

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

C E N T R E D E D R O I T D E S O B L I G A T I O N S

Entre prudence et audace ...

**Réflexions sur la récente modification des dispositions
du Code civil relatives à la clause pénale et aux
intérêts moratoires**

par
Catherine DELFORGE

Doc. 99/30

Entre prudence et audace ...

Réflexions sur la récente modification des dispositions du Code civil relatives à la clause pénale et aux intérêts moratoires¹

par

Catherine DELFORGE

Revue du notariat Belge, novembre 1999, pp. 594 à 624.

« Les juristes veulent dire : « Cela est juste parce que cela a été voulu ». Il faut désormais que l'on dise « Cela doit être voulu parce que cela est juste » »

SALEILLES²

La révolution industrielle a vu l'émergence d'une économie de masse, et avec elle une rapidité sans cesse croissante des échanges commerciaux. Une telle évolution s'est notamment marquée, dans le domaine contractuel, par une rédaction de plus en plus unilatérale des conventions qui formalise aujourd'hui certainement la majorité des accords conclus. Le contractant se trouve alors face à un choix bien limité puisque rares sont encore les hypothèses où il est en mesure de mener une véritable discussion quant au contenu de l'engagement auquel il va être soumis³. La liberté se confine au simple choix d'accepter ou non des conditions "généralisées", détachées de toute réalité particulière. La standardisation des accords joue comme une limitation supplémentaire du droit du contractant qui, bien souvent, s'il refuse de se soumettre à ce qu'on lui propose, ne pourra trouver ailleurs la protection qu'il recherche.

La rédaction unilatérale des conventions n'est pas abusive en soi. Elle est même signe de progrès et de rationalisation et, en ce sens, est parfaitement admissible. Il reste que des clauses dont la portée est largement plus favorable à l'un des contractants sommeillent souvent dans de telles conventions. Il en est ainsi particulièrement des clauses pénales⁴.

Face à l'incapacité des parties de s'assurer un égal accès à la préservation des droits qu'elles tirent de la convention, le rôle du juge n'a cessé de s'étendre. Avec lui ont pris place autant de limitations à une liberté contractuelle de plus en plus utopique.

Le juge ne peut s'ingérer dans la relation contractuelle qui lie les parties, sauf lorsque des impératifs supérieurs justifient une telle immixtion. L'on craint que le contrôle interne qu'il puisse exercer sur les obligations souscrites ne porte atteinte à l'autonomie des volontés et au principe de la convention-loi inscrit à l'article 1134 du Code civil. En protégeant un contractant contre l'autre, le juge fait cependant une juste application de ces principes et leur redonne une actualité conforme au contexte sociologique dans lequel ils s'inscrivent aujourd'hui. Lorsque le juge interdit à une partie de retirer un profit disproportionné par rapport au dommage qui en découle pour l'autre, il ne fait en effet que rééquilibrer un rapport contractuel déstabilisé. Le

¹ Loi du 23 novembre 1998, *Mon.b.*, 13 janvier 1999, pp.901-902 ; *Doc. Chambre*, Session ordinaire 1997 - 1998, 16 juillet 1998, 1373 et *Ann.*, 16 juillet 1998.

² D'après E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Thèse, Paris, 1912, p.1.

³ Comme le relevait E. GOUNOT (*o.c.*, p.13), le monde a évolué et, avec lui, la conception du contrat. L'on est loin du « vieux contrat traditionnel où deux personnes d'identique situation juridique et de puissance économique égale en posent et discutent en un libre débat leurs prétentions opposées, font des concessions réciproques et finissent par conclure un accord dont ils ont pesé tous les termes et qui est bien véritablement l'expression de leur commune volonté ». Ces contrats existent encore aujourd'hui, mais ils demeurent pour la grande majorité épargnés par les conflits judiciaires.

⁴ Il va de soi que l'énormité des clauses pénales peut tout aussi bien être constatée dans un contrat négocié que dans un contrat d'adhésion. Elle y est cependant beaucoup moins fréquente. C'est par ailleurs principalement pour cette raison qu'une plus grande rigueur caractérise le régime qui y est applicable. C'est pourquoi également nous n'hésitons pas à tracer un lien entre ces deux institutions.

principe de la convention-loi n'est tel que lorsque les consentements sont autonomes et entiers. Ainsi, l'intervention du juge porte-t-elle atteinte aux volontés des parties précisément parce que ces volontés sont présumées ne pas être libres⁵. L'« anachronisme irréversible »⁶ du mythe de l'égalité justifie alors seul une telle ingérence.

La clause pénale constitue un terrain propice au déploiement de la force d'un contractant sur l'autre tant il est aisé au créancier de s'enrichir injustement, en s'assurant, sous le voile de dommages et intérêts dus en cas d'inexécution, une véritable pénalité pourtant sanctionnée par le droit positif.

Toute disproportion du montant fixé dans la clause avec le dommage souffert n'est cependant pas condamnable. Le créancier a en effet souvent tendance à surévaluer le préjudice qu'il risque de subir afin de se prémunir contre toute erreur d'appréciation. Du fait qu'elle précède dans le temps l'élément générateur de son exigibilité, la clause pénale ne peut totalement esquiver le risque d'une inadéquation ultérieure avec le dommage subi, et cela ne peut être sanctionné comme tel.

Le principe demeure celui de l'admission de la clause pénale. En conséquence, elle s'impose tant aux parties qu'au juge (article 1134 du Code civil). Ce n'est que par exception, lorsque la clause paraît abusive ou lacunaire, que ce dernier sera appelé à intervenir.

Jusqu'à la récente modification législative des dispositions du Code civil, la Cour de cassation avait consacré la nullité des clauses pénales exorbitantes. Disqualifiées en peines privées, de telles clauses, en ce qu'elles procuraient au créancier un avantage disproportionné au regard du dommage résultant de l'inexécution, enfreignaient l'ordre public et les bonnes moeurs (articles 6, 1131 et 1133 du Code civil). En ce sens, elles devaient disparaître. Une certaine doctrine s'était élevée contre l'intransigeance d'une telle sanction et avait invité le législateur à revoir sa copie dans le sens d'une meilleure prise en compte des nécessités de la pratique. Celle-ci prônait une extension du pouvoir de révision reconnu au juge au-delà de l'hypothèse particulière de l'article 1231 ancien du Code.

Ce souhait a été entendu. La loi du 23 novembre 1998, tout en réaffirmant le caractère indemnitaire de la clause pénale, autorise désormais le juge à tempérer, dans les limites de ce qu'aurait permis le droit commun, les excès qu'elle pourrait contenir.

La doctrine majoritaire applaudira certainement une telle reconnaissance d'un pouvoir modérateur des clauses pénales abusives. Il reste que, si l'objectif poursuivi par la nouvelle loi est louable, les nombreuses lacunes dont elle regorge risquent bien de ne pas davantage servir la pratique.

Nous nous proposons, dans le cadre de la présente étude, d'analyser de manière succincte l'économie de la loi du 23 novembre 1998, et d'en comparer le principe à celui qui sous-tend la protection plus rigoureuse assurée par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur. Notre exposé se scindera en deux chapitres reprenant chacun de ces régimes. Dans le premier, consacré aux dispositions du droit commun inscrites dans le Code civil, nous tenterons d'arrêter les contours de la loi nouvelle. Ainsi, commencerons-nous par définir la clause pénale (section 1), pour ensuite nous attarder sur le régime lui est réservé et particulièrement sur le pouvoir de révision judiciaire aujourd'hui reconnu (section 2). Nous en profiterons enfin pour dire quelques mots du caractère d'ordre public ou simplement impératif des nouvelles dispositions (section 3), du régime transitoire qui s'y applique (section 4) ainsi que de ces institutions voisines que sont les théories de l'abus de droit et de la lésion qualifiée (section 5). Le second chapitre sera quant à lui orienté sur la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, et sur l'application qui lui a été donnée par la

⁵ A. DE BERSAQUES, « la notion de bonnes moeurs et la sanction des actes y contrevenant », *R.C.J.B.*, 1958, sp. pp. 191-192, n°13 et suivants.

⁶ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Paris, 1992, p.40.

jurisprudence récente (chapitre 2). Nous achèverons notre étude par une conclusion générale (chapitre 3).

Chapitre 1. Les nouvelles dispositions du Code civil

La loi du 23 novembre 1998 est le fruit d'une lente évolution, alimentée de débats intéressants. La question du pouvoir des parties et du juge face aux clauses pénales n'a en effet cessé de nourrir les controverses.

Le régime applicable à la clause pénale appelle une réponse à deux questions fondamentales. La première, qui touche au pouvoir reconnu aux parties dans l'élaboration de la convention, pose le choix de l'admission ou du rejet du caractère comminatoire de la clause. La seconde, qui amène davantage à s'interroger sur le pouvoir dont dispose le juge à l'égard de telles stipulations conventionnelles, invite à opter pour leur intangibilité ou leur réductibilité. Cette dernière interrogation est indépendante de la première, la clause indemnitaire pouvant tout autant que la clause comminatoire être soumise à un contrôle juridictionnel de son montant.

Section 1^{ère}. Définition de la clause pénale

Les dispositions du Code civil relatives à l'évaluation des dommages et intérêts dus en raison d'une inexécution fautive étant supplétives, les parties sont admises à fixer, préalablement à toute contestation, le montant qui sera dû. La clause pénale se présente ainsi comme une convention, accessoire à un contrat principal, qui fixe de manière forfaitaire les dommages et intérêts auxquels sera tenu le débiteur en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution. Bien qu'accessoire à l'obligation principale dont elle garantit le respect, la clause pénale n'en demeure pas moins autonome et soumise à des règles propres.

Sous l'empire des anciennes dispositions du Code civil, la clause pénale était traitée de manière peu cohérente et ambiguë. De manière peu cohérente, tout d'abord, parce que le régime qui y était applicable était scindé en deux parties. D'une part, l'article 1152 isolé – situé dans la section relative aux dommages et intérêts contractuels – garantissait l'intangibilité de la clause, alors que, d'autre part, les articles 1226 et suivants – inscrits dans la section consacrée aux obligations avec clauses pénales – précisaient l'ensemble du régime. De manière ambiguë ensuite, parce que deux dispositions semblaient fournir les éléments d'une définition de la clause. L'ancien article 1226 stipulait que « *la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour s'assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». La référence ainsi faite à la volonté du créancier de s'assurer, par la stipulation de la clause, l'exécution du contrat semblait admettre que la clause pénale soit un incitant à l'exécution. L'article 1229 précisait pourtant quant à lui que « *la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* », marquant ainsi en toute netteté son caractère purement indemnitaire.

Cette ambiguïté, aiguïlée par le maintien de la notion de « peine » dans les dispositions légales, généra de nombreuses discussions doctrinales quant à l'admissibilité du caractère coercitif de la clause. Celui-ci fut cependant formellement repoussé par la Cour de cassation. Dans un arrêt de principe du 17 avril 1970⁷, confirmé ensuite⁸, la Cour refusa d'entériner une lecture du texte légal autorisant les parties à stipuler de véritables peines et invita les juges à ne considérer comme étant des clauses pénales au sens du Code civil que les clauses qui ont en vue la seule réparation du dommage. Selon elle, lorsque le montant fixé est disproportionné par rapport au dommage prévisible au moment de la conclusion de la convention, la clause vise nécessairement

⁷ Cass. 17 avril 1970, *Arr.Cass.*, 1970, 754 et *J.T.*, 1970, p.545.

⁸ Cass., 24 décembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 302 et suivantes ; Cass., 1^{er} février 1974, *Arr.Cass.*, 1974, 601 et *Pas.*, I, 1974, 577 ; Cass., 8 février 1974, *Pas.*, 1974, I, 597 ; Cass., 17 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, 1059 ; Cass., 2 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 371 ; Cass., 21 novembre 1985, *J.T.*, 1986, 394 ; Plus récemment : Cass., 28 novembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, pp.290 et suivantes ; Cass., 3 février 1995, *Bull.*, 1995, p.130. Pour une application récente par les juridictions de fond : Comm. Liège, 15 mai 1997, *J.L.M.B.*, 1997, pp.1538-1540 ; Liège, 16 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1997, pp. 1540-1542.

autre chose que la compensation du préjudice⁹. En ce qu'elle prévoit une véritable pénalité, elle est contraire à l'ordre public (articles 6 du Code civil) et doit, partant, être frappée de nullité absolue¹⁰. La clause étant nulle, elle disparaît de l'ordonnancement juridique et seul le droit commun est appelé à guider, dans la limite des conclusions des parties, le juge dans l'évaluation du dommage réparable.

Le caractère éventuellement dissuasif d'une telle stipulation contractuelle ne serait alors que purement accidentel, voire inévitable, lorsque les parties fixent avant toute réalisation du dommage - et alors même que celui-ci ne se réalisera peut-être jamais - le montant destiné à compenser la perte de celui qui se trouvera victime de l'inexécution.

La réforme législative du 23 novembre 1998 approuve cette interprétation du texte légal qui privilégie la définition déduite de l'article 1229 du Code. Désormais, l'article 1226 nouveau consacre par ailleurs lui-même cette reconnaissance en définissant la clause pénale comme étant celle « *par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage subi par suite de la dite inexécution* ». Cette définition s'aligne sur celle déjà reprise par l'article 28 de la loi sur le concordat judiciaire du 17 juillet 1997¹¹.

Ainsi, la clause ne sera « pénale » au sens des dispositions du Code civil, que si elle est indemnitaire, c'est-à-dire si elle fixe, forfaitairement et - ajouterons-nous - raisonnablement, les dommages et intérêts destinés à compenser le dommage prévisible au moment de la conclusion de la convention.

Si le choix législatif est clair, il reste que le maintien du qualificatif « pénal » est peu approprié si l'on dépouille de telles clauses de toute fonction coercitive. Sans doute, aurait-il été plus judicieux de lui substituer la terminologie française où la clause est qualifiée de « clause d'indemnisation forfaitaire »¹². Dans le même sens, nous ne percevons pas la pertinence de

⁹ Dans son arrêt du 17 avril 1970, la Cour de cassation avait souligné que la clause procurait au créancier un bénéfice beaucoup plus important que l'exécution normale du contrat attestant ainsi de ce qu'il avait spéculé sur l'inexécution. L'on s'est interrogé sur la portée de cette référence à une « spéculation illicite » du créancier. Il ne semble pas cependant qu'il s'agisse là d'une condition à part entière de la disqualification de la clause pénale en une peine. L'arrêt du 24 novembre 1972 plaide par ailleurs en faveur de cette thèse en ce sens que la Cour a admis que le caractère comminatoire de la clause soit déduit de la seule énormité de son montant (Cass., 24 novembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, pp.302 et suivantes et note I. MOREAU-MARGREVE).

Le seul critère fonctionnel - fonction réparatrice de la clause - est déterminant. Les autres ne sont que des indices de sa présence.

¹⁰ Selon la Cour, « puisque, selon l'article 1229 du Code civil, la clause pénale est la compensation de dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale, le juge, lorsqu'il décide que la somme stipulée ne peut être une réparation du dommage, peut légalement en déduire qu'il ne s'agit pas d'une clause pénale et que les dispositions de l'article 1152 du Code civil ne sont pas applicables ; lorsque le juge constate que la clause litigieuse ne peut être une réparation du dommage et procure au créancier un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat, il motive régulièrement sa décision en estimant la clause, pour cette raison, contraire aux dispositions de l'article 6 du Code civil ».

Doit donc être frappée de nullité, la clause procurant au créancier un bénéfice disproportionné par rapport au dommage en résultant pour le débiteur (Cass., 24 décembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p.302) ou dont le montant est excessif (Cass., 17 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, p.1059).

¹¹ Loi du 17 juillet 1997 sur le concordat judiciaire, *Mon.b.*, 28 octobre 1997.

¹² La doctrine et la jurisprudence françaises se montrent plus confiantes de la volonté des parties et reçoivent volontiers le caractère coercitif inhérent à la clause pénale, tout en en sanctionnant les excès (D. MAZEAUD, *o.c.*, p.67 ; G. PAISANT, *v°* Clauses pénales, § 17, 18 et s., *Encyclopédie juridique Dalloz*). Inspirée par J. MESTRE, une *summa divisio* est ainsi opérée entre la clause pénale, par nature comminatoire, et l'aménagement préventif de la réparation destinée à compenser le dommage souffert par suite de l'inexécution fautive. Cette distinction fondamentale expliquerait selon Denis MAZEAUD les places respectives des dispositions régissant de telles clauses dans le Code civil. L'article 1152 - qui consacrait le principe de l'intangibilité - se situe dans la section relative aux dommages et intérêts, alors que l'article 1226 - qui parle de « s'assurer l'exécution des obligations » - se situe dans celle relative aux obligations avec clauses pénales. Selon l'auteur, l'admission d'un seul vocable - comme c'est le cas en Belgique - a pour conséquence une assimilation de deux réalités distinctes. C'est pour cette raison

maintenir l'article 1229 du Code qui, suite à la modification législative, n'est qu'une répétition de la définition inscrite à l'article 1226.

Le rejet de la fonction coercitive de la clause pénale avait été vivement critiqué par certains auteurs après l'arrêt de principe de la Cour de cassation du 17 avril 1970¹³. Selon eux, la pratique des cours et tribunaux témoigne de la raison dont font preuve les parties contractantes dans la rédaction de leurs conventions et de la rareté des « fraudes » contractuelles.

Nous approuvons quant à nous la confirmation légale de la seule fonction indemnitaire des clauses pénales. Il ne nous semblerait en effet pas sain que les parties – ou dirons-nous dans la majorité des cas, le créancier – puissent se faire justice en comminant de véritables peines dépourvues de tout contrôle judiciaire préalable. Il est vrai que l'admission du caractère comminatoire de la clause pénale n'emporte pas nécessairement l'exclusion de tout contrôle. Il en est ainsi en France, où le juge sanctionne aussi bien les clauses pénales excessives que les clauses d'indemnisation forfaitaires énormes au regard du dommage souffert. Certes. Mais n'est-ce pas là ouvrir la porte aux abus et se montrer bien libéral ? Nous pensons que le contrôle juridictionnel doit être préalable et non postérieur à la peine. En ce sens, nous ne partageons pas la volonté de certains d'admettre une telle mesure qui risque, dans bien des cas, d'être l'instrument de la domination d'un contractant sur l'autre.

La doctrine a souvent tiré argument de l'introduction de l'astreinte dans le droit belge pour plaider pour l'admission du caractère comminatoire de la clause pénale. Cet argument ne nous paraît pas, à lui seul, suffisant. Il est vrai que la clause pénale et l'astreinte partagent cet objectif principal d'assurer la discipline contractuelle en incitant à l'exécution des obligations souscrites alors que l'adage *Nemo praecise potest cogi ad factum* empêche l'exécution forcée de l'obligation. Mais l'astreinte poursuit un second but qui la distingue fondamentalement de la clause pénale. Elle est prononcée par un juge – et non déterminée par les contractants – en vue de forcer le respect d'une décision de justice. L'objectif poursuivi est ainsi un objectif d'intérêt général. Jamais une astreinte ne pourra être comminée sans que le juge n'en ait vérifié les éléments constitutifs. Dans cette appréciation, celui-ci sera tenu d'analyser dans quelle mesure le débiteur est récalcitrant et combien est important le risque d'inexécution. Il aura égard à la situation de ce débiteur, et fixera le montant de l'astreinte en fonction de ses capacités contributives, éventuellement au-delà de la demande du créancier de l'obligation inexécutée¹⁴. L'astreinte n'est pas automatique. Son octroi nécessite, en principe, que le créancier fasse état de circonstances particulières. Cette garantie – celle du contrôle juridictionnel des circonstances de fait dans lesquelles s'inscrit le prononcé de l'astreinte – protège des abus les contractants faibles et en ce sens, nous paraît fondamentale.

qu'en 1975, la volonté de réformer le régime applicable aux clauses pénales a été l'occasion de repenser la « confusion » inscrite dans le Code civil. L'article 1226 du Code civil a été maintenu dans sa formulation originale alors que l'article 1152 a fait l'objet d'une modification substantielle puisqu'elle reconnaît désormais un pouvoir de modération ou d'augmentation de la clause excessive ou dérisoire (Lois 75-597 du 9 juillet 1975 et 85-1097 du 11 octobre 1985).

¹³ J. VAN RYN, « Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil », *J.T.*, 1980, p.556 ; I. MOREAU-MARGREVE, « Pour un pouvoir de révision de la clause pénale », *J.T.*, 1976, p.642 et note sous Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.* ; 1972, spécialement les pp. 486 et suivantes ; J. THILMANY, « La clause pénale en droit belge », *D.P.C.I.*, 1982, t.8, p.450.

¹⁴ Comme le soulignait Madame I. MOREAU-MARGREVE (« Principes généraux », in *Dix ans d'application de l'astreinte en droit belge*, Ed. Créadif, 1991, p.36), « Dans cette perspective, pour décider s'il acceptera ou non l'astreinte, le juge se placera tant au point de vue du demandeur que du défendeur (...) Au point de vue du défendeur, le juge mesurera la force dissuasive de l'astreinte à son égard ; il évitera de prononcer l'astreinte si le défendeur se révèle particulièrement obtus ou s'il est totalement démuné de ressources ou si l'exécution sous la menace d'une astreinte paraît irréaliste ; le juge écartera aussi l'astreinte s'il a la conviction que le condamné respectera, sans astreinte, l'ordre qu'il lui adresse. ». Dans le même sens, les motifs de la convention Benelux (*Doc.Parl.*, Chambre, session 1977-1978, 353/1, p.16) précisaient que le taux de l'astreinte devait être fixé « en fonction de la nature et des circonstances de la cause, notamment des ressources et du comportement du débiteur (...) ».

Plus pertinente semble être l'objection déduite de l'admission d'autres « peines » conventionnelles telles que les clauses de déchéance du terme ou de la garantie ou encore les pactes commissaires¹⁵. La comparaison avec les clauses pénales se révèle en effet plus judicieuse car, dans les deux cas, il s'agit de sanctions contractuellement établies. La réception de tels moyens de pression conventionnels dans l'ordre juridique plaide certainement en faveur d'une plus grande souplesse vis-à-vis de la clause pénale comminatoire. Mais la reconnaissance d'autres sanctions ne nous semble pas davantage justifier à elle seule l'acceptation du principe de la clause pénale répressive.

L'admission de la fonction coercitive est une question fondamentale et des arguments d'égale pertinence peuvent certainement être dégagés à l'appui de l'une ou l'autre thèse. Un tel choix de politique juridique ne revient cependant pas aux auteurs et praticiens, mais appelle une intervention législative. Voilà chose faite. Si notre conviction nous porte à acquiescer à l'option préférée, nous ne nions nullement l'utilité, dans la pratique contractuelle, de ces « incitants » à l'exécution. L'exécution de l'obligation souscrite est en effet l'objet même du contrat et les réticences de certains débiteurs à s'exécuter ne peuvent être négligées. Certainement est-ce être fort strict que de refuser toute confiance aux contractants par prudence ou par appréhension. Certainement la rigueur du principe dépasse-t-elle la seule crainte d'abus qui devrait rester marginale. Il reste que le développement des contrats d'adhésion emporte un accroissement de ce risque qu'il convient de juguler. Seul un choix clair et précis allant dans le sens d'une garantie plus grande de l'équilibre contractuel nous paraît servir ce souhait.

Section 2. Le régime applicable à la clause pénale

§ 1^{er}. Champ d'application matériel de la loi nouvelle

Deux remarques concernant le champ d'application des dispositions nouvelles doivent préalablement être formulées.

La première a plus particulièrement trait à l'article 1231. La disposition semble ne viser que les clauses pénales imposant le paiement d'une somme d'argent, alors que la réparation pourrait tout aussi bien consister en une obligation de faire ou ne pas faire. Cette lacune de la réforme ne devrait cependant pas prêter à conséquence, un raisonnement par analogie devant être défendu afin de garantir la cohérence du régime¹⁶¹⁷.

Cette clarification faite, les dispositions du Code sont destinées à régir l'ensemble des contrats, assurant ainsi une protection horizontale. L'affirmation doit cependant être nuancée par une seconde précision. La loi nouvelle ne porte pas préjudice aux réglementations particulières plus protectrices, comme c'est le cas, principalement, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection des consommateurs ou de la loi du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation.

Cette volonté est certaine dans les travaux préparatoires. La Commission chargée des problèmes de droit commercial et économique a en effet formellement considéré que les dispositions du Code ne s'appliqueraient qu'aux contrats conclus entre « commerçants » ou « professionnels »¹⁸. C'est omettre cependant que la loi du 14 juillet 1991 ne régit quant à elle que les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur (cfr *infra*). Doivent partant

¹⁵ I. MOREAU-MARGREVE, *o.c.*, R.C.J.B., 1972, p.495.

¹⁶ Dans le même sens : P. WERY, « La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires : fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes ? », R.G.D.C., 1999, p.229 qui invite à une lecture « correctrice » du texte légal afin de soumettre l'ensemble des clauses pénales au pouvoir de modération reconnu par la nouvelle loi.

¹⁷ Déjà en 1992, la proposition déposée par le député CEREXHE - qui prévoyait en substance les mêmes principes que ceux défendus par Monsieur WILLEMS - contenait la même carence. L'auteur de cette initiative avait pourtant clairement affirmé que le texte entendait également couvrir les hypothèses où la clause pénale stipulait une obligation de faire ou de ne pas faire (Proposition CEREXHE, *Doc.Parl.*, Sénat, session 1991-1992, 182/1, p.7).

¹⁸ *Doc.Parl.*, Chambre, rapport de Monsieur LANO, 1997-1998, 1373/4, pp. 7 et 10.

être également intégrés dans le champ des dispositions du Code civil les contrats conclus entre deux consommateurs.

§2. La sanction : nullité ou révision ?

A. La solution antérieure

L'institution de la clause pénale est ancienne. En droit romain déjà, la *stipulatio poenae* permettait au créancier d'évaluer en une *certainae pecuniae* les obligations de donner, faire ou ne pas faire¹⁹ auxquelles était astreint son débiteur. La conception romaniste originaire autorisait le rôle comminatoire de telles stipulations dont il était cependant admis qu'au nom de l'équité, le juge en tempère le montant.

En des termes ambigus, le Code civil a repris l'institution, mais a, dans un premier temps, dénié au juge tout pouvoir quant à son contenu. Bien au contraire, le principe de la convention-loi se trouvait dans ce domaine réaffirmé par une disposition spécifique. L'article 1152 précisait en effet que « *lorsque la convention porte que celui qui manquera de s'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre* ». Ce texte ne souffrait qu'une exception, lorsque le débiteur avait partiellement exécuté son obligation alors que la clause pénale ne prévoyait que l'hypothèse d'une inexécution totale (article 1231 ancien).

Le principe de l'immutabilité des clauses pénales a ouvert la porte aux abus. Le développement du professionnalisme contractuel et la multiplication des contrats d'adhésion a accru ce phénomène. C'est alors par application des principes traditionnels du droit des obligations que la jurisprudence a tenté de nuancer le principe. Le dol, le partage des responsabilités ou encore la lésion qualifiée ou l'abus de droit ont constitué autant d'éléments de contrôle des clauses pénales, repoussant ainsi leur application inconditionnelle.

B. Le principe nouveau : un pouvoir de révision étendu

1) Réductibilité de la clause pénale en cas d'exécution partielle

Initialement, l'intangibilité de la clause pénale n'était – légalement²⁰ – tenue en échec que dans une hypothèse particulière²¹. L'article 1231 ancien énonçait en effet que « *la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie* ».

Cette disposition qui, une fois sortie de l'ombre, a suscité des débats fort intéressants, doit cependant – et la doctrine majoritaire plaide en faveur de cette thèse²² – être lue restrictivement. Ainsi, n'a-t-elle d'autre sens que de permettre une réduction de l'indemnité lorsque, en cas d'exécution partielle, la clause pénale stipulée ne prévoit que l'hypothèse d'une inexécution totale du débiteur. Autorisant le juge à combler cette lacune du contrat, le législateur avait réduit à peu de choses la faculté de révision.

¹⁹ H. DE PAGE, *Traité*, 1967, 3^{ème} édition, p.154, n°119.

²⁰ Il faut sur ce point réserver la consécration d'un pouvoir de révision dans certaines législations particulières, telles que la loi sur la vente à tempérament.

En outre, avant la loi du 23 novembre 1998, certains juges réduisaient déjà les clauses pénales qu'ils jugeaient excessives. Après avoir prononcé la nullité de la clause, ceux-ci substituaient en effet d'initiative au montant réclamé une indemnité, le cas échéant évaluée *ex æquo et bono*, perçue comme plus raisonnable. Cette pratique, qui heurtait de front la jurisprudence de la Cour de cassation, est plus que critiquable en ce qu'elle méconnaît le principe dispositif inscrit dans les articles 807 et 1138 du Code judiciaire. Pour ce qui est de la doctrine, le Professeur D. VAN GERVEN (« *Matiging van verhogingsbedingen* », *R.W.*, 1976-1977, col.1379) préconisait quant à lui une nullité partielle de la clause exorbitante, permettant ainsi indirectement une réduction de celle-ci.

²¹ Pour une analyse approfondie du régime applicable à cette disposition, nous renvoyons à P. WERY, note sous Cass., 10 avril 1997, *R.C.J.B.*, 1998, pp.619 et suivantes, « *L'adaptation judiciaire de la clause pénale en cas d'exécution partielle* ».

²² H. DE PAGE, *Traité*, 1967, p.163, n°125 ; P. WERY, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1999, p.235 ; M. COIPEL, *Eléments de théorie générale des contrats*, Story scientia, 1999, p.199, n°299 citant notamment l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 avril 1997 (*J.L.M.B.*, 1997, p.119) ; P. WERY, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1998, pp. 619 et suivantes.

Cette hypothèse de réduction est maintenue par la loi nouvelle. L'article 1231, §2 énonce en effet le même principe. La formulation est cependant différente. Alors que l'ancien texte autorisait le juge à « modifier » la clause, le nouveau parle de la « réduire ». Aucune conclusion particulière ne semble cependant devoir être déduite de cette substitution de termes, la volonté du législateur étant sans conteste de maintenir l'interprétation antérieurement dégagée par la doctrine.

Plus délicate est la question de la portée qu'il faut reconnaître au § 3 de l'article 1231. Celui-ci répute en effet non écrite « toute clause contraire au présent article ». Que faut-il en déduire ?

Comme le relève très justement P. WERY²³, la clause « contraire » au § 2 peut être de deux ordres. Elle peut, tout d'abord, prévoir qu'aucune réduction du montant de la clause pénale n'est permise indépendamment d'une exécution partielle. Auquel cas, il se conçoit aisément que la clause soit réputée non écrite, puisque son application ferait échec au pouvoir modérateur reconnu par le §2 de la même disposition.

Il est, ensuite, envisageable que la clause soit « contraire » en ce sens qu'elle prévoit l'hypothèse d'une exécution partielle. Le juge est également privé de son pouvoir de réduction. Cela n'a du reste rien de choquant puisque, précisément, l'intervention du juge était limitée aux seuls cas où le contrat était lacunaire. Si les parties ont été attentives à toutes les hypothèses d'exécution défectueuse, il est logique que le juge soit tenu de respecter la clause, pour autant bien entendu

que celle-ci soit conforme au § 1^{er}. On comprendrait alors difficilement que cette clause, parce qu'elle est « contraire », doive être réputée non écrite. Cela n'aurait aucun sens. Le législateur n'a sans doute pas perçu que les termes du § 3, de par leur formulation trop large, risquaient ainsi d'invalidier des clauses qui ne doivent pas l'être.

Nous pensons avec P. WERY qu'il convient en conséquence de limiter la portée de ce § aux seules clauses excluant l'intervention du juge alors que l'unique hypothèse anticipée par les parties est celle d'une inexécution totale.

2) Réductibilité de la clause en cas d'excès manifeste

2.1. Le principe

L'article 1231 du Code a fait l'objet d'un remodelage profond en ce sens qu'il consacre désormais un pouvoir plus étendu de réduction. Le nouveau § 1^{er} de cette disposition énonce en effet que « *le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention* ». Il ajoute qu'« *en cas de révision le juge ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale* ». Parallèlement, le nouvel article 1153 consacre une solution analogue en ce qui concerne les intérêts moratoires excessifs au regard du dommage subi (cfr *infra*).

L'idée qui a présidé à l'élaboration du nouveau texte était de ne juguler que les abus manifestes²⁴. Face à un tel objectif d'équité, il était préférable que le juge puisse moduler la clause afin de la rendre conforme à ce qui lui semblait juste au regard des circonstances de l'espèce. À la sanction rigide comminée par les juridictions de fond sur la base des articles 6, 1131 et 1133 du Code civil, est substitué un pouvoir de modération limité aux cas marginaux. Les dommages et intérêts conventionnels sont ainsi ramenés dans des limites raisonnables, sans que le créancier ne soit totalement privé de son droit à réparation.

Le texte légal fait écho à une importante doctrine²⁵ qui, depuis les années 70, plaidait avec force pour la reconnaissance d'un pouvoir de révision.

²³ P. WERY, *o.c.*, *R.G.D.C.*, pp.235 et suivantes et *o.c.*, *R.C.J.B.*, 1998/4, pp.652-653, n°25-26

²⁴ *Doc.Parl.*, Chambre, 1373/4, p.3

²⁵ I. MOREAU-MARGREVE, « Une institution en crise : la clause pénale », note sous Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, 454 et « Pour un pouvoir de révision des clauses pénales »,

Si cette solution, sans conteste plus « pragmatique » - et conforme à la volonté des rédacteurs du Code civil -, nous semble devoir être accueillie dans son principe, on peut regretter que le législateur n'ait pas perçu la nécessité de sanctionner adéquatement la clause pénale dérisoire²⁶. L'abus peut jouer dans les deux sens et il est parfaitement envisageable que la partie digne de protection soit le créancier de l'obligation principale.

2.2. Conditions de l'exercice du pouvoir de modération : un « excès manifeste »

L'article 1231 nouveau §1^{er} du Code civil permet au juge de réduire la clause pénale qui lui paraît manifestement excessive au regard du montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention. Dans le même sens, l'article 1153 relatif aux intérêts moratoires précise un pouvoir identique de révision de la clause fixant un intérêt qui excède manifestement le dommage subi (*sic*) à la suite de ce retard (cfr *infra*).

Ainsi, l'excès ne suffit pas. Il est en effet inévitable, et en lui-même dépourvu d'abus. Le sanctionner systématiquement attenterait par ailleurs fortement à la sécurité juridique. Il faut que la disproportion soit « manifeste », évidente, palpable pour une volonté normalement constituée.

Cette exigence vise en réalité à délimiter le pouvoir d'appréciation du juge. Cantonné dans une appréciation marginale (*marginale toetsing*), celui-ci sera amené à apprécier si la clause serait perçue comme manifestement excessive par tout homme normalement prudent et raisonnable. Certaines clauses pénales au sens de la loi pourront ainsi être excessives, sans l'être « manifestement », et resteront soumises au principe de l'intangibilité. L'exigence du dépassement manifeste atteste de ce que la réduction de la clause doit rester un ultime remède, lorsque l'équité se trouve gravement mutilée. Cette affirmation témoigne également du fait que le caractère accidentel de l'effet dissuasif de la clause ne peut jamais être totalement exclu tant l'évaluation préalable du dommage présente une marge d'incertitude qui ne peut être sanctionnée en tant que telle. Seuls les abus objectivement reconnus dans l'opinion commune le seront²⁸. Et c'est bien là la volonté législative.

Les travaux préparatoires restent fort laconiques quant aux critères devant guider le juge dans cette appréciation. Ce qui est certain, c'est que celui-ci devra avoir égard aux « circonstances réelles de l'affaire »²⁹ et ne pourra descendre en deçà de ce que le créancier aurait pu prétendre en vertu du droit commun, dans le premier cas, ou par application de l'intérêt légal dans le second.

Parmi les éléments soumis à son appréciation, le dommage réellement subi à la suite de l'inexécution ou du retard dans l'exécution peut constituer un indice. La Cour de cassation l'admet par ailleurs³⁰. Mais il ne peut être l'unique référence puisque seul est sanctionné l'abus présent au moment de la conclusion du contrat, c'est-à-dire celui qui s'est manifesté alors même qu'aucun dommage n'était souffert³¹. La clause pénale consiste en une anticipation. Les parties

J.T., 1976, p.642 ; D. VAN GERVEN, « Matiging van verhogingsbedingen », R.W., 1976-1977, col.1379.

²⁶ POTHIER (cité par P. WERY, o.c., R.C.J.B., 1998, p.623, note 15), dont les thèses ont fortement inspiré les rédacteurs du Code civil, avait pourtant reconnu cette faculté au juge, lorsqu'il apparaissait ultérieurement que le dommage réellement subi excédait le montant convenu.

²⁷ A défaut de règle particulière, la clause pénale dérisoire reste soumise au droit commun des obligations. Ainsi pourra-t-elle, par exemple, être sanctionnée lorsque la loi prohibe les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

²⁸ Un parallèle évident peut être fait avec les propos de S. STIJNS dans son article consacré à l'abus de droit (« Abus : mais de quel(s) droit(s) ? », J.T., 1991, p.43, n°3.4.8) : « Ceci implique également l'existence d'une marge à l'intérieur de laquelle l'exercice d'un droit peut être, aux yeux du juge, anormal ou déraisonnable sans être objectivement (aux yeux de l'opinion générale) fautif : la marge de libre appréciation laisse au titulaire du droit un droit à la différence d'appréciation (...) ».

²⁹ Doc.Parl., Chambre, 1373/1, p.5

³⁰ Cass., 29 février 1996, Bull., 1996, p.221.

³¹ Cass., 28 novembre 1980, R.W., 1981-1982, col.1845 : Il faut se référer au seul dommage potentiel, sans que le créancier n'ait à établir le dommage qu'il souffre réellement.

évaluent, avec une marge d'incertitude inévitable, le préjudice qu'elles pensent voir se réaliser. Le juge, dans l'appréciation du montant raisonnable, ne peut alors inclure dans sa réflexion les éléments du dommage qui sont postérieurs à la formation de la clause et dont la survenance et/ou l'étendue n'étaient pas prévisibles pour un homme normalement diligent³². Il est certain que la frontière est floue, et que le risque de s'aligner sur le dommage réel est important³³.

D'un point de vue pratique, l'appréciation du caractère « manifestement excessif » peut être de deux ordres. Elle peut tout d'abord être « *subjective* » et impliquer du juge qu'il prête attention aux circonstances de la cause et au comportement des parties (qualité du rapport juridique, inégalité, comportement conforme à la bonne foi...). Elle peut, ensuite, être plus « *objective* », et ne déduire le caractère « manifestement excessif » de la clause que de la proportionnalité du montant stipulé avec le dommage prévisible.

Les travaux préparatoires témoignaient clairement d'une préférence pour le second critère d'appréciation, en ce qu'il permet une application unitaire des solutions dégagées et ainsi une plus grande sécurité juridique³⁴. Le juge ne peut cependant se départir d'une appréciation du contexte dans lequel s'insère la clause. L'abus manifeste doit être apprécié au regard de la globalité du contrat.

La définition de l'excès manifeste est contingente et son appréciation bien périlleuse. Comme le relevait H. DE PAGE³⁵, « on peut se demander tout d'abord ce que c'est qu'une clause pénale excessive. L'idée, superficiellement, est claire. Mais en fait, in concreto, à quelle limite s'arrêtera-t-on ? Et comment empêcher le juge d'enlever tout effet quelconque à la clause pénale, en n'allouant, sous couleur de réduction, que les dommages et intérêts de droit commun ? Car enfin, la clause pénale conserve tout de même un sens (...) ».

Il nous paraît primordial que les juges prennent soin de motiver adéquatement leurs sentences, en argumentant en quoi, en l'espèce, le montant de la clause apparaît manifestement excessif ou disproportionné. Il s'agit là d'une garantie, parmi d'autres, qui devrait permettre la plus grande uniformisation possible des décisions de justice et une diminution du risque d'arbitraire pouvant être généré par une trop grande disparité des motivations.

L'application de la sanction de nullité était rassurante. La clause ayant disparu de l'ordonnancement juridique, c'était au créancier à fournir au juge les éléments probants attestant de l'étendue de son dommage réel. Et le débiteur n'était tenu qu'à cela. La reconnaissance d'un pouvoir de réduction, jouant d'office et dans les limites de ce qu'aurait permis le droit commun, invite-t-il tout autant le créancier à fournir une telle preuve ? Ou est-ce le juge qui, d'autorité, devra substituer au premier montant un autre, qu'il estime, lui, raisonnable aux yeux de l'opinion publique ?

L'on perçoit alors toute la difficulté d'une telle démarche. Les divergences d'appréciation seront inéluctables, et la protection du débiteur d'autant réduite.

Ainsi les clauses pénales sont-elles investies, *prima facie*, d'une présomption de validité qui ne pourra être renversée que s'il s'avère qu'elle susciterait l'assentiment de tous.

³² I. MOREAU-MARGREVE, *o.c.*, R.C.J.B., 1972, sp. p.488.

³³ La pratique atteste de l'immense difficulté pour les juges de faire totalement fi du dommage réellement subi (V., par exemple, J.P., 11 juin 1975, J.J.P., 1976, p.50 qui se réfère uniquement au dommage réel pour constater l'excès de la clause). Surtout parce qu'il s'agit là bien souvent de la seule donnée tangible et vérifiable susceptible de guider une appréciation bien aléatoire. Ne se référer qu'à cet élément serait cependant erroné (P. WERY, *o.c.*, R.C.J.B., 1998, pp.649-651). L'on aboutirait en effet à réintroduire indirectement un débat sur l'existence et l'étendue du dommage alors que précisément, en stipulant une clause pénale, les parties ont entendu refuser un tel questionnement.

³⁴ Doc.Parl., Chambre, 1997-1998, 1373/1, p.6, article 4.

³⁵ H. DE PAGE, *Traité*, 1967, pp.162-163, n°124 bis

2.3. Les limites du pouvoir de révision des clauses pénales excessives

L'article 1231 §1er précise que le juge ne peut réduire la clause en deçà de ce qui aurait été dû en l'absence de clause pénale. Il ne pourrait ainsi prendre appui sur le pouvoir de modération qui lui est reconnu pour déroger aux règles de la responsabilité contractuelle.

M. COIPEL³⁶ a relevé un effet pervers des dispositions nouvelles qui, alors qu'elles se veulent protectrices des débiteurs défaillants, risquent au contraire de leur être préjudiciables. L'on peut craindre en effet que la réduction d'office des clauses pénales excessives, dans les limites de ce qui aurait été dû sur base du droit commun, ne devienne un incitant à la rédaction de clauses que l'on sait manifestement excessives.

N'ayant pas la certitude de pouvoir établir ultérieurement le quantum de leur dommage, certains créanciers peu scrupuleux risquent fort de stipuler volontairement des montants exorbitants afin d'être assurés d'obtenir quelque chose. La marge de risque est alors limitée. Soit, le débiteur ne conteste pas le caractère disproportionné de la clause et paye le montant conventionnellement admis, auquel cas le créancier recueillera un profit certain. Soit, au contraire, le débiteur relève le caractère déraisonnable de la clause stipulée. Le créancier obtiendra alors de toute façon une somme plus importante que ce qu'il eut pu escompter puisque le juge réduira la clause dans les limites de ce qu'il aurait estimé raisonnable si celle-ci n'avait pas existé. L'on perçoit ainsi que l'objectif de la loi nouvelle risque fort, non seulement de ne pas être atteint, mais bien davantage de mener à l'effet inverse.

L'on ne peut négliger cette conséquence négative qui, cependant, paraît bien inévitable à défaut d'exiger du créancier qu'il établisse lui-même la limite en deçà de laquelle le juge ne peut réduire la réparation due.

2.4. Le juge est-il tenu de réduire la clause excessive ?

L'article 1231 nouveau du Code civil énonce que le juge " peut " réduire la clause dont il constate l'excès. L'emploi d'une telle formulation laisse penser que le pouvoir de révision serait simplement facultatif, et que, malgré la constatation de l'énormité de la clause, le juge pourrait ne pas la réduire.

Commentant les anciennes dispositions du Code civil, J.A. ROGRON³⁷ approuvait cette interprétation du texte légal. L'usage du pouvoir de révision était laissé à l'arbitrage du juge, au regard des circonstances de la cause. Si une telle conclusion est admissible lorsque l'on a exclusivement en vue l'hypothèse d'une exécution partielle alors que la clause stipulée n'appréhende que celle d'une inexécution totale, elle paraît plus douteuse lorsque ce pouvoir de réduction s'étend au-delà. L'on ne pourrait admettre que les objectifs de la loi soient atteints alors que le juge laisserait subsister une clause dont il a préalablement constaté le caractère manifestement déraisonnable et disproportionné. La seule liberté qu'il peut s'arroger découle de l'appréciation des conditions mêmes de son intervention, à savoir celle de l'existence ou de l'inexistence d'un abus manifeste.

Ainsi nous semble-t-il nécessaire de considérer que l'usage de ce terme constitue un écueil supplémentaire qui est passé outre la vigilance du législateur.

2.5. Un pouvoir de réduction d'office des clauses pénales excessives

Afin d'assurer un contrôle efficace des clauses abusives, le juge peut se saisir d'office du moyen déduit de l'excès manifeste de la clause. Cette prérogative est importante si l'on songe aux nombreuses situations où le débiteur fait défaut à l'instance.

Sous l'empire de la jurisprudence de la Cour de cassation, la clause pénale comminatoire était considérée comme contraire à l'ordre public, et frappée d'une nullité absolue. Le caractère d'ordre public justifiait que le magistrat puisse soulever d'office le motif tiré de l'énormité de la clause.

³⁶ M. COIPEL, *o.c.*, n°307.

³⁷ J.A. ROGRON, *Code civil expliqué*, 1840, p.556, article 1231.

Les juges ont cependant peu usé de cette faculté³⁸.

La loi nouvelle autorise également le magistrat à réduire d'office la clause qu'il considère excessive³⁹. Ceci n'est pas chose aisée, et nous nous demandons quel écho y réservera la jurisprudence. Le juge est en effet appelé alors à substituer au montant stipulé par les parties un montant inférieur alors même que ces dernières n'auraient pas conclu sur ce point.

2.6. *L'annulation de la clause est-elle exclue ?*

Si la portée de la récente modification législative est importante, il faut, nous l'avons dit, constater que le pouvoir de modération reconnu au juge ne se meut pas dans un champ d'application illimité. L'annulation des clauses pénales abusives n'est en effet pas totalement exclue. D'une part, parce que les dispositions du Code civil étant générales, elles cèdent face aux normes particulières plus rigoureuses, telles que notamment celles établies par la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur ou encore par la loi du 12 juin 1992 sur le crédit à la consommation (cfr *infra*). D'autre part, parce que ce pouvoir ne pourra étendre son emprise que dans les hypothèses légales, qui, bien que larges, n'en demeurent pas moins limitées.

La question se pose en outre de savoir si la reconnaissance d'un pouvoir juridictionnel de révision des clauses pénales énormes fait désormais échec à l'application du droit commun des obligations, et particulièrement à l'annulation de telles clauses sur base de la jurisprudence antérieurement dégagée par la Cour de cassation.

L'interrogation mérite d'être suscitée, ne fut-ce parce que sa portée n'est pas purement théorique. Quelle attitude adoptera le juge si le débiteur défaillant invoque, non la révision de la clause, mais bien son annulation pour contrariété à l'ordre public ? En tant que cette dernière sanction est plus favorable au débiteur, en ce sens qu'elle exige du créancier qu'il établisse, à titre subsidiaire, l'étendue de son dommage réel, cette hypothèse ne doit pas être totalement négligée.

Les auteurs qui ont commenté la nouvelle loi ne font pas état de ces considérations et affirment que l'annulation est désormais exclue⁴⁰.

Nous ne serons pas aussi affirmative. En quoi en effet la consécration d'un pouvoir de réduction priverait-elle le débiteur du droit d'invoquer l'annulation de la clause exorbitante sur base des articles 6, 1131 et 1133 ? L'adoption de la loi nouvelle aurait-elle emporté avec elle le caractère d'ordre public de la protection antérieurement défendue par la Cour de cassation ? Nous ne le considérons pas.

Cette problématique n'a pas été perçue par les parlementaires. S'il est certain que l'esprit du texte tient davantage à la substitution des sanctions qu'à leur adjonction, nous ne pensons cependant pas que le juge éventuellement saisi sur base d'une contrariété à l'ordre public pourrait se voir reprocher d'avoir prononcé, après avoir constaté l'énormité de la clause, l'annulation de celle-ci.

³⁸ M. COIPEL, *o.c.*, p. 201.

³⁹ La proposition initiale déposée par Monsieur WILLEMS ne reconnaissait pas une telle faculté au juge. Seul le débiteur était reçu à invoquer le caractère comminatoire de la clause pénale à laquelle il était soumis (*Doc.Parl.*, Chambre, 1373/1, p.7). La proposition déposée par Monsieur CEREXHE allait également dans ce sens (*Doc.Parl.*, Sénat, 1991-1992, 182/1, p.7).

Notons enfin que le rapport présenté par Monsieur LANO témoigne de ce que le pouvoir de réduire d'office la clause énorme était justifié par la volonté du législateur de lutter contre la stipulation de peines privées (*Doc.Parl.*, Chambre, 1997-1998, 1373/4, p.7).

⁴⁰ P. WERY, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1999, p.229 ; M. COIPEL, *o.c.*, p.201, n°303 ; Fr. BRUYNS, « Chronique : le leasing », *J.T.*, 1999, p.210.

2.7. Nullité des clauses contraires

L'article 1231, §3 répute non écrites les clauses qui lui sont contraires. Ainsi, n'est-il pas permis aux parties d'évincer le pouvoir de contrôle reconnu au juge.

Il s'agit là d'une mesure élémentaire, nécessaire à la préservation des principes sous-jacents à la loi. L'on imagine en effet combien, dans le cas contraire, il serait aisé aux contractants d'insérer dans la convention une clause de style interdisant toute réductibilité de la clause, et de faire ainsi fi de la protection légale.

3) Réductibilité des clauses fixant le taux des intérêts moratoires à un montant excessif

Les nouvelles dispositions légales maintiennent, sans que l'on en perçoive la raison, une place différente aux clauses pénales et aux clauses fixant les intérêts moratoires, tout en leur appliquant un régime sensiblement identique. Si les deux s'accompagnent d'un pouvoir de réduction lorsqu'elles sont la manifestation d'un abus évident, les conditions de mise en œuvre de cette sanction diffèrent cependant.

L'article 1153 du Code civil permet au juge de réduire l'intérêt stipulé par le créancier lorsque celui-ci « *excède manifestement le dommage subi à la suite de ce retard* », et non pas, comme le précise l'article 1231, au dommage prévisible au moment de la conclusion de la convention. Cette référence au dommage réellement subi du fait du retard a été critiquée⁴¹. L'on sait en effet que seul doit guider le juge dans son appréciation du caractère excessif de l'intérêt, le dommage potentiel prévisible par les parties au moment de la formation de la convention. Si les parties ont entendu exclure, en cas de retard dans l'exécution, toute discussion quant au dommage réellement subi, cette volonté doit être respectée. Or, une telle formulation semble inviter le juge à exiger du créancier qu'il établisse, si le débiteur de la clause invoque son caractère excessif, que son préjudice réel n'est pas, de manière disproportionnée, inférieur au montant prévu dans la clause d'intérêts moratoires⁴².

Tout comme l'article 1231, l'article 1153 limite le pouvoir de réduction du juge. Lorsque le taux stipulé dépasse de manière déraisonnable le taux légal, le juge est autorisé à le réduire à concurrence de celui-ci. Cette mesure reste avantageuse pour le créancier, les placements bancaires atteignant rarement un taux de 7 %. Cependant, en se référant au dommage « subi », la loi permet au juge de réduire à un taux supérieur à la limitation ainsi prévue. Comme le relevait M. COIPEL, il s'agit là incontestablement d'un « cadeau empoisonné »⁴³.

Section 3. Caractère impératif ou d'ordre public des dispositions nouvelles

Les dispositions nouvelles ne sont pas supplétives de la volonté des parties contractantes. C'est une certitude. La qualification de leur nature – impérative ou d'ordre public – est par contre plus délicate⁴⁴. D'un côté, l'objectif fondamental qui sous-tend la réglementation des clauses pénales – à savoir lutter contre les peines privées – relève sans conteste de l'intérêt général. La jurisprudence dégagée par la Cour de cassation dont s'inspire la loi témoigne de cet objectif principal. La reconnaissance d'un pouvoir de réduction d'office atteste également de ce que la

⁴¹ P. WERY, o.c., R.G.D.C., 1999, p.234.

⁴² P. WERY invite en conséquence à lire cette disposition selon son esprit, et non selon les termes, et d'y appliquer la même solution que celle qui est applicable aux clauses pénales (o.c., R.G.D.C., 1999, p.234 et o.c., formation CUP, p.186).

Il ressort cependant des travaux préparatoires que la référence au dommage réel ait été consciente. Ainsi, Monsieur J.J. VISEUR avait-il invité le juge à « intervenir sur la base du dommage subi ». Cette attitude était principalement justifiée par le fait que l'intérêt légal est en soi généreux par rapport aux placements bancaires auxquels le créancier est susceptible de placer les sommes qui lui sont versées (Doc.Parl., Chambre, 1373/4, p.5).

Notons qu'une lecture littérale du texte amenant à comparer le forfait au dommage réel est conforme au principe admis par l'article 90 de la loi du 12 juin 1992 sur le crédit à la consommation.

⁴³ M. COIPEL, o.c., p.204.

⁴⁴ P. WERY, « Du neuf en matière de clause pénale », *Théorie générale des obligations, Formation CUP*, 1998, p.176.

protection légale contre les abus contractuels justifie qu'un contrôle soit exercé sur la clause alors même que les parties n'auraient pas soulevé ce point dans leurs conclusions. La procédure inquisitoire trouve alors place dans la défense de valeurs fondamentales, la protection du débiteur lui échappant au nom d'un intérêt supérieur.

D'un autre côté, les travaux préparatoires témoignent de la volonté des parlementaires de ne reconnaître à ces normes qu'une nature impérative⁴⁵, seuls des intérêts particuliers appelant pareille protection.

Les dispositions nouvelles auraient-elles dépouillé la protection légale de son caractère d'ordre public ?

La nouvelle loi protège des intérêts privés, à savoir ceux des parties contractantes, et particulièrement du débiteur défaillant. Certes. Il faut pourtant reconnaître qu'elle est inspirée par un « certain idéal de vie sociale »⁴⁶ transcendant la relation contractuelle particulière qui n'est en réalité que le lieu de sa manifestation concrète. L'intérêt essentiel et immédiat dont le législateur a entendu assurer la protection est autre et relève bien de la défense de valeurs fondamentales. En rejetant le caractère comminatoire des clauses pénales, la loi porte en elle la réprobation sociale du recours à la justice privée. En autorisant le juge à modifier les termes du contrat, elle tend à juguler les abus, et protéger les plus « faibles » de leurs contractants. Ces considérations ne suffisent-elles pas à réfuter le caractère simplement impératif de la loi nouvelle ?

Section 4. Droit transitoire⁴⁷

La loi du 23 novembre 1998 ne contient aucune disposition de droit transitoire. Étant à tout le moins impérative, elle est d'application immédiate aux contrats en cours au moment de son entrée en vigueur (le 23 janvier 1999)⁴⁸, ainsi qu'à tous ceux qui seront conclus ultérieurement. La loi ancienne continue par contre à régir l'ensemble des situations révolues à ce moment, lesquelles ne peuvent plus être remises en cause.

Section 5. Les institutions voisines

§1er. L'abus de droit

La Cour de cassation fonde, en matière contractuelle, la théorie de l'abus de droit sur l'obligation qui incombe aux parties d'exécuter de bonne foi la convention qu'elle ont conclue (article 1134, alinéa 3 du Code civil)⁴⁹. Ce faisant, elle imprime au contrat une norme objective de comportement destinée à corriger l'exercice des droits contractuels. La doctrine reconnaît volontiers que la bonne foi est investie d'une fonction restrictive ou limitative⁵⁰, empêchant, dans certaines circonstances, le créancier de faire valoir pleinement les droits qu'il tire de la convention.

Dans son récent article consacré à une analyse des nouvelles dispositions du Code civil, P. WERY envisage l'abus de droit dans sa fonction modératrice comme une quatrième cause de réduction de la clause pénale, lorsque le créancier exerce le droit qu'il y puise de manière

⁴⁵ *Doc.Parl.*, Chambre, 1373/1, p.6 et 1373/4, p.16; A. VAN OEVELEN, *o.c.*, *R.W.*, 1998-1999, col.1250

⁴⁶ Termes repris à A. MEEUS, « La notion de loi impérative et son incidence sur la procédure en cassation et sur l'office du juge », note sous Cass., 17 mars 1986, *R.C.J.B.*, 1987, pp. 498 et suivantes.

⁴⁷ V. notamment P. WERY, « Du neuf en matière de clauses pénales », *formation CUP*, 1998, p.175.

⁴⁸ M. COIPEL, *o.c.*, p.205, n°308.

⁴⁹ Cass., 10 septembre 1971, *Pas.*, 1971, I, 28 : il y a abus de droit lorsque le créancier exerce son droit dans une mesure qui dépasse manifestement les limites de l'exercice normal de celui-ci par une personne prudente et diligente.

⁵⁰ S. STIJNS, « Abus, mais quel(s) droit(s) ? », *J.T.*, 1990, p.35, n°1.2.3.

disproportionnée⁵¹. Ce faisant, est cependant uniquement réprimé l'abus « externe » de la clause pénale. C'est en effet le résultat d'un abus déduit du comportement illicite du cocontractant - alors que la clause pénale elle-même est parfaitement valide - qui est ainsi condamné. Invoquant la clause, dans une mesure qui dépasse celle qu'aurait adoptée un homme normalement prudent et diligent dans les mêmes circonstances, le créancier enfreint l'article 1134, alinéa 3 du Code civil. Il voit alors l'exercice de son droit réduit dans une proportion raisonnable, ce qui revient en réalité à ne lui octroyer qu'une partie de la somme stipulée initialement⁵².

L'hypothèse est donc distincte de celle envisagée par l'article 1231 §1^{er} du Code civil. Cette dernière disposition pose quant à elle la question de la validité même de la clause, et impose au juge de rechercher si celle-ci n'est pas, en l'espèce, abusive. C'est ainsi en vue de juguler les abus internes que le législateur autorise désormais le juge à tempérer les montants excessifs.

L'abus, qu'il soit externe (théorie de l'abus de droit) ou interne (sanction des clauses pénales excessives), est soumis à une appréciation marginale, comme en atteste la référence à un exercice ou à un montant « manifestement » déraisonnable, la simple disproportion n'étant, en soi, pas sanctionnable.

Lorsqu'elle fonde la réduction de la clause sur la théorie de l'abus de droit, la jurisprudence aligne assez largement le montant des clauses pénales sur le dommage réellement subi, voire dénie au créancier tout droit à obtenir une quelconque réparation⁵³. Ce faisant, elle rend difficilement perceptible la frontière avec une déchéance totale du droit du créancier à se prévaloir de la compensation de son dommage, laquelle est pourtant réprimée.

§2. La lésion qualifiée

La théorie de la lésion qualifiée présente également des similitudes avec les principes qui sous-tendent la protection accordée au contractant face aux abus de celui avec qui il contracte.

Cette théorie jurisprudentielle permet la rescision des conventions sous réserve de la réunion de trois conditions. Tout d'abord, il faut que se manifeste une disproportion flagrante entre les prestations réciproques des parties. Il faut, ensuite, que cette disproportion résulte de l'exploitation, par un des contractants, des faiblesses et de l'infériorité de l'autre. Il faut, enfin, que le comportement illicite du créancier ait été déterminant du consentement⁵⁴. Ces conditions étant cumulatives, la seule constatation d'une disproportion ne suffit pas à justifier l'application de la sanction.

Par un arrêt du 9 juillet 1936⁵⁵, la Cour de cassation a admis que la clause pénale abusive soit sanctionnée sur le pied de cette théorie. Elle a, depuis, fait preuve d'une plus grande souplesse dans l'appréciation des conditions présidant à la sanction de telles clauses en ce sens que seul le résultat – à savoir l'énormité ou la disproportion manifeste – est apprécié. La clause pénale excessive peut en effet être réduite sans que ne se pose la question de l'élément subjectif

⁵¹ P. WERY, o.c., R.G.D.C., 1999. Voir également M. COIPEL, o.c., p.200, n°300 et les références citées ; P. WERY, « Abus de droit et clause pénale », note sous Mons, 11 janvier 1995, R.R.D., 1996, pp.45 et suivantes.

⁵² Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1989, I, p.728 ; Cass., 21 février 1992, *J.L.M.B.*, 1992, p.1458 et note STORME ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WERY, « Chronique de jurisprudence : Les obligations, Les sources (1985-1995) », *J.T.*, 1996, n°137 suite.

⁵³ P. WERY, o.c., R.G.D.C., 1999, p.237.

⁵⁴ Cass., 29 avril 1993, *J.T.*, 1994, p. 294 ; C. PARMENTIER, « La volonté des parties », in *Les obligations contractuelles*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1984, p.88 ; J.F. ROMAIN, « Regain de la lésion qualifiée en droit des obligations », *J.T.*, 1993, p.749 ; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WERY, o.c., *J.T.*, 1996, p.712, n°65.

⁵⁵ Cass., 9 juillet 1936, *Pas.*, 1936, I, p.345.

⁵⁶ Certaines juridictions de fond ont également condamné certaines clauses pénales qui étaient le fruit de tels abus de la légèreté, de l'inattention ou de l'inexpérience du débiteur : Comm. Bruxelles, 8 mars 1950, *J.C.B.*, 1950, p.225 ; Comm. Bruxelles, 20 décembre 1960, *J.C.B.*, 1961, p.107 cité par P. VAN OMESLAGHE, o.c., *R.C.J.B.*, 1975, p.531 et *R.C.J.B.*, 1985, p.245 ; Comm. Bruxelles, 26 janvier 1971, *J.C.B.*, 1971, p.468 cité par P. VAN OMESLAGHE, o.c., *R.C.J.B.*, 1975, p.538 ; Civ. Arlon, 23 avril 1993, *J.T.*, 1993, p.827.

nécessaire à l'invocation de la théorie de la lésion qualifiée. En ce sens, le critère du dépassement manifeste objective l'abus en l'affranchissant de tout élément intentionnel.

En exigeant que l'excès soit évident, le législateur présume l'illégitimité du comportement du créancier^{57 58}. La charge de la preuve est ainsi inversée par rapport à la théorie de la lésion qualifiée, où c'est le débiteur qui doit fournir les éléments attestant du fait que l'on a abusé de son infériorité.

La théorie de la lésion qualifiée assure une protection efficace des contractants faibles, dans des cas extrêmes et particulièrement choquants⁵⁹. La nullité des clauses excessives est, partant, toujours admissible sur cette base même si l'on doute qu'elle soit encore invoquée devant les prétoires en raison de l'exigence supplémentaire de preuve qu'elle impose.

Chapitre 2. La loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection du consommateur

Reconnu comme – économiquement, mais aussi techniquement et juridiquement - plus « faible » que son cocontractant, le consommateur appelle une attention plus soutenue du législateur. Il n'est pas rare que le professionnel avec qui il contracte tente de tirer profit de l'infériorité dans laquelle il se trouve et prévoie certaines clauses qui lui sont particulièrement favorables. Les abus, tant internes qu'externes, sont prohibés. Un formalisme de protection poussé en raison du terrain fertile aux abus ronge ainsi peu à peu le principe du consensualisme. À cela, se joignent une série de dispositions autorisant une ingérence du pouvoir judiciaire dans la sphère contractuelle.

En raison du cadre limité de la présente étude, nous limiterons volontairement notre exposé à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce, l'information et la protection des consommateurs⁶⁰, récemment modifiée par les lois du 30 octobre 1998 relative à l'euro⁶¹, du 7 décembre 1998⁶² et du 25 mai 1999⁶³.

Cette loi assure une réelle protection du consommateur⁶⁴ contre les abus contractuels susceptibles d'être insérés dans les contrats de vente de produits ou de services qu'il conclut

⁵⁷ Civ.Arlon, 23 avril 1993, *J.T.*, 1993, p.827.

⁵⁸ H. DE PAGE exprimait cette idée en ces termes : « Ce que l'on veut en réalité atteindre, ce ne sont pas les clauses pénales elles-mêmes ; c'est l'abus des clauses pénales ; c'est la spéculation de l'un des contractants profitant de l'ignorance ou de l'inexpérience de l'autre » (H. DE PAGE, *Traité*, pp.162-163, n°124 bis).

Le Professeur VAN RYN affirmait quant à lui que la sanction des clauses pénales énormes se justifiait davantage d'une hypothèse de lésion qualifiée que d'une contrariété à l'ordre public. Relevant que la clause pénale ne peut être déclarée illicite par la seule constatation de l'énormité de son montant, il considérait que seules des circonstances particulières tenant au comportement du créancier devraient permettre de conclure à une volonté de spéculation illicite. En se refusant à exiger la preuve d'un abus de la situation du débiteur, la Cour de cassation objective de ce fait les critères applicables, mais institue, selon le Professeur VAN RYN, une protection excessive du débiteur (J. VAN RYN, *o.c.*, *J.T.*, 1980, p.559.).

⁵⁹ P. VAN OMMEFLAGHE, « Chronique de jurisprudence : les obligations contractuelles », *R.C.J.B.*, 1975, p.250, n°51

⁶⁰ Pour une analyse approfondie de cette matière, nous renvoyons principalement à A. THILLY, *Guide juridique de l'entreprise, La protection des intérêts économiques des consommateurs - Les clauses abusives*, Titre XI, Livre 109, Kluwer Ed. Juridique, 1996, 43 pages ; P. WOLFCARIUS, « La protection du consommateur en matière contractuelle : la réglementation des clauses abusives dans la nouvelle loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et l'information et la protection du consommateur », in *Les pratiques du commerce et la protection et l'information du consommateur depuis la loi du 14 juillet 1991*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1991, pp. 259 à 340.

⁶¹ Loi du 30 octobre 1998, *Mon.b.*, 10 novembre 1998.

⁶² Loi du 7 décembre 1998, *Mon.b.*, 23 décembre 1998. Cette loi transpose en droit belge les principes dégagés par la directive européenne du 5 avril 1993, *J.O.C.E.*, 24 avril 1993, L. n° 95/29.

⁶³ Loi du 25 mai 1999, *Mon.b.*, 23 juin 1999, 23.670.

⁶⁴ L'article 1.7 de la loi du 14 juillet 1991 définit le consommateur comme « toute personne physique ou morale qui acquiert ou utilise à des fins excluant tout caractère professionnel des produits ou des services mis sur le marché ».

avec un professionnel⁶⁵. En ses articles 31 et suivants, elle autorise en effet le juge à exercer un contrôle interne du contrat et à sanctionner de nullité toute clause pénale abusive.

§1. L'article 31 de la loi

Face à l'impossibilité matérielle de déterminer l'ensemble des clauses pouvant être qualifiées d'abusives, le législateur belge a fait le choix d'une norme générale et souple. Selon l'article 31 de la loi, en effet, est abusive « *toute clause ou condition qui, à elle seule ou combinée avec une ou plusieurs autres clauses ou conditions, crée un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties* »⁶⁶.

L'on est frappé par la similitude des termes utilisés dans cette disposition avec ceux des nouveaux articles du Code civil. Alors que ceux-ci refusent la qualification de « clause pénale » aux clauses « *manifestement excessives* », la loi sur les pratiques du commerce sanctionne quant à elle toute clause créant un « *déséquilibre manifeste* ».

Pas plus que dans les nouvelles dispositions du Code civil, cependant, le législateur n'a défini la notion de déséquilibre manifeste. C'est au magistrat qu'il revient de déterminer, au regard des circonstances qui lui sont soumises, si la clause serait considérée comme excessive pour tout homme normalement prudent et diligent⁶⁷. Ainsi, tout comme pour ce qui concerne les dispositions du Code civil relatives aux clauses pénales, le caractère manifeste délimite l'étendue du pouvoir d'appréciation dont dispose le juge (*marginale toetsing*). L'insertion récente, dans l'article 31 de la loi, des critères d'appréciation du caractère abusif de la clause plaide en faveur de cette thèse⁶⁸.

C'est sur base de l'article 31 qu'a été déclarée abusive la clause pénale stipulée dans un contrat de distribution de propane, qui ne permettait au consommateur de se libérer du contrat de longue durée qu'il avait conclu que moyennant le respect d'une condition sur laquelle il n'avait aucun pouvoir⁶⁹.

§2. L'article 32 de la loi : une liste « noire »

À côté de la protection générale autorisée par l'article 31, la loi du 14 juillet 1991 comprend une liste limitative de 28 clauses considérées, en toutes circonstances, comme abusives. Sont visées toutes les clauses, ou combinaisons de clauses, dont les effets sont identiques à ceux qui sont décrits à l'article 32, quelle que soit la formulation adoptée par les parties.

Deux dispositions visent spécifiquement la clause pénale.

L'article 32.15 subordonne son admission à une condition de réciprocité. Le principe de la clause pénale n'est donc pas contesté, seule l'absence de symétrie étant sanctionnée par l'annulation de la dite clause⁷⁰. Cette disposition reçoit une interprétation nuancée. Il suffit

⁶⁵ La loi parle de « vendeur », mais y donne une acception plus large que celle que lui réserve le langage courant. Est en effet visée « toute personne, physique ou morale agissant dans le cadre de son activité professionnelle ». Cette définition choisit comme critère davantage l'exécution d'une opération juridique en général que la vente au sens strict où nous l'entendons généralement. Le terme « professionnel » sur lequel s'est porté le choix de la directive paraissait plus adéquat.

⁶⁶ La définition qui est donnée à la clause abusive par la loi du 3 avril 1997 sur les professions libérales ne diffère que très peu de celle qui est adoptée par la loi sur les pratiques du commerce. Alors, en effet, que la loi de 1991 se réfère à un déséquilibre « manifeste » entre les droits et obligations des parties, la loi de 1997 parle de déséquilibre « significatif », comme le fait par ailleurs la directive européenne.

⁶⁷ A. THILLY, « Les dates de valeur en droit belge », *J.T.*, 1995, p.758.

⁶⁸ A. BRAUN, « Commentaires législatifs : loi relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales », *J.T.*, 1997, p.817-818.

⁶⁹ J.P. Anvers (1^{er} canton), 27 juillet 1994, *R.D.C.*, 1995, p.324. Notons que cette application a été contestée en ce sens qu'elle interprète le déséquilibre dont question à l'article 31 comme un déséquilibre juridique (A. THILLY, o.c., 1996, p.15, n° 169).

⁷⁰ Certains ont défendu l'idée que, ce faisant, la loi « légitime toute forme de clause pénale mais favorise également une tendance à la hausse de leur pourcentage » : E. BALATE, T. BOURGOIGNIE, « Le traitement des clauses abusives en droit belge : examen critique au

qu'une indemnité « *du même ordre* » ait été prévue pour que la clause échappe à la sanction de nullité qu'inflige l'article 33. Une adéquation purement mathématique n'est pas exigée. Il faut, mais il suffit, qu'existe une *proportion* entre les deux indemnités prévues.

Le tribunal de commerce de Mons a considéré que, la condition de réciprocité étant remplie, la clause pénale qui fait supporter par le débiteur une indemnité forfaitaire de 30 % du prix de la vente en cas de refus de prendre livraison, n'est pas abusive au sens de la loi. Selon lui, cette clause n'est pas davantage illicite puisqu'elle ne procure pas au créancier un avantage hors de proportion avec le dommage résultant de l'inexécution⁷¹. L'absence de réciprocité a cependant justifié l'annulation, par le juge de paix de Nivelles, d'une clause pénale prévoyant, en cas de retard du consommateur à s'exécuter, la déduction d'une majoration forfaitaire⁷².

L'article 32.21 n'est qu'une application des principes dégagés par la Cour de cassation dans son arrêt du 17 avril 1970. La clause pénale doit présenter un caractère exclusivement indemnitaire. Est ainsi prohibée toute clause - ou combinaison de clauses - qui « *fixe des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur* ».

C'est sur base de cette disposition que le tribunal de commerce de Louvain a, dans une décision rendue le 1^{er} septembre 1992⁷³, sanctionné la combinaison abusive de deux clauses. L'une prévoyait le paiement d'une indemnité de 15 % du prix de la vente pour inexécution, alors que la seconde, à laquelle elle s'ajoutait, soumettait le débiteur au paiement - de plein droit et sans mise en demeure - d'une indemnité de 15 % du solde restant dû en cas de non-paiement du prix dans le mois suivant l'échéance, avec un minimum de 750 francs.

Notons que, bien que la question demeure controversée⁷⁴, la doctrine plaide généralement pour le caractère impératif des dispositions relatives aux clauses abusives. Il reste que, dans la mesure où l'article 32.21 consacre la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation sur les conséquences du caractère comminatoire des clauses pénales, nous pensons que l'ordre public est en cause. Affirmer que seuls se trouvent mis sous le protectorat de la loi des intérêts privés reviendrait à ignorer que l'objectif qui sous-tend une telle protection est de reconnaître la nécessité de protéger les consommateurs en tant que groupe d'individus et de purger le domaine des contrats de vente de biens et de services des abus qu'il est susceptible d'engendrer.

§3. Les sanctions : la nullité de la clause pénale abusive

Depuis la récente modification législative, toutes les clauses abusives au sens de la loi sont nulles (article 33 §1)⁷⁵. L'originalité du système réside cependant ailleurs, dans la faculté offerte par la loi de saisir le Président du tribunal de commerce en vue de faire ordonner, dans le cadre d'une procédure « *comme en référé* », la cessation de l'utilisation de la clause litigieuse. L'article 99 de la loi prévoit en outre la possibilité pour le Président d'ordonner l'affichage de la décision à l'intérieur et/ou l'extérieur des locaux du contrevenant.

regard du projet 826 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur », *R.D.C.*, 1989, p.686

⁷¹ Comm. Mons, 26 avril 1994, *R.D.C.*, 1996, n°11, p.1002 et note.

⁷² J.P. Nivelles, 14 août 1995, *D.A.O.R.*, 1994-1995, n°36, p.79. Dans le même sens : J.P. Herstal, 21 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, n°1, p.34.

⁷³ Comm. Louvain, 1^{er} septembre 1992, *Pratiques du commerce*, 1992, p.193.

⁷⁴ J. SCHAMP et M. VAN DEN ABEELE, « La nouvelle réglementation des clauses abusives : champ d'application et problèmes de droit transitoire », *J.T.*, 1992, pp.587 et suivantes ; A. THILLY, *o.c.*, n°90.

⁷⁵ Cette nullité ne s'étend en principe pas au contrat, sauf si la clause a déterminé le consentement (article 33, §1^{er} alinéa 2).

§4. Conclusion

Aujourd'hui davantage qu'hier, la combinaison du droit commun des obligations en matière de clauses pénales et des lois particulières qui s'y rapportent revêt une importance considérable. Cet intérêt nouveau réside essentiellement dans le régime des sanctions qui y sont applicables. Le juge « peut » désormais, sur base du droit commun, réduire la clause pénale « manifestement excessive », alors qu'il « doit » l'annuler lorsque les faits qui lui sont soumis entrent dans le champ d'application de la loi du 14 juillet 1991. Cette rigueur plus grande inhérente à la législation particulière se conçoit sans difficulté. Un impératif supérieur justifie en effet une plus grande sévérité. Ainsi, la protection des consommateurs autorise-t-elle que la clause doive disparaître de l'ordonnancement juridique.

D'un point de vue pratique, les conséquences sont importantes. Le juge, saisi sur base du droit commun, peut réduire la clause à concurrence de ce qui lui paraît, au regard des circonstances de l'espèce, proportionné. Mais il ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale (article 1231, §1^{er}, alinéa 2). S'il est par contre saisi d'un litige entrant dans le champ d'application de la loi du 14 juillet 1991, il est tenu d'annuler la clause qu'il considère abusive. À défaut pour le créancier de saisir le juge, à titre subsidiaire, d'une évaluation concrète de son dommage réel, ce dernier ne pourra prétendre à rien. Le principe dispositif empêche en effet le juge d'évaluer d'office le dommage souffert par le créancier.

Chapitre 3. Conclusion générale

Par essence et par nature, la clause pénale est susceptible de se dévoiler sous un double visage⁷⁶. Elle peut, tout d'abord, présenter un caractère indemnitaire, dérogeant ainsi à la détermination judiciaire des dommages et intérêts dus en cas d'inexécution fautive. En ce sens, elle dispense le créancier d'établir l'existence de son dommage et le quantum de celui-ci. En ce sens également, elle peut manifester une inadéquation avec le dommage réellement souffert parce que toute évaluation préalable à la réalisation du fait qui la génère est nécessairement aléatoire.

La clause pénale peut, ensuite, assurer une fonction comminatoire, exerçant un rôle tant préventif que répressif. Préventivement, l'insertion de telles clauses contractuelles doit inciter à l'exécution en attirant l'attention du débiteur sur les conséquences financières d'un comportement blâmable. Investie de cette mission, elle est alors également apte, en cas d'échec de la prévention, et si le principe est accepté, à sanctionner le comportement incriminé.

Par un arrêt de principe du 17 avril 1970, la Cour de cassation, suivie en cela par la loi du 23 novembre 1998, s'est refusée à entériner cette seconde fonction. La clause pénale ne peut viser que la réparation du dommage contractuel et tout effet coercitif se trouve ainsi évincé. Disqualifiées en peines privées, les clauses répressives, initialement frappées de nullité absolue en raison de leur contrariété à l'ordre public, seront désormais réduites dans une limite raisonnable de compensation du dommage. Ce faisant, la loi innove. Elle octroie au juge un pouvoir important de modération, mais aussi, et avant tout, de qualification de la clause et d'appréciation de ses excès manifestes.

Cette consécration légale témoigne sans conteste de la mutation qui inspire aujourd'hui le droit des contrats. La convention n'est plus laissée à l'entière maîtrise de ceux qui l'ont voulue. Parce que l'équité et la justice sont souvent heurtées, le contrat peut devenir un instrument de domination. Une volonté partagée d'imprimer à l'accord conclu de nouvelles normes de comportement participe à une nouvelle conception du contrat, globale et fonctionnelle.

Mais l'ingérence telle qu'elle est autorisée par la loi n'est pas absolue. La substitution du juge à la volonté des parties contractantes se limite en effet à l'anéantissement des excès et au rétablissement de l'équilibre qui aurait dû exister au moment de la rencontre des volontés. Les volontés sont canalisées, mais non anéanties⁷⁷. De plus, ce pouvoir modérateur, certes important, demeure exceptionnel.

La loi nouvelle n'apportera malheureusement pas que des réjouissances. Alors que la volonté du législateur était de mettre un terme à une insécurité juridique devenue intolérable, il semble que toute controverse ne soit pas exclue. De nombreuses lacunes marquent encore le texte légal à tel point que certains auteurs ont invité le législateur à se ressaisir de la question afin de corriger sa copie⁷⁸.

Dans l'attente, nous ne pouvons qu'espérer que les juges fassent preuve de prudence et prennent soin de motiver adéquatement les sentences qu'ils rendront. Il s'agit là du gage d'une certaine cohérence, nécessaire elle aussi à la protection des contractants.

⁷⁶ La clause pénale peut également se présenter sous un troisième visage que nous avons quelque peu négligé dans le présent article : celui d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

Le caractère manifestement dérisoire de telles clauses - dont le législateur ne dit mot - ne sera sanctionné que par le biais des principes du droit commun.

⁷⁷ D. MAZEAUD, *o.c.*, p.58.

⁷⁸ P. WERY, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 1999, pp.237 et s.