

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

**Les clauses exonératoires et les indemnités
contractuelles dans les principes d'Unidroit**

Observations critiques

par
Marcel FONTAINE

Doc. 98/1

*Contribution aux Mélanges en mémoire de Malcolm Evans
(Rome, 1998)*

LES CLAUSES EXONERATOIRES ET LES INDEMNITES CONTRACTUELLES

DANS LES PRINCIPES D'UNIDROIT

Observations critiques

En hommage au si regretté Malcolm Evans, qui a tant soutenu les travaux qui devaient aboutir à la publication des Principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, nous voudrions consacrer quelques réflexions à deux dispositions particulièrement intéressantes de ces Principes, qui concernent les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (art. 7.1.6) et les clauses pénales ou "*indemnités établies au contrat*" (art. 7.4.13).

L'un des principaux mérites des Principes d'Unidroit est d'avoir cherché à rencontrer les besoins des praticiens du commerce international, en s'attachant à donner un régime approprié aux clauses les plus fréquemment inscrites dans les contrats internationaux. Tel est certainement le cas des deux types de clauses qui vont nous retenir.

1. Les clauses exonératoires

L'article 7.1.6 des Principes prévoit que :

Une partie ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation, ou lui permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie, si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire.

Dans le commentaire de ce texte, il sera successivement question du champ d'application de la règle et du régime qu'elle établit.

a) Champ d'application

L'article 7.1.6 s'intitule "*clauses exonératoires*". Plus explicite, le corps du texte se réfère en premier lieu à l'invocation par une partie d'une "*clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation*". L'article couvre également les clauses "*permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie*".

La notion de clause exonératoire appelle en effet certaines précisions. De manière générale, une telle clause tend à réduire ou écarter la responsabilité qu'une partie à un contrat devrait encourir en cas de défaillance de sa part.

La modalité la plus courante de la clause exonératoire est celle qui décline toute responsabilité en cas de manquement ("*les organisateurs n'assument aucune responsabilité en cas d'accident*"). La clause limitative prévoit le plus souvent une limitation en montant des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution ("*Les intérêts de retard sont plafonnés à USD 50.000*"); le commentaire de l'article 7.1.6 fait allusion à différentes variantes de cette modalité.

L'imagination des praticiens a cependant mis au point une très grande diversité de clauses limitatives et exonératoires de responsabilité.

L'article 7.1.6 envisage spécifiquement la clause par laquelle une partie se réserve "*de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie*", ce qui est effectivement une manière possible de limiter sa responsabilité. L'exemple est donné par les Principes (illustration 1) d'une agence de voyage qui s'est réservé le droit de modifier les conditions d'hébergement, par exemple en logeant les clients dans des hôtels de deuxième catégorie à la place des hôtels de luxe commandés.

Bien d'autres formes de limitations de responsabilité se rencontrent cependant dans la pratique¹. Très fréquentes sont les clauses qui limitent l'étendue du dommage réparable, non pas en montant, mais quant aux types de dommages couverts. On écartera par exemple toute responsabilité pour les dommages immatériels, pour les dommages indirects ou les dommages imprévisibles. Un autre procédé consiste à diminuer l'intensité de l'obligation assumée par rapport à ce qu'elle serait en droit commun. Ainsi, une

¹ Cf. à ce sujet M. FONTAINE, Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité et de garantie dans les contrats internationaux, *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1985, pp.446-462; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, Paris, FEC, 1989, pp. 178-195.

obligation de résultat est muée en obligation de moyens (un transporteur s'engage non plus à livrer la chose dans les délais prévus, mais "*à faire ses meilleurs efforts*" pour respecter l'échéance). Restreint également la responsabilité la clause qui réduit le délai de prescription, la limitation portant cette fois sur la période de temps pendant laquelle la responsabilité est assumée. On évoquera encore les clauses qui assouplissent les conditions de la force majeure, de manière à exonérer le débiteur dans certains cas où selon le droit commun, sa responsabilité aurait été engagée.

Si le texte de l'article 7.1.6 a tenu à viser de manière distincte le cas des clauses permettant de fournir une prestation substantiellement différente, il ne se réfère explicitement à aucune des modalités de clauses limitatives qui viennent d'être évoquées, et le commentaire est pareillement silencieux à leur égard. Il nous semble cependant que la formule de l'article, qui couvre toute "*clause limitative ou exclusive de responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation*" est suffisamment large pour s'appliquer à toutes ces modalités.

- Le commentaire de l'article 7.1.6 distingue les clauses permettant de fournir une prestation substantiellement différente de "*celles qui se contentent de définir les prestations auxquelles s'est engagé le débiteur*". Un exemple est donné, celui de l'hôtelier qui se déclarerait responsable des voitures laissées dans son garage, mais non des objets qui s'y trouvent (illustration 2).

Cette observation touche à un problème délicat. Il est souvent malaisé de distinguer limitation de responsabilité et délimitation des obligations assumées². La question présente un grand intérêt. Autant les clauses limitatives suscitent-elles des réserves dans tous les systèmes juridiques, autant le principe de la liberté contractuelle doit-il permettre de définir sans entraves ce à quoi l'on s'engage. La distinction peut cependant s'avérer subtile; le danger existe qu'un conseiller juridique averti ne réussisse à faire passer pour légitime telle clause discutable en lui donnant une autre formulation.

Le critère nous paraît être de déterminer quelles sont les obligations et les responsabilités de la partie en cause abstraction faite de la clause litigieuse. Si cette partie assume *a priori* certaines obligations, sur base du droit applicable, et que la clause vient y porter atteinte, il s'agit d'une clause limitative ou exonératoire. Si c'est le contrat lui-même qui crée les obligations, il faut distinguer. Il s'agira également d'une clause limitative ou exonératoire

² Le commentaire de l'article 7.1.6 nous paraît situer le problème de manière trop étroite, en évoquant cette distinction à propos des clauses permettant de fournir une prestation substantiellement différente. La question concerne les clauses limitatives ou exonératoires en général. L'illustration fournie (n° 2) en témoigne; elle ne prête en rien à confusion avec la stipulation d'une prestation substantiellement différente.

si la stipulation modifie la responsabilité que le droit commun attache normalement à l'inexécution de pareilles obligations nées d'un contrat. Mais si la clause se borne à fixer les contours des obligations qu'elle instaure, la stipulation est étrangère à la problématique en cause.

Sur base de ce critère, l'illustration donnée par les commentaires des Principes nous paraît discutable. En droit commun, l'hôtelier assume une responsabilité pour les objets qui lui sont confiés, sans distinguer entre contenant et contenu. L'exclusion de toute responsabilité pour les objets se trouvant dans les voitures garées est bien une limitation d'obligations préexistantes. Par contre, si l'hôtelier offrait à ses clients une assurance gratuite contre le vol des voitures, à l'exclusion des objets qui s'y trouvent, il s'agirait d'une définition des engagements assumés, car aucune obligation d'offrir pareille assurance n'existe au départ.

- Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité présentent des parentés avec les clauses d'indemnités forfaitaires (clauses pénales, *liquidated damages*, etc...) ainsi qu'avec les clauses de dédit. On y reviendra (cfr. *infra* , point 3).

b) Régime

- Les Principes d'Unidroit prévoient qu'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité ne peut être invoquée si "*eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire*".

Cette option pour une formule générale rappelle celle du *Uniform Commercial Code* américain, dont le § 2-316 déclare inefficaces les exclusions ou limitations de garantie "*déraisonnables*"³.

Déjà, la solution est en voie de faire école. En Estonie, le § 94 du projet de nouveau Code civil est la réplique littérale de l'article 7.1.6 des Principes d'Unidroit.

- Cette approche surprendra sans doute certains juristes de *civil law*, pour qui la question de la validité de ces clauses est liée à des critères plus précis. En de nombreux pays, en effet, le droit des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité a connu des développements très spécifiques.

³ Comp. le recours au critère d'*unconscionability* au § 2-719.

Ainsi, le Code suisse des obligations prévoit-il qu'"Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute lourde" (art. 100, 1^o). Le Code civil italien comporte une disposition analogue (art. 1229), ainsi que le Code espagnol (art. 1102). Le Code civil allemand invalide l'exonération de responsabilité en cas de manquement intentionnel (§ 276 al. 2). Le Code civil du Québec sanctionne les clauses exonératoires et limitatives en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde pour les préjudices matériels, et dans tous les cas, pour les préjudices corporels ou moraux (art. 1474).

Dans d'autres pays, la codification est muette (du moins au niveau général), mais la jurisprudence a mis en place certaines balises. Les clauses limitatives et exonératoires sont en principe valables, en vertu du principe de la liberté des conventions, mais les tribunaux les apprécient avec une évidente suspicion, refusant en tout cas de les appliquer en cas de manquement intentionnel et le plus souvent en cas de faute lourde. En plusieurs pays, ces clauses ne peuvent être invoquées à l'égard de la responsabilité pour dommages corporels. Parfois, leur validité est également rejetée lorsqu'elles prétendent réduire ou écarter une responsabilité extra-contractuelle. Sur un plan plus général, ces clauses sont encore écartées par la jurisprudence de bien des pays lorsqu'elles prétendent affranchir d'une obligation essentielle, ou "*vider une obligation de sa substance*" ^{4 5}.

- L'approche générale n'est évidemment pas inconnue dans les pays où la validité des clauses limitatives et exonératoires est appréciée selon des critères spécifiques. Les stipulations contractuelles sont fréquemment appréciées au regard de principes généraux tels que celui de l'exécution de bonne foi des conventions. Des clauses sont annulées au nom de l'ordre public ou des bonnes mœurs. Dans un grand nombre de pays, des régimes se sont mis en place qui condamnent les clauses abusives en général⁶; à cet égard, on sait que chaque pays membre de l'Union européenne doit se conformer à la Directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs⁷.

⁴ Sur ces différents aspects du régime des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité en droit comparé, cf. notamment E. VON HIPPEL, *The Control of Exemption Clauses. A Comparative Study*, 16 *Int. Comp. L.Q.* (1967), pp. 591-612; G. EORSI, *The Validity of Clauses Excluding or Limiting Liability*, 23 *Amer. J. of Comp. L.* (1975), pp. 215-235; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, Paris, FEC, 1989, pp. 196-199; *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, dir. J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1990. Cf. également les différentes études publiées dans *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1985, pp. 479-528.

⁵ Il n'est pas possible, dans le cadre de cette brève contribution, de procéder à un examen comparatif détaillé d'une problématique particulièrement vaste. Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité donnent également lieu à bien des développements sur le plan de la réalité du consentement, comme au niveau des principes qui régissent leur interprétation.

⁶ Cf. notamment *Les clauses abusives dans les contrats types en Europe*, dir. J. GHESTIN, Paris, L.G.D.J., 1991.

⁷ *Journ. Off.*, L95/29, 21 avril 1993.

Pour cette directive, une clause d'un contrat n'ayant pas fait l'objet d'une négociation individuelle est considérée comme abusive *"lorsque, en dépit de l'exigence de bonne foi, elle crée au détriment du consommateur un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties découlant du contrat"* (art. 3, 1°). Les Etats membres doivent prévoir que de telles clauses ne lient pas les consommateurs, dans les conditions fixées par les droits nationaux (art. 6, 1°).

La présence de standards généraux n'empêche cependant pas le développement de régimes plus spécifiques, adaptés aux particularités de diverses stipulations. C'est le cas des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité dans les pays dont il a été question. Les règles spécifiques s'appliquent en principe, les standards généraux inspirent leur application et comblent leurs lacunes éventuelles.

L'articulation des deux approches est parfois explicite. Ainsi, la directive du 5 avril 1993 annexe une liste indicative de clauses qui *"peuvent être déclarées abusives"*, où l'on retrouve notamment les stipulations qui ont pour objet ou pour effet, notamment, *"d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant d'un acte ou d'une omission de ce professionnel"* (Annexe, 1 a), ou *"d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque de ses obligations contractuelles ..."* (Annexe, 1 b)⁸.

- Les Principes d'Unidroit ont renoncé à formuler des critères spécifiques d'invalidité des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, qui auraient pu s'inspirer des solutions largement répandues en *civil law* (dol, faute lourde, exonération d'une obligation essentielle, dommages corporels, responsabilité délictuelle, etc...). Ils ont opté pour la seule approche générale, avec une règle qui soumet ces clauses à l'appréciation en équité du juge⁹.

La difficulté était que les Principes ne connaissent pas eux-mêmes de disposition générale sur les clauses abusives. Certes, l'article 3.10 permet d'annuler ou d'adapter une clause

⁸ La liste comprend également les clauses qui ont pour objet ou pour effet *"d'autoriser le professionnel à modifier unilatéralement les termes du contrat sans raison valable et spécifiée dans le contrat"* (Annexe, 1 j) ou *"d'autoriser les professionnels à modifier unilatéralement sans raison valable des caractéristiques du produit à livrer ou du service à fournir"* (Annexe, 1 k), stipulations que l'on rapprochera de la référence de l'article 7.1.6 des Principes aux clauses *"permettant de fournir une prestation substantiellement différente de celle à laquelle peut raisonnablement s'attendre l'autre partie"* (cf. *supra*).

⁹ Cf. D. TALLON, *Damages, Exemption Clauses and Penalties*, 40 *Amer. J. of Comp. L.* (1992), pp. 675-682.

accordant injustement un avantage excessif à l'une des parties, mais dans des conditions assez restrictives, inspirées du régime de la lésion; c'est pourquoi le commentaire de l'article 7.1.6, tout en se référant à l'article 3.10 comme au principe de bonne foi, s'autorise à affirmer que *"les Principes ne contiennent pas de règle générale permettant au juge d'écarter les clauses abusives"*. Par conséquent, c'est dans le texte même relatif aux clauses exonératoires que le critère général a été formulé. On le rappellera : de telles clauses ne peuvent être invoquées *"... si, eu égard au but du contrat, il serait manifestement inéquitable de le faire"*.

La formule peut décevoir. Une règle de droit qui se borne à prévoir qu'une stipulation est inapplicable lorsqu'elle est manifestement inéquitable laisse un bien grand pouvoir d'appréciation au juge, au détriment de la sécurité juridique. La référence au *"but du contrat"* n'est guère de nature à atténuer le malaise.

Certes, il peut être de bonne politique juridique d'instaurer un régime ouvrant la porte à l'incertitude, si le but poursuivi est de dissuader du recours à certaines pratiques. Il est cependant regrettable qu'il en soit ainsi à propos des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, qui jouent un rôle tellement important dans l'économie des contrats internationaux. L'étendue de la responsabilité est un des éléments majeurs de la négociation, qui conditionne notamment le prix et la répartition des charges d'assurance¹⁰. Les praticiens risquent de redouter de voir de telles clauses soumises à une appréciation en équité. Les abus doivent être rencontrés, mais le droit de nombreux pays avait dégagé une série de critères spécifiques. Là où les solutions différaient, les Principes auraient fait œuvre éminemment utile en tranchant les divergences, au lieu de perdre le bénéfice de ces développements au profit d'une solution aléatoire.

- Dans ces conditions, comment se présentera en pratique l'application du critère de l'article 7.1.6 aux principales hypothèses auxquelles les droits nationaux ont été confrontés ?

La partie qui voudrait se prévaloir d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité en cas de manquement intentionnel de sa part se verra sans doute déboutée;

¹⁰ Le commentaire de l'article 7.1.6 fait allusion aux liens de la problématique avec l'assurance, lorsqu'il expose qu'une clause limitative ou exonératoire devrait être écartée *"lorsque le créancier n'aurait pu obvier aux conséquences de la limitation ou de l'exclusion de responsabilité en souscrivant une assurance adéquate"*. Cette solution ne nous paraît pas devoir s'imposer dans tous les cas; lorsqu'un risque est inassurable, il n'est pas en soi *"manifestement inéquitable"* de le mettre à charge d'une partie plutôt que d'une autre.

on admettra sans difficulté qu'il serait manifestement inéquitable de le lui permettre¹¹. L'hypothèse de la faute grave est plus délicate, puisque certains systèmes juridiques n'y voient pas un obstacle à l'invocation d'une clause limitative ou exonératoire¹². Ici cependant, le commentaire de l'article 7.1.6 en fait un cas d'application de la règle : "...il peut y avoir des circonstances dans lesquelles on ne pourrait se prévaloir d'une clause même si elle n'est pas inéquitable par elle-même : par exemple lorsque l'inexécution résulte d'un comportement manifestement négligent ...". L'illustration n° 4 proposée par les Principes en fournit un exemple (erreur grave d'un expert-comptable).

Les Principes ne donnent pas de réponse explicite à l'hypothèse où la clause limitative ou exonératoire voudrait s'appliquer en cas de responsabilité pour dommage corporel. Serait-il "*manifestement inéquitable*" de le permettre ? Comme les systèmes juridiques sont divisés sur ce point¹³, il est bien malaisé de trancher. Le problème se pose en termes analogues en ce qui concerne les clauses qui voudraient limiter ou écarter la responsabilité extra-contractuelle¹⁴.

Quant au principe fréquemment retenu qu'une clause ne peut "*vider l'obligation de sa substance*", "*porter atteinte à une obligation essentielle*", il pourra sans doute être consacré en estimant que le contraire serait manifestement inéquitable "*eu égard au but du contrat*". Le commentaire de l'article 7.1.6 fait par ailleurs à la clause qui serait inéquitable par elle-même, "*en ce que son application aboutirait à un déséquilibre évident des prestations des parties*"; une exonération portant sur une obligation essentielle aboutit nécessairement à déséquilibrer de manière fondamentale les prestations réciproques.

• Lorsqu'en application de l'article 7.1.6, le débiteur ne peut se prévaloir d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, on en revient au droit commun. Comme l'explique le commentaire de l'article, la responsabilité de la partie défaillante "*reste intacte et le créancier peut obtenir la réparation intégrale pour inexécution*". Le juge n'a pas le pouvoir de modifier la clause; celle-ci est simplement écartée¹⁵.

¹¹ Cf. D. TALLON, *op. cit.*, p. 681. Les Principes du droit européen des contrats, tout en optant également pour une formule générale (le rejet des clauses limitatives et exonératoires déraisonnables) ont au moins explicité l'inapplicabilité de ces clauses en cas de manquement intentionnel (art. 3-109).

¹² C'est notamment le cas du droit belge (Cass. b., 25 sept. 1959, *Pas.*, 1960, I, 113), sauf pour les contrats de consommation soumis au régime des clauses abusives établi par la loi du 14 juillet 1991 (art. 32, 11°).

¹³ Ainsi, les clauses exonératoires sont-elles inapplicables aux dommages corporels sous l'empire de l'*Unfair Contracts Terms Act* en droit anglais (cf. H. BEALE, Droit anglais, dans *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, dir. J. GHESTIN, *op. cit.*, pp. 169-170), alors qu'elles sont en principe valables en droit belge (cf. P. VAN OMMESSLAGHE, Droit belge, *ibid.*, pp. 235-236).

¹⁴ De telles clauses sont en principe écartées en France (cf. G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : effets*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 296), mais acceptées en Belgique (cf. P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 235.).

¹⁵ On réservera cependant le cas où l'article 3.1.10 des Principes, relatif à l'"*avantage excessif*", serait d'application. Ce texte permet au juge, dans les hypothèses visées aux §§ 2 et 3, d'adapter le contrat.

2. Les indemnités établies au contrat

L'article 7.4.13 des Principes d'Unidroit prévoit que :

1) Lorsque le contrat porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à raison de l'inexécution, cette somme sera allouée au créancier indépendamment du préjudice effectivement subi.

2) Toutefois, nonobstant toute stipulation contraire, l'indemnité peut être réduite à un montant raisonnable si elle est manifestement excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution et aux autres circonstances ¹⁶

Nous préciserons quelles sont les clauses concernées, avant de commenter le régime établi.

a) Champ d'application

L'article 7.4.13 s'intitule "*Indemnité établie au contrat*". Le choix de cette formule neutre est délibéré. Comme le commentaire l'explique, la disposition couvre tant les accords qui cherchent seulement à faciliter l'établissement de l'indemnité due en cas d'inexécution (les "*liquidated damages*" de la *common law*) que les stipulations destinées à fonctionner comme moyen de dissuasion contre l'inexécution (les "*penalties*" de la *common law*), ces deux types de clauses étant souvent couvertes par la même appellation de "*clauses pénales*" dans les pays de *civil law*.

Le texte vise les stipulations contractuelles prévoyant que la partie qui manquera à une obligation paiera "*une certaine somme*" à raison de cette inexécution. Sur ce plan, c'est une conception restrictive de la clause pénale qui est retenue, limitée au cas où la sanction conventionnelle prend la forme de l'obligation de payer une somme d'argent. Dans certains systèmes juridiques, le régime des clauses pénales est également susceptible de

¹⁶ Ce texte est identique à la disposition correspondante des Principes du droit européen des contrats (art. 4.508).

s'appliquer à d'autres types de pénalités conventionnelles, comme l'abandon de sommes déjà payées, voire même l'obligation de fournir une prestation autre que monétaire¹⁷.

b) Régime

- L'article 7.4.13 consacre la validité de principe des indemnités établies au contrat, et affirme leur intangibilité : la somme est octroyée au créancier "*indépendamment du préjudice subi*". Le texte rencontre ainsi l'utilité première de stipuler pareille clause : en cas d'inexécution, le créancier réclamera le paiement de la pénalité prévue, étant exempté de devoir établir l'existence et le montant du préjudice effectivement subi. Réciproquement, il ne pourra prétendre à une somme plus élevée en alléguant un dommage supérieur. C'est ce que prévoit très clairement l'article 1152 du Code civil français : "*Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre*" ¹⁸.

- La validité de pareilles clauses fait cependant l'objet de divergences entre les systèmes juridiques¹⁹.

Tantôt, une distinction très nette est établie entre les deux types de clauses déjà évoquées, les clauses à caractère indemnitaire, où le montant de la somme due en cas d'inexécution a été fixé sur base d'une estimation correspondant au dommage prévisible, et les clauses à caractère comminatoire, où la somme prévue est une véritable pénalité, supérieure à ce dommage. En *common law*, les premières ("*liquidated damages*") sont valables, mais les secondes ("*penalties*") sont invalidées. Le droit belge, curieusement, connaît la même distinction.

¹⁷ Cf. M. FONTAINE, Les clauses pénales dans les contrats internationaux, *Dr. Prat. Comm. Int.*, 1982, pp. 435-436 et les références citées; M. FONTAINE, *Droit des contrats internationaux*, Paris, FEC, 1989, pp. 162-163.

¹⁸ En France, ce texte a été complété d'une nouvel alinéa qui permet au juge d'augmenter ou de réduire une clause dérisoire ou excessive (cf. *infra*). En Belgique, le texte existe encore dans sa version originale.

¹⁹ Sur les clauses pénales en droit comparé, cf. notamment P. BENJAMIN, Penalties, Liquidated Damages and Penal Clauses in Commercial Contracts : A Comparative Study of English and Continental Law, 9 *Int. Comp. L. Q.* (1960), pp. 600-627 ; T. SEGRE, Clause pénale et dommages ultérieurs en droit comparé, *Rev. Int. Dr. Comp.*, 1970, pp. 299-311 ; Conseil de l'Europe, *Clauses pénales en droit civil*, 3 vol. de 91, 15 et 14 pp., 1972 ; G. TREITEL, Remedies for Breach of Contract, *Int. Encycl. of Comp. Law*, 1976, vol. VII, Chapt. 16, n° 120-136 ; J. THILMANY, Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé, *Rev. Int. Dr. Comp.* 1980, pp. 17-54 ; D.L. JAFFE et K.B. JAFFE, Stipulated Damage Provisions in France and in the United States, 33 *Amer. J. of Comp. Law* (1985), pp. 637-672; U. DRAETTA et R.B. LAKE, Les clauses pénales et les pénalités dans la pratique du commerce international, *Rev. Dr. Aff. Int.*, 1993, pp. 261-272; U. MATTEI, The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts, 43 *Amer. J. of Comp. L.* (1995), pp. 427-444. Cf également la série d'études publiées dans *Dr. Prat. Comm. Int.*, 1982, pp. 443-524.

Tantôt, les clauses sont valables même si elles présentent un caractère comminatoire, mais sous le contrôle du juge qui se voit reconnaître le pouvoir de réduire les clauses excessives. Tel est notamment le régime, avec des modalités variables, en droit allemand (BGB, § 343), en droit suisse (CO, art. 163, 3°), en droit italien (C. Civ., art. 1384), en droit portugais (C. civ., art. 812), en droit québécois (C. civ., art. 1623 al. 2) et en droit néerlandais (Nouv. C. civ., art. 6.94). Cette solution était également prévue dans la Convention Benelux du 26 novembre 1973 sur les clauses pénales, qui n'a jamais été ratifiée (art. 4 des dispositions communes); elle figure dans la Recommandation formulée en 1978 par le Conseil de l'Europe (art. 7); elle est reprise dans les règles uniformes adoptées en 1983 par la Commission des Nations-Unies pour le droit du commerce international (art. 8). La Directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs reprend dans son énumération les clauses qui ont pour objet ou pour effet "... e) d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé".

Le droit français connaît le régime le plus sophistiqué, puisque l'article 1152 nouveau permet au juge non seulement de réduire une clause pénale excessive, mais également de majorer une clause "*manifestement ... dérisoire*". Cette solution est très utile, dans la mesure où les clauses pénales jouent fréquemment le rôle de clauses limitatives de responsabilité, lorsque c'est le débiteur lui-même qui en inspire la rédaction (on reviendra plus loin sur cette situation).

- Le régime établi par l'article 7.4.13 des Principes d'Unidroit s'inscrit dans la ligne de la solution de loin la plus répandue : l'indemnité établie au contrat peut être réduite "*si elle est manifestement excessive*" ²⁰. La formulation laisse entendre que les Principes admettent les clauses prévoyant des indemnités supérieures au dommage ("*excessives*"), sous réserve d'une intervention en cas d'abus ("*manifestement*"). La réduction se fait d'ailleurs à un montant "*raisonnable*", et le commentaire confirme que le juge ne pourrait allouer des dommages-intérêts "*du montant exact du préjudice, au mépris de la volonté des parties*".

L'article 7.4.13 précise que le caractère excessif s'apprécie non seulement "*par rapport au préjudice découlant de l'inexécution*" mais également par rapport "*... aux autres circonstances*". Le commentaire ne fournit aucune explication sur la portée de cette formule. Elle devrait notamment permettre au juge de tenir compte, le cas échéant, du comportement des parties au litige.

²⁰ Cf. D. TALLON, *op. cit.*, pp. 681-682.

Le cas de l'inexécution partielle mérite l'attention. Les Principes y font allusion dans le commentaire du premier paragraphe de l'article 7.4.13, celui qui établit la règle de l'intangibilité des indemnités contractuelles. Il y est dit qu'*"En cas d'inexécution partielle, l'indemnité pourra être réduite en proportion, sauf convention contraire des parties"*. Il nous paraît que cette question aurait mieux trouvé sa place dans le commentaire du second paragraphe, puisqu'il s'agit de réduire une indemnité contractuelle excessive par rapport au préjudice découlant de l'inexécution; dans ce contexte, la convention contraire devrait être exclue.

Les Principes ne permettent pas au juge d'augmenter une indemnité inférieure au préjudice effectif, comme l'autorise en France l'article 1152 nouveau du Code civil. Le commentaire de l'article 7.4.13 des Principes renvoie cependant à celui de l'article 7.1.6, visant le cas où la clause pénale est en même temps une clause limitative de responsabilité; le juge peut alors l'écarter si son application s'avère inéquitable. On y reviendra plus loin.

On relèvera enfin que l'article 7.4.13, 2^o est l'un des rares textes des Principes d'Unidroit à se dire applicable *"nonobstant toute convention contraire"*. Le commentaire de l'article 1.5 expose que de telles dispositions présentent une importance telle dans le système des Principes que les parties ne devraient pas pouvoir les exclure ni y déroger. *"Il est vrai, ajoute ce commentaire, qu'étant donné la nature particulière des Principes le non-respect de ce précepte ne peut pas avoir de conséquences. D'un autre côté, il convient de noter que les dispositions en question reflètent des critères de comportement et des règles qui ont également un caractère impératif en vertu de la plupart des lois internes"*. Sur ce dernier point, on rappellera toutefois que les régimes nationaux présentent des divergences importantes en ce qui concerne la validité des clauses pénales comminatoires.

- A propos des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, nous avons déploré que les Principes d'Unidroit aient renoncé à tirer parti des critères de validité que le législateur ou les tribunaux avaient dégagés en de nombreux pays, en leur substituant une référence incertaine à l'équité. La solution retenue à propos des indemnités contractuelles nous paraît bien plus satisfaisante. La condamnation de toute pénalité conventionnelle par la *common law* (comme par le droit belge) prive les contractants d'un moyen de pression d'une grande utilité, dont seul l'usage excessif appelle un contrôle judiciaire²¹. On regrettera seulement que ce contrôle n'ait pas été étendu au cas des clauses manifestement dérisoires, comme en droit français.

²¹ Sur la plus grande efficacité économique des solutions de la *civil law* en la matière, cf. U. MATTEI, *op. cit.*

3. Relations entre les clauses

- Clauses pénales et clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité présentent des points de rencontre auxquels les commentaires des articles respectifs de Principes ont été attentifs.

Une clause pénale établit de manière anticipée le montant des dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution.

En de nombreux cas, c'est le créancier qui inspire, sinon impose, pareille clause, en vue de se ménager une position confortable en cas de défaillance du débiteur, voire de mettre la pression sur son cocontractant. Cette situation a le plus souvent retenu l'attention; les risques d'abus évoqués sont en général ceux de clauses trop élevées, et les systèmes juridiques se préoccupent en premier lieu d'annuler ou de réduire les clauses excessives.

Toutefois, la pratique révèle que lorsqu'il est en position de force suffisante, le débiteur d'une obligation recourt également au mécanisme de la clause pénale pour déterminer d'avance les indemnités auxquelles il s'exposera en cas de défaillance de sa part, en vue de limiter celles-ci autant que possible. La clause pénale, dans ce cas, ne risque pas d'être excessive; l'abus à redouter est au contraire qu'elle ne réduise exagérément la responsabilité du débiteur. C'est ce phénomène dont le législateur français a été conscient : le nouvel article 1152 du Code civil permet au juge non seulement de réduire une clause pénale excessive, mais également d'augmenter une clause pénale qui s'avérerait dérisoire.

Pareille clause pénale revêt également la nature d'une clause limitative de responsabilité. Elle conserve sa qualité de clause pénale, car elle constitue un forfait (alors qu'une clause limitative peut se borner à fixer un plafond en-dessous duquel le montant effectif du préjudice reste à établir).

En pareil cas, les régimes respectifs des clauses pénales et des clauses limitatives de responsabilité sont susceptibles de s'appliquer cumulativement. Si le droit applicable se borne à sanctionner les clauses pénales excessives, la clause dérisoire pourra subir le sort des clauses limitatives non admises, en considérant par exemple que la clause concernée vide l'obligation de sa substance.

C'est ce que prévoient les Principes d'Unidroit. Le commentaire de l'article 7.1.6 expose que *"la clause d'un contrat prévoyant qu'une partie qui n'exécute pas sa prestation doit*

payer une certaine somme au créancier en raison de l'inexécution (voir l'article 7.4.13) peut aussi avoir pour effet de limiter la réparation due au créancier" . "Dans ce cas, poursuit le commentaire, le débiteur ne pourra se prévaloir de la clause en question si les conditions établies au présent article sont remplies". Quant au commentaire de l'article 7.4.13, relatif aux indemnités conventionnelles, il expose que l'indemnité ne peut être augmentée lorsqu'elle est inférieure au préjudice effectivement subi, mais il ajoute "du moins en vertu de cet article", avec un revoi explicite au passage du commentaire de l'article 7.1.6 qui vient d'être cité.

- Les Principes d'Unidroit se sont aussi souciés de distinguer clauses pénales et clauses exonératoires, d'une part, indemnités de dédit d'autre part. Ces dernières permettent à un débiteur de se dégager d'un contrat moyennant le paiement d'une indemnité. Les commentaires des articles 7.1.6 et 7.4.13 évoquent chacun ce type de clause.

Dans le premier cas, il est affirmé qu'il faut distinguer les clauses exonératoires des clauses de dédit, *"qui permettent à une partie de se dégager d'un contrat moyennant le paiement d'une indemnité"*, avant d'ajouter qu'il en irait autrement *"si la clause de dédit était en réalité, dans l'intention des parties, une clause limitative de responsabilité déguisée"*. Le commentaire de l'article relatif aux clauses pénales affirme également la nécessité de la distinction avec les clauses de dédit, cette fois définies comme celles *"qui permettent à une partie de se dégager légitimement d'un contrat soit en versant une certaine somme, soit en perdant les arrhes déjà versées"* ; le commentaire analyse par contre comme une indemnité contractuelle la clause permettant au créancier de garder les sommes déjà versées comme partie du prix.

Ces clauses se caractérisent par le fait qu'elles n'aménagent pas la sanction d'un manquement contractuel, comme les clauses limitatives et les clauses pénales : elles offrent à l'une des parties une véritable option d'exécuter ses obligations ou de se dégager du contrat. En présence d'une clause de dédit, le débiteur est le maître du jeu; l'autre partie ne peut agir en exécution forcée.

*

*

*

Nous avons précédemment analysé les dispositions des Principes d'Unidroit relatives aux circonstances de *hardship* et à la force majeure²². Nous écrivions alors que le rôle assumé par les commentateurs des Principes qui avaient en même temps participé à leur élaboration était quelque peu délicat. Il est difficile de n'en dire que du bien, de crainte de se voir reprocher d'être juge et partie. Mais d'autre part, les critiques que l'on serait amené à formuler risquent de susciter un sentiment de trahison dans le chef des collègues et amis du groupe. Ici encore, ces critiques se veulent constructives, et elles n'enlèvent rien à la responsabilité solidaire assumée en tant que participant à une œuvre commune.

Les dispositions relatives aux clauses limitatives et exonératoires, ainsi qu'aux indemnités conventionnelles, rencontrent des problèmes de la plus grande importance pratique. Dans le premier cas, les Principes ont choisi de soumettre l'appréciation de leur validité au critère très ouvert du caractère "*manifestement inéquitable*", qui suscitera sans doute des difficultés d'application dans certains cas où les systèmes juridiques présentent d'importantes divergences. Quant aux indemnités contractuelles, les Principes admettent fort opportunément qu'elles puissent jouer un rôle de pénalité, sous réserve d'un contrôle judiciaire en cas d'excès manifeste (mais non d'insuffisance notoire).

Publiés en 1994, les Principes ont connu d'emblée un succès remarquable²³. Les dispositions que nous avons commentées subissent déjà l'épreuve de la pratique; bientôt sans doute, des sentences arbitrales seront connues qui en auront fait application²⁴. Les premières appréciations que nous avons portées seront nuancées, complétées, peut-être contredites. Notre seul objectif était d'apporter quelques réflexions de départ. Un jour sans doute, les Principes feront l'objet d'une nouvelle édition (Unidroit les a remis en chantier dès le début de 1998), qui comportera non seulement de nouveaux chapitres, mais aussi les aménagements qui se seront avérés opportuns aux dispositions actuelles²⁵. Nul doute que les articles 7.1.6 et 7.4.13 feront l'objet d'un réexamen très attentif.

Marcel Fontaine
Professeur à la Faculté de droit
de l'Université catholique de Louvain

²² Cf. M. FONTAINE, Les dispositions relatives au *hardship* et à la force majeure, dans *Contratti commerciali internazionali et Principi Unidroit*, Milan, Giuffrè, 1996, pp. 183-191.

²³ Cf. J. BONELL, The Unidroit Principles in Practice : the Experience of the First Two Years, *Rev. Dr. Unif.*, 1997, pp. 30-41.

²⁴ On rappellera le ralliement du projet de nouveau code civil estonien (§ 94) à la solution des Principes quant aux clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (art. 7.1.6)) (cf. *supra*).

²⁵ C'est ainsi qu'évoluent constamment les grands instruments de *soft law* régissant les contrats internationaux, tels que les Incoterms de la Chambre de commerce internationale.