



**AVIS DE M. BRUN,
AVOCAT GÉNÉRAL**

**Arrêt n° 1318 du 18 décembre 2025 (FS-B) – Deuxième chambre
civile**

Pourvoi n° 23-23.751

**Décision attaquée : 13 décembre 2023 de la cour d'appel de
Versailles**

M. [Z] [H] [V]

C/

Mme [N] [P]

Faits et procédure

Le présent litige se rapporte à une convention d'honoraires conclue en 2017 pour une durée de six ans entre une avocate et un joueur de football professionnel ainsi que la société chargée de gérer son image.

En suite d'une rupture des relations contractuelles, l'avocate a saisi le bâtonnier de son ordre en fixation de ses honoraires, à l'encontre du sportif ainsi que de la société chargée de gérer son image.

Par deux décisions du 14 juin 2022, le bâtonnier a fixé à certaines sommes le solde des honoraires dus.

Par une ordonnance du 13 décembre 2023, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Versailles a infirmé les décisions du bâtonnier et fixé les honoraires à une certaine somme.

Le sportif et la société chargée de son image ont formé un pourvoi fondé sur deux moyens articulés chacun en six branches.

Les arguments développés au soutien du pourvoi, se rapportent notamment à la qualité de consommateur ou non professionnel des clients de l'avocate et à l'applicabilité de la législation sur les clauses abusives, ainsi le cas échéant que, au caractère abusif ou non des clauses litigieuses et d'autre part, celui tiré de ce que la clause prévoyant une indemnité en cas de résiliation anticipée, qualifiée de clause de dédit par l'ordonnance attaquée constituerait en réalité une clause pénale.

Discussion

La discussion sur l'applicabilité de la législation sur les clauses abusives au bénéfice d'un joueur de football professionnel et à la société commerciale gérant son image, dans le cadre de la convention d'honoraires qu'ils ont conclue avec un avocat ne paraît pas soulever de véritable difficulté particulière et appelle une réponse négative (I). Celle sur la qualification de la clause d'indemnité en cas de résiliation, qui se pose en conséquence, apparaît plus délicate (II).

I Sur l'applicabilité de la législation sur les clauses abusives

Pour exclure en l'espèce la qualité de consommateur du sportif professionnel et celle de non-professionnel de la société chargée de gérer l'image de celui-ci, l'ordonnance attaquée, après avoir relevé que les deux conventions avaient pour objet, l'une (conclue par la société) pour objet l'assistance juridique et fiscale, l'autre l'assistance fiscale du sportif, a souligné que ces conventions avaient été conclues par ces personnes morale et physique pour les besoins et dans le cadre de leurs activités professionnelles, peu important que ces personnes ne soient pas des professionnels du droit.

Ce faisant, l'ordonnance attaquée s'est conformée au droit positif en vigueur.

Si les notions de consommateur et de non-professionnel n'ont pas toujours fait l'objet de définitions très claires, la jurisprudence tendant à osciller entre le critère de la finalité de l'acte concerné et celui de la compétence du contractant en cause¹, il paraît acquis aujourd'hui, avec les définitions données par l'article liminaire du code de la consommation, tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 2021-1247 du 29 septembre 2021, qui définit le consommateur comme « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ou agricole » et le non-professionnel comme « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles », que conformément au droit de l'Union européenne et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, il y a lieu, pour déterminer la qualité de consommateur ou de professionnel d'un contractant, de se fonder, non sur sa compétence,

¹V. en ce sens, J. Julien, Droit de la consommation, LGDJ-Lextenso, 4^e éd. 2022, n° 21.

mais de rechercher si le contrat a été conclu dans le cadre de son activité professionnelle², et que la protection du droit de la consommation ne se justifie pas en cas de contrat ayant pour but une activité professionnelle³.

Notre Cour veille à l'application de ces principes et, s'agissant notamment des conventions conclues avec des professionnels du droit, exige des juges qu'ils recherchent à quelles fins le contractant a eu recours au service de ces professionnels⁴. Ainsi, s'agissant d'une mission d'expertise comptable et fiscale sollicitée par le gérant d'une EARL, dès lors qu'il s'avère que la mission s'inscrit dans le cadre de l'activité professionnelle normale de l'EARL et de son gérant, une cour d'appel est approuvée d'avoir considéré que ni la société, ni le gérant, n'avaient contracté en qualité de non-professionnel et de consommateur⁵.

Dans ces conditions, il nous semble que c'est à bon droit que l'ordonnance attaquée a pu considérer que, compte tenu notamment de la nature juridique très variée des revenus du sportif en cause, de provenances géographiques diverses, et nécessitant ainsi un traitement fiscal spécifique par des avocats spécialisés, que le contrat d'assistance fiscale conclu avec l'avocate ne l'avait été que pour les besoins des activités professionnelles de ce sportif, qui devait être considéré comme ayant agi à des fins professionnelles, et ne pouvait se prévaloir de la qualité de consommateur.

Il ne peut non plus être fait grief à l'ordonnance d'avoir dénié la qualité de non professionnel à la société chargée de gérer l'image du sportif, en relevant que l'activité de celle-ci est la promotion, la valorisation et le conseil, la gestion et l'exploitation de l'image et des droits des sportifs, et que le contrat d'assistance fiscale et juridique conclu avait pour seule finalité de conseiller et assister cette société et de rédiger en son nom des actes dans le cadre direct de son activité, et qu'il n'importait que cette société n'ait pas eu la qualité de professionnel du droit, le seul fait que la convention ait été conclue pour les besoins de l'activité professionnelle du contractant suffisant à évincer l'application du code de la consommation.

Le moyen ne saurait être accueilli sans réintroduire le critère subjectif de la compétence que le droit positif a abandonné⁶.

II Sur la nature de la clause d'indemnité en cas de résiliation

La clause litigieuse stipule : « Les parties conviennent que ces honoraires fixes ont été déterminés en tenant compte de la durée du contrat de six ans et des relations commerciales mises en place. Aussi l'avocate renonce à pouvoir réviser le montant de ses honoraires pour l'adapter au temps réellement passé chaque année sur le dossier. En contrepartie, la société SASU EFM Sport accepte, en cas de résiliation du contrat avant son terme (soit avant le 31 décembre 2022), pour un motif autre qu'un transfert de son président dans un autre club que celui du PSG, les honoraires convenus dans le présent contrat non

²CJUE 4 oct. 2018: C. 105-17.

³CJUE 25 janv. 2018: C. 498-16, point 30.

⁴Cass. 2^e civ., 14 janv. 2016: n° 14-26943 ; Cass. 1^{re} civ., 21 oct. 2020: n° 19-16300.

⁵Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2024: n° 22-23166.

⁶Si l'on met de côté il est vrai une jurisprudence de la troisième chambre civile (Cass. 3^e civ., 4 fév. 2016: n° 14-29347 ; - 7 nov. 2019: n° 18-23259), critiquée (J. Julien, *op. cit.* n° 233, p. 323) et isolée.

facturés, seront acquittés à l'avocate en guise de pénalité et de dédommagement du préjudice subi. »

Pour considérer qu'une telle stipulation constituait une clause de dédit, non susceptible de réduction judiciaire (et donc non justiciable, à titre de clause pénale, de la révision prévue à l'article 1152 al. 2 dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 10 février 2016), l'ordonnance attaquée a relevé que cette indemnité contractuelle prévue en cas de résiliation avant le terme des contrats constitue un aménagement des conditions de la rupture de contrat et non d'une inexécution, et s'inscrit dans l'économie globale des conventions qui tenaient compte de la durée des contrats, de l'absence de révision des honoraires et de la situation du joueur président susceptible d'être transféré.

Le pourvoi conteste cette analyse et invoque la jurisprudence de la chambre commerciale de la Cour de cassation selon laquelle la clause stipulant une indemnité de résiliation anticipée d'un montant équivalent au prix dû en cas d'exécution du contrat jusqu'à son terme présente un caractère comminatoire, en ayant pour objet de contraindre à l'exécution du contrat et constitue une clause pénale et non une clause de dédit, et cite en ce sens, outre un arrêt rendu en 2019⁷, plusieurs décisions récentes⁸ et d'autres un peu plus anciennes⁹.

Le mémoire en défense s'appuie sur des décisions d'autres chambres dont il résulterait plutôt que l'indemnité stipulée dans l'éventualité d'une rupture anticipée d'un contrat ne représenterait que le prix de la faculté de résiliation unilatérale en dehors de toute notion d'inexécution¹⁰, et un arrêt de notre chambre, rendu dans un contexte comparable à celui de la présente espèce, énonçant que l'indemnité prévue au contrat en cas de résiliation unilatérale de la convention par le client et dessaisissement de l'avocat constitue une clause de dédit non susceptible de réduction judiciaire¹¹.

Quelle analyse faire prévaloir ?

Il n'est pas sûr qu'une réponse pertinente puisse véritablement émerger de la confrontation des différents arrêts qui viennent d'être cités, dans la mesure où les nuances qui semblent s'en évincer doivent sans doute plus au à la singularité des espèces qu'à une véritable opposition de solutions, quitte à observer toutefois que l'analyse par la chambre commerciale dans certains de ses arrêts, des indemnités de résiliation anticipée évaluées à l'égal du montant dû jusqu'à la fin du contrat tranche par sa généralité et sa fermeté¹².

⁷Cass. com., 25 sept. 2019: n° 18-14427.

⁸Cass. com., 2 fév. 2022: n° 20-14364 ; - 24 mai 2023 : n° 21-25579.

⁹Cass. com., 10 mars 2015 : n° 13-27993 ; - 5 déc. 2018 : n° 17-22346.

¹⁰Cass. 1^{re} civ., 6 mars 2001: n° 98-20431 ; Bull. civ. I, n° 56. V. également cité, Cass. 3^e civ., 9 janv. 1991: n° 89-15780.

¹¹Cass. 2^e civ., 13 juin 2013: n° 12-21300.

¹²V. ainsi notamment, Cass. com., 25 sept. 2019, préc. : « Qu'en statuant ainsi, alors que la clause litigieuse stipulait une indemnité en cas de résiliation anticipée de la part du client dont le montant était équivalent au prix dû en cas d'exécution jusqu'à son terme, et présentait, dès lors, un caractère comminatoire, ayant pour objet de contraindre le locataire d'exécuter le contrat jusqu'à cette date (...) ». V. aussi Cass. com., 24 mai 2023: n° 21-25579, préc.

Force est donc de s'extraire de l'exégèse des arrêts pour revenir à la substance de la clause pénale.

On s'accorde à considérer qu'une telle clause a pour objet de fixer à l'avance dans le contrat le montant des dommages et intérêts qui seront dus en cas d'inexécution¹³.

L'article 1231-5 du code civil rejoint cette définition en prévoyant 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 ».

Pour autant, une telle définition, si elle éclaire sur la fonction de la clause pénale qui est de sanctionner un manquement contractuel¹⁴, ne rend qu'imparfaitement compte des caractères qu'on lui prête, et qui sont au demeurant pour certains discutés. Ainsi, il est communément admis que la peine a un caractère forfaitaire¹⁵. On enseigne aussi classiquement que la peine a un caractère indemnitaire et comminatoire¹⁶, étant observé que ce dernier caractère, s'il ressortait clairement de l'ancien article 1226 du code civil ne transparaît plus expressément dans les dispositions issues de la réforme du 10 février 2016¹⁷.

On peut comprendre dans ces conditions qu'il soit parfois délicat de distinguer la clause pénale d'autres stipulations telles que la clause de dédit. Sans doute la dissociation paraît-elle assez évidente entre ces deux clauses à hauteur de principe, dans la mesure où la faculté de dédit vient octroyer au contractant une prérogative, un droit potestatif¹⁸, celui de mettre fin au contrat, moyennant le paiement d'une indemnité, quand la clause pénale vise de son côté à sanctionner une inexécution, et par la stipulation d'une somme forfaitaire à inciter le débiteur à l'exécution.

Mais pour claire qu'elle paraisse, la distinction tend à s'obscurcir quelque peu sous l'effet combiné d'une formulation des clauses qui trahit parfois une ambivalence des volontés exprimées, et de critères jurisprudentiels de qualification non dénués de toute incertitude.

La stipulation en cause dans la présente espèce nous paraît bien illustrer ces difficultés. Il est constant que la somme stipulée, à hauteur du montant qui serait dû pour l'exécution du contrat jusqu'à son terme, était envisagée indépendamment de toute inexécution, et donc a

¹³V. en ce sens, A. Bénabent, Droit des obligations, LGDJ-Lextenso, 20^{ème} éd. 2023, n°442.

¹⁴V. notamment en ce sens, D. Mazeaud, La notion de clause pénale, LGDJ1992, n° 339 et s. Y.-M. Laithier, La qualification de clause pénale, Critères et difficultés, RDC mars 2025, pp. 132 et s.

¹⁵V. notamment en ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, Droit civil, Les obligations, Vol. I, L'acte juridique, Sirey, 18^{ème} éd. 2024, n° 1005.

¹⁶Y.-M. Laithier, art. préc. V. en faveur d'une conception moniste, voyant dans la clause pénale un instrument de peine privée, D. Mazeaud, thèse préc., n° 555 et s.

¹⁷V. en ce sens, Y.-M. Laithier, art. préc., mais cet auteur considère que la clause pénale conserve néanmoins un caractère comminatoire.

¹⁸V. en ce sens, S. Pimont, Rép. civ. Dalloz, V° Clause pénale, n° 43.

priori conçue comme une faculté pour le sportif de mettre fin prématurément au contrat, une telle prérogative étant d'ailleurs expressément présentée comme la contrepartie de l'engagement pris par l'avocate de renoncer à toute révision de ses honoraires en fonction des éventuelles diligences supplémentaires qu'elle accomplirait.

Tous ces éléments militent en faveur de la qualification retenue par le délégataire du premier président dans son ordonnance. Mais d'un autre côté, la clause précise *in fine* que ces honoraires seront acquittés « en guise de pénalité et de dédommagement du préjudice subi. », ce qui renvoie à l'idée de sanction du comportement du débiteur.

Si l'on ajoute que dans son appréhension de la question, la chambre commerciale de la Cour de cassation semble bien admettre, s'agissant des clauses d'indemnité de résiliation, l'existence d'un lien nécessaire entre l'importance du montant stipulé et le caractère « comminatoire » de la stipulation¹⁹, synonyme de qualification de clause pénale et d'application de la révision judiciaire, on doit reconnaître que l'hésitation est permise quant au sort à réserver à l'argumentation du pourvoi.

A cet égard, il nous semble que plusieurs options se font jour. Nous n'y inclurons pas celle de la censure, qui impliquerait une adhésion pure et simple à l'idée transparaissant de certains arrêts de la chambre commerciale selon laquelle le caractère comminatoire de la clause s'induirait nécessairement de l'importance de l'indemnité stipulée, alors que les mérites de celle-ci (si tant est que les arrêts cités plus haut en reflètent fidèlement la doctrine²⁰) nous paraissent discutables, notamment en ce que cette analyse semble procéder d'un raisonnement essentiellement « quantitatif » au détriment de l'aspect psychologique et téléologique qu'impose aussi la qualification de la clause.

La première option envisageable serait celle de suivre le demandeur au pourvoi dans sa suggestion de réunion d'une chambre mixte, sur la base du constat d'une incertitude sur l'unité des solutions jurisprudentielles quant aux critères de qualification de la clause pénale, compte tenu notamment de la position adoptée par la chambre commerciale tendant à qualifier telles des stipulations, indépendamment de l'existence d'une inexécution. Mais vous pourriez aussi considérer qu'une divergence de jurisprudence entre les chambres de notre cour n'est pas avérée²¹.

Aussi bien pourriez-vous alors retenir la seconde option, qui nous paraît être celle d'un rejet, au bénéfice de l'observation que l'ordonnance attaquée a justement relevé que l'indemnité en cause était stipulée hors toute inexécution, et en contrepartie d'un engagement de l'avocate à ne pas réviser ses honoraires, et que l'ordonnance attaquée a pu déduire de ces éléments que la clause litigieuse ne constituait pas une clause pénale susceptible de révision judiciaire.

¹⁹ V. les décisions citées *supra*.

²⁰ On ne manquera pas d'observer à cet égard que le seul arrêt publié de la chambre commerciale évoqué dans les débats (Cass. com., 14 oct. 1997 : n° 95-11448 ; Bull. civ. IV, n° 255) ne se rattache nullement à cette idée, et qualifie de dédit l'indemnité prévue par une clause de résiliation anticipée.

²¹ On ne saurait en tout cas inférer une position de notre chambre opposée à celle de la chambre commerciale à partir de l'arrêt du 13 juin 2013 (n° 12-21300) : si notre chambre a bien retenu dans cette décision la qualification de clause de dédit, on ne peut manquer de souligner que l'indemnité prévue ne couvrait pas l'intégralité des sommes dues jusqu'au terme du contrat (l'indemnité était de 75% du montant annuel jusqu'au terme du contrat).

Avis de rejet