs, on peut distinguer deux types d'astreinte judiciaire[15] ; l'astreinte provisoire qui est celle dont le juge se réserve la possibilité d'en réviser le montant lors de sa liquidation, soit en hausse, soit en baisse par rapport au chiffre initialement prévu. Autrement dit, l'astreinte ne présente alors qu'un caractère provisoire, et cela la rend entièrement indépendante des dommages et intérêts qui, au contraire, sont indemnitaires, définitifs et équitables[16]. Quant à l'astreinte définitive, elle ne peut être prononcée par le juge qu'après le prononcé d'une astreinte provisoire et pour une durée déterminée. Autrement dit, l'astreinte définitive échappe à toute révision lors de sa liquidation, son montant étant fixé de façon irrémédiable[17].

---

de ne pas faire.

12. N. Fricero, « Procédures civiles d'exécution : Voies d'exécution, Procédures de distribution », Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2015, p. 36.

13. En ce sens, est refusée une astreinte destinée à vaincre le refus de receleur de dénoncer le voleur. NOT CRIT. Colombini / Nancy. Ch. Corr., 17 décembre 1947, JCP 1948 ; 4450.

14. Cass., civ. 2e, 28 septembre 2000, Bull. civ. II, n° 134 ; D. 2000. IR. 254 ; Procédures 2000, n° 229 et RTD civ. 2000. 899, obs. Perrot ; Cass., civ. 2e, 6 janvier 2005, Bull. civ. II, n° 1 ; D. 2005. IR. N° 241 ; Procédures 2005, n° 84, obs. Perrot ; Cass., Com. 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 106 ; Procédures 2006, n° 178, obs. Perrot ; Cass., civ. 2e, 10 juin 2010, n° 06-17.827, D. 2011. Pan. 1515, obs. Leborgne, Dr. et proc. 2010. 247.

15. Il n'est plus question aujourd'hui, d'astreinte comminatoire et non-comminatoire. Ces termes, utilisés jusqu'en 1972, renvoyaient respectivement à l'astreinte provisoire et à l'astreinte définitive. Ils ne devraient plus être employés. La Cour de cassation, confrontée à cet abus de langage a jugé que compte tenu de l'ambiguïté de l'expression, et à défaut de motif précisant l'intention du juge, une astreinte qualifiée de « non-comminatoire » ne pouvait désormais entraîner les effets d'une astreinte définitive : Cass., civ. 2e, 23 novembre 1994, Bull. civ. II, n° 237.

16. P. Raynaud, Distinction entre l'astreinte et les dommages et intérêts dans la jurisprudence, in Mélanges-Secrétan 1966, p. 249.

17. V. l'art. L. 131-4, CPCE.

b. Nature juridique de l'astreinte judiciaire : une mesure dépourvue d'une fonction réparatrice

La nature juridique de l'astreinte est sujette à discussion. Le législateur français affirme que l'astreinte est indépendante des dommages et intérêts[18]. En effet, l'astreinte est considérée comme une menace et non à être systématiquement liquidée. Elle n'a donc pas vocation à réparer un préjudice[19] bien que la somme fixée augmente au fur et à mesure soit de l'inexécution de l'obligation, soit en fonction du nombre d'infractions commises alors qu'une interdiction a été prononcée[20].

La doctrine s'accorde pour y voir une peine privée puisque, si elle est liquidée, c'est le créancier qui la percevra[21], alors pourtant qu'elle sanctionne d'abord un manquement à l'injonction du juge. Cette nature hybride, à la fois moyen à la disposition des juges pour assurer l'exécution de leur décision et mesure à caractère patrimonial au profit du créancier de l'obligation, fait régulièrement naître des interrogations[22].

Comme l'indiquait M. PERROT, « l'astreinte est en France une sanction pécuniaire qui tombe directement et exclusivement dans la caisse du créancier en plus des intérêts compensatoires et des intérêts légaux qui sont dûs à raison du retard dans l'exécution de l'obligation »[23]. Le fait que l'astreinte emporte l'enrichissement du créancier constitue l'un des traits les plus décriés de cette institution[24].

---

18. V. l'art. L. 131-2, CPCE ; Cass., civ. 1re, 13 décembre 2012, Procédures 2013, n° 37, obs. Perrot. V. également, ss 732 sur le cumul de l'astreinte avec des dommages et intérêts.
19. Cass., civ. 1re, 13 décembre 2012, n° 11-26.019, Procédures 2013, n° 37, obs. Perrot.
20. Par ex, en matière de contrefaçon.
21. R. Perrot, « L'astreinte à la française », in Liber amicorum J. van Compermolle, Bruylant, 2004, p. 487.
22. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur une éventuelle atteinte aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines garantis par l'article 8 de la DDH. La question a été jugée ni nouvelle, ni sérieuse, en ce que l'astreinte ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l'article 8 de la DDH : Cass., civ. 2e, 4 janvier 2012, n° 11-40081. Avant cela, la première chambre civile avait jugé que la condamnation au paiement d'une somme d'argent à titre de sanction du non-respect d'une injonction d'un juge étranger constituait une décision de nature civile ; à ce titre, elle était susceptible d'exéquatur : Cass., civ. 1re, 28 janvier 2009, n° 07-11.729, Procédures mai 2009, n° 146, obs. Perrot.
23. R. PERROT, L'astreinte. Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991. 2. Doctr. 801, spéc. p. 806.
24. A. BÉNABENT, Droit des obligations, 15e éd., coll. Domat, LGDJ, 2016, no 817.

La jurisprudence considère que l'astreinte est une mesure de contrainte à caractère personnel[25]. Elle n'ouvre pas droit à un recours en garantie[26]. Elle n'est pas à proprement parler une voie d'exécution puisque son objet n'est pas directement la vente forcée des biens du débiteur. C'est d'ailleurs pourquoi elle peut être ordonnée et même liquidée par les juridictions d'exception[27] et déroge aux règles de droit transitoire propres aux mesures d'exécution[28].

Cependant, le caractère personnel de l'astreinte ne s'oppose pas à ce que sa liquidation, qui tend à une condamnation pécuniaire, puisse être poursuivie contre les héritiers du débiteur pour la période antérieure à son décès[29]. La Cour de cassation dénie à l'astreinte un caractère réparateur car elle est indépendante des dommages-intérêts30. L'astreinte a pour nature de contraindre le débiteur à exécuter ses obligations, consacrées dans une décision judiciaire. Ceci indique qu'elle est dépendante de l'obligation principale assortie d'astreinte et disparaît avec elle. La Cour de cassation a également précisé que l'astreinte n'est pas une mesure d'exécution forcée[31].

L'astreinte judiciaire est donc un moyen de contrainte réservé aux juges pour assurer l'exécution de leurs décisions et non une mesure visant l'exécution des obligations contractuelles.

2) Clause d'astreinte ayant un caractère comminatoire

La clause d'astreinte peut être insérée dans tout contrat afin d'inciter le

25. Cass., civ. 1re, 3 avril 2002 et Cass., civ. 2e, 30 avril 2002 : Procédures 2002, n° 6, comm. 113, obs. R. Perrot ; RTD civ. 2002, p. 812, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2003, p. 144, obs. 144, obs. R. Perrot. Ces deux arrêts tirent du caractère personnel de l'astreinte une conséquence importante : l'exclusion de tout recours en garantie. Dans le même sens, Cass., civ. 2e, 14 septembre 2006 : D ; 2006. p. 2414.

26. Cass., civ. 2e, 14 septembre 2006, n° 05-17.118, Bull. civ. II, n° 218.

27. Sans doute, le juge de l'exécution a une compétence générale pour la liquidation de l'astreinte. Mais, il a été vu que ce principe comporte des dérogations et que les juridictions du fond qui ont prononcé l'astreinte (y compris les juridictions d'exception) peuvent assez souvent la liquider.

28. Cass., civ. 2e, 17 décembre 1997. Bull. civ. II, n° 319 ; JCP G 1998, IV, 1294 ; RTD civ. 1998, p. 734 s., obs. J. Normand; Cass., civ. 2e, 17 décembre 1997, Bull. Civ. II, n° 318 ; JCP G 1998, IV, 1295 ; D. 1998, inf. rap. P. 35.

29. Cass., civ. 2e, 18 décembre 2008, n° 07-20.562, Bull. civ. II, n° 271.

30. Sur la distinction entre l'astreinte et la clause pénale ; V. Cass., com. 29 juin 2010, n° 09-14.123, NP ; Rev. Contrats janvier. 2011. 47, note Laithier ; Cass., civ. 18 décembre 2008, n° 07-20.562, Bull. civ. II, n° 271.

31. Cass., civ. 2e, 4 juillet 2007, n° 05-15.382, Bull. civ. II, n° 183 ; Selon l'art. R. 412-3 du CPCE «pour l'application des dispositions de l'article L. 412-3, le juge peut accorder les délais qui y sont prévus même d'office».

débiteur d'une obligation à respecter les termes de son engagement dans les délais prévus. Les parties peuvent prévoir, soit une somme forfaitaire calculée par jour de retard ou manquement constaté (que le débiteur de l'obligation devra régler s'il ne satisfait pas à une ou plusieurs de ses obligations dans les délais impartis), soit une somme fixe et une somme variable, qui augmentera en fonction du retard pris par le débiteur[32].

Certains contrats prévoient «une astreinte conventionnelle»[33] ou encore «une astreinte contractuelle»[34]. La clause d'astreinte est donc une sanction pécuniaire qui s'applique à l'encontre du débiteur défaillant dès lors qu'il ne satisfait pas à ses obligations dans le délai convenu, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une décision de justice. La clause d'astreinte se caractérise par sa seule fonction comminatoire. Elle doit être exclusive de tout fondement indemnitaire. Le libellé de la clause doit être sur ce point sans équivoque ; la clause doit indiquer clairement que les pénalités prévues laissent intact le droit du créancier d'obtenir la réparation intégrale du préjudice que lui cause l'inexécution du contrat par le débiteur.

L'astreinte n'est effectivement pas le seul moyen de pression pouvant forcer le débiteur défaillant ou de mauvaise foi à exécuter ses obligations, mais aussi il existe un autre moyen d'action offert au créancier pour inciter ce débiteur à s'exécuter volontairement. Ce moyen est nommé « clause pénale » et relève de la technique contractuelle.

B- Régime général de la clause pénale à l'aune du droit commun

Prise dans son acceptation de règlement conventionnel des conséquences de l'inexécution, certains traits de la clause pénale révèlent une certaine indépendance à l'égard de la convention qui la contient. Cette dernière se mesure dans son exécution même (1), ainsi que dans l'autonomie de la clause pénale par rapport à l'obligation principale garantie (2).

1) Mise en œuvre de la clause pénale

a. Clause pénale : un moyen incitatif face au débiteur défaillant

La clause pénale a été définie par la jurisprudence comme étant "la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance

32. Cette seconde alternative étant particulièrement recommandée car elle se révèle être plus efficace.
33. Cass., com. 13 septembre 2011, no 10-19.539.
34. Cass., com. 7 février 2012, no 10-24.774.

l'indemnité à laquelle donnera lieu à l'inexécution de l'obligation contractée"[35] : le contrat fixe un montant de dommages-intérêts que le débiteur devra payer au créancier qu'elle que soit l'importance de son préjudice effectif.

Sous l'influence de l'ordonnance du 10 février 2016[36], on peut constater que l'article 1231-5 du Code civil simplifie et synthétise en un article l'essentiel des dispositions des anciens articles 1226 à 1233 et 1152 relatifs aux clauses pénales. Cette ordonnance n'a pas retenu les articles 1227, 1228 et 1229 alinéa 2 car ils paraissent évidents. En effet, législateur français a pris le parti d'unifier les dispositions relatives aux clauses pénales en un seul texte, guidé par le souci d'indemnisation du créancier[37], et par le souci de clarification[38].

L'article mentionné là-dessus définit la clause pénale en disposant que : «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». Il en résulte que la clause pénale consiste dans l'attribution au créancier, en cas d'inexécution, d'une somme d'argent, d'une prestation ou d'un avantage non monétaire[39] déterminés par le contrat, sans que ceux-ci puissent en principe être ajustés par le juge, ni en plus ni en moins, à l'étendue réelle du préjudice subi : la clause pénale est donc un forfait[40], ce qui évite la nécessité d'établir la réalité du préjudice et les difficultés d'évaluation judiciaire des dommages et intérêts[41].

La clause pénale a pour objet d'alourdir sensiblement le montant prévisible

35. Cass., civ. 1re, 10 octobre 1995, n° 93-16.869: Bull. civ. I, n° 347, D. 1996. 486 ; JCP G 1996, II, 22580, note G. Paisant ; D. 1996, jurispr. p. 486, note B. Fillion-Dufouleur ; D. 1996, somm. p. 116, obs. Ph. Delebecque ; Cass., civ. 3e, 26 janvier 2011, Bull. civ. III, n° 12, JCP 2011, n° 19, 566, n° 16, obs. Grosser, CCC 2011, comm. 87, obs. Leveneur, RDC 20113, p. 817, obs. Laithier; Cass. com. 14 juin 2016 n° 15-12734.

36. Une ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JORF n°0035 du 11 février 2016 texte n° 26.

37. P. Lemay, La clause pénale en nature, RTD com. 2017. 801.

38. P. Guiomard, Les nouveautés de la réforme du droit des obligations, Dalloz actualité 15 février 2016. Selon cet auteur, on notera en particulier les dispositions sur la demande de la réparation des conséquences de l'inexécution (art. 1231 s.) où il est immédiatement précisé que les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées et que des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter.

39. Cass., civ. 3e 26 janvier 2011, n° 10-10.376.

40. Sur ce caractère : Cass. civ. 3e 8 avril 2010, n° 08-20.525, Bull. civ. III, n° 75; D. 2010. 1021 ; AJDI 2010. 628, obs. Chenu.

41. Cass., com. 16 juillet 1991, n° 89-19.080, NP, D. 1992. 365, note Mazeaud, CRIT ; Cass., civ. 3e, 20 décembre 2006, n° 05-20.065, Bull. civ. III, n° 256 ; RDI 2007. 351, note O. Tournafond ; RDC 2007. 749, obs. Carval.

de la réparation. Elle a une double fonction : évaluer le préjudice et décourager l'inexécution. Dans ce cas, les conséquences d'une éventuelle inexécution sont anticipées et négociées en quelque sorte par les parties.

Pour mettre en œuvre la clause pénale, il faut une inexécution, c'est-à-dire, un manquement. Fort heureusement, le Code civil permet aux parties de définir dans le contrat les différents éléments susceptibles de constituer un «manquement».

En réalité, la clause pénale est rarement équivalente au préjudice subi par le créancier. Parfois insuffisante, elle est le plus souvent excessive, et constitue ainsi un moyen de pression face au débiteur défaillant[42]. Pour autant, si la jurisprudence prend parfois soin de relever que la clause litigieuse avait un caractère comminatoire, il ne semble pas qu'elle considère cette « menace » comme un élément de qualification de la clause pénale qu'elle définit 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»[43]. Ainsi, une clause au terme de laquelle toutes les sommes versées par l'acquéreur «seront de plein droit définitivement acquises au vendeur, sans recours ni répétition, à titre de dommages-intérêts et d'indemnité forfaitaire» constitue une clause pénale quand bien même ne présenterait-elle pas de caractère comminatoire. Toutefois, si tel devait être le cas, cela reviendrait à faire de toute clause d'indemnisation forfaitaire de véritables clauses pénales[44].

b. Clause pénale ; une mesure à caractère contractuel

Comme son nom l'indique, pour qu'il y ait clause pénale, il faut que le forfait de dommages-intérêts ait été convenu par les parties, ce qui n'est pas le cas lorsqu'il résulte d'une convention collective[45].

42. Ex. Colmar, 1er juillet 1999, Gaz. Pal. 2001. 1. 933, note Vray.

43. Cass. civ. 1re, janvier 1985, n° 83-11.029, 83-16.928, Bull. civ. I, n° 24 ; JCP 1985/ 20661, note Paisant ; RTD civ. 1986. 103, obs, Mestre ; Cass., civ. 3e, 21 mai 2008, n° 07-12.848, Bull. civ. III, n° 94 ; Cass., Com. 30 novembre 2010, n° 09-15.980, NP.

44. Sous la direction de Ph. LE TOURNEAU, « Droit de la responsabilité et des contrats ; Régimes d'indemnisation », Dalloz Action, 10e éd., 2015, p. 552.

45. Cass., soc. 28 mai 2008, RDC 2008/4, p. 1158, obs. Borghetti. Constitue en revanche une clause pénale l'indemnité de licenciement lorsqu'elle est prévue par le contrat de travail : Cass., soc. 5 juin 2008, ibid. La solution est justement critiquée au motif que la jurisprudence considère par ailleurs que l'indemnité de licenciement est la contrepartie du droit de résiliation unilatérale de l'employeur. Il n'y a donc pas d'inexécution à sanctionner.

L'étude de la forme de la clause pénale, du consentement à celle-ci et de son objet spécifique, met en lumière non seulement son caractère contractuel, mais aussi son autonomie par rapport à l'obligation principale.

De nature contractuelle, la clause pénale ne possède d'effet obligatoire qu'entre les parties qui l'ont conclue[46] et elle n'est pas soumise à aucun formalisme particulier (peu importe qu'elle ait été rédigée en caractères minuscules dans un contrat imprimé[47] ; la seule exigence, est qu'elle ait été portée à la connaissance de la partie à laquelle elle est opposée[48]). Autrement dit, dans la mesure où la clause pénale n'a vocation à produire ses effets que si le débiteur est susceptible d'être condamné à verser des dommages-intérêts, il appartient au créancier de mettre son débiteur préalablement en demeure afin d'exécuter son obligation. Cela est prévu par l'article 1231, al. 5 du code civil qui precise que: «sauf inexécution définitive, le jeu de la clause pénale est soumis à une mise en demeure préalable».

Toutefois, la possibilité offerte au juge de modérer le montant ne fait pas perdre à la clause pénale son caractère d'indemnité contractuelle, de sorte que les intérêts au taux légal de la somme retenue par le juge sont dûs à compter du jour de la sommation de payer[49].

Une fois la clause pénale est prévue par les parties au contrat, elles ne peuvent pas choisir d'y abandonner. Evidemment, la partie qui subit la rigueur de la clause tente parfois d'y échapper… Comme par exemple, renoncer au bénéfice de la clause pénale pour demander des dommages-intérêts (forcément supérieurs…) devant un juge. Mais, cela n'est pas possible grâce à la force obligatoire de l'art. 1103 du Code civil50. Si la clause pénale est stipulée par les parties, elles doivent l'appliquer. Il n'y a que le juge, par les pouvoirs qu'il reçoit de l'art. 1231-5 du Code civil, qui puisse faire évoluer le quantum prévu dans la clause. D'ailleurs, la partie qui se ferait assigner en dommages-intérêts « classiques » ne manquerait pas d'opposer la clause pénale au demandeur et d'en demander au juge l'application stricte.

46. Cass., Civ. 3e, 13 novembre 1974 : Bull. civ. 1974, III, n° 417 ; D. 1975, p. 10 ; Gaz. Pal. 1975, 1, jurisp. p. 210 note A. Plancqueel.

47. Cass., Com. 5 mars 1974: Bull. civ. 1974, IV, n° 78. Cependant Cass. 1re civ., 17 sept. 2003 : Juris-Data n° 2003-020311, qui étend à la clause pénale figurant dans un mandat d'exclusivité le formalisme requis pour celui-ci par l'article 78 du décret du 20 juillet 1972.

48. CA Amiens, 23 nov. 1976 : JCP G 1977, II, 18567 ; CA Pau, 27 août 1987 : JCP G 1988, IV, 37.

49. Cass., Civ ; 3e, 25 novembre 1998, n° 96-22.910, NP, RCA 1999, n° 7.

50. V. ancien art. 1134 C civ.

L'insertion d'une clause pénale dans le contrat n'oblige pas mécaniquement le créancier à s'en prévaloir à l'égard du débiteur pour le forcer à exécuter la prestation promise. Le créancier dispose toujours du choix de la voie de droit qui lui semble la plus opportune pour défendre ses intérêts. Dans ces conditions, rien ne lui interdit de privilégier une autre mesure en exigeant l'exécution de l'obligation en nature, et ce, par tous les moyens possibles[51]. Le créancier peut également préférer d'en demander la résolution sans déclencher la clause pénale[52]. Souvent, la clause pénale est accompagnée d'une clause résolutoire selon laquelle le non-paiement d'une échéance entraine de plein droit la résolution du contrat, c'est-à-dire que le débiteur est tenu de restituer au créancier la chose louée ou achetée et, en outre, de payer l'indemnité prévue par la clause pénale, laquelle a pour objet de réparer le préjudice résultant de l'inexécution et de la résolution du contrat aux torts du débiteur en défaut de payer[53].

D'une manière générale, le caractère contractuel de la clause pénale impose aux parties que son contenu respecte l'ordre public[54]. C'est dire qu'une clause pénale qui assortirait une promesse de mariage heurterait les principes cardinaux du droit des successions[55]. En droit français, les formules issues de certains textes propres à plusieurs contrats spéciaux conduisent à s'interroger sur la possibilité pour les parties de stipuler valablement une clause pénale en leur sein. Au regard du droit du travail, l'art. L 122-42 a pour effet d'interdire les clauses pénales dans le cadre des contrats de travail. Aussi l'article L. 1331-2 du même Code prévoit que : « les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites ». La doctrine semble plutôt s'orienter vers une réponse négative lorsque la clause pénale est insérée dans le contrat de travail[56].

De manière tout aussi radicale, en matière de crédit mobilier et immobilier, le législateur interdit aux parties de stipuler une clause pénale supérieure à

51. V. ancien art. 1228 C civ.
52. V. notamment, Cass., 3e civ, 22 février 1978, n° 76-13.828, Bull. civ. III, n° 99.
53. Ch. Larroumet et S. Bros, « Traité de droit civil : Tome 3, Les obligations, Le contrat », Economica, 7e éd, Paris, 2014, p. 807.
54. V. art. 6 du Code civil.
55. Cass., civ. 1re, 25 juin 2002, n° 00-11.574, Bull. civ. I, n° 175, D. 2003, p. 1875, obs. M. Nicod ; Cass., civ. 1re, 20 février 2007, n°04-16.461, Bull. civ. I, n° 74, RTD civ. 2008, p. 134, obs. M. Grimaldi., JCP G 2007, VI, n° 1654.
56. V. notamment. F. Terré., Ph. Simler et Y. Lequette, Les obligations, Dalloz, 11e éd., 2013, n° 621.

un certain taux[57]. Cette instauration d'un système de plafond vise à éviter la fixation d'indemnités contractuelles qui dépasse de beaucoup le préjudice réellement subi par le fournisseur du crédit.

Dans le domaine de la consommation, on peut constater que dans les ventes conclues entre professionnels et consommateurs, le Code de la consommation a bien précisé qu'est abusive la clause qui a pour objet, ou pour effet, "d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé"[58].

Il reste à savoir que la clause pénale révèle une certaine indépendance à l'égard de la convention qui la contient.

2) Autonomie de la clause pénale par rapport à l'obligation principale garantie

Quant à sa source, la clause pénale jouit d'une certaine autonomie vis-à-vis de l'obligation principale qu'elle a pour objectif de garantir, parce qu'elle résulte d'un accord de volontés spécifiques des parties. Cependant, quant à sa cause, la clause pénale se trouve indiscutablement dépendante de l'obligation principale et initiale. En effet, la clause pénale est prévue pour assurer l'exécution d'une obligation déjà crée entre les contractants. Il en résulte que la clause pénale est sans effet en cas de nullité du contrat[59]. En revanche, elle produit, en principe, son effet en cas d'extinction du contrat par résiliation ou résolution[60].

La clause pénale doit être appliquée de la seule inexécution du débiteur de son obligation, même si le créancier n'a subi aucun préjudice[61]. Cependant,

57. V. notamment. L'art L. 211-25, L. 312-21, L. 312-22 et L. 312-29 du Code de la consommation.
58. V. annexe à l'article L 132-1 du Code de la consommation.
59. V. ancien article 1227 C. civ qui n'a pas apparu dans la réforme du 10 février 2016; Cass. Com., 20 juillet 1983, n° 82-112.145, Bull. Civ. IV, n° 230; Defrénois, 1984, art. 33326, n° 49, p. 806, obs. J.-L. Aubert; RTD civ. 1984.710, obs. J. Mestre: « la nullité d'une convention prononcée par les juges du fond entraîne la nullité de la clause pénale qui d'y trouvait insérée ».
60. Cass. Com., 22 mars 2011, n° 09-16.660, Bull. civ. IV, n° 49; RTD civ. 2011.345, obs. B. Fages: « 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 parties »; Cass., Civ 3e, 15 février 2005, n° 04-11.223, NP; Cass., Com, 5 octobre 2010, n° 08-11.630, NP, JCP 2011, n° 3, 63, obs. P. Grosser; RDC 2011. 431, note J.-S. Borghetti, CRIT. ADDE: Cass., Com, 3 mai 2012, n° 11-17.779, Bull. civ. IV, n° 86; D. 2012. 1719, note A. Etienney de Sainte-Marie; D. 2013. 391, obs. S. Amrani Mekki et M Mekki ; RTD civ. 2012. 527, obs. B. Fages.
61. Cass., civ. 3e, 20 décembre 2006, Bull. civ. III, n° 256 ; JCP G, 2007, II, 10024, n. D. Bakouche : «la clause pénale, sanction du manquement d'une partie à ses obligations, s'applique du seul fait de cette inexécution».

elle ne peut se cumuler avec l'exécution, sauf si elle avait été prévue pour le simple retard, à moins que le débiteur puisse justifier que l'exécution a été empêchée par la force majeure[62].

La clause pénale est également une clause accessoire car elle est destinée à assurer l'exécution d'une obligation principale déjà existante entre les parties. Elle ne peut être prévue en dehors d'un contexte contractuel, d'un rapport préexistant[63]. Sur ce point, la lecture de l'ancien article 1227 du Code civil[64] ne laisse aucun doute : la clause pénale se rattache à l'obligation garantie «par le lien qui unit l'accessoire au principal»[65].

Unanimement admis par la doctrine[66] que la clause pénale, si elle renforce le droit du créancier, n'en modifie nullement la consistance. En effet, le créancier d'une obligation assortie d'une clause pénale bénéficie d'une option selon laquelle il a le choix de demander soit l'exécution de l'obligation principale, soit l'exécution de la peine[67]. Il est certain que si l'exécution de l'obligation est effective, le débiteur échappe à la peine[68]. Cette règle du non-cumul demeure cependant supplétive de volonté du créancier[69]. À l'inverse, si la clause vise simplement l'inexécution, le créancier ne peut prétendre à des dommages et intérêts compensatoires supplémentaires, mais il peut réclamer des dommages et intérêts moratoires[70].

On peut donc constater que la stipulation de la clause pénale, parce qu'elle est accessoire, ne modifie pas la teneur du droit du créancier qui conserve la faculté d'exiger, même sous astreinte si le juge l'estime nécessaire, l'accomplissement de la prestation promise. C'est pour ce motif qu'outre l'exécution en nature, le créancier peut demander la résolution[71] ou résilier

62. V. art. 1231, al. 1 de l'ordonnance du 10 février 2016; Ph. Malaurie, L. Aynés et Ph. Stoffel-Munck, « Droit des obligations » , LGDJ, 7e éd, Issy-les-Moulineaux, 2015, p. 544.
63. D. Mazeaud, « La notion de la clause pénale », Thèse, LGDJ, Paris, 1992, p. 87.
64. Cet article n'a pas été retenu pat l'ordonnance du 10 octobre 2016.
65. G. Baudry- Lacantinerie et L.-J. Barde, Traité de droit civil, 3 éd., T. XIII, vol. II, 1907, n° 1357.
66. B. Boubli, note sous CA Paris, 27 juin 1970 : JCP G 1970, II, 16576.
67. L'ancien article 1229 du Code civil prohibe ainsi que le créancier puisse demander dans le même temps l'exécution de l'obligation et le prononcé de la peine qui trouve sa source dans la clause pénale. En effet, l'on ne serait admettre que le créancier cherche à obtenir à la fois l'exécution de la prestation promise et des dommages-intérêts sanctionnant l'inexécution de celle-ci.
68. F. Chabas, Clause Pénale, Juris-cl. civil, art. 1146-1155, Fasc. X, 3e cahier, n° 108.
69. Cass., soc. 21 mars 1985 : D. 1985, p. 478, note Y. Serra.
70. Cass., civ. 1re, 31 mai 1958 : Bull. civ. 1958, I, n° 277 ; CA Toulouse, 28 janv. 1975 : JCP G 1975, II, 18160, note Y. Guyon.
71. Cass., civ. 2 décembre 1856 : D. p. 1857.1.443.

le contrat. En fait, le créancier conserve tous les droits que le contrat a fait naître.

II- Astreinte et la clause pénale en tant que moyens de pression assurant l'exécution du contrat

Malgré les ressemblances indéniables qui existent entre l'astreinte (qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle) et la clause pénale, une distinction apparente existe entre, d'une part, l'astreinte judiciaire et la clause pénale (A). Et d'autre part, l'astreinte conventionnelle et clause pénale (B). Ensuite, nous allons aborder l'efficacité de l'astreinte et de la clause pénale dans le contentieux contractuel, et, leur rôle coercitif et incitatif forçant le débiteur défaillant à s'exécuter (C).

A- Distinction apparente entre astreinte judiciaire et clause pénale

Il est vrai que l'astreinte judiciaire et la clause pénale jouent un rôle identique en incitant le débiteur défaillant à s'exécuter volontairement. Toutefois, Chacun de ces deux instruments est issu d'une source différente (1). Il est à savoir également que le juge dispose d'un pouvoir souverain concernant l'astreinte et son montant à la différence de la clause pénale où le juge ne doit exécrer son pouvoir modérateur qu'à titre exceptionnel (2).

1) Différences existants entre l'astreinte judiciaire et la clause pénale

La similitude entre la clause pénale et l'astreinte judiciaire est une vérité qu'il nous sera facile de vérifier notamment en ce qui concerne leur caractère comminatoire ainsi que leur nature juridique. Pourtant, il existe une différence interdisant absolument de les confondre et celle-ci réside précisément dans leur finalité (a), et leurs procédés respectifs de création (b).

a. Contrairement à la clause pénale, l'astreinte n'a pas de fonction indemnitaire

La clause pénale est considérée comme un moyen de pression destinée à forcer le débiteur à respecter son engagement. « Le perspective d'avoir à payer un forfait exorbitant ne peut qu'inciter le débiteur solvable à respecter scrupuleusement ses engagement »[72]. Sur ce plan, elle joue un rôle identique à l'astreinte qui, elle aussi, constitue un mode de contrainte afin de stimuler l'exécution du débiteur de son obligation. Aussi, le seul bénéficiaire de l'astreinte et de la clause pénale est exclusivement le créancier de l'obligation

72. Ph. Gerbay, op. cit, p. 42.

principale.

Comme la clause pénale, l'astreinte se définit comme une sanction pécuniaire imposée à l'encontre du débiteur défaillant. Mais, l'astreinte contrairement à la clause pénale, est dépourvue de toute fonction indemnitaire, car elle prévoit une peine indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte doit avoir une seule finalité qui est l'obtention de l'exécution de la décision de justice.

En cas d'obligation de faire, l'astreinte doit être incitative. C'est pour cette raison qu'elle est généralement fixée par jour de retard, de sorte que le risque de sanction sera d'autant plus grand que le débiteur tardera à s'exécuter. Tandis qu'en cas d'obligation de ne pas faire, l'astreinte doit être dissuasive. Elle est alors généralement fixée par infraction constatée. En conséquence, elle n'augmentera pas avec le temps, mais avec le nombre de manquements commis. Son taux devra donc être suffisamment élevé pour dissuader le débiteur dès son point de départ.

En revanche, le libellé de la clause doit clairement indiquer que les pénalités prévues laissent intact le droit du créancier d'obtenir réparation du préjudice que lui cause l'inexécution du contrat.

La liquidation de l'astreinte n'interdit pas au créancier de recevoir les indemnités auxquelles il peut prétendre en vertu d'une clause pénale[73]. Cette assertion fournit l'occasion de préciser que l'astreinte judiciaire ne constitue pas une clause pénale, malgré les ressemblances indéniables qui existent entre ces deux moyens de pression. La clause pénale consiste en une stipulation «par laquelle les contractants évaluent par avance les dommages-intérêts dus par le débiteur, en cas de retard ou d'inexécution»[74].

Astreinte et clause pénale visent donc à sanctionner, en les prévenant, les manquements d'un débiteur à ses obligations. L'une et l'autre organisent un paiement forfaitaire, indépendant du préjudice subi par le créancier, susceptible, du moins lorsque l'astreinte est provisoire, d'être modéré par le juge[75].

La finalité de ces deux moyens diffère sensiblement. La clause pénale a pour objectif l'exécution d'une obligation, tandis que l'astreinte est prononcée

73. En ce sens, V. égal. Th. Fossier, «Droit et pratique des voies d'exécution», in S. Guinchard et T. Moussa [sous la dir. de], no 412. 24, Dalloz, 8e éd, 2015-2016.

74. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », Dalloz, 11e éd, 2013, no 621 ; Sur cette notion, V. égal. D. MAZEAUD, op. cit. p. 185 s.

75. V. pour les clauses pénales, l'art. 1152, al. 2, C. civ (ancien).

pour contraindre le débiteur à l'exécution d'une décision de justice. Si cette exécution est impossible, l'astreinte ne doit pas être prononcée ou, l'ayant été sans besoin, ne doit pas être liquidée. Ainsi, lorsqu'une décision de justice sanctionne une faute dès à présent commise et insusceptible de se répéter, l'astreinte n'a pas de sens[76]. La voie des dommages et intérêts paraît alors, seule possible pour le créancier.

b. Astreinte et clause pénale issues de deux sources différentes

L'astreinte est une sanction d'origine judiciaire[77]. L'article L. 131.1 du CPCE prévoit que : «tout juge peut ordonner une astreinte pour assurer l'exécution de sa décision». L'astreinte ne peut être que l'accessoire à la condamnation principale qu'elle assortit, à condition que le jugement rendu soit exécutoire. Il est à savoir que seules les décisions de justice peuvent être assorties d'une astreinte, et non pas les autres titres exécutoires. Or, l'exécution anticipée des obligations consacrées par la décision de justice interdit le prononcé de l'astreinte. Notamment lorsqu'une provision dûment payée recouvre la totalité de la condamnation définitive et de ses accessoires, l'astreinte n'est pas seulement inopportune ou sans effet : elle ne doit pas être prononcée.

Tandis que la clause pénale est stipulée contractuellement par les parties[78]. Étant par nature une clause accessoire à l'obligation dont elle règle l'inexécution, la clause pénale reste toujours subordonnée à la validité de cette obligation et, donc, du contrat qui la fait naître. La Cour de cassation a par ailleurs jugé, de manière trop générale, que la caducité du contrat n'affecte pas la clause pénale[79].

La clause pénale anticipe la réparation d'un préjudice qui n'a pas à être pris en compte lors de la liquidation de l'astreinte, laquelle est indépendante des dommages et intérêts. L'astreinte peut trouver à s'appliquer en matière d'obligations non contractuelles, par exemple en cas de concurrence déloyale ou de trouble du voisinage, alors que la clause pénale ne se conçoit que dans le domaine contractuel. Il est donc impossible de tenir l'astreinte pour identique à une clause pénale.

76. Il est en jugé pour la production de pièces relatives à un immeuble qui n'intéresse plus les parties ; Req. 11 mai 1898, DP 1899. 1. 310, obs. Anon.

77. Sur la question de l'astreinte, v. D. Denis, L'astreinte judiciaire, nature et évolution, th. Paris, 1973, dactyl ; P. Raynaud, op. cit, Lausanne, 1964, p. 249.

78. Cass., civ. 1re, 9 mars 1977, no 75-14.270, Bull. civ. I, no 126.

79. Cass., com. 22 mars 2011, Bull. civ. IV, n° 49, RDC 2011/3, p. 826, obs. Savaux.

2) Pouvoir de révision judiciaire du montant prévu par l'astreinte et la clause pénale

Si l'astreinte, qui repose entièrement entre les mains de juge, traduit la contrainte que fait peser celui-ci sur une partie au procès afin qu'elle exécute la décision de justice (a). La clause pénale peut être considérée comme l'illustration d'une épreuve de force mettant aux prises le créancier et le débiteur (b).

a. L'astreinte judiciaire ; un instrument de procédure offert au juge avant tout [80]

L'astreinte «est moins l'affaire du plaideur que celle du juge»[81]. En réalité, le juge peut statuer d'office et l'astreinte relève de son pouvoir imperium. Il dispose d'un pouvoir souverain pour rejeter une demande d'astreinte et n'est pas tenu de provoquer préalablement les observations des parties, pas plus qu'il n'est pas tenu de motiver sa décision[82]. Cela ne constitue pas une violation de l'article 5 du CPCE interdisant au juge de statuer ultra petita car il ne s'agit pas d'ajouter à la demande mais d'assurer l'exécution de la décision rendue. A cet égard, le juge peut prononcer d'office l'astreinte même pour la première fois en appel.

Le montant et les modalités de l'astreinte sont fixés discrétionnairement par le juge[83]. Celui-ci doit vérifier l'inexécution par le débiteur de son obligation. Quant au créancier, il doit prouver cette inexécution ou le retard de l'exécution. Si le débiteur a exécuté entièrement son obligation, le juge ne peut plus liquider l'astreinte ; il pourra la liquider seulement si le débiteur a exécuté avec retard ou n'a pas exécuté[84]. Quant à la charge de la preuve de la bonne exécution de l'injonction judiciaire que sanctionne l'astreinte, elle pèse sur le débiteur. C'est à lui qu'il appartiendra de prouver qu'il a déféré à cette injonction et non au créancier d'établir que ce n'a pas été le cas[85].

De plus, le juge de l'exécution peut supprimer en tout ou en partie l'astreinte qu'elle soit définitive ou provisoire s'il est établi que l'inexécution ou le retard

---

80. F. Chabas, La réforme de l'astreinte (Loi du 5 juillet 1972), D. 1972. Chron. p. 276.
81. Ibid, p. 273.
82. Cass., civ. 3e, 9 novembre 1983, Bull. III, n° 219.
83. Une somme fixée par jour de retard, ou par infraction constatée.
84. Cass., civ. 3e, 2 juin 2015, n° 14-16224.
85. Cass., com. 2 octobre 2001 : RTD civ. 2002, 148, obs. R. Perrot ; Cass., Soc. 14 décembre 2005 : RTD civ. 2006, 378, obs. R. Perrot.

dans l'exécution de l'injonction du juge provient d'une cause étrangère[86]. Le débiteur a l'obligation de prouver l'existence de cette cause étrangère (cas fortuit, force majeure, fait d'un tiers).

La décision du juge de l'exécution statuant sur la liquidation de l'astreinte est exécutoire de plein droit par provision[87]. Elle a l'autorité de la chose jugée, mais ne fait pas obstacle à la présentation d'une nouvelle demande pour une période postérieure, dès lors que l'astreinte n'était pas limitée dans le temps et que l'inexécution a perduré. Or la liquidation ne peut pas avoir lieu d'office, et suppose que le créancier en fasse la demande au juge. Puisque l'astreinte n'est pas assimilable à des dommages et intérêts, le juge n'a pas à prendre en compte, pour liquider l'astreinte, l'importance du préjudice indemnisable[88].

La clause pénale tend à fixer conventionnellement les dommages-intérêts à la charge du débiteur, de sorte qu'elle rend superfétatoire leur appréciation par le juge.

b. Clause pénale ; Un substitut à l'évaluation judiciaire de dommages-intérêts

On peut constater que l'article 1231-5 du Code civil maintient toujours la possibilité pour le juge de réviser à la hausse comme à la baisse le montant de la clause pénale manifestement excessive ou dérisoire[89]. Il s'agit d'une règle impérative rendant nulle toute clause contraire. Toutefois, le juge n'est pas libre de fixer le montant de la modération, mais au contraire, le calcul proportionnel lui s'impose.

En toute hypothèse, l'adverbe «manifestement» témoigne bien de l'idée selon laquelle le pouvoir modérateur du juge ne doit être exercé qu'à titre exceptionnel. Le juge peut en effet réduire une pénalité manifestement excessive. Tel est le cas notamment quand il apparaît que le créancier n'a subi aucun préjudice ou que l'obligation a fait l'objet d'une exécution partielle. Il n'y est cependant pas obligé bien que l'on observe en pratique que les justiciables parviennent assez souvent à obtenir la réduction des pénalités initialement prévues. Le juge peut également augmenter le montant de la pénalité s'il estime qu'elle est dérisoire par rapport au préjudice réel. L'on comprend alors qu'il

86. V. art. L. 131-4, CPCE.
87. V. art. R. 131-4, CPCE.
88. Cass., civ. 2e, 16 décembre 2004, Procédures 2005, comm., 56, obs. R. Perrot.
89. Selon cet article, « La peine convenue peut, même d'office, être diminuée à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier».

soit fait obligation aux magistrats de préciser dans leur décision qui modère ou augmente la peine en quoi le montant de la clause pénale leur apparaît manifestement excessif[90] ou dérisoire[91]. Tandis qu'aucune motivation n'est exigée d'eux quand ils refusent de corriger celui-ci[92].

La somme prévue dans la clause pénale représente des dommages-intérêts fixés forfaitairement, quelle que soit l'importance du dommage, qu'il s'agisse d'une somme déterminée (un montant fixe, comme par exemple 5.000 € par manquement) ou déterminable (un pourcentage d'une redevance contractuelle par exemple).

Certains auteurs disent que «l'évaluation conventionnelle des dommages-intérêts est substituée à l'évaluation judiciaire qu'elle rend inutile»[93]. La Cour de cassation ne dit pas autre chose[94] car selon elle : «l'indemnité vise également à contraindre le locataire à restituer le matériel loué et constitue une évaluation forfaitaire et anticipée du montant du préjudice résultant pour le bailleur de l'inexécution, qui s'applique du seul fait de celle-ci ; que de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a exactement déduit que la clause prévoyant cette indemnité devait être qualifiée de clause pénale».

Il convient de rappeler que c'est la nature contractuelle de la clause pénale, qui explique que le point de départ des intérêts au taux légal calculés en fonction du montant qu'elle fixe sont dûs par le débiteur défaillant à compter du jour de la sommation de payer et non de la décision de justice[95]. Le principe reste le même lorsque la peine convenue a été modérée par le juge, car cette intervention judiciaire ne fait pas perdre son caractère forfaitaire à la clause pénale[96].

Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite ?

Face à une clause pénale insérée dans un contrat de travail qui obligeait

90. Cass., civ. 3e, 6 octobre 2012, n° 84-15.656, NP, AJDI 2013. 66.

91. V. notamment, Cass., civ. Ch. mixte, 20 janvier 1978, n° 76-11.611, Bull. civ. ch. mixte n° 1, RTD civ. 1978, p. 377, obs. G. Cornu., D. 1978, I. R., p. 229, obs. Vasseur ; Cass., com, 10 juillet 2001, n° 98-16.202, JCP E, 2002459, 2e., note L. Leveneur ; Amiens, 23 juillet 1976, JCP 1977. 18567.

92. Cass., 1re civ, 12 juillet 2001, n° 99-13.555, Bull. civ. I, n° 218, JCP E 2002, n° 459, 1re esp., note L. Leveneur; Cass. civ. 26 juin 2001, n° 99-21.479, Bull. civ. I, n° 191.

93. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil : les obligations, 9e éd. Dalloz, coll. « Précis droit privé », 2005, n° 624, p. 615.

94. Cass. com. 14 juin 2016 n° 15-12734.

95. Cass., civ., 17 novembre 1950, S. 1951, 1, p. 8.

96. Cass., com., 27 mars 1990, n° 88-13. 967, Bull. civ. IV, n° 90.

l'employeur à indemniser très généreusement un cadre dirigeant en cas de rupture prématurée de son contrat, la Cour de cassation avait censuré la décision d'annulation de la clause, reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir caractérisé «en quoi cette indemnité contractuelle, qu'elle avait le pouvoir de réduire, même d'office, si elle présentait un caractère manifestement excessif, était de nature à faire échec au droit de licenciement reconnu à l'employeur»[97]. Cela veut dire que le pouvoir offert au juge par l'article 1152 du Code civil (devenu l'article 1231-5 du Code civil) ne pouvait que l'amener à réduire le montant de la clause et non choisir la sanction plus vigoureuse qu'est la nullité.

La Cour de cassation a également considéré que «les dispositions de l'article 1152 du code civil ne font pas obstacle à l'application de l'article L. 442-6 I 2° du code de commerce à une clause pénale, dès lors que les conditions en sont réunies»[98].

On peut conclure que le pouvoir de révision judiciaire de la clause pénale constitue une exception notable aux principes du droit contractuels qui interdisent au juge de s'immiscer dans la définition des obligations nées du contrat.

B –Distinction entre l'astreinte conventionnelle et la clause pénale

Il est vrai que la jurisprudence a souvent assimile la clause d'astreinte à la clause pénale (2). Toutefois, ces deux moyens sont bien distincts, notamment du fait de leur objectif ainsi par rapport à la révision du montant prévu par ces deux clauses (1).

1) Nombreux facteurs pouvant différencier la clause d'astreinte de la clause pénale

En effet, si la clause pénale prévoyant une indemnité conventionnelle de retard concourt, comme l'astreinte conventionnelle, à obtenir l'exécution de l'obligation contractée par le débiteur, elle s'en distingue nettement non seulement par son origine mais aussi par sa finalité car elle poursuit également un autre but, à savoir l'indemnisation du dommage causé par le retard du débiteur. Or cette dualité d'objectifs, comminatoire et indemnitaire, est caractéristique de la clause pénale.

97. Cass., soc. 5 mars 2014, n° 12-23.106, D. 2014. 671.
98. Cass., com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, RTD civ. 2015. 606, obs. H. Barbier.

Si la clause d'astreinte et la clause pénale sont souvent comparées, en particulier par la jurisprudence[99], celles-ci sont cependant distinctes, notamment du fait de leur objectif respectif. En effet, la clause pénale remplit une fonction indemnitaire et comminatoire. Elle est définie par la Cour de cassation comme étant « 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 »[100]. Alors que la clause d'astreinte ne remplit, quant à elle, aucune fonction indemnitaire et constitue un simple moyen de pression exercé sur le débiteur défaillant pour qu'il exécute son obligation.

Un autre facteur peut différencier la clause d'astreinte de la clause pénale par rapport au montant prévu dans ces deux clauses. En effet, le montant de la clause pénale peut être révisé, à titre exceptionnel, par le juge, alors que la somme prévue par les parties dans la clause d'astreinte s'impose tant aux parties qu'au juge[101]. Le rôle du juge se limitant en définitive à contrôler que les conditions d'application de la clause d'astreinte sont bien remplies.

Au regard des conséquences que son application emporte, il est important que la clause d'astreinte soit rédigée avec précaution et précision afin d'éviter toute ambiguïté ou lacune pouvant causer préjudice a l'une des parties.

2) Astreinte conventionnelle pouvant être qualifiée de clause pénale

La jurisprudence a souvent assimilé la clause d'astreinte et la clause pénale, en raison de leurs communes fonctions comminatoire et indemnitaire[102].

La clause pénale et l'astreinte conventionnelle sont en général assorties d'une obligation de faire. En cas de non-exécution de l'obligation de faire, le créancier doit immédiatement notifier ou mieux signifier (par huissier) une mise en demeure au débiteur, faire un constat d'inexécution de l'obligation et ensuite faire une requête devant le juge de l'exécution (JEX) aux fins de faire prononcer et exécuter la clause pénale ou l'astreinte.

En effet, la Cour de cassation considère que la clause pénale remplit à la fois une fonction de contrainte et une fonction réparatrice[103]. Elle rappelle régulièrement que les juges ne sont pas tenus par la dénomination proposée

99. Cass., civ. 3ème, 6 novembre 1986, n° 85-10.809.
100. Cass., Civ. 1re, 10 octobre 1995, n° 93-16.869, Bull. civ., I, n° 347.
101. CA de Paris, 10 septembre 2008, Juris-data n° 2008-371740.
102. Cass., civ. 3e, 6 novembre1986, n° 85-10.809.
103. Cass., civ. 1re, 19 juin 2008, n° 07-14.556.

par les parties, et que lorsque les parties prévoient une clause d'astreinte qui remplit à la fois une fonction comminatoire et une fonction indemnitaire, celle-ci peut être qualifiée de clause pénale. Par conséquent, l'article 1152 du Code civil (devenu l'article 1321-5 du Code civil) est applicable et le montant de l'indemnité prévue peut être révisé s'il est excessif. Il en va par exemple ainsi de la stipulation, « désignée par les parties comme étant une "astreinte comminatoire", qui comporte, outre une fonction essentielle de coercition, une fonction indemnitaire destinée à réparer le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution de l'obligation contractuelle »[104]. Cette jurisprudence mérite d'être entièrement approuvée.

La clause d'un contrat de vente prévoyant une « astreinte conventionnelle » journalière pour le cas de retard dans l'exécution d'une obligation prévue au contrat peut être exécutée sans qu'une liquidation préalable par le juge de l'exécution soit nécessaire. Cette condition n'étant requise que pour l'exécution d'une astreinte judiciaire et non pour celle désignée sous l'appellation d'« astreinte conventionnelle », qui est en réalité une clause pénale.

Dans un arrêt récent rendu par la Cour de cassation[105], elle a précisé qu'en application de l'article 12 du Code des procédures civiles, imposant au juge de donner leur exacte qualification aux faits, sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée, le juge est tenu de requalifier en clause pénale l'astreinte conventionnelle que les parties lui demandaient de liquider. Conséquemment, poursuit la Cour, la clause se trouve régie par l'article 1152 du Code civil. De sorte que l'article L. 131-3 du Code des procédures civiles d'exécution, qui régit les modalités de liquidation de l'astreinte judiciaire, ne devait pas être s'appliquer à l'espèce. Le seul pouvoir du juge est donc le pouvoir modérateur que lui octroie l'article 1152 du Code civil[106] (devenu l'art.1235-5 de l'ordonnance du 10 février 2016).

En définitive, la clause d'astreinte se rangerait dans la catégorie des clauses pénales comminatoires[107].

104. Cass., com. 29 juin 2010, n° 09-14.123, RDC 2011.47, obs. Laithier.
105. Cass., civ. 2e, 3 septembre 2015, n°14-20.431, Juris-Data n°2015-019449.
106. Cass., civ. 2e, 5 juin 2014, n° 13-16053 : Bull. civ. II, n° 127 ; D. 2014, p. 1284 et 1722, chron. T. Vasseur, E. de Leiris et H. Adida-Canac ; D. 2015, p. 1339, obs. A. Leborgne ; Gaz. Pal. 26 juin 2014, p. 23, n° 177.
107. Cass., com. 30 novembre 2004, Bull. Joly 2005. 379, note. MOUSSERON.

C- Astreinte et clause pénale ; Instruments prévus pour pallier les inconvénients inhérents à toute procédure judiciaire d'exécution

L'astreinte et la clause pénale restent des moyens efficaces et dissuasifs face au débiteur défaillant ou de mauvaise foi en l'incitant à s'exécuter volontairement (1). Toutefois, afin d'éviter que le débiteur organise son insolvabilité pouvant perturber l'exécution de l'astreinte ou de la clause pénale, le législateur français a autorisé au créancier à solliciter des mesures qui peuvent renforcer l'efficacité de l'astreinte et de la clause pénale (2).

1. Efficacité de l'astreinte et de la clause pénale dans le contentieux contractuel

L'astreinte et la clause pénale en tant que moyens de pression pesant sur le débiteur défaillant, ne valent que par leur efficacité, et, si celle-ci disparait, elles perdent alors tout leur intérêt. Pour être efficace, l'astreinte et la clause pénale doivent contraindre le débiteur qui doit trouver plus d'inconvénients à résister qu'à exécuter. Si le débiteur sait à l'avance que le taux élevé de l'astreinte ou de la clause pénale aboutira au bout du compte à une somme dérisoire, il n'exécutera pas son obligation.

Pour au mieux mettre en exergue l'efficacité de ces moyens dans le contentieux contractuel, nous devons étudier successivement l'astreinte (a), et la clause pénale (b) tout en démontrant leur rôle efficace face au débiteur défaillant.

a. Astreinte en tant que mesure efficace forçant le débiteur défaillant à s'exécuter

En réalité, l'efficacité de l'astreinte tient pour beaucoup à son adéquation avec les possibilités financières du débiteur. Comme l'observe, M. NORMAND : «la faiblesse de l'astreinte est de laisser de marbre les insolvables et de ne pas impressionner les autres si elle n'est pas judicieusement calibrée»[108]. Même si l'astreinte n'est pas une mesure d'exécution forcée stricto sensu, elle constitue néanmoins une contrainte exercée sur la partie condamnée.

D'ailleurs, chaque fois que le jugement condamne une partie à exécuter une obligation de faire, l'astreinte est le seul moyen d'assurer l'exécution de la décision, en l'absence de véritables procédures d'exécution forcée adaptées à

108. Rev. tri. civ, 1986, obs. 177.

ce type d'obligations, si l'on excepte l'expulsion[109] et la saisie-appréhension[110]. L'astreinte est donc un substitut des mesures d'exécution forcée là où elles sont inconcevables.

Certes, l'astreinte est moins utile pour les condamnations à paiement pour lesquelles il existe d'autres moyens, elle se révèle cependant efficace pour le respect des obligations de faire ou de ne pas faire.

Sous réserve des obligations strictement personnelles, le débiteur d'une obligation de faire ou ne pas faire peut être condamné à l'exécuter en nature. Mais à part l'expulsion et la saisie appréhension, le créancier ne disposera d'aucune mesure d'exécution forcée pour l'y contraindre, car celle-ci devrait nécessairement porter sur la personne du débiteur. Le seul moyen est alors de recourir à l'astreinte régie par les articles L. et R. 131-1 à 131-4 du CPCE. Son objectif étant d'amener le débiteur, par la menace d'une sanction pécuniaire, à s'exécuter volontairement.

La liquidation de l'astreinte suppose que soient constatés les faits d'inexécution reprochés à la partie condamnée. Pour les vérifier, il appartient au juge de l'exécution d'apprécier l'étendue de l'obligation et la portée de la condamnation. Néanmoins, il n'a pas le pouvoir de modifier le dispositif de la décision qui a prononcé l'astreinte[111]. Seul lui est reconnu le pouvoir d'interpréter la décision afin d'en respecter l'esprit[112].

Bien évidemment, toute idée de liquider une astreinte disparait lorsque la décision judiciaire a été correctement exécutée dans le délai fixé par le juge[113]. C'est donc le retard mis à exécuter l'injonction qui autorise le créancier à solliciter une décision de liquidation de l'astreinte. Dans ce cas, le juge ne saurait tirer argument de ce que le débiteur s'est finalement conforme à l'injonction visée pour refuser de procéder à une telle liquidation[114]. A ce titre,

109. L'expulsion est "une mesure qui a pour objet de libérer un local des personnes qui l'occupent et des biens qui s'y trouvent, au besoin par la force, d'un lieu où elle se trouve sans droit". V. R. Perrot et Ph. Théry, Procédure civiles d'exécution, Dalloz, 2005, n° 688, p. 615 ; Voir les articles L. 411-1 à L. 433-3 de la loi n° 91- 650 du 9 juillet 1991.

110. La saisi-appréhension permet au créancier de saisir tout bien meuble corporel dont il réclame la délivrance ou la restitution. Elle née de le réforme des procédures civiles d'exécution réalisée par la loi n° 91- 650 du 9 juillet 1991 (CPC exéc., art. L. 222-1 et son décret d'application n° 92- 755 du 31 juillet 1992 (CPC exéc., art. R. 222-1 a R. 222-16).

111. Cass., 2e civ. 20 décembre 2009, n° 07-17.719, Procedures 2010, n° 2, p. 14, note R. Perrot.

112. Cass., 2e civ. 3 juin 2008, n° 07-11.289, Procedures 2008, n° 8-9, p. 58, obs. R. Perrot.

113. Cass., 2e civ. 9 juillet 1997, n° 97-17.231, n° 10, p. 6, obs. R. Perrot.

114. Cass., 2e civ. 23 novembre 2006, n° 03-13.287, Lamyline.

il emporte que le retard se limite à quelques jours seulement[115]. En revanche, le caractère accessoire de cette technique de contrainte conduit à faire échapper l'astreinte à la liquidation lorsque l'obligation principale se révèle infondée[116], ou encore qu'elle est devenue impossible à exécuter[117].

Traditionnellement, l'on considérait que la charge de la preuve de l'inexécution ou du retard dans l'exécution reposait sur le créancier, sans qu'il soit nécessaire de distinguer ici entre une obligation de faire[118] et de ne pas faire[119]. Or, la chambre commerciale de la Cour de cassation a pu décider, en présence d'une obligation de faire, qu'il appartenait au débiteur d'apporter la preuve qu'il a déféré à l'injonction du juge afin d'éviter la liquidation de l'astreinte[120]. Position sur laquelle semble s'aligner la chambre sociale de la même Cour[121].

Cependant, que décider lorsque la partie condamnée n'a pas exécuté la décision de justice assortie d'une astreinte en raison d'un empêchement dû à une cause étrangère?

Dans un souci d'équité, l'article 36, al. 3 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 (remplacé par l'article L.131-4, al. 3 du CPCE) autorise le juge à supprimer tout ou partie de l'astreinte litigieuse et ce, qu'elle soit provisoire ou définitive[122]. Au regard de la preuve, il appartient au débiteur de démontrer l'existence d'un cas de force majeur ou le fait d'un tiers[123]. Quant au juge, il

115. Cass., 3e civ. 25 mai 2011, n° 10-14.730, Procédures 2011, n° 8, p 8, obs. Perrot R.

116. CA Paris, 19 novembre 1998, n° RG : 1998/03094, Dr & patr. 2000, n° 87, 2690, obs. Ph. Théry., où l'astreinte prononcée a été infirmée en appel ; Cass., 2e civ. 20janvier 2004, n° 01-44.794, Lamyline, où la personne tenue à l'astreinte n'avait pas la qualité de débiteur.

117. Cass., 2e civ.14 octobre 1999, n° 97-19.170, RTD civ. 2000, p. 163, obs. R. Perrot.

118. Cass., 2e civ. 11 janvier 1995, n° 93-14.926, Bull civ. II, n° 5, Rev. huissiers. 1995, p. 138.

119. Cass., soc, 13 novembre 1990, n° 87-40.890, Bull civ. V. n° 547, JCP G 1991, IV, n° 11, RTD civ. 1991, p. 535, obs. J. Mestre.

120. Cass., com. 2 octobre 2001, n° 00-10.337, RTD. civ. 2002, p. 148, obs. R. Perrot.

121. Cass., soc. 14 décembre 2005, n° 06-12.897, Bull civ. I, n° 375, Procédures 2008, n° 2 p. 10, obs. R. Perrot.

122. Cass., 2e civ. 12 février 2004, n° 02-13.016, Bull civ. IV, n° 53, difficultés rencontrées dans la destruction d'un mur d'une importance telle qu'elle équivalent à une impossibilité d'exécution ; Cass., 2e civ. 7 mai 2008, n° 03-16.080, Bull. civ. II, n° 102, ordonnance de référé ayant pour seul but de permettre au locataire de bénéficier d'une jouissance normale des lieux loués rendue alors que celui-ci avait déjà quitté les lieux.

123. Cass., 3e civ. 18 mars 1987, n° 85-17.847, Bull civ, III, n° 53, refus d'une autorisation de démolition opposée par l'administration ; Cass., 2e civ. 20 décembre 2001, n° 00-10.599, Lamyline, modification de la loi.

devra caractériser cette impossibilité d'exécution[124], laquelle doit se rapporter à la décision judiciaire elle-même et non aux obligations qu'elle constate[125].

En effet, l'article. 36, al. 1 de la loi du 9 juillet 1991[126] fixe les critères d'évaluation que doit prendre en compte le juge liquidateur de l'astreinte provisoire lorsqu'il utilisera son pouvoir modérateur : « le montant de l'astreinte provisoire est liquidé en tenant en compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée et des difficultés qu'il a rencontrées pour l'exécuter ». Ainsi, dès lors que le débiteur fera état de justifications révélatrices de l'absence de sa faute, le magistrat sera susceptible de diminuer le taux de l'astreinte, voir même de la supprimer[127].

En revanche, s'il apparait que le comportement du débiteur révèle une mauvaise foi évidente ou une négligence fautive, le juge liquidera l'astreinte pour la période visée au taux initialement prévu sans y apporter de modification[128].

En toute hypothèse, il est interdit pour le juge de procéder à une liquidation en fonction d'un critère étranger aux termes de la loi, par exemple en référence au préjudice subi par le créancier[129]. Cette solution conduit certains auteurs à souligner que les juges du fond ne disposent plus d'un pouvoir discrétionnaire[130], mais seulement d'un pouvoir souverain, lequel permet à la Cour de cassation d'exécuter un contrôle de la motivation développée par la juridiction en cause[131].

Néanmoins, il faut garder à l'esprit que l'astreinte définitive, comme l'astreinte provisoire, peut être supprimée, dans son intégralité ou partiellement, dès lors que le débiteur justifie d'une cause étrangère l'ayant empêché d'exécuter la décision de condamnation.

b. Clause pénale applicable de la seule violation du contrat

Quant à la clause pénale en tant que technique contractuelle, elle n'altère en rien la nature juridique de la réparation qui pèse sur le contractant qui

124. Cass., 2e civ. 18 septembre 2003, n° 01-17.769, Bull civ. II, n° 278.
125. Rappr., Cass., 3e civ. 1er octobre, 2003n n° 01-11. 110, Lamyline.
126. Remplacé par l'article L. 131, al. 1er du CPCE.
127. Cass., 3e civ. 25 mai 2011, n° 10-14.730, Procédures 2011, n° 8, p. 9, obs. R. Perrot.
128. Cass., 3 civ. 14 novembre 1996, n° 94-19.900, Bull. civ. III, n° 214, JCP G 1997, IV, n° 212.
129. Cass., 3e civ. 29 avril 2009, n° 08-12.952, Bull. civ. III, n° 96, Procédures 20089, n° 6, p. 15, obs. R. Perrot.
130. V. notamment Cass., 1re civ, 22 novembre 1988, n° 06-18.845 et 06-19.188, Bull. civ. I, n° 323.
131. Cass., 2e civ. 7 novembre 2006, n° 06-11.288, Procédures 2007, n° 2, p. 19, note R. Perrot.

a méconnu son obligation[132]. Il s'ensuit que son déclenchement suppose le constat de l'inexécution de la prestation promise, laquelle peut indifféremment s'exprimer en un manquement partiel ou total ou encore dans un retard toujours dans ce sens, la clause pénale ne joue pas lorsque le débiteur est libéré de l'exécution de son obligation par un cas de force majeure.

Il est à noter que la clause pénale présente bien un avantage important en faveur du créancier où il n'est pas obligé de démontrer l'étendue de son préjudice : la seule violation du contrat de la part de son débiteur suffit à justifier une indemnisation. Il convient de rappeler que la clause pénale se caractérise à la fois par un caractère forfaitaire et comminatoire. Ces deux éléments, qui sont nécessaires à la qualification de la clause pénale[133] permettent de la distinguer des effets voisins, telles, par exemple, la faculté de dédit[134], l'indemnité d'immobilisation[135], l'indemnité de remboursement anticipé d'un prêt136, ou encore l'amende[137.]

Au regard des principes généraux du droit de la responsabilité, la clause pénale épargne au créancier d'avoir à rapporter la preuve que l'inexécution de l'obligation assumée par le débiteur lui a causé un préjudice[138]. C'est dire que cette stipulation produit tous ses effets dès lors qu'un manquement contractuel imputable au débiteur est établi, quoique le créancier n'ait souffert d'aucun dommage. Cette solution trouve son fondement dans l'essence de la stipulation qui présume alors par anticipation un tel préjudice et l'évalue de manière forfaitaire conformément à la volonté des parties. Il en résulte que la clause pénale est un moyen pertinemment efficace car elle peut être adéquate avec la situation financière du débiteur et elle prend en compte toute circonstance pouvant altérer l'exécution du débiteur de son obligation.

Il importe cependant de souligner que le pouvoir de révision dont le juge

---

132. V. ancien art. 1229, al.1 C .civ (cet article n'a pas apparu dans l'ordonnance du 10 février 2016).

133. Sans contrainte, il n'y a pas de clause pénale : Cass., civ. 3e, 29 juin 1994, *Bull. civ*. III, n° 139 (cas d'une indemnité d'immobilisation). Sans forfait, il n'y en a pas davantage : Cass., com. 5 avril 1994, *Bull. civ*. IV, n° 139.

134. Cass., civ. 3e, 30 avril 2011, RTD civ. 2011. 122, obs. Fages, RDC 2011/3, p. 812, obs. Savaux ; Cass., com. 3 juin 2005, RDC 2004, 930, obs. D. Mazeaud (pour une indemnité de résiliation en ca de non-reconduction du contrat, analysée en dédit).

135. Cass., civ. 3e, 30 avril 2002, Bull. civ. I, n° 90, Defrénois 2002, art. 37607, n° 67, obs. Savaux.

136. Cass., civ. 1re, 11 octobre 1994, Bull. civ. I, n° 289.

137. Cass., civ. 3e, 8 janvier 1997, Bull. civ. III, n° 8.

138. Cass., 3e civ. 20 décembre 2006, n° 05-20.065, Bull. civ. III, n° 256, JCP G 2007, II, n° 10024, note D. Bakouche.

dispose ne lui permettrait pas de remettre en cause la force obligatoire du contrat, et de faire échec à la volonté des parties fixant le montant qui devrait être versé au créancier en cas d'inexécution ou d'exécution tardive du débiteur. Bien au contraire, le dessein du législateur a été de sauvegarder la volonté des parties tout en assurant la protection le débiteur défaillant quand cette volonté a engendré un excès. C'est pour cette raison que le montant doit être fixé avec précaution, car le juge peut moduler ce montant. L'assistance d'un avocat, d'ailleurs obligatoire dans ce type de procédure, est donc indispensable.

Il convient de rappeler que l'astreinte a pour raison d'être l'exécution d'une décision de justice[139]. Ce n'est donc que de façon indirecte qu'elle assure l'exécution en nature de l'obligation alors que la clause pénale est présentée comme un moyen d'écarter l'autorité judiciaire dans le règlement des conséquences de l'inexécution. En effet, en prévenant une clause pénale, les parties expriment clairement leur volonté de s'affranchir du juge en ce qui concerne la période de l'après-contrat[140]. En écartant le juge par le jeu d'une clause pénale, les contractants recherchent donc une certaine sécurité dans la fixation de la sanction. Celle-ci passe inévitablement par une exclusion de toute procédure judiciaire qui mettrait à mal la valeur comminatoire du procédé.

Malgré l'efficacité de ces moyens de pression face à un débiteur défaillant, ce dernier essaie parfois et par tous les moyens de ne pas payer le montant prévu par l'astreinte et la clause pénale, et tente parfois de dissimuler ses biens afin de contourner toute procédure de saisi pouvant être sollicitée par son créancier sur ses biens. C'est pour cette raison que le législateur français a autorisé au créancier de solliciter des mesures conservatoires à l'encontre du débiteur de mauvaise foi afin d'obtenir sa créance en toute tranquillité.

2. Que faire en cas de fraudes commises par le débiteur organisant son insolvabilité ?

L'efficacité de l'astreinte ou de la clause pénale risque d'être perturbée par l'insolvabilité volontaire ou organisée du débiteur. Dans ce cas-là, le créancier est judiciairement autorisé à solliciter des mesures conservatoires

139. En ce sens, v. F. Chabas et P. Jourdain, Régime de la réparation, action en réparation. Décision judiciaire, astreinte, Juris-cl. resp. civ. Fasc. 224-2, n° 8 et s.

140. Sur ce point, v. L. Cadiet, Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, P.U. Aix-Marseille, 1990, n° 22.

qui peuvent renforcer l'efficacité de l'astreinte et de la clause pénale et ce, en lui permettant de saisir les biens de son débiteur afin que celui-ci ne les dissipe ou ne les dissimule, et compromettre ainsi toute possibilité future d'exécution.

Pour préserver son droit de gage général et toute possibilité future d'exécution, le créancier peut demander, à titre provisoire et pour une durée déterminée, diverses garanties sur les biens appartenant à son débiteur. L'article 511-1, al. 2 du CPCE prévoit que : « la mesure conservatoire prend la forme d'une saisie conservatoire ou d'une sûreté judiciaire ». La saisie conservatoire est celle qui a pour objet de frapper d'indisponibilité un ou plusieurs biens mobiliers – corporels ou incorporels – appartenant au débiteur en vue de leur conservation[141]. La sûreté judiciaire quant à elle, est grevée sur certains biens du débiteur comme immeuble, fonds de commerce, actions, parts sociales et valeurs mobilières. Cette garantie, qui repose sur un système de double publicité, provisoire puis définitive, assurera le moment venu à son titulaire un rang préférentiel.

En réalité, la mesure conservatoire revêt un caractère préventif. Son aspiration majeure est de prémunir le créancier chirographaire, inquiet d'un risque de diminution future de la consistance du patrimoine de son débiteur, mais aussi soucieux des conséquences liées à un possible concours avec d'autres créanciers munis d'une sûreté.

La mesure conservatoire revêt aussi un caractère temporaire, car elle n'a pas vocation à perdurer. Soit elle produit l'effet incitatif escompté et s'épuise ainsi, soit le débiteur continue d'opposer un refus et la mesure initiale alors vocation à se transformer en mesure d'exécution forcée. Dans cette perspective, la mesure conservatoire tend, une fois qu'elle est accordée, à lutter contre une diminution du droit de gage général des créanciers chirographaires ; lequel s'avère au demeurant insuffisant à assurer efficacement leur protection. Elle consiste une précaution forte utile contre l'éventuelle impécuniosité du débiteur, lequel pourrait au demeurant être tenté d'organiser son insolvabilité.

Parfois, l'exécution forcée des décisions assortie d'une astreinte ainsi que des stipulations contractuelles se heurte malheureusement à l'impossibilité d'exécuter à l'encontre d'un débiteur organisant volontairement son insolvabilité. Afin de confronter ce problème, le Code pénal français a prévu en

141. V. art. L. 521-1 du CPCE.

effet dans son article 314-7 le délit d'organisation d'insolvabilité, sanctionnant toute sorte de comportement frauduleux : augmentation artificielle du passif ou diminution artificielle de l'actif, dissimulation des revenus ou des biens en les mutants par exemple au nom d'un tiers, etc … Toutefois, le délit pénal ne couvre pas tous les cas, et il est vrai que la menace d'être cité en correctionnelle peut être très dissuasive pour le débiteur de mauvaise foi. Mais, du fait d'une lacune assez malencontreuse du droit français, ce délit ne concerne pas les créances contractuelles, mais uniquement les créances d'aliments et délictuelles. Par conséquent, il n'est pratiquement jamais possible d'utiliser ce moyen d'action en droit des affaires.

Au plan civil, il restera pour le créancier la possibilité d'utiliser l'action paulienne qui est fondée sur l'article 1341-2 du code civil français[142]. C'est une voie de droit qui permet à un créancier d'attaquer les actes faits par son débiteur ayant agi en fraude des droits du créancier.

Mais, la créance doit être certaine et antérieure à l'acte attaqué, au moins en son principe[143], sauf lorsque la fraude a été organisée à l'avance en vue de porter préjudice à un créancier futur en parfaite connaissance de cause[144]. Cet acte doit avoir rendu le débiteur insolvable ou augmenter son insolvabilité ; le débiteur en l'accomplissant, doit avoir eu connaissance du préjudice causé au créancier. S'il s'agit d'un acte à titre onéreux, le tiers acquéreur doit avoir été complice. La preuve de la complicité doit être établie par le créancier demandeur[145]. Cette action difficile à mettre en œuvre est néanmoins efficace : l'acte attaqué est rétroactivement « révoqué » ; le bien muté en fraude revient dans le patrimoine du débiteur et pourra donc être saisi. L'action se prescrit par 30 ans et est de la compétence du tribunal de grande instance. Dans les deux cas, il s'agit de procédures assez lourdes, un véritable « procès après le procès », alors que bien souvent la volonté du créancier est d'en terminer rapidement.

Il en résulte, que malgré la présence des mesures conservatoires pouvant se coupler avec l'astreinte et la clause pénale. Celles-ci restent des moyens efficaces pour faciliter et accélérer l'exécution forcée des obligations. Elles

142. Ancien article 1167 modifié par l'ordonnance du 10 février 2016.
143. Cass., com, 26 janvier 2002, n° 98-16.141.
144. Cass., civ, 22 mars 1988, n° 86-10.567.
145. Cass., com, 14 mai 1996, Bull. civ. IV, n° 134, p. 117.

sont particulièrement utiles en cas d'exécution forcée en nature, notamment pour faire cesser le manquement à une obligation de ne pas faire, et pour les obligations de livraison. Parce qu'elles appauvrissent avec le temps le débiteur récalcitrant. Elles ont aussi des effets coercitifs et incitatifs importants face au débiteur défaillant.

Conclusion

Face à un débiteur défaillant, le créancier ne sera pas nécessairement tenu de mettre en œuvre des voies d'exécution forcée pour obtenir satisfaction. Lorsque l'inexécution est contractuelle, le droit des contrats peut déjà lui offrir des moyens d'actions. Des clauses contractuelles peuvent être envisagées par les parties au contrat afin d'inciter le débiteur défaillant à s'exécuter volontairement. Ces clauses sont autant d'incitation à l'exécution, même si elles sont extérieures au droit de l'exécution forcée.

De même, lorsque le titre exécutoire est une décision de justice inexécutée, le créancier peut encore espérer faire réagir son débiteur en sollicitant que la condamnation principale qu'il détient à l'encontre de ce débiteur soit assortie d'une astreinte qui vient au secours du créancier. C'est une sanction monétaire qui augmente avec l'écoulement du temps, et elle constitue un moyen de contrainte destiné à faire pression sur le débiteur pour l'obliger à s'exécuter. On passera alors vers le droit de l'exécution forcée, sans pour autant qu'une procédure d'exécution ne soit encore engagée[146].

On a pu également constater que les conventions qui seront l'objet des développements suivants correspondent à des accords préalables, les parties au contrat ayant prévu, le plus souvent au sein même des clauses de celui-ci, les conséquences d'une inexécution imputable au débiteur. Il s'agit de stipulations qui sont en pratique très fréquentes et qui prennent surtout la forme de la clause pénale.

Au regard des voies d'exécution, on peut constater que la clause pénale tient une parenté certaine avec l'astreinte judiciaire. Néanmoins, elle appartient à la technique contractuelle et n'impose pas, par principe, l'intervention du juge qui, par un ordre, en fixerait le montant. Cette dimension conventionnelle, même si elle place parfois la clause pénale sous la coupe de l'obligation principale, ne laisse pas le champ libre à la volonté des parties.

146. A. Leborgne, «Droit de l'exécution, Voies d'exécution et procédures de distribution», Dalloz, 2e éd., 2014, p. 329.

La distinction entre astreinte conventionnelle et clause pénale peut parfois faire l'objet de controverses et donne lieu à un contentieux important ; en effet, alors que le juge n'a en principe pas le pouvoir de modifier le montant prévu par un contrat au titre d'une clause d'astreinte, il peut requalifier une clause qui n'est pas expressément nommée comme telle, de clause pénale. L'enjeu de la qualification d'une telle clause est important puisqu'elle va déterminer les pouvoirs modérateurs du juge.

Enfin, notre étude a bien montré que le débiteur de mauvaise foi tente parfois de ne pas payer le montant (imposé par l'astreinte judiciaire ou prévu contractuellement) en voulant de dissiper ses biens afin d'éviter toute sorte de saisie pouvant être prise par le créancier à l'encontre de ses biens. C'est pour cette raison que le législateur français a bien donné au créancier le droit de solliciter des mesures conservatoires pouvant interdire le débiteur de disposer librement de ses biens jusqu'à ce que le créancier puisse obtenir ses droits.

Pour conclure, l'astreinte et la clause pénale ne sont pas de simples mesures de menace que le débiteur défaillant peut ne pas en tenir compte. Bien au contraire, ce sont des vrais moyens coercitifs et incitatifs vu qu'ils sont dotés d'un pouvoir efficace en forçant le débiteur défaillant à exécuter son obligation volontairement et sans aucun retard. Ils ont également pour objet de pallier les inconvénients inhérents à toute procédure judiciaire d'exécution. Ces instruments permettent d'éviter le recours à une action en justice, longue et coûteuse, qui consiste pour le créancier d'obtenir préalablement un titre exécutoire. De plus, le débiteur récalcitrant sera appauvri avec le temps écoulé s'il perdure à l'inexécution de son obligation. Cela confirme que l'efficacité de l'astreinte et de la clause pénale dans le contentieux contractuel est bien une réalité et non un mythe.

Cette étude pourrait être intéressante pour certains droits arabes tels que le droit Bahreïni, le droit égyptien et le droit jordanien. Il est vrai que le droit Bahreïni[147] et le droit égyptien[148] ont prévu expressément l'astreinte judiciaire à l'instar du droit français[149]. Cependant, ils n'ont prévu aucun texte concernant l'astreinte conventionnelle. Pour cette raison, nous espérons que le droit bahreïni ainsi que le droit égyptien doivent disposer expressément des textes relatifs à l'astreinte conventionnelle, de manière à laisser aux parties

147. v. l'article /213-A et C/ du Code civil bahreïni promulgué par le décret n° 19 de 2001.
148. v. les articles /223 et 224/ du Code civil égyptien n° 131 de 1948 du 29/7/1948.
149. v. l'article /L. 131-1/ du Code de procédures civiles d'exécution

la liberté de l'adopter, car elle assurer l'exécution volontaire du débiteur de son obligation. J'invite également le droit jordanien à prévoir des dispositions claires et précises relatives à l'astreinte judiciaire[150] à l'instar des droits français, bahreïni et égyptien.

En ce qui concerne la clause pénale, j'invite à la fois le droit bahreïni, le droit égyptien et le droit jordanien à prévoir des textes explicites relatifs à l'effet menaçant de la clause pénale[151], car elle remplit à la fois une fonction indemnitaire et comminatoire, et au motif que sa présence constitue un moyen de pression conventionnel face au débiteur où elle pourrait l'inciter à exécuter son obligation en nature.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES

- A. BÉNABENT, Droit des obligations, 15e éd., coll. Domat, LGDJ, 2016.
- A. Leborgne, « Droit de l'exécution, Voies d'exécution et procédures de distribution », Dalloz, 2e éd., 2014.
- Ch. Larroumet et S. Bros, « Traité de droit civil : Tome 3, Les obligations, Le contrat », Economica, 7e éd, Paris, 2014.
- G. Baudry- Lacantinerie et L. J. Barde, Traité de droit civil, 3 éd., T. XIII, vol. II, 1907.
- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, Droit civil : Les obligations, Dalloz, 9e éd, coll. « Précis droit privé », 2005.
- F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, « Droit civil, Les obligations », Dalloz, 11e éd, 2013.
- J. CARBONNIER, Droit civil, Les biens, Les obligations, v. II, 1re éd, Guadriage, 2004, p. 1918. 168.
- L. Cadiet, Les clauses contractuelles relatives à l'action en justice, in Les principales clauses des contrats conclus entre professionnels, P.U. Aix-Marseille, 1990.
- N. Fricero, « Procédures civiles d'exécution : Voies d'exécution, Procédures de distribution », Gualino éditeur, Lextenso éditions, 2015.
- P. Raynaud, Distinction entre l'astreinte et les dommages et intérêts dans la jurisprudence, in Mélanges-Secrétan, 1966.

150. v. l'article /360/ du Code civil Jordanien (n° 43 de 1976) qui a prévu implicitement l'astreinte judiciaire, sous titre d'exécution par voie d'indemnisation. Toutefois, l'article /961-1/ du même Code a prévu expressément l'astreinte judiciaire, mais sous dispositions de la caution personnelle.

151. v. l'article /225/ du Code civil bahreïni, les articles /223-224/ du Code civil égyptien, et l'article /364-1/ du droit jordanien.

- Ph. Gerbay, Moyens de pressions privés et exécution du contrat, thèse université de Dijon : SRT, Grenoble, 1976.
- Ph. Malaurie, L. Aynés et Ph. Stoffel-Munck, «Droit des obligations», LGDJ, 7e éd, Issy-les-Moulineaux, 2015.
- Ph. LE TOURNEAU [sous la dir. de], «Droit de la responsabilité et des contrats ; Régimes d'indemnisation», Dalloz Action, 10e éd., 2015.
- R. Perrot, «L'astreinte à la française », in Liber amicorum J. van Compermolle, Bruylant, 2004.
- R. Perrot et Ph. Théry, Procédure civiles d'exécution, Dalloz, 2005.
- S. Guinchard et de T. Moussa [sous la dir. de], « Droit et pratique des voies d'exécution», Dalloz, Paris, 2016.
- Th. Fossier, «Droit et pratique des voies d'exécution», in S. Guinchard et T. Moussa [sous la dir. de], no 412. 24, Dalloz, 8e éd, 2015-2016.

THÈSES

- D. Mazeaud, « La notion de la clause pénale », Thèse, LGDJ, Paris, 1992.
- D. Denis, L'astreinte judiciaire, nature et évolution, th. Paris 1973.

ARTICLES

- F. Chabas, La réforme de l'astreinte (Loi du 5 juillet 1972), D. 1972.
- F. Chabas, Clause Pénale, Juris-cl. civil, art. 1146-1155, Fasc. X, 3e cahier.
- F. Chabas et P. Jourdain, Régime de la réparation, action en réparation. Décision judiciaire, astreinte, Juris-cl. resp. civ. Fasc.
- P. Guiomard, Les nouveautés de la réforme du droit des obligations, Dalloz actualité 15 février 2016.

P. Lemay, La clause pénale en nature, RTD com. 2017. -

- R. PERROT, L'astreinte. Ses aspects nouveaux, Gaz. Pal. 1991.

Commentaires, notes, observations et chroniques de jurisprudence

- Cass., civ. 1re, 31 mai 1958 : Bull. civ. 1958, I, n° 277 ; CA Toulouse, 28 janv. 1975 : JCP G 1975, II, 18160, note Y. Guyon.
- Req. 11 mai 1898, DP 1899. 1. 310, obs. Anon.
- Cass., Civ. 3e, 13 novembre 1974 : Bull. civ. 1974, III, n° 417 ; D. 1975, p. 10 ; Gaz. Pal. 1975, 1, jurisp. p. 210 note A. Plancqueel.
- Cass., civ. Ch. mixte, 20 janvier 1978, n° 76-11.611, Bull. civ. ch. mixte n° 1, RTD civ. 1978, p. 377, obs. G. Cornu., D. 1978, I. R., p. 229, obs. Vasseur.

- Cass. Com., 20 juillet 1983, n° 82-112.145, Bull. Civ. IV, n° 230; Defrénois, 1984, art. 33326, n° 49, p. 806, obs. J.-L. Aubert; RTD civ. 1984.710, obs. J. Mestre.
- Cass. civ. 1re, janvier 1985, n° 83-11.029, 83-16.928, Bull. civ. I, n° 24 ; JCP 1985/ 20661, note Paisant ; RTD civ. 1986. 103, obs, Mestre.
- Cass., soc. 21 mars 1985 : D. 1985, p. 478, note Y. Serra.
- Cass., soc, 13 novembre 1990, n° 87-40.890, Bull civ. V. n° 547, JCP G 1991, IV, n° 11, RTD civ. 1991, p. 535, obs. J. Mestre.
- Cass., com. 16 juillet 1991, n° 89-19.080, NP, D. 1992. 365, note Mazeaud, CRIT.
- Cass., civ. 1re, 10 octobre 1995, n° 93-16. 869: Bull. civ. I, n° 347, D. 1996. 486 ; JCP G 1996, II, 22580, note G. Paisant ; D. 1996, jurispr. p. 486, note B. Fillion-Dufouleur ; D. 1996, somm. p. 116, obs. Ph. Delebecque.
- Cass., 2e civ. 9 juillet 1997, n° 97-17.231, n° 10, p. 6, obs. R. Perrot.
- Cass., civ. 2e, 17 décembre 1997. Bull. civ. II, n° 319 ; JCP G 1998, IV, 1294 ; RTD civ. 1998, p. 734 s., obs. J. Normand.
- CA Paris, 19 novembre 1998, n° RG : 1998/03094, Dr & patr. 2000, n° 87, 2690, obs. Ph. Théry.
- Cass., 2e civ.14 octobre 1999, n° 97-19.170, RTD civ. 2000, p. 163, obs. R. Perrot.
- Cass., civ. 2e, 28 septembre 2000, Bull. civ. II, n° 134 ; D. 2000. IR. 254 ; Procédures 2000, n° 229 et RTD civ. 2000. 899, obs. Perrot.
- Cass., com, 10 juillet 2001, n° 98-16.202, JCP E, 2002459, 2e., note L. Leveneur.
- Cass., 1re civ, 12 juillet 2001, n° 99-13.555, Bull. civ. I, n° 218, JCP E 2002, n° 459, 1re esp., note L. Leveneur.
- Cass., com. 2 octobre 2001, n° 00-10.337, RTD. civ. 2002, p. 148, obs. R. Perrot.
- Cass., civ. 1re, 3 avril 2002 et Cass., civ. 2e, 30 avril 2002 : Procédures 2002, n° 6, comm. 113, obs. R. Perrot ; RTD civ. 2002, p. 812, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD civ. 2003, p. 144, obs. 144, obs. R. Perrot.
- Cass., civ. 3e, 30 avril 2002, Bull. civ. I, n° 90, Defrénois 2002, art. 37607, n° 67, obs. Savaux.
- Cass., civ. 1re, 25 juin 2002, n° 00-11.574, Bull. civ. I, n° 175, D. 2003, p. 1875, obs. M. Nicod.
- Cass., com. 30 novembre 2004, Bull. Joly 2005. 379, note. MOUSSERON.
- Cass., civ. 2e, 6 janvier 2005, Bull. civ. II, n° 1 ; D. 2005. IR. N° 241 ;

Procédures 2005, n° 84, obs. Perrot.
- Cass., com. 3 juin 2005, RDC 2004, 930, obs. D. Mazeaud.
- Cass., soc. 14 décembre 2005, n° 06-12.897, Bull civ. I, n° 375, Procédures 2008, n° 2 p. 10, obs. R. Perrot.
- Cass., Com. 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 106 ; Procédures 2006, n° 178, obs. Perrot.
- Cass., 2e civ. 7 novembre 2006, n° 06-11.288, Procédures 2007, n° 2, p. 19, note R. Perrot.
- Cass., 3e civ. 20 décembre 2006, n° 05-20.065, Bull. civ. III, n° 256, JCP G 2007, II, n° 10024, note D. Bakouche ; RDI 2007. 351, note O. Tournafond ; RDC 2007. 749, obs. Carval.
- Cass., civ. 1re, 20 février 2007, n°04-16.461, Bull. civ. I, n° 74, RTD civ. 2008, p. 134, obs. M. Grimaldi., JCP G 2007, VI, n° 1654.
- Cass., soc. 28 mai 2008, RDC 2008/4, p. 1158, obs. Borghetti.
- Cass., 2e civ. 3 juin 2008, n° 07-11.289, Procedures 2008, n° 8-9, p. 58, obs. R. Perrot.
- Cass., civ. 1re, 28 janvier 2009, n° 07-11.729, Procédures mai 2009, n° 146, obs. Perrot.
- Cass., 3e civ. 29 avril 2009, n° 08-12.952, Bull. civ. III, n° 96, Procédures 20089, n° 6, p. 15, obs. R. Perrot.
- Cass., 2e civ. 20 décembre 2009, n° 07-17.719, Procedures 2010, n° 2, p. 14, note R. Perrot.
- Cass. civ. 3e 8 avril 2010, n° 08-20.525, Bull. civ. III, n° 75 ; D. 2010. 1021 ; AJDI 2010. 628, obs. Chenu.
- Cass., civ. 2e, 10 juin 2010, n° 06-17.827, D. 2011. Pan. 1515, obs. Leborgne, Dr. et proc. 2010. 247.
- Cass., com. 29 juin 2010, n° 09-14.123, NP ; Rev. Contrats janvier. 2011. 47, note Laithier.
- Cass., Com, 5 octobre 2010, n° 08-11.630, NP, JCP 2011, n° 3, 63, obs. P. Grosser; RDC 2011. 431, note J.-S. Borghetti, CRIT. ADDE.
- Cass., civ. 3e, 26 janvier 2011, Bull. civ. III, n° 12, JCP 2011, n° 19, 566, n° 16, obs. Grosser, CCC 2011, comm. 87, obs. Leveneur, RDC 20113, p. 817, obs. Laithier.
- Cass. Com., 22 mars 2011, n° 09-16.660, Bull. civ. IV, n° 49; RTD civ. 2011.345, obs. B. Fages; RDC 2011/3, p. 826, obs. Savaux.
- Cass., civ. 3e, 30 avril 2011, RTD civ. 2011. 122, obs. Fages, RDC 2011/3, p. 812, obs. Savaux.

- Cass., 3e civ. 25 mai 2011, n° 10-14.730, Procédures 2011, n° 8, p. 9, obs. R. Perrot.
- Cass., Com, 3 mai 2012, n° 11-17.779, Bull. civ. IV, n° 86; D. 2012. 1719, note A. Etienney de Sainte-Marie; D. 2013. 391, obs. S. Amrani Mekki et M Mekki ; RTD civ. 2012. 527, obs. B. Fages.
- Cass., civ. 1re, 13 décembre 2012, n° 11-26.019, Procédures 2013, n° 37, obs. Perrot.V.
- Cass., civ. 2e, 5 juin 2014, n° 13-16053 : Bull. civ. II, n° 127 ; D. 2014, p. 1284 et 1722, chron. T. Vasseur, E. de Leiris et H. Adida-Canac ; D. 2015, p. 1339, obs. A. Leborgne ; Gaz. Pal. 26 juin 2014, p. 23, n° 177.
- Cass., com. 27 mai 2015, n° 14-11.387, RTD civ. 2015. 606, obs. H. Barbier.