

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

Faculté de Droit

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Conceptions et révisibilité
des clauses pénales
en droit belge et en droit comparé.

par Jean THILMANY
licencié en droit
licencié en droit économique

Doc. 78/2

Version approfondie d'un travail
rédigé dans le cadre du cours de
Droit comparé des obligations.

Que Monsieur le Professeur FONTAINE
veuille bien trouver ici l'expression de
notre gratitude pour l'aide précieuse qu'il
nous a apportée dans l'élaboration générale
de cette étude, et plus particulièrement
dans le domaine du droit allemand de la
clause pénale .

INTRODUCTION

=====

1. Depuis une dizaine d'années, la méfiance de la doctrine et de la jurisprudence à l'égard des clauses pénales s'est accentuée, en France comme en Belgique. Les nombreux abus apparus dans certaines formes de contrats - notamment en matière de leasing - ont suscité une kyrielle de théories (1) visant à réduire voire à annuler les clauses excessives. La notion d'équité sous-tend indiscutablement toutes ces constructions juridiques ; elle a également inspiré la réforme française de 1975, la convention Benelux relative à la clause pénale et le récent projet du Conseil de l'Europe. Mais ces constructions et ces réalisations trouvent également une part de leur justification dans la volonté d'empêcher que la clause pénale ne soit "l'instrument de la tyrannie des groupes et des puissances financières en mesure de mobiliser et même de monopoliser toutes les ressources d'un système juridique " (2). Souvent en effet, les auteurs ont vu en la clause pénale non un élément contractuel "comme les autres" mais plutôt un "accord exorbitant de justice privée qui dépouille l'autorité judiciaire d'une parcelle de son pouvoir " (3).

2. La clause pénale n'est pas un accord comme les autres, a-t-on donc écrit. Il n'empêche qu'elle avait été considérée comme telle par le code civil de 1804, fortement imbu des principes de l'autonomie de la volonté et de la convention-loi, son corollaire. Il n'est donc guère surprenant que la clause pénale ait été depuis lors et pendant longtemps tenue, en France et en Belgique, pour une convention visant uniquement à fixer à l'avance et forfaitairement le dommage pouvant résulter d'une inexécution éventuelle (conception "indemnitaire"), sans que le juge eût un pouvoir de contrôle sur le montant stipulé par les parties, hormis dans le cas d'une exécution partielle (4).

(1) Voyez leur analyse infra, numéros 8 et 9 (abus de droit, fraude à la loi, cause illicite ...)

(2) CORNU, obs. ds. Rev. trim. dr. civ., 1971, pp. 167 et s. ; B. BOCCARA, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, J. C. P., 1975, 2742, n° 19.

(3) CORNU, ibid. ; B. BOCCARA, ibid. ; E.F., note ss. Rouen, 11 janvier 1972, D.S., p. 583. J. CARBONNIER parle d'"une combinaison qui tend à empiéter sur la fonction judiciaire de l'Etat " (Droit civil, T. II, 4^e éd., n° 162, p. 543).

(4) Voy. l'article 1231 du code Napoléon.

Or, en pratique, le créancier use fréquemment de la clause pénale comme d'un moyen de pression sur son débiteur en vue d'obtenir la pleine exécution des obligations de ce dernier. Cette deuxième fonction de la clause pénale, surnommée "comminatoire" ou "coercitive" avait été reconnue de longue date par certains systèmes juridiques, en particulier par le droit allemand, et fit son apparition en France lors de l'adoption de la loi du 9 juillet 1975 qui, en modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil, permit aux magistrats de réduire les pénalités manifestement excessives et de majorer les clauses manifestement dérisoires.

Parallèlement, l'Union Benelux (5) et le Conseil de l'Europe se sont également attachés à mettre au point un régime qui permette de combattre les pénalités démesurées dont le but essentiel n'est plus tellement d'apprécier au préalable un dommage futur et éventuel que de faire peser sur le débiteur une menace dont le caractère excessif réclame l'atténuation en équité.

La clause pénale, écrit le Professeur Fontaine, constitue un des moyens qui servent à "aménager le contrat de manière telle que le coût de son inexécution éventuelle sera réparti selon un certain rapport, dont on peut penser, dans un régime de liberté, qu'il sera inversement proportionnel aux forces respectives des parties dans la négociation. Cet aspect des choses est (...) très bien perçu par les praticiens rompus à la négociation des contrats, qui sont attentifs à l'équilibre de ces différentes clauses [: clause pénale, clause exonératoire, clause portant sur la détermination de la charge des risques, sur la limitation éventuelle de la responsabilité, ...]. La problématique peut aussi devenir très explicite lorsque les pouvoirs publics interviennent afin de soumettre cette répartition à un régime impératif, en réaction aux abus de pouvoir de l'une des parties " (7).

-
- (5) Convention Benelux relative à la clause pénale, signée à La Haye le 26 novembre 1973 (voy. infra, numéros 16 et 17, et annexe n° 2).
- (6) Projet de résolution relative aux clauses pénales en droit civil, établi par le Conseil de l'Europe (1977) (voy. infra, numéros 18 à 20, et annexe n° 3).
- (7) M. FONTAINE, Le droit des obligations et l'économie, ds. Reflets et perspectives de la vie économique, mars 1975, p. 56 ; voy. aussi p. 55. Compar., du même auteur, La protection du consommateur en droit civil et en droit commercial belges, ds. Rev. trim. dr. comm., 1974, p. 206 : les clauses abusives stipulées dans les contrats le sont le plus souvent aux dépens de l'acquéreur dans la vente, du preneur dans le leasing...

3. L'objectif principal de notre étude sera de tenter de décrire le net mouvement qui se dessine en Europe occidentale - sans que la Belgique s'y soit jointe à ce jour - en faveur de l'octroi, par la voie législative, d'un pouvoir de révision judiciaire des clauses pénales abusives, subordonné à la reconnaissance de la conception comminatoire de la clause.

Dans un premier chapitre, nous examinerons l'évolution des systèmes belge et français et tenterons de porter sur les régimes actuellement en vigueur dans ces deux pays un regard critique.

Le deuxième chapitre sera consacré à l'étude de la Convention Benelux relative à la clause pénale, non encore entrée en vigueur, et au projet de résolution établi par le Conseil de l'Europe en matière civile.

Le régime anglais, et son analyse critique en rapport avec les systèmes belge et français, feront l'objet du troisième chapitre.

Nous ajouterons ensuite aux résultats de cette étude un double éclairage : le quatrième chapitre nous permettra de décrire le régime allemand, dont on a souvent souligné le caractère progressiste ; enfin, dans le cinquième et dernier chapitre, nous montrerons comment le droit soviétique utilise la clause pénale à des fins totalement singulières par rapport à celles qui sont poursuivies dans les pays occidentaux.

+

+

+

C H A P I T R E 1 - D R O I T S F R A N Ç A I S
= = = = =
E T B E L G E
= = = = =

Section 1 - L'ancien droit

4. Au moyen-âge, le droit savant et le droit coutumier étaient divisés sur la question de la révisibilité judiciaire des clauses pénales (8). Si le glossateur Azon (12^e - 13^e s.) soutenait leur intangibilité, un auteur coutumier, Beaumanoir (13^e s.) considérait comme usuraire donc interdit le pacte qui prévoyait une peine forfaitaire exagérée par rapport au montant du dommage découlant de l'inexécution (9).

Trois siècles plus tard, Dumoulin (16^e s.), se fondant sur le droit de Justinien (10), estimait que si le montant stipulé à titre de dommages-intérêts excédait le double de la valeur de la chose qui constituait l'objet de l'obligation principale, il devait être réduit par le juge (11). La nature de la peine, qui était de " tenir lieu des dommages et intérêts qui pourraient être prétendus par le créancier en cas d'inexécution de l'obligation " (12), justifiait cette réductibilité.

S'inspirant de Dumoulin, Pothier (18^e s.) considérait que lorsque la peine stipulée en cas d'inexécution d'une obligation était excessive, elle pouvait être " réduite et modérée par le juge " (13). Cette solution n'était cependant pas aussi catégorique que l'a cru le comparatiste P. Benjamin (14). En effet, elle ne devait s'appliquer, d'après Pothier,

-
- (8) Voy. G. HUBRECHT, La révisibilité judiciaire des clauses pénales, ds. Gaz. Pal., 1976, p. 64. La solution de Beaumanoir, affirme l'auteur, était inspirée par le principe canonique du respect de l'équilibre des prestations.
- (9) ibid.; voy. BEAUMANOIR, Coutumes de Beauvoisis, éd. Salmon, ch. 42, numéros 1301 et s.
- (10) Cod. de sentent. quae pro eo quod interest proferuntur, 7, 47.
- (11) DUMOULIN, De eo quod interest, numéros 156 et s., cit. par POTHIER, Traité des obligations, rééd. Paris, 1813, T. I, n° 346.
- (12) ibid.
- (13) POTHIER, op. cit., ibid.
- (14) P. BENJAMIN, Penalties, liquidated damages and penal clauses in commercial contracts : a comparative study of english and continental law, ds. 9 Intern. and Comp. Law Quarterly, 1960, p. 610.

qu'en cas de disproportion importante, c'est-à-dire, pour reprendre ses propres termes, lorsque la peine était " trop excessive, et trop manifestement au-dessus de ce que le créancier a souffert de l'inexécution de l'obligation primitive " (15). De plus, d'autres auteurs comme Toullier (18^e - 19^e s.) contestaient la solution défendue par Pothier (16).

Le Traité de Pothier fournit une triple justification de cette réductibilité des clauses pénales exorbitantes. D'une part, comme pour Dumoulin, la peine était " stipulée dans l'intention de dédommager le créancier de l'inexécution de l'obligation principale " : elle était par conséquent " compensatoire des dommages et intérêts qu'il souffre de l'inexécution de l'obligation principale " (17). La logique permettait donc que si le dommage réel était inférieur à cette estimation, le montant de la clause fût corrigé par le juge. D'autre part, le consentement donné par le débiteur à une peine excessive était nécessairement, selon Pothier, fondé sur une erreur et n'était donc pas un consentement valable (18). Enfin, la notion d'équité, d'équilibre des prestations, sous-tendait la doctrine de Pothier (19).

(15) POTHIER, op. cit., ibid.

(16) TOULLIER, Le droit civil français suivant l'ordre du code, T. VI, numéros 811 et 812.

(17) POTHIER, op. cit., n° 343. C'est nous qui soulignons.

(18) POTHIER, op. cit., n° 346 : "Lorsqu'un débiteur se soumet à une peine excessive en cas d'inexécution de l'obligation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette obligation primitive, qui le porte à se soumettre à une peine aussi excessive". Une telle cause d'erreur, fondée sur la mauvaise appréciation par le débiteur de ses capacités propres d'exécuter ses obligations, n'est évidemment plus défendable aujourd'hui... Toullier avait critiqué Pothier en remarquant que " si l'erreur qui ne consiste que dans la fausse confiance du débiteur suffisait pour faire annuler un contrat par défaut de consentement, il y aurait bien peu de conventions qui ne fussent pas attaquées " (op. cit., n° 812).

(19) Portant un jugement sur la solution de Dumoulin, Pothier affirme que nonobstant les raisons qui pourraient être invoquées pour justifier l'intangibilité des clauses pénales (surtout le fait qu' " on ne peut disconvenir que le débiteur a entendu s'obliger à la clause "), " la décision de Dumoulin paraît plus équitable " (op. cit., n° 346).

L'ancien droit français se montrait cependant plus réticent pour majorer les clauses insuffisantes, qu'il s'agisse de Pothier (op. cit., n° 343) ou de la jurisprudence (voy. TOULLIER, op. cit., n° 811).

Section 2 - Le code civil de 1804

5. Si le code Napoléon a, en apparence, repris à Pothier la conception indemnitaire de la clause pénale, il en a fait dériver une règle opposée à celle qui avait été précédemment admise : l'intangibilité de la clause (art. 1152 c. civ.) hormis dans le cas d'une exécution partielle (art. 1231 c. civ.) . Au principe d'équilibre des prestations et au souci d'équité, il a ainsi préféré l'idée de respect dû à la volonté des parties.

Le législateur de 1804 a " pensé que quand les parties ont fixé elles-mêmes le taux des dommages-intérêts, leur prévoyance ne devait pas demeurer sans effet, et qu'il fallait respecter leurs conventions, d'autant plus que, dans d'autres contrats, on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives " (20) .

Or, si l'on considère, comme Dumoulin et Pothier, que la clause pénale constitue " une évaluation des dommages-intérêts, il est normal d'admettre que le juge peut la modifier en fonction de l'étendue du dommage " (21) car ainsi l'on permet le rétablissement de l'adéquation qu'avaient recherchée les parties entre le montant de la clause et celui du préjudice qui serait effectivement subi par le créancier en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses obligations. Au regard de la conception indemnitaire que Dumoulin et Pothier s'étaient faite de la clause pénale, son intangibilité constituerait par contre un illogisme.

Plutôt que d'attribuer au législateur de 1804 une construction illogique ou issue de l'arbitraire, force est donc d'admettre qu'il a intentionnellement modifié la conception indemnitaire de la clause pénale par rapport à l'ancien droit en accentuant son contenu normatif : sa méfiance envers le pouvoir judiciaire et le sacro-saint

(20) FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du code civil, Paris, 1827-28, T. XIII, procès-verbal de la séance du 11 brumaire an XII, p. 57.

(21) J. HAUSER, Les contrats, Paris, 1977, P.U.F., Que sais-je ? n° 1677, p. 99. Voy. cependant la fin de notre note n° 19.

principe du respect dû à la volonté des parties ont mué en forfait ce qui n'était auparavant qu'une évaluation préalable des dommages - intérêts, révisable par le juge au cas où elle excéderait le montant du dommage réel (22).

Les réflexions qui précèdent éclairent l'affirmation de P. Benjamin :

" The real reason behind the attitude of French law would therefore not appear to be based upon a logical analysis of the nature of penal clauses, but rather upon the fact that it is not in the interest of public policy to interfere with a bargain freely entered into solely on the ground of the inadequate appreciation by the parties of the amount of damage likely to ensue from a breach of contract " (23).

6. Hélas, en considérant que les parties étaient " les appréciateurs les plus sûrs du dommage qui peut résulter de l'inexécution d'un engagement " (24), et en refusant que le juge remette en cause leur évaluation forfaitaire, le législateur de 1804 ouvrait la porte à tous les abus : les créanciers pourraient désormais impunément profiter de la légèreté avec laquelle certains débiteurs acceptent des clauses excessives, ou de la propension qu'ils peuvent avoir à préjuger de leurs capacités d'exécuter les obligations qu'ils assument. Plus tard, l'apparition et l'essor des contrats d'adhésion, où les clauses ^{sont} établies par des professionnels de manière préalable et - sauf limitations légales - discrétionnaire, engendreront également de nombreux abus aux dépens des contractants non professionnels (25), qui se verront imposer de telles clauses sans pouvoir les discuter.

(22) Voy. supra, n° 4, l'idée de compensation chez Dumoulin et chez Pothier.

(23) P. BENJAMIN, art. cit., p. 613.

(24) FENET, op. cit., ibid.

(25) Voy. à ce sujet, supra, n° 2, dernier paragraphe, et réf. citées. Cette problématique des rapports de force qui s'affrontent dans le processus contractuel est fondamentale dans la matière des clauses pénales.

En définitive, le code Napoléon a abouti à un déconcertant paradoxe : bien qu'il ait proclamé, en l'article 1229, le rôle indemnitaire de la clause pénale, il a en réalité permis à sa fonction comminatoire - dont le concept même lui a échappé - de se développer immodérément et impunément ! ...

Section 3 - L'évolution ultérieure

A) Les lois spéciales

7. En France comme en Belgique, le législateur est progressivement intervenu dans certaines matières bien définies en vue de " briser l'intangibilité de la clause pénale lorsqu'elle aboutissait à des résultats évidemment injustes du fait de l'inégalité sociale et économique des parties " (26).

Ainsi, dans le but de protéger l'acquéreur inexpérimenté contre les " abus nés d'une trop grande rigueur dans la rédaction ou dans l'application de clauses pénales par certaines firmes " (27), l'article 10 § 2 de la loi belge du 9 juillet 1957 sur les ventes à tempérament permet au juge de réduire ou de supprimer les pénalités ou les dommages-intérêts convenus ou appliqués en cas d'inexécution de la convention, s'ils sont excessifs ou injustifiés. Ce pouvoir peut même être exercé d'office.

(26) B. BOCCARA, art. cit., n° 18.

(27) A. DE CALUWÉ, Loi du 9 juillet réglementant les ventes à tempérament et leur financement, ds. Jur. comm. Brux., 1958, p. 29 ; Doc. Parl. Sénat, session 1956-57, n° 91, p. 35.

L'on consultera également, pour la France, les articles 23 et 19 bis de la loi du 13 juillet 1930 visant les assurances terrestres, devenus les articles L 113-10 et L 121-11 du code des assurances, l'article 28 de la loi du 18 juin 1966 sur les transports maritimes, et l'article 19, dernier alinéa, du décret du 22 décembre 1967 relatif aux ventes en l'état futur d'achèvement d'immeubles d'habitation.

B) La jurisprudence face à l'article 1152 du code civil

Les jurisprudences belge et française ont suivi des chemins divergents dans l'application de l'article 1152 du code civil.

a) Belgique

8. C'est par des moyens assez divers que la jurisprudence belge est parvenue à réprimer les abus engendrés par certaines clauses pénales. Citons - en les plus marquants (28) :

- les juridictions ont parfois utilisé la théorie de l'abus de droit pour déclarer nulle une clause pénale dont l'application aurait entraîné une disproportion flagrante entre les prestations réciproques (29) ;

- dans d'autres cas les juges ont déclaré contraire à l'article 6 du code civil (ordre public et bonnes mœurs) donc nulle la clause pénale qui procurait au stipulant un bénéfice plus important que si le contrat avait été exécuté (30), ou une clause qui, disproportionnée au dommage qui pourrait résulter de l'inexécution de l'obligation, visait seulement l'enrichissement, sans contrepartie, du créancier (31), ou encore une clause contractuelle qui apparaissait comme un moyen de pression, une amende privée (32).

Deux importants arrêts, rendus le 17 avril 1970 (33) et le 24 novembre 1972 (34) reflètent la position de la Cour de Cassation quant à la définition de la clause pénale et au sort qu'elle réserve aux clauses abusives.

-
- (28) A ce sujet, voy. aussi I. MOREAU - MARGREVE, note ss. Cass., 17 avril 1970, R.C.J.B., 1972, pp. 463 et s.; R. DEBACKER, Vers plus de sécurité juridique en matière de clause pénale, Jur. comm. Belg., 1968, pp. 43 et s.
- (29) Voy. p. ex. Comm. Brux., 26 janvier 1971, Jur. comm. Belg., 1971, p. 468.
- (30) Voy. p. ex. Comm. Namur, 25 juillet 1974, Jur. Liège, 1974-75, p. 126; Bruxelles, 1er février 1971, Pas., 1971, II, p. 147.
- (31) Voy. p. ex. Bruxelles, 15 mai 1963, J.T., p. 594.
- (32) Voy. p. ex. Comm. Verviers, 15 décembre 1975, Jur. Liège, 1975-76, p. 190.
- (33) Cass., 17 avril 1970, R.C.J.B., 1972, pp. 454 et s., note I. MOREAU - MARGREVE; J.T., 1970, pp. 545 et 546.
- (34) Cass., 24 novembre 1972, R.C.J.B., 1973, pp. 302 et s., note I. MOREAU - MARGREVE; Jur. comm. Belg., 1973, I-323, obs.; R.W., 1973-74, col. 2427 et 2471.

L'arrêt du 17 avril 1970
.....

La Cour y réaffirme d'emblée la fonction d'indemnisation forfaitaire de la clause pénale inscrite par le code Napoléon dans le texte de l'article 1152. Elle déclare cependant que le juge du fond peut souverainement décider qu'une somme stipulée par convention ne peut, en fait, constituer la réparation du dommage, et que la clause, par conséquent, ne rentre pas dans le champ d'application de l'article 1152 (35). L'absence de caractère indemnitaire d'une clause pénale doit être déduite d'éléments contemporains de la formation du contrat (36) : l'existence d'une disproportion du montant de la clause par rapport au dommage prévisible (37) semble avoir été, en l'espèce, déterminante.

Lorsqu'une clause ne peut constituer la réparation d'un dommage et qu'elle procure en outre un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat, elle est contraire à l'ordre public. Le raisonnement adopté est le suivant : si les parties n'ont pas voulu conférer à la clause une fonction indemnitaire, c'est, nécessairement, qu'elles ont poursuivi un autre but : or l'existence d'une disproportion (38) entre le montant de la clause et celui du dommage prévisible révèle que le créancier a voulu spéculer en fait sur la non-exécution des obligations du débiteur. Une telle spéculation étant contraire à l'article 6 du code civil, la clause incriminée est nulle.

(35) Jusqu'à ce point du raisonnement, la clause non indemnitaire, privée de la protection légale de l'article 1152, n'en conserverait pas moins sa validité sur le plan contractuel.

(36) La clause pénale étant considérée comme une anticipation forfaitaire, le juge devra se placer au moment où les contractants se sont accordés sur la clause, pour décider si celle-ci répond à la conception indemnitaire. Dans cette optique, il serait donc absurde de tenir compte de circonstances postérieures à la convention. A ce sujet, voy. I. MOREAU - MARGREVE, note ss. Cass., 17 avril 1970, R.C.J.B., 1972, p. 472.

(37) Il s'agit donc bien du dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat et non du dommage effectif survenu plus tard, lors de l'inexécution.

(38) L'arrêt cite les termes de la Cour d'Appel : " En fixant la réparation du dommage si haut que le manquement du cocontractant procure un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat, (...) tout semble indiquer que l'on spéculé en fait sur la non-exécution des obligations contractuelles ". Le recours au verbe " sembler " n'est-il pas toutefois l'expression d'un doute?...

Cet arrêt n'échappe pas, selon nous, à la critique : établir un lien de causalité entre, d'une part, une disproportion objective même importante entre le montant de la clause et le dommage prévisible, et, d'autre part, la volonté du créancier de spéculer sur l'inexécution par le débiteur de ses obligations contractuelles, nous paraît excessif. Une telle disproportion pourrait fort bien, dans certains cas, résulter tout simplement d'une difficulté d'évaluer, au moment de la conclusion du contrat, l'ampleur d'un dommage qui n'est que futur et éventuel (39). Etablir l'intention de spéculer est malaisé, car il s'agit de la preuve d'un élément essentiellement moral : une telle imputation ne devrait découler que d'indices précis et concordants et non de la présence d'une simple disproportion.

L'arrêt est par ailleurs ambigu quant à l'ampleur de la disproportion jugée nécessaire pour qu'il y ait spéculation, donc nullité de la clause pénale. D'une part il reprend les termes de la Cour d'Appel selon laquelle il faut que le manquement du débiteur procure un bénéfice plus important que l'exécution normale du contrat (40) ; mais à peine plus loin, la Cour de Cassation exige l'existence d'un bénéfice ... beaucoup plus important que l'exécution normale du contrat ! Si une simple disproportion suffisait, il est clair que les litiges où des clauses pénales sont remises en cause se multiplieraient et qu'on ne pourrait prétendre se limiter à la répression des abus ! ...

L'arrêt du 24 novembre 1972
.....

L'on perçoit clairement, à l'étude de cet arrêt, que la Cour de Cassation a tenté de remédier aux faiblesses du précédent.

Si la Cour accorde toujours au juge le pouvoir de décider qu'une clause ne peut représenter une réparation du dommage et sort du champ d'application de l'article 1152 (41), elle est néanmoins, cette fois, plus

(39) Tant la nature que l'étendue du dommage qui serait causé par une inexécution peuvent être dans maints cas difficilement " prévisibles " ...

(40) Ces termes sont eux-mêmes repris dans le sommaire de l'arrêt.

(41) La solution établie par les deux arrêts analysés a été maintes fois confirmée : voy. Cass., 8 février 1974, R.W., 1973-74, col. 2429, obs. E. WIJMEERSCH, Pas., 1974, I, 597 ; Cass., 11 octobre 1974, Pas., 1975, I, 177, R.W., 1974-75, col. 1002, obs. ; Cass., 1er février 1974, Pas., 1974, I, 576 ; compar. Liège, 14 mai 1975, Jur. Liège, 1975-76, p. 49, affirmant que le débiteur peut contester le caractère indemnitaire d'une clause pénale.

explicite quant au facteur de cette disqualification : c'est en raison de son énormité, c'est-à-dire parce qu'elle procure à celui qui s'en prévaut un bénéfice hors de toute proportion avec le dommage pouvant résulter de l'inexécution du contrat, qu'une clause pénale ne représentera pas une réparation du dommage (42).

Pour déclarer une clause nulle sur base de l'ordre public (43), la Cour renonce cette fois au critère de spéculation : elle ne cherche pas en effet à déduire de l'énormité de la clause l'existence d'une spéculation dans le chef du créancier. Si le critère d'énormité résorbe l'incertitude que laissait planer l'arrêt de 1970 quant à l'importance de l'excès nécessaire pour qu'il y ait nullité, il ne faut pas en déduire que le raisonnement suivi par ce nouvel arrêt est totalement convaincant. Peut-on vraiment affirmer qu'une clause énorme est contraire à l'ordre public?... Nous aurions plutôt tendance à suivre certains auteurs français qui considèrent qu'une clause pénale abusive n'est pas contraire à l'ordre public car elle ne met pas en cause l'intérêt général (44). " Comme l'œil dans la tombe ", écrit à ce propos Cl. Van Ham, " l'ordre public nous suit décidément partout " (45) ...

L'on pourrait même, à l'inverse, défendre que dans maintes hypothèses les spéculations de certains débiteurs sont plus susceptibles de porter atteinte à l'ordre public que les abus provenant des créanciers.

En effet, comme le remarque pertinemment I. Moreau-Margrève, " le laxisme dont il est parfois fait preuve en matière de clauses pénales fait obstacle à ce qu'il soit porté remède aux calculs fort peu louables auxquels n'hésitent pas à se livrer certains débiteurs qui retardent systématiquement le paiement de leurs dettes, escomptant que le paiement au moment de l'assignation ou même seulement au moment de l'exécution de la décision judiciaire, leur aura procuré un bénéfice qui vient de la différence entre les intérêts légaux et les avantages que leur procure une utilisation ' intel-

-
- (42) L'arrêt du 8 février 1974, cité dans la note précédente, affirme quant à lui que lorsqu'une clause sanctionne une faute qui n'a pu occasionner de dommage, elle échappe à l'article 1152, et que tel est le cas d'une clause prévoyant le paiement d'une certaine somme en cas de retard, si des intérêts conventionnels sont déjà prévus.
- (43) Et aussi pour cause illicite (art. 1131 et 1133 du code civil).
- (44) Contra : I. MOREAU-MARGREVE : " L'article 6 du code civil n'implique pas seulement que soient prohibées ' les conventions qui produisent un résultat illicite au détriment de la société elle-même ' ", selon une formule reprise à Ed. VIEUJEAN, Chron. dr. belge, Rev. trim. dr. civ., 1964, p. 406 (voy. I. MOREAU-MARGREVE, note ss. Cass., 17 avril 1970, R.C.J.B., 1972, pp. 474 et 475).
- (45) Cl. VAN HAM, obs. ss. Comm. Charleroi, 23 juin 1977, J.T., 1977, p. 574.

ligente " de l'argent durant le temps gagné " (46).

Ainsi, souligne par ailleurs Cl. Van Ham, " dans la hantise que par quelque clause abusive le créancier vienne à s'enrichir scandaleusement, on a trop souvent préféré libérer le débiteur et, par là même, enrichir ce dernier presque aussi scandaleusement " (47).

Une telle mansuétude à l'égard des débiteurs risque de " désorganiser le réseau des relations économiques " et de porter atteinte à l'intérêt général en facilitant la contamination de proche en proche (48). Un jugement récent du tribunal de commerce de Charleroi a appliqué ces principes en validant une clause pénale contestée, parce qu'il est nécessaire " que les créanciers perçoivent ce qui leur est dû et tout ce qui leur est dû afin qu'ils soient eux-mêmes en mesure de payer leurs propres dettes " (49).

Une réforme légale nous paraît indispensable en cette matière car seuls la reconnaissance de la double fonction de la clause pénale et l'octroi au juge d'un pouvoir exprès de réduction des clauses abusivement comminatoires permettront d'aboutir à des solutions plus équitables et plus réalistes (50). La nullité des clauses pénales abusives avec réévaluation du préjudice réellement subi n'est pas une solution recommandable car elle leur ôte leur fonction dissuasive, leur utilité pour " vaincre avec certitude certaines résistances des débiteurs aussi abusives que certaines clauses peuvent paraître choquantes " (51). Nous exposerons la solution qui, à la lumière des enseignements du droit comparé, et principalement de la réforme française, nous paraît de lege ferenda la plus recommandable.

(46) I. MOREAU - MARGREVE, note ss. Cass., 17 avril 1970, R. C. J. B., 1972, p. 499.

(47) Cl. VAN HAM, obs. cit., ibid.

(48) I. MOREAU - MARGREVE, note ss. Cass., 17 avril 1970, R. C. J. B., 1972, pp. 498 et 499.

(49) Comm. Charleroi, 23 juin 1977, J. T., 1977, p. 573, et note Cl. VAN HAM.

(50) Compar. I. MOREAU - MARGREVE, note ss. Cass., 17 avril 1970, R. C. J. B., 1972, pp. 503 et s., et note ss. Cass., 24 novembre 1972, R. C. J. B., 1973, p. 314.

(51) B. BOCCARA, art. cit., n° 22; compar. I. MOREAU - MARGREVE, ds. R. C. J. B., 1972, p. 499, § 2; Comm. Charleroi, 23 juin 1977, J. T., 1977, p. 573, et note Cl. VAN HAM.

b) France

9. Divers arguments utilisés par la doctrine et la jurisprudence françaises en vue de s'arroger un droit de contrôle sur le montant des clauses pénales se sont "heurtés à une censure prévisible de la Cour suprême puisqu'allant directement à l'encontre du principe d'irréductibilité posé par l'article 1152 du code civil" (52). La jurisprudence française s'est donc montrée moins large envers les débiteurs que son homologue belge à laquelle cet antagonisme n'a pas paru si catégorique qu'il ne souffrit pas d'être contourné de la façon que l'on sait (53).

Les fréquents abus engendrés par les clauses pénales stipulées dans les contrats de leasing ou crédit-bail et de vente à crédit, où elles sont pratiquement de style, ont néanmoins conduit le législateur français à élaborer en 1975 un système général de contrôle judiciaire des clauses pénales excessives (54). Plus récemment, le législateur a prévu la fixation par barèmes des montants maxima des clauses pénales figurant dans les contrats ou opérations de crédit (55); il a également conçu une procédure d'élimination des clauses abusives figurant dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, à base de concertation et de réglementation (56).

La jurisprudence française précédant la loi de 1975 se montra intraitable envers les arguments imaginés par les plaideurs pour tenter d'obtenir la nullité des clauses pénales excessives. Furent ainsi invoquées sans succès :

- l'idée de justice ou d'équité, qui dut s'effacer devant le principe de la convention-loi (57). Par la suite les plaideurs durent donc "habiller d'arguments techniques leurs sentiments

(52) B. BOCCARA, art. cit., n° 3; Ph. MALAURIE, note ss. Cass. comm. fr., 4 juillet 1972, D.S., 1972, p. 733.

(53) Voy. supra, n° 8.

(54) Loi française n° 75 - 597 du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil sur la clause pénale: voy. infra, numéros 11 à 13, et annexe n° 1.

(55) Loi française n° 78 - 22 du 10 janvier 1978, relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, art. 1 à 3 et 19 à 22; infra, n° 15, et annexe n° 4.

(56) Loi française n° 78 - 23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, art. 35 à 38; infra, n° 15 et annexe n° 5.

(57) Cass. fr., 23 mai 1940, D.S., 1940, pp. 161 et 162.

d'équité (58) ;

- l'interdiction du cumul de l'exécution forcée et de la résolution, ou, en d'autres termes, du cumul du principal et de la peine qui pourrait être obtenue en cas de résolution (c. civ., art. 1184, 1228 et 1229 al. 2) : lorsqu'un contrat de leasing, par exemple, prévoit qu'en cas de résolution pour inexécution, par l'utilisateur, de ses obligations, celui-ci devrait non seulement restituer le bien mais aussi payer une indemnité de résiliation égale ou presque égale au montant total des loyers eux-mêmes, il n'y a pas cumul de la résolution et de l'exécution, mais cumul de la résolution et de la peine conventionnelle, ce que la loi autorise pour les mêmes raisons qu'elle admet le cumul de la résolution et des dommages-intérêts (59) ;

- l'absence de cause. Certains auteurs avaient soutenu que lorsque le contrat permettait, par exemple en matière de leasing, à la fois la résiliation pour inexécution des obligations de l'utilisateur et l'attribution au créancier, à titre de dommages-intérêts, de toutes les redevances à courir, la convention était léonine et la clause pénale dépourvue de cause (60). En réalité, dans ce cas proche du précédent, ces auteurs oubliant que l'indemnité a pour cause la résiliation : " les dommages-intérêts (... ont) une fonction bien nette : celle de réparer le dommage causé non par l'inexécution (ce que répare la résiliation) mais par la résiliation elle-même " (61) ;

- la prohibition de l'usure par la loi n° 66-1010 du 28 décembre 1966 (62). Cette thèse, soutenue devant certaines juridictions (63) n'a pu être retenue que dans l'unique hypothèse visée par la loi, à savoir celle du " prêt conventionnel d'argent ou de crédit accordé à l'occasion de vente à tempérament ", contrat ne pouvant d'ailleurs être confondu avec le leasing ou le crédit-bail (64).

(58) Ph. MALAURIE, note ss. Paris, 4 mars 1971, D.S., 1972, p. 583.

(59) Cass. comm. fr., 4 juillet 1972, D.S., 1972, p. 732, et note Ph. MALAURIE, pp. 732 et 733.

(60) B. BOCCARA, note ds. J.C.P., 1971, II, 16581, et art. cit., n° 3. En faveur de l'absence de cause, voy. également : CORNU, Chronique de jurisprudence sur les contrats spéciaux, ds. Rev. trim. dr. civ., 1971, p. 170 ; Paris, 27 juin 1970, J.C.P., 1970, II, 16576, et note B. BOUBLI ; voy. également les références citées par Fr. CHABAS, La réforme de la clause pénale, D.S., 1976, p. 232.

(61) Fr. CHABAS, art. cit., p. 232, et références citées ; les mots ici soulignés sont en italiques dans le texte original.
Compar. Ph. MALAURIE, note ss. Paris, 4 mars 1971, D.S., 1972, p. 584.

(62) D., 1967, 31.

(63) Voy. Trib. comm. Seine, 24 octobre 1967, J.C.P., 1968, II, 15450, note H.B. ; Trib. gr. inst. Rennes, 27 avril 1973, D., 1974, 768, note HOVASSE.

(64) J.-L. EVADE, La réduction des clauses pénales excessives, ds. Gaz. Pal., 1976, doct., p. 450 ; Rouen, 3 juillet 1970, J.C.P., 1971, II, 16581, note B. BOCCARA, D., 1971, 465, note DESSENS, et autres références citées par Fr. CHABAS, La réforme de la clause pénale, D.S., 1976, p. 232, o.

D'autres arguments avaient également été invoqués par la doctrine mais n'auraient sans doute pas eu plus de succès auprès de la Cour suprême :

- l'abus de droit (65) ;
- la fraude à la loi (65) ;
- l'idée selon laquelle un forfait sans aléa dégénère en peine privée (66) ;
- l'ordre public, car, a-t-on dit, aucun intérêt général n'est en cause (67) .

C) L'interprétation de l'article 1231 du code civil

10. L'article 1231 stipule que " la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie ". Certains plaideurs français ont cru trouver en cet article un moyen d'obtenir la révision des clauses pénales insérées dans les contrats de leasing. L'interprétation restrictive dont fut l'objet cette disposition leur ôta cet espoir .

D'une part, la faculté attribuée au juge de réduire une clause pénale en cas d'exécution partielle ne pouvait jouer qu'en l'absence de toute clause excluant l'exercice de cette faculté (68). L'article 1231 était donc considéré comme supplétif (68) ; une stipulation expresse de dérogation à l'article 1231 n'était même pas nécessaire : il suffisait qu'une clause fixe la peine proportionnellement à l'étendue de l'inexécution, adaptant ainsi la peine à l'exécution partielle, pour estimer que les parties avaient voulu écarter l'article 1231 (69). Il va de soi que les rédacteurs des clauses pénales ne manquaient pas de libeller celles-ci de telle façon que l'article 1231 devînt inopérant.

(65) Voy. CORNU, chron. cit., p. 167.

(66) Voy. B. BOUBLI, note citée .

(67) Contra : la jurisprudence belge, supra, n° 8, A.

(68) Voy. G. HUBRECHT, La révisibilité judiciaire des clauses pénales, ds. Gaz. Pal., 1976, doct., p. 64 ; Pr. CHABAS, art. cit., pp. 231 et 232, et réf. citées ; J.-L. EVADE, art. cit., p. 450 ; Cass. comm. fr., 10 juillet 1972, D., 1972, p. 728, note Ph. MALAURIE .

(69) Voy. note Ph. MALAURIE ss. Cass. comm., 10 juillet 1972, cité.

D'autre part, la Cour de Cassation avait encore restreint le champ d'application de l'article 1231 en admettant l'indivisibilité conventionnelle (art. 1218 du code civil) du contrat de crédit-bail (leasing) (70), étant donné que "les phases de l'opération sont unies par un lien d'interdépendance" et que "les parties ont voulu une obligation indivisible" (71). La doctrine avait néanmoins critiqué cette solution, estimant que le caractère divisible du contrat de crédit-bail découlait au contraire du fait que l'exécution partielle du contrat sous forme du paiement des premiers loyers présentait un "aspect satisfaisant" pour le créancier (72).

D) La loi française du 9 juillet 1975

11. Quoique la jurisprudence française ait été, contrairement à la jurisprudence belge, le plus souvent favorable au principe de l'intangibilité des clauses pénales, même abusives, la doctrine n'a pas cessé de réprover cette forme de terrorisme contractuel à laquelle certaines "scandaleuses pénalités conventionnelles" (73) aboutissaient. Ce conflit entre la loi et l'équité (!) ne pouvait être résolu, en France, que par une réforme légale.

(70) Cass. comm. fr., 14 avril 1972, J.C.P., éd. C.I., 6 juin 1974, 11407, cit. par S. SANZ, La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975, et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale, ds. Rev. trim. dr. civ., 1977, p. 275.

(71) Rapport annuel de la Cour de Cassation au Garde des Sceaux, année judiciaire 1972-73, La Doc. franç., Paris, 1973, p. 53, al. 6, cit. par S. SANZ, art. cit., pp. 275-76. La Cour a condamné la thèse de l'indivisibilité intellectuelle (article 1217).

(72) S. SANZ, art. cit., p. 276; Ph. MALAURIE, note ss. Cass. comm. fr., 10 juillet 1972, cit., p. 729. Dans le même sens, voy. Civ. Bruxelles, 31 janvier 1973, Jur. comm. Belg., 1973, p. 549, obs. G. DELVOIE.

(73) Ph. MALAURIE, note ss. Cass. fr., 4 juillet 1972, D.S., 1972, p. 733.

Ce sont surtout les nombreux abus " criants et intolérables " (74) auxquels avait donné lieu le système de l'irréductibilité en matière de crédit-bail et de vente à tempérament, qui ont incité le législateur français à réformer le régime légal de la clause pénale.

Quoique certains parlementaires eussent proposé de se borner à une réforme de ces deux contrats, " la majorité de leurs collègues a fort justement considéré qu'une règle générale, lorsque la matière s'y prête, doit toujours être préférée à une réglementation par secteur. Or, il s'agit bien là d'une question qui intéresse l'ensemble du droit des obligations " (75).

La réforme française présente un double visage :

1°) La règle principale de la loi du 9 juillet 1975 est son article 1er qui complète l'article 1152 du Code civil par l'alinéa suivant :

" Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite " .

Les traits marquants de ce contrôle judiciaire sont les suivants :

- l'intervention judiciaire revêt un caractère facultatif : le juge décide souverainement du principe de son intervention (76) ;
- le juge décide aussi souverainement de l'ampleur de celle-ci (77) ;
- la loi pose comme condition d'intervention du juge l'existence d'une clause pénale " manifestement excessive ou dérisoire " ;
- le principe du contrôle judiciaire des clauses pénales est d'ordre public.

2°) L'article 2 de la loi du 9 juillet 1975 modifie l'article 1231 du code civil comme suit :

" Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite " .

La portée de cette modification est essentiellement de fournir au juge une directive sur le pouvoir de réduction que lui confère l'article 1231 en cas d'exécution partielle. L'article 2 de la loi de 1975 substitue au principe jusqu'alors admis par la majorité de la jurisprudence française, de la réévaluation par le juge du dommage effectivement subi, sans tenir compte de la clause (78), celui de la réduction de la peine dans la proportion de l'exécution (79).

(74) B. BOCCARA, art. cit., n° 18.

(75) Voy. Rev. trim. dr. comm., 1975, p. 799.

(76) B. BOCCARA, art. cit., n° 2.

(77) ibid.

(78) Paris, 27 juin 1970, J.C.P., 1970, II, 16 576, note BOUBLI.

(79) Rapport GERBET à la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, cit. par B. BOCCARA, art. cit., n° 57.

" La réduction de la peine sera donc fixée en prenant pour base la peine stipulée pour inexécution totale. Pour déterminer la réduction de la peine, le juge devra s'inspirer de l'intention des parties, il y aura lieu pour lui de rechercher dans quelle mesure l'exécution partielle a bénéficié au créancier, et l'importance de préjudice que lui cause l'inexécution du surplus " (80).

La nouvelle solution, qui est d'ordre public, va dans le sens du respect de la volonté des parties (81). L'opposition de cette règle peut paraître surprenante avec celle de l'article 1er qui, conférant un pouvoir de contrôle assez général au juge sur les clauses abusives, détermine le recul du principe de la convention-loi. Mais, en ce qui concerne l'article 2 de la loi de 1975, le principe de la convention-loi n'est pas susceptible d'engendrer d'abus : en effet, si la peine stipulée par les parties et réduite en proportion par le juge demeurerait manifestement excessive, celui-ci pourrait, en vertu de l'article 1152 nouveau, rejeter la clause et y substituer sa propre appréciation du préjudice réel. L'article 1er de la loi, modifiant l'article 1152 du Code civil, intervient donc ici comme " soupape de sécurité " .

12. Loin de vouloir " liquider la clause pénale en la réduisant au rôle dérisoire d'épouvantail pour débiteurs ignares " (82), la loi de 1975 s'est plutôt préoccupée de permettre " le contrôle des abus (83) qui constitue l'objectif direct de la réforme, (tout en) maintenant l'effet comminatoire et dissuasif de la clause pénale qui en est la principale raison d'être " (84). C'est donc parce que la loi du 9 juillet 1975 a reconnu le caractère principalement comminatoire de la clause pénale (85), nié auparavant de manière assez hypocrite, et qu'elle a voulu lutter contre les abus engendrés par le désir des créanciers d'amplifier à l'excès ce caractère, que le principe d'un contrôle juridictionnel a pu être admis (86).

13. La loi française constitue donc un progrès indéniable et indispensable par rapport au principe d'intangibilité, car elle entérine en l'article 1152 nouveau la notion d'équité que la jurisprudence avait tenté de faire reconnaître de diverses manières, en se heurtant chaque fois à la censure de la Cour de Cassation. Cependant la majorité des auteurs ont critiqué l'imprécision de ce texte, à trois

(80) Rapport GERBET, op. cit., ibid.

(81) B. BOCCARA, art. cit., n° 57; Fr. CHABAS, art. cit., p. 232.

(82) Expression empruntée à B. BOCCARA, art. cit., n° 2.

(83) Fr. CHABAS, art. cit., p. 233.

(84) B. BOCCARA, art. cit., n° 2.

(85) En ce sens, Douai, 10 mars 1976, D.S., 23 février 1977, Inf. rapides, p. 91: Le but de la clause pénale est " d'assurer l'exécution de l'obligation en faisant peser sur le débiteur la menace d'une sanction précise ".

(86) Et c'est parce que la Belgique s'obstine à nier l'utilité coercitive de la clause pénale que la jurisprudence doit recourir à divers faux-fuyants pour contourner l'article 1152, et aboutit à des solutions peu nuancées (supra, n° 8).

niveaux (87), représentant autant de degrés dans le raisonnement du juge.

Premier niveau : les conditions légales d'intervention du juge (88).

L'on a surtout reproché à la loi de 1975 de ne contenir aucune précision sur la référence qui permettra au juge de qualifier une clause pénale de " manifestement excessive ". L'appréciation doit-elle être subjective ou objective ?

Les partisans de la méthode subjective prétendent qu'à ce niveau les considérations tenant " à la bonne ou à la mauvaise foi du débiteur, à l'évolution de sa situation financière ou plus largement à l'évolution de la situation économique " (89), doivent être prises en compte.

et au rôle pénal, dérivant, de la clause (90)
Les partisans de la méthode objective affirment que " l'excès manifeste ne peut que se mesurer en chiffres ou tout au moins par le rapprochement de chiffres " (91). Certes, des chiffres peuvent recevoir une portée différente selon qu'on les apprécie objectivement ou subjectivement. Mais il faudra que, dans les chiffres, la peine apparaisse démesurée, " tellement énorme que le juge n'a qu'à en constater le caractère sans se livrer à aucune recherche " (92). S'abstraire ainsi des considérations subjectives pour ne s'attacher qu'à la constatation d'un excès tellement patent qu'il ne dépend pas de ces circonstances, nous paraît justifié. Les éléments subjectifs pourront en effet être examinés aux deux prochains stades : par exemple, le juge qui a estimé qu'une clause était objectivement et manifestement excessive pourra, au deuxième niveau (infra), renoncer, sur base de ces éléments, à la réduire. Ainsi se justifiera le caractère facultatif de son pouvoir de réduction.

-
- (87) L'analyse en trois phases, adoptée ci-après, a été imaginée par M. VASSEUR, note ss. Paris, 5 janvier 1977, D.S., 1977, pp. 265 et s.
- (88) Nous ne parlerons essentiellement ici que de la réduction des clauses abusives, cas le plus fréquent. Les mêmes constatations peuvent être formulées, mutatis mutandis, pour la majoration des clauses manifestement dérisoires.
Une intéressante étude de la jurisprudence en matière de clauses pénales manifestement excessives a paru sous Amiens, 23 novembre 1976, D.S., 4 mai 1977, p. 198.
- (89) M. VASSEUR, note cit., p. 265, cite et critique cette conception.
- (90) B. BOCCARA, art. cit., n° 39.
- (91) Voy. par exemple M. VASSEUR, note cit., p. 265.
- (92) Fr. CHABAS, art. cit., p. 234, col. 2. L'adverbe " manifestement " nous paraît en effet impliquer plus une idée d'évidence que de certitude.

De plus, exclure à ce niveau les éléments de fait pour ne retenir que le critère d'évidence objective de l'excès, rendrait plus probable l'éventualité d'un contrôle par la Cour de Cassation de la réalité de l'excès manifeste, ce qui assurerait en cette matière la cohésion de la jurisprudence (93).

Notons qu'un auteur, B. Boccara, a tenté de chiffrer de manière abstraite la proportion au-delà de laquelle l'excès devient manifeste : cette démarche est parfaitement défendable si l'on admet l'appréciation objective de l'excès manifeste ; elle n'empêche pas une évaluation subjective qui aura lieu aux stades ultérieurs ; enfin, une jurisprudence bien établie sur un critère quantitatif précis éviterait à la fois des divergences d'interprétation entre les juridictions, et les procès intentés exclusivement pour des motifs d'"atermolement ou de chicane" (94). Ainsi, B. Boccara, estimant qu'une peine devient manifestement excessive dès que son montant se situe entre le double et le triple de celui du préjudice, propose d'assimiler l'excès manifeste à la lésion des 7/12èmes, étant donné qu'une telle lésion correspond précisément à un multiple se situant entre 2 et 3. De telle sorte, le double souci de garantir la stabilité du contrat et de neutraliser des conventions choquantes se concrétiserait de manière identique dans les deux cas (95).

-
- (93) Si l'absence d'un contrôle, par la Cour de Cassation, du montant de la modification de la peine n'est pas contestée, la doctrine française est par contre divisée sur la possibilité d'une censure par la Cour des conditions d'intervention du juge.
B. BOCCARA, art. cit., n° 31, s'y montre favorable ; contra : G. HUBRECHT, art. cit., p. 65 ; compar. Fr. CHABAS, art. cit., p. 233.
- (94) Expression empruntée à İlhan POSTAGIOĞLU, Rapport général sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations en droit civil et commercial, Trav. Assoc. H. Capitant, 1964, Dalloz, 1968, p. 21. De lege ferenda, l'auteur propose, pour diminuer le nombre de ces procès, de ne permettre la révision de la clause qu'après que la débiteur aura payé le montant fixé par elle (ibid.).
- (95) B. BOCCARA, art. cit., n° 28. Contra : G. HUBRECHT, art. cit., p. 65. En l'absence de chiffre fixé par la loi, M. VASSEUR propose d'admettre l'exemple de la lésion des 7/12èmes comme " orientation de pensée " (note cit., p. 266).

Deuxième niveau : l'appréciation, par le juge, de l'opportunité de son intervention.

Le juge a la faculté et non l'obligation de modérer les clauses pénales excessives. La loi de 1975 ne lui donne cependant aucune directive quant aux circonstances de fait qui, échappant à la censure de la Cour de Cassation, pourraient l'amener à maintenir, plutôt qu'à la réduire, une clause jugée manifestement excessive au premier niveau. S'il est évident que le législateur a voulu permettre au juge de décider seul de l'opportunité de son intervention (96), il n'est guère plus douteux qu'outre les données relatives aux intérêts, pécuniaires ou autres, des parties, les critères découlant de l'attitude des contractants mériteront de retenir l'attention particulière du magistrat. Ainsi, la mauvaise foi patente du débiteur, sa faute lourde lors de l'inexécution, pourront justifier le maintien de la peine par le juge, fût-elle excessive en regard des critères utilisés au stade précédent du raisonnement (97).

M. Vasseur cite plusieurs autres circonstances que le juge pourra prendre en considération : " la situation du débiteur, c'est-à-dire les difficultés financières qu'il a pu éprouver, les conséquences à son égard de l'évolution de la conjoncture économique, mais aussi la plus ou moins grande diligence dont il a fait preuve... ", le comportement répréhensible du créancier qui a abusé de sa situation pour imposer, lors de la conclusion du contrat, une peine abusivement lourde, l'intérêt que le créancier peut avoir à l'exécution correcte du contrat, etc... (98).

(96) S. SANZ, art. cit., p. 277 ; M. VASSEUR, note cit., pp. 266 et 267.

(97) M. VASSEUR, note cit., p. 267 ; Fr. CHABAS, art. cit., p. 234.
Voy. aussi Douai, 10 mars 1976, D.S., 1977, Inf. rap., p. 91 (refus de minoration d'une clause pénale lorsqu'il est établi que le débiteur s'est délibérément soustrait à son engagement).

(98) M. VASSEUR, ibid. ; voy. aussi B. BOCCARA, art. cit., numéros 36 et s.

Troisième niveau : la mesure de la réduction de la peine.

Vouloir à tout prix l'adéquation de la peine réduite, au préjudice réellement subi, est susceptible de porter atteinte à la fonction comminatoire de la clause pénale. Une jurisprudence établie en ce sens priverait celle-ci de toute efficacité de contrainte et contribuerait à favoriser les débiteurs de mauvaise foi. De plus, laisser espérer au débiteur qu'il peut obtenir la réduction de la peine au dommage réellement subi par son créancier, augmenterait le nombre des litiges et freinerait la marche des affaires (99).

B. Boccara suggère au juge de ne pas réduire les clauses pénales abusives en-deçà du seuil d'excès manifeste (100).

Par exemple, dans une espèce donnée, le préjudice réel est estimé à 100; le juge considère que le seuil d'excès manifeste, qui légitime son intervention, est de 250. Si l'on adopte le système de B. Boccara, une clause de 500 sera réduite non à 100 (dommage réel) mais à 250 (seuil d'excès manifeste) (101).

Un tel mécanisme suppose que la notion d'excès manifeste, non seulement constitue la condition d'exercice du contrôle judiciaire, mais en détermine aussi la mesure. Le but recherché par B. Boccara est à la fois de maintenir à la clause pénale en général sa valeur comminatoire, et d'éviter les solutions incohérentes auxquelles on aboutirait si l'on faisait abstraction du butoir du seuil d'excès manifeste, ce qui équivaldrait à admettre, dans l'exemple cité, qu'une pénalité de 240 subsisterait, mais qu'à l'inverse une pénalité de 260 pourrait être non pas réduite à 250, mais ramenée à 100. Selon Boccara, le pouvoir de réduction ne serait plus alors qu'un pouvoir d'annulation avec réévaluation pure et simple du préjudice (102).

(99) Concernant la nécessité de maintenir ce caractère coercitif, voy. notamment M. VASSEUR, note cit., p. 267; I. MOREAU-MARGREVE, note ss. Cass., 17 avril 1970, R.C.J.B., 1972, pp. 498 et 499.

(100) Ce seuil pourrait d'ailleurs être fixé de manière abstraite: voy. supra, 1^{er} niveau.

(101) B. BOCCARA, art. cit., numéros 41 et s.

(102) Compar. la jurisprudence actuelle de la Cour de Cassation belge, ou la position du droit anglais.

Certains auteurs craignent que, le butoir étant le seuil d'excès manifeste, un tel système ne laisse subsister des excès manifestes.

Ce serait le cas, dans l'exemple de Boccara, d'une réduction de 500 à un montant supérieur ou, à la limite, égal à 250.

Mais si la loi permet au juge de ne pas intervenir quoiqu'il y ait un excès manifeste, pourquoi ne l'autoriserait-on pas, lorsqu'il met en œuvre son pouvoir de réduction, à laisser subsister un excès manifeste (103) ? Si certaines circonstances subjectives propres à l'espèce justifient la non-réduction par le juge - nous pensons à la mauvaise foi patente du débiteur -, il en ira de même pour la réduction à un montant supérieur au seuil d'excès manifeste : la mesure de la réduction sera souverainement appréciée par le juge du fait.

Mieux, certaines circonstances permettent au magistrat, croyons-nous, de réduire la peine à un montant situé en-deçà du seuil d'excès manifeste, si la mauvaise foi a été déterminée dans le chef du créancier ; ce serait le cas si ce dernier avait voulu essentiellement spéculer sur le profit substantiel que la clause lui rapporterait en cas d'inexécution, par le débiteur, de ses obligations (104).

En définitive, le système de la modération à butoir proposé par B. Boccara pourrait fournir au juge un paramètre d'autant plus convaincant qu'il n'exclut pas les adaptations nécessaires dans l'un ou l'autre sens.

(103) Voy. S. SANZ, art. cit., p. 277.

(104) Nous rejoignons ainsi M. VASSEUR, qui écrit : " Serait-il juste de contraindre le juge à faire peser sur un débiteur dont la situation s'est dégradée en raison d'événements dont il ne porte pas la responsabilité exclusive, une peine qui - lors même qu'il l'a acceptée - demeurerait lourde, excessive, parce que, modérée [= réduite au niveau du seuil d'excès], elle aurait cessé d'être manifestement excessive ? Serait-il juste de maintenir au créancier, qui a stipulé une peine manifestement excessive et qui a - le cas échéant - commis un abus de pouvoir que la loi a entendu sanctionner, le bénéfice d'une peine réduite certes, mais réduite de telle façon que, cessant d'être manifestement excessive, elle demeurerait lourde, excessive par rapport au préjudice réellement subi ? " (note cit., p. 267) ; compar. Fr. CHABAS, art. cit., p. 235.

Section 4 - Essai de systématisation d'un régime de contrôle des clauses pénales.

14. A la lumière des mécanismes que l'on vient d'étudier, un tableau peut être dressé, qui reprend les différentes situations possibles d'excès (105) et les conséquences que celles-ci pourraient produire sur le plan de la réductibilité.

<u>Montant de la clause</u>	<u>A. Les conditions d'intervention du juge sont-elles réunies ?</u>	<u>B. Est-il opportun de réduire la clause ?</u>	<u>C. Dans quelle mesure le juge va-t-il réduire la clause ?</u>
<u>Excès non manifeste</u>	1.1. <u>Non</u>	1.2. -	1.3. -
<u>Excès manifeste</u>	2.1. <u>Oui</u>	2.2.1. <u>Non</u> , vu les circonstances de l'espèce (ex. mauvaise foi patente, faute lourde du débiteur)	2.3.1. -
		2.2.2. <u>Oui</u> , vu les circonstances de l'espèce	2.3.2.1. <u>Au-delà du seuil d'excès manifeste</u> , vu les circonstances de l'espèce (ex. mauvaise foi patente, faute lourde du débiteur)
			2.3.2.2. <u>Au seuil d'excès manifeste</u> , p. ex. vu l'absence de circonstances spéciales
			2.3.2.3. <u>En-deçà du seuil d'excès manifeste, mais au-delà du montant du dommage réel</u> , vu les circonstances de l'espèce (ex. débiteur de bonne foi et malchanceux, ou créancier de mauvaise foi)

(105) Un tableau du même type pourrait être dressé pour le cas, moins fréquent, de la clause manifestement insuffisante.

(106) Ces trois questions : A, B et C, correspondent à la méthode d'analyse en trois niveaux que nous avons précédemment suivie.

Lorsque le montant de la clause n'est pas manifestement excessif, les conditions légales d'intervention du juge ne sont pas remplies (1.1.) et l'hypothèse d'une réduction (1.2. et 1.3.) n'est pas à envisager.

En cas d'excès manifeste, établi par exemple par des critères quantitatifs, les conditions légales d'intervention sont au contraire réunies (2.1.). Le juge, confronté aux circonstances subjectives de l'espèce, va estimer soit opportun (2.2.2.) soit inopportun (2.2.1.) de réduire la clause. Ainsi, la mauvaise foi patente du débiteur pourra l'amener à se prononcer dans le second sens.

Le problème de la mesure de la réduction ne se pose donc que dans l'hypothèse 2.2.2. Ici, trois solutions pourraient être envisagées :

- Soit le juge adopte la règle du " paramètre ", et réduit la clause au seuil d'excès manifeste (2.3.2.2.): c'est le cas où aucune circonstance spéciale ne motive une réduction plus faible ou plus forte: il en irait ainsi, par exemple quand l'excès manifeste résulte simplement de la difficulté de fixer, au moment du contrat, le dommage prévisible, ou lorsqu'il n'est pas possible de prouver la mauvaise foi dans le chef du débiteur ou du créancier (107).

- Soit le juge estime qu'il y a lieu de prendre en considération certaines circonstances favorables au débiteur (p. ex. sa bonne foi à laquelle s'ajouterait sa malchance) ou défavorables au créancier (p. ex. sa mauvaise foi) : on admettra alors une réduction plus prononcée, descendant en-deçà du seuil d'excès manifeste (2.3.2.3). Pour maintenir à la clause pénale sa valeur comminatoire le juge veillerait cependant à laisser subsister une marge d'irréductibilité, c'est-à-dire à rester au-delà du montant du dommage réellement subi.

Il nous semble cependant que cette dernière préoccupation devrait s'effacer devant la nécessité de sévir contre le créancier, dans l'hypothèse extrême où il résulte d'éléments précis et concordants que celui-ci a voulu spéculer sur la non-exécution des obligations du débiteur: dans ce cas il faudrait, pensons-nous, autoriser le juge à réduire la clause au montant du dommage subi (108).

- Soit enfin le juge prend en compte des circonstances défavorables au débiteur (p. ex. sa mauvaise foi). Dans ce cas, s'il n'a pas estimé qu'il fallait refuser de diminuer la clause (2.2.1), le juge la réduira de telle sorte que son montant reste au-delà du seuil d'excès manifeste.

(107) Il est à noter que la notion de dommage prévisible, implicitement adoptée par la Cour de Cassation belge mais ignorée par le texte de la loi française de 1975, pourrait intervenir néanmoins à ce niveau.

(108) Ne pourrait-on pas aller jusqu'à permettre au juge, dans un tel cas, de descendre au-dessous du montant du dommage? Accorder à un tel créancier le bénéfice d'une somme égale au dommage subi nous paraît constituer une bien maigre punition!...

Section 5 - Les deux lois françaises du 10 janvier 1978.

15. Deux importantes lois de protection des consommateurs, datées du 10 janvier 1978, ont été votées en France : toutes deux contiennent des dispositions touchant la matière des clause pénales.

A) La loi relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (109).

En ses articles 19 à 22, cette loi prévoit que les clauses pénales stipulées dans certains prêts, contrats et opérations de crédit ne pourront dépasser des maxima à fixer par décrets.

Toute opération de crédit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, à titre onéreux ou gratuit, est visée par la loi : il s'agit en particulier, selon l'article 2, des prêts d'argent, des contrats de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente et toutes les opérations de crédit liées à des ventes ou à des prestations de services, y compris les ventes et prestations de services dont le paiement est échelonné ou différé.

L'article 3 exclut notamment du champ d'application de la loi les prêts, contrats et opérations de crédit qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle : l'on a donc voulu protéger ceux qui recourent à ces prêts, contrats et opérations de crédit visés à l'article 2 pour leur usage personnel (110).

La loi ne fait cependant pas obstacle à ce que le juge applique l'article 1152 du Code civil en cette matière.

Lors de l'élaboration de cette loi, la Chambre de commerce et d'industrie de Paris avait manifesté son opposition, estimant " anormal (...) que les barèmes de clauses pénales soient fixées par décrets " (111), tandis qu'un auteur, X. Vincent, avait déploré que " le pouvoir des parties, remplacé par celui du juge [par la loi de 1975], (allait) être remplacé par celui de l'Administration omnipuissante et celui de la liberté par celui du dirigisme " (111). Mais le glissement progressif du droit des obligations, de l'autonomie contractuelle vers un certain dirigisme, n'est-il pas un signe des temps ? Il ne faut pas oublier, par ailleurs, que les clauses pénales abusives ont principalement sévi, ces dernières années, dans les contrats de leasing ou crédit-bail mobilier et de vente à tempérament, conventions utilisant les mécanismes du crédit.

-
- (109) Loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, J.O., 11 janvier 1978, p. 299, D.S., 1978, pp. 83 et s. Voy. des extraits de cette loi en annexe n° 4.
- (110) Notons aussi l'exclusion des opérations de crédit portant sur des immeubles (art. 3).
- (111) X. VINCENT, La réforme de la clause pénale, le crédit-bail et leasing mobiliers, ds. Gaz. Pal., 1977, numéros 275 à 277 des 2, 3 et 4 octobre, p. 4.

Les montants maxima ou fixes qui seront établis suivant des barèmes fixés par décrets, dépendront bien entendu de la durée restant à courir du contrat (articles 19 à 21).

B) La loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services (112).

Le principe de l'autonomie de la volonté, basé sur le postulat de l'égalité des contractants, se justifiait jadis davantage, dans la mesure où l'on cherchait surtout " à privilégier la sécurité des transactions dans un contexte économique de petites unités de production où l'inégalité des contractants était moins flagrante " (113). Mais l'avènement de sociétés de production et de consommation de masse a provoqué un déséquilibre dans les rapports contractuels au détriment de la partie économiquement la plus faible : l'une des manifestations les plus évidentes de ce phénomène fut l'irrésistible développement, rendu nécessaire par la multiplication des relations contractuelles, de la pratique des contrats d'adhésion, contrats uniformes dont les stipulations préétablies sont imposées au cocontractant.

Par les dispositions du chapitre 4 de la loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, consacrées à la lutte contre les clauses abusives (112), le législateur français a voulu rétablir un équilibre contractuel qui, en l'absence d'essor des négociations parallèle à la multiplication des contrats, ne s'instaurait plus spontanément (114), et a prévu un système de contrôle administratif et préventif des clauses abusives insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs.

D'une part, une " commission des clauses abusives " (art. 36), composée de magistrats, de fonctionnaires, de " jurisconsultes " et de représentants des consommateurs et des professionnels, est chargée de re -

-
- (112) Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services, chapitre 4, " De la protection des consommateurs contre les clauses abusives", J.O., 11 janvier 1978, p. 301, D.S., 1978, pp. 89 et s. Voy. le texte du chapitre 4 en annexe n° 5.
- (113) Rapport de M. J. PRORIOL au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan, Sénat, 2de sess. ord. 1976-77, doc. n° 376, p. 79.
- (114) ibid.; voy. aussi le Rapport de Mme A. CREPIN au nom de la commission de la production et des échanges, Assemblée Nationale, 1ère sess. ord. 1977-78, doc. n° 3278, pp. 94 et s.

chercher si les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif (art. 37). Cette procédure de concertation aboutit, dans l'affirmative, à la rédaction d'une recommandation de suppression ou de modification des clauses qui présentent un caractère abusif, rendue éventuellement publique par le ministre ayant la consommation dans ses attributions. C'est donc par son autorité morale, par persuasion, que la commission est destinée à influencer sur les pratiques contractuelles des professionnels (115).

D'autre part, les clauses abusives, après avis de la commission, peuvent être interdites, limitées ou réglementées par des décrets en Conseil d'Etat, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés (art. 35, al. 1^{er}). Le champ d'application de la loi est très large : sont visées

" les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif " (art. 35, al. 1^{er}).

Les décrets en question peuvent également, en vue d'assurer l'information du cocontractant non professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés à l'article 35 al. 1^{er}.

Enfin, l'article 35 al. 2 prévoit que les clauses abusives qui seraient contraires aux décrets visés à l'alinéa premier, seront réputées non écrites.

Les principes établis par cette loi sont éminemment progressistes et confirment la volonté du législateur français, déjà claire dans la loi relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit, de remédier à l'insuffisance d'un contrôle judiciaire des clauses abusives, incapable d'apporter une solution d'ensemble aux problèmes posés

(115) Rapport de M. J. PRORIOIOL au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan, Sénat, 1^{ère} sess. ord. 1977-78, doc. n° 180, p. 18.

par ces clauses (116), en attribuant à l'administration un véritable pouvoir paralégislatif.

+ +
+

Par ce souci de combattre le mal par la racine, les deux lois françaises du 10 janvier 1978 s'écartent donc de celle du 9 juillet 1975. L'administration française renierait cependant la fonction comminatoire de la clause pénale, établie en 1975, et sonnerait inmanquablement le glas de l'institution, si elle faisait preuve dans l'exercice de ses nouvelles compétences d'une sévérité excessive envers les professionnels, les dépouillant d'un moyen de contrainte qui n'est que légitime tant qu'il n'est pas abusif. La procédure de concertation prévue par la loi sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services aura certes pour mission de fournir à l'administration un multiple éclairage ...

+ +
+

(116) Comme l'affirme le rapport de M. J. PRORIOI au nom de la commission des Affaires économiques et du Plan (Sénat, 2de session ord., 1976-77, doc. n° 376, p. 86), " la voie judiciaire apparaît en effet incapable d'apporter une solution d'ensemble aux problèmes posés par les clauses abusives. D'une part, parce que rares sont les consommateurs, même soutenus par des organisations de consommateurs, qui prennent le risque financier d'un procès pour des enjeux malgré tout assez modestes. D'autre part, le jugement constatant la nullité d'un contrat n'a en effet que l'autorité relative de la chose jugée et ne peut s'appliquer ipso facto aux autres contrats rédigés sur le même modèle " .

C H A P I T R E 2 - L A C O N V E N T I O N B E N E L U X
= = = = = = = = = = = = = = = = = = = = = = = =

E T L E P R O J E T D E
= = = = = = = = = = =

R E S O L U T I O N D U C O N S E I L
= = = = = = = = = = = = = = = = = = =

D E L ' E U R O P E
= = = = = = = = =

Section 1 - La Convention Benelux relative à la clause pénale (117) (118)

16. Signée à La Haye le 26 novembre 1973, cette convention n'a pas encore fait l'objet d'une ratification par le Parlement belge. Son principe le plus important est la révisibilité des clauses pénales, selon les modalités prévues à l'article 4. Comme en droit français, le pouvoir modérateur du juge revêt un caractère facultatif (118).

Une clause pénale est susceptible de réduction lorsque l'équité l'exige manifestement. Mais l'équité n'exigerait-elle pas aussi que le juge puisse, comme en France, relever le montant prévu par les clauses manifestement dérisoires ?

Bien que les termes de l'article 4 diffèrent quelque peu de ceux qui ont été utilisés par la loi française de 1975, les buts poursuivis sont analogues :

" Il convient que le juge n'exerce ce pouvoir modérateur qu'avec une extrême discrétion, car son intervention porte atteinte à la force obligatoire de la convention. Aussi, ne le fera-t-il que pour corriger des situations qui choquent profondément le sentiment de l'équité. Les mots 'si l'équité l'exige manifestement' (119) indiquent que le juge ne pourra porter atteinte à la force obligatoire de la convention que si l'équité est violée d'une manière évidente " (120).

(117) Ou plus exactement les "dispositions communes annexées à la Convention Benelux relative à la clause pénale".

(118) Voy. en annexe n° 2 le texte des dispositions annexées à la Convention Benelux.

(119) Formulation inspirée de l'article 6.1.8.18 du projet de nouveau code civil néerlandais.

(120) Exposé des motifs commun, p. 23 : le texte de la Convention, des dispositions annexes et de l'exposé des motifs a été publié par le Secrétariat général de l'Union économique Benelux, à Bruxelles.

Si l'équité constitue la condition de l'intervention du juge, elle en régit également la mesure ; toutefois le magistrat ne peut descendre en-dessous du montant de dommages - intérêts que la loi permet d'octroyer en raison du préjudice subi. La Convention a non seulement le mérite de permettre la répression des abus, mais aussi celui de ne laisser aucun doute sur la nature des circonstances que le juge prendra en considération pour exercer son pouvoir de réduction : le magistrat, se prononçant en équité, tiendra compte de toutes les particularités de l'espèce : sur ce point la Convention Benelux est donc plus explicite que la nouvelle loi française. Mais l'absence d'une marge d'irréductibilité expressément prévue par la loi et protectrice de la fonction coercitive des clauses pénales, constitue selon nous le point faible de ce régime.

Pourtant, la Convention Benelux reconnaît que la clause pénale peut revêtir un caractère comminatoire :

" Est considérée comme clause pénale, toute clause selon laquelle le débiteur, s'il ne satisfait pas à son obligation, sera tenu, à titre de peine ou d'indemnité, au paiement d'une somme d'argent ou à quelque autre prestation " (art. 1^{er}).

Cet élargissement de la fonction de la clause pénale par rapport à la vocation purement indemnitaire qu'elle possède en droit belge, constitue l'obstacle principal à l'incorporation de la Convention Benelux dans notre droit interne. Par ailleurs, la formule alternative utilisée par la Convention (" à titre de peine ou d'indemnité "), solution de compromis, reflète la difficulté des Etats contractants à s'accorder sur une conception nette et uniforme de la clause pénale, réunissant par exemple l'idée de peine et celle d'indemnité forfaitaire (conception " hybride " de la clause pénale) (121).

(121) Voy. aussi l'appréciation critique d' I. MOREAU - MARGREVE, Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales, ds. J.T., 1976, pp. 641 et s.

17. Les autres règles prévues par la Convention sont :

- a) l'interdiction du cumul du principal et de la peine (art. 2, 1°) ;
- b) l'interdiction du cumul de la peine et des dommages - intérêts dus en vertu de la loi (art. 2, 2°) ; les parties peuvent déroger à ces deux règles (122) ;
- c) l'absence d'effet de la clause pénale " lorsque l'inexécution de l'obligation à laquelle elle se rattache ne peut être imputée au débiteur " (art. 2, 3°) (123) ;
- d) l'obligation pour le créancier qui exige l'exécution de la clause pénale, d'accomplir une sommation ou une déclaration préalable, dans les cas où elle serait nécessaire pour obtenir les dommages et intérêts dus en vertu de la loi (art. 3) .

+

+

+

(122) Si le cumul avait un caractère abusif, le juge pourrait toujours réduire la clause pénale si l'équité l'exigeait manifestement.

(123) " Pour l'application de la clause pénale, l'inexécution sera donc excusée dans les mêmes circonstances que celles qui seraient de nature à exonérer le débiteur de sa responsabilité de droit commun " (Exposé des motifs, p. 21). Les parties sont cependant libres d'étendre ou de limiter, comme en droit commun, les causes d'exonération que le débiteur peut invoquer.

Section 2 - Le projet de résolution relative aux clauses pénales en droit civil, établi par le Conseil de l'Europe

18. Ce projet de résolution s'est ouvertement mais partiellement inspiré de la Convention Benelux. Vu les disparités importantes existant entre les législations nationales sur la notion et sur le régime des clauses pénales, les Etats membres du Conseil de l'Europe "sont simplement invités à prendre en considération les règles énoncées par ce projet lorsqu'ils élaboreront une nouvelle législation en ce domaine" (124).

Définir la clause pénale a posé de nombreux problèmes aux rédacteurs du projet : certains pays n'admettent que les clauses évaluant les dommages-intérêts, écartant (125) ou même ignorant (126) les clauses comminatoires; d'autres nations confèrent à la clause une nature bicéphale (127), donnant éventuellement la prédominance à l'une des deux faces de la clause (127). C'est pour cette raison que le Conseil de l'Europe, s'inspirant de la Convention Benelux, a évité, soit d'imposer à la clause une nature hybride, soit d'opérer une dichotomie entre deux types de clauses pour les soumettre à des régimes distincts. L'objectif d'une clause pénale peut donc être, selon l'article premier du projet, "soit la fixation préalable d'une indemnité, soit de stipuler un paiement à titre de pénalité indépendamment du préjudice" (128).

C'est également de la Convention Benelux qu'il faut rapprocher les

(124) Conseil de l'Europe, Comité européen de Coopération juridique, Rapport final d'activité soumis au Comité des Ministres sur les clauses pénales en droit civil, Addendum IV au CDCJ (77) 1, Strasbourg, 3 août 1977, p. 3, n° 8, et p. 12; résumé ds. "Ici l'Europe", supplém. jur., n° 15, février 1977, p. 15, n° 2.

(125) Voy. infra, le droit anglais, où le juge va remplacer la "penalty" par des dommages-intérêts attribués selon les critères du droit commun de la responsabilité contractuelle.

(126) Voy. supra, le régime belge.

(127) Voy. le droit français depuis la loi de 1975 (supra) et le droit allemand (infra); dans ces deux systèmes, la clause a principalement l'utilité d'un moyen de contrainte.

(128) Exposé des motifs, ds. Rapport final d'activité du Comité européen de Coopération juridique, doc. cit., annexe c, pp. 16 et 17.

règles qui excluent :

- a) le cumul du principal et de la peine (art. 2) (129).
Contrairement à la Convention Benelux, le projet du Conseil de l'Europe est impératif à ce sujet, mais autorise néanmoins le cumul si les parties l'ont envisagé dans la perspective d'une exécution tardive (130);
- b) le cumul de la peine et des dommages-intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation principale (art. 5) (131),
sauf stipulation contraire.

La règle selon laquelle la somme stipulée n'est pas due lorsque l'inexécution de l'obligation principale n'engage pas la responsabilité du débiteur (art. 4) a également été reprise à la Convention Benelux.

19. Comme la Convention Benelux et la loi française du 9 juillet 1975, le projet du Conseil de l'Europe admet la révisibilité judiciaire des clauses pénales. La règle de l'article 7 (132) réalise d'ailleurs un compromis entre ces deux textes. A la loi française elle emprunte l'expression "somme manifestement excessive" qui conditionne l'intervention du juge (133) : l'on a donc voulu, ici aussi, ne réprimer que les abus. Elle s'inspire également de l'idée, contenue dans l'article 1231 du code civil français ou belge, d'une possibilité de réduction en cas d'exécution partielle, mais requiert, même dans ce cas, et à l'inverse du nouveau régime français, l'existence d'un excès manifeste.

C'est dans la Convention Benelux que l'on trouvera par contre l'origine du plancher qui, constitué par le montant du préjudice réel, est établi par l'article 7 du projet et limite l'ampleur du pouvoir de réduction judiciaire. Une fois de plus, nous déplorons l'absence, sus-

(129) L'article 3 précise cependant que la clause pénale, en tant que telle, n'empêche pas le créancier de poursuivre l'exécution de l'obligation principale au lieu du paiement de la somme stipulée. Voy. aussi l'exposé des motifs, p. 18.

(130) Dans le cas du retard d'exécution ou de paiement, le cumul est fréquent : voy. l'exposé des motifs de la Convention Benelux, p. 20.

(131) Vu le respect dû aux conventions, le créancier ne peut pas non plus choisir entre la clause pénale et des dommages-intérêts. Les parties peuvent néanmoins convenir que la somme due à titre de clause pénale fixe un minimum de dommages-intérêts (art. 5 et exposé des motifs, p. 19).

(132) Voy. en annexe n° 3 le texte du projet de résolution.

(133) Quoique cette expression ne s'éloigne guère de celle qu'utilise la Convention Benelux : " si l'équité l'exige manifestement ".

ceptible d'ébranler la force comminatoire des clauses pénales, de toute marge d'irréductibilité dont le principe serait expressément prévu par la loi.

L'exposé des motifs suggère aux tribunaux de tenir compte dans chaque cas d'espèce d'un certain nombre de facteurs de fait (134). En ce point il se rapproche de la position de la doctrine française, mais aussi de la Convention Benelux qui inclut implicitement ces circonstances d'espèce dans le vocable "équité". En ce qui concerne l'influence de celles-ci sur le pouvoir modérateur du juge, l'on pourrait s'inspirer de la systématisation que nous avons tentée précédemment; il convient cependant de rappeler que, tant pour la Convention Benelux (art. 4, 1°) que pour le projet du Conseil de l'Europe (art. 7), le juge ne pourrait en aucun cas descendre sous le seuil constitué par les dommages et intérêts dus en vertu de la loi.

20. Enfin, l'article 6 du projet, établissant que nonobstant toute stipulation contraire, le créancier ne peut obtenir une somme excédant soit le montant de la clause pénale, soit celui des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation principale, est fondé sur l'idée qu' " il est raisonnable de fixer une limite maximum à la somme que le créancier peut obtenir si le débiteur n'exécute pas son obligation. Cette limite est déterminée par le plus élevé des deux chiffres " (135).

Les hypothèses suivantes peuvent être envisagées :

1°) Soit les parties n'ont pas dérogé à l'interdiction du cumul de la peine et des dommages - intérêts prévue à l'article 5 du projet. Dans ce cas l'article 6 ne présente aucune utilité: de toute manière la clause pénale, que son montant soit supérieur, égal ou inférieur à celui du montant du dommage subi, sera appliquée (sous réserve d'une réduction éventuelle en cas d'excès manifeste) car elle écarte précisément le droit commun de la responsabilité contractuelle.

(134) Par exemple : le préjudice prévisible au moment de la conclusion du contrat et le préjudice effectivement subi par le créancier; les intérêts légitimes des parties, y compris les intérêts non pécuniaires du créancier; la nature du contrat et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, notamment la situation économique et sociale des parties à la date de conclusion du contrat, ou le fait qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion; la cause de l'inexécution de l'obligation et plus particulièrement la bonne ou la mauvaise foi du débiteur (exposé des motifs, p. 21). L'on remarquera le caractère assez original de la prise en considération du type de contrat.

(135) Exposé des motifs, p. 19.

2°) Soit les parties ont dérogé à l'article 5. Ici, mais ici seulement, le plafond fixé par l'article 6 servira à tempérer les prétentions du créancier.

$$\begin{array}{ccc} + & & + \\ & \searrow & \nearrow \\ & + & \end{array}$$

C H A P I T R E 3 - D R O I T A N G L A I S
= = = = = = = = = = = = = = = =

21. Le droit anglais tente d'éviter toute confusion entre les deux fonctions de la clause pénale et distingue :

- a) les clauses " providing for the payment of liquidated damages " qui, constituant une évaluation préalable et forfaitaire par les parties du dommage qui pourrait résulter de l'inexécution, sont de ce fait intangibles pour le juge ;
- b) les " penalties " qui, stipulant une véritable peine privée, ont pour dessein de constituer un moyen de pression sur le débiteur en vue de l'inciter à exécuter ses obligations. Les penalties sont annulées par le juge (136) et le créancier devra prouver l'ampleur du préjudice réellement subi.

22. C'est l'intention des parties, à dégager de l'ensemble du contrat, qui permet au juge de ranger la clause dans la première ou dans la seconde catégorie. Le caractère disproportionné du montant prévu par la clause, par rapport au dommage réel, constitue le principal indice de la présence d'une " penalty " .

L'on perçoit donc aisément la différence essentielle qui existe entre le droit anglais et le droit belge (137) :

- en droit belge, c'est le législateur qui a fixé d'autorité la conception à laquelle obéissait selon lui la clause pénale (fonction purement indemnitaire) ;

- en droit anglais, c'est au juge qu'il appartient de définir, en s'inspirant de la volonté des parties, la conception que ces parties ont voulu imprimer à la clause.

Sur ce point la conception anglaise semble plus réaliste que celle du droit belge qui prétend conférer d'emblée à la clause pénale une coloration univoque.

(136) René DAVID, Les contrats en droit anglais, Paris, 1973, numéros 443 et s. ; Peter BENJAMIN, art. cit., pp. 603 et 604 .

(137) Au droit belge l'on peut associer ici le droit français antérieur à la loi de 1975 .

L'aspect le plus paradoxal de cette différence de conceptions est que la considération attachée à la volonté des parties dans ces deux droits, est fondamentalement antinomique : en droit anglais la recherche de l'intention des parties par le juge peut aboutir au contrôle judiciaire de la clause (s'il s'agit d'une penalty) tandis que le code civil de 1804, en établissant que les parties ont voulu fixer de commun accord et forfaitairement les dommages-intérêts, a cherché à empêcher toute immixtion judiciaire dans le montant stipulé, hormis en cas d'exécution partielle (138).

23. Si, depuis la loi de 1975, le droit français s'est rapproché du droit anglais dans la mesure où il octroie au juge un pouvoir de contrôle sur les clauses pénales manifestement excessives (139), certaines divergences demeurent entre les deux systèmes.

La première tient au fait qu'en droit anglais une clause visant à fixer des dommages et intérêts au préalable n'est pas réductible tandis qu'en droit français, dès qu'il y a disproportion manifestement excessive, elle pourra être réduite. En droit français, la réduction est donc admise indépendamment de la volonté des parties lors de la conclusion du contrat (140).

D'autre part, l'aspect "pénalité", en Angleterre, justifie l'intervention du juge dès qu'existe une " disproportion " ; le droit français exige qu'elle soit " manifestement excessive ". De plus, certains auteurs français suggèrent au magistrat de maintenir une marge d'irréductibilité destinée à préserver l'utilité comminatoire des clauses pénales, alors qu'en droit anglais, en cas d'annulation d'une penalty, le juge n'accordera au créancier que le montant, à prouver par ce dernier, du préjudice réellement subi.

" ... Since a penalty so designed is a mere security for the performance of the contract, the promisee is adequately indemnified if he recovers his actual loss, and he is regarded as acting unconscionably if he attempts to recover a sum of money which, although

-
- (138) Voy. supra, n° 8, comment la règle de l'intangibilité a été contournée par les juridictions belges.
- (139) E. WYMEERSCH, Het strafbeding in leasingovereenkomsten, Rev. Banq., 1973, pp. 449 et s., met de même en évidence l'analogie qui existe entre la jurisprudence anglaise et celle de la Cour de Cassation belge.
- (140) Il paraît évident que la clause visant essentiellement à fixer conventionnellement les dommages-intérêts présentera moins fréquemment une disproportion accusée que celle dont le but est principalement comminatoire. Pour la première l'excès pourra cependant résulter de la difficulté d'apprécier à l'avance le dommage pouvant résulter d'une inexécution future.

fixed by the contract, is disproportionate to the amount of damage suffered. Therefore, when the damage suffered is less than the amount of the penalty the claimant can only recover the actual amount of damage suffered " (141) .

La " penalty " ne conserve donc de valeur coercitive qu'à l'égard du débiteur peu averti des recours dont il dispose pour en obtenir la réduction, ou lorsque les frais qu'occasionnerait une action en justice excéderaient l'avantage à retirer de la réduction. Hormis ces deux cas, la solution anglaise aboutit donc au rejet de l'effet comminatoire de la clause pénale : la clause " in terrorem ", considérée comme une véritable peine privée, avait d'ailleurs été initialement condamnée par l' Equity, puis par la loi (142), avant d'être écartée par la Common law (143) .

24. La recherche de l'intention des parties à laquelle doit se livrer le juge anglais nous semble devoir être dans un certain nombre de cas assez aléatoire. Dans la mesure où, en fait, la clause pénale présente souvent un aspect hybride, " janusien " (144), il nous paraît

(141) P. BENJAMIN, art. cit., pp. 603 et 604 .

(142) Statute of Fines, 1705 .

(143) René DAVID, Les contrats en droit anglais, Paris, 1973, n° 443 . Cette volonté de lutter contre les peines privées aboutit d'ailleurs à la recherche d'un résultat identique pour les deux types de clauses, " penalties " et clauses d'évaluation forfaitaire du dommage : l'exacte adéquation au dommage réellement subi. Dans le premier cas le juge substituera à la peine le montant du préjudice réel, établi par le créancier ; dans le second il considérera que l'appréciation du dommage par les parties est conforme à la réalité. La distinction entre les penalties et les clauses de fixation préalable des dommages - intérêts revêt néanmoins une utilité pratique essentielle sur le plan de la charge de la preuve : lorsqu'il s'agit d'une clause fixant anticipativement les dommages - intérêts, le demandeur ne doit pas prouver l'ampleur du dommage puisque la clause, valide, l'établit déjà ; au contraire, dans le cas d'une penalty, le créancier devra apporter la preuve de l'importance du préjudice réellement subi, la peine ayant été anéantie par le juge.

(144) B. BOCCARA, art. cit., numéros 19 et 20 .

assez illusoire et arbitraire de vouloir à tout prix ramener la clause soit à une " penalty " soit à une clause n'ayant pour but que de fixer au préalable les dommages-intérêts. Si l'un des deux aspects de la clause pénale peut dominer l'autre, nous pensons qu'il ne l'éclipse que rarement de manière complète.

Cette recherche à laquelle doit se livrer le juge anglais sera d'autant plus ardue que la volonté des parties n'est pas claire ; or c'est la volonté interne des parties qui doit, en droit anglais, primer en cette matière ! ... (145)

" The fact that the parties have used the expression ' penalty ' or that of ' liquidated damages . ' is by no means conclusive, for under English law the court still has to ascertain whether or not the parties have genuinely attempted to assess the damages " (146).

En cas de doute, les juridictions anglaises penchent de manière générale pour la clause fixant une indemnité forfaitaire. En effet, le souci de ne pas remettre en cause le principe de la liberté contractuelle l'a emporté sur la méfiance des juges à l'égard des clauses pénales. Par ce souci d'éviter les " unwarranted interferences with the freedom of contract ", la jurisprudence anglaise rejoint dans de telles hypothèses la solution du Code Napoléon. A la limite, si les " cases of doubt " se multipliaient, cette attitude du juge pourrait dénoter, dans le système anglais, un attachement aux principes de l'autonomie contractuelle et de la convention-loi plus prononcé qu'en droit français où la reconnaissance d'un large pouvoir judiciaire de contrôle des clauses pénales permet à l'équité de tempérer ces deux principes.

(145) Voy. R. DAVID, Les contrats en droit anglais, Paris, 1973, n° 444. L'auteur illustre par la jurisprudence la difficulté de distinguer la pénalité de l'appréciation de bonne foi du préjudice. La comparaison qu'il effectue entre Dunlop Pneumatic Tyre Co., Ltd. v. New Garage and Motor Co., Ltd., et Ford Motor Co. v. Armstrong, est à cet égard éloquente.

(146) Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda [1905] A.C. 6, p. 9 ; P. BENJAMIN, art. cit., p. 602 ; R. DAVID, Les contrats en droit anglais, n° 444. Voy. aussi Cellulose Acetate Silk Co., Ltd. v. Widnes Foundry, Ltd., cit. par R. DAVID, ibid.

(147) Les expressions en langue anglaise utilisées dans ce paragraphe sont empruntées à P. BENJAMIN, art. cit., pp. 602 et s.

25. Lors de l'élaboration du projet de résolution du Conseil de l'Europe, les experts britanniques ont considéré que ce dernier était incompatible avec le système anglais (148) et se sont donc abstenus lors du vote final. En voici les raisons :

- le projet, selon les experts britanniques, risque d'encourager le recours aux tribunaux pour les clauses d'évaluation des dommages, alors qu'elles ont précisément pour but d'éviter des procès coûteux (149) ;

- le large pouvoir d'appréciation du juge au point de vue de l'évaluation du caractère manifestement excessif de l'ampleur de la réduction risque d'aboutir à une " regrettable incertitude " (150) ;

- enfin et surtout, les tribunaux, au lieu d'écarter simplement une clause pénale et d'accorder des dommages-intérêts selon la loi, devront déterminer ce qu'ils jugent être une somme appropriée en exerçant un large pouvoir d'appréciation. Il paraît peu souhaitable aux experts britanniques d'imposer à un tribunal la fonction de rédiger à nouveau le contrat (151) .

Les anglais sont donc, on le voit, peu enclins à remettre en cause le principe traditionnel du respect dû aux conventions, qui gouvernera sans doute longtemps encore l'attitude de leurs juges vis-à-vis des clauses d'évaluation forfaitaire du préjudice.

+ +
+

(148) Projet de résolution du Conseil de l'Europe, doc. cit., note explicative des experts britanniques du comité d'experts, p. 5.

(149) Nous avons vu plus haut qu'il était possible de remédier à cet inconvénient : voy. n° 13.

(150) L'incertitude n'est cependant pas exclue du système anglais actuel : que l'on songe à la recherche, parfois difficile, de la volonté interne des parties, et aux " cases of doubt " qu'elle peut laisser subsister !

(151) Comme nous l'avons déjà souligné à plusieurs reprises, il n'est cependant pas souhaitable, si l'on veut que la clause pénale conserve une valeur comminatoire salutaire, que le juge, en cas d'abus, la remplace par des dommages-intérêts légaux.

C H A P I T R E 4 - D R O I T A L L E M A N D
= = = = = = = = = = = = = = = =

26. La législation allemande autorise le juge à réduire les clauses pénales abusives : l'article 343 du B.G.B. prévoit que " lorsque la pénalité encourue est démesurément élevée, elle peut être, à la requête du débiteur, réduite à un montant raisonnable. Pour apprécier ce qui est raisonnable il faut tenir compte de tout intérêt légitime du créancier et non pas seulement de son intérêt patrimonial " .

On ne peut manquer de relever la similitude du critère de réduction, par rapport à celui qu'a adopté la loi française de 1975 : celle-ci s'est en effet inspirée des législations voisines (152) .

27. En Allemagne fédérale, la clause pénale a une nature hybride : l'exposé des motifs du B.G.B. lui reconnaît principalement l'utilité d'un moyen de contrainte, et secondairement celle de fixer anticipativement les dommages et intérêts à verser en cas d'inexécution. L'ascendant que reçoit l'aspect "pénalité" sur l'idée "indemnitaire" (153) et la volonté du législateur allemand d'empêcher le créancier de profiter, grâce à un moyen excessif de pression, de l'inexpérience ou de l'étourderie de son débiteur (154) justifient le contrôle judiciaire des clauses pénales.

(152) Les droits italien et suisse de la clause pénale contiennent des solutions analogues à celle de l'article 343 du B.G.B. :

Article 1384 du code civil italien : " La pénalité peut être diminuée équitablement par le juge si l'obligation principale a été exécutée en partie ou si le montant de la pénalité est manifestement excessif, en ayant toujours égard à l'intérêt que le créancier avait à l'exécution " .

Article 163 du code fédéral suisse des obligations : " Le juge doit réduire les peines qu'il estime excessives " .

Le projet Meijers de nouveau code civil néerlandais confère au juge le pouvoir de réduire une peine, à la requête du créancier, si l'équité l'exige manifestement (" indien de billijkheid dit klaarblijkelijk eist "). La même terminologie a été adoptée par la Convention Benelux (supra, n° 16) .

(153) P. BENJAMIN, art. cit., p. 618 .

(154) J. ESSER, Schuldrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Band I : Allgemeiner Teil, Verlag C.F. Müller, Karlsruhe, 1970, p. 148.

Le droit civil allemand, l'un des premiers, a résolu le conflit entre le principe de la convention-loi et l'équité, en faveur de celle-ci.

Lorsque le dommage réel excède le montant de la pénalité, l'article 340 du B. G. B. autorise le créancier à recouvrer l'excédent. Lorsque le dommage réel est nettement inférieur au montant de la clause, l'article 343 permet au magistrat de réduire la pénalité démesurément élevée à un montant raisonnable, sauf en matière commerciale (155). Faire découler du caractère principalement contraignant de la clause pénale l'existence d'un contrôle judiciaire n'est donc totalement vrai qu'en droit civil, puisque le droit commercial exclut le contrôle dans le sens de la réduction.

Les Cours et tribunaux allemands utilisent fréquemment le principe de la bonne foi (Treu und Glauben) (156), tant en matière civile que commerciale, pour refuser d'appliquer au débiteur une clause pénale, lorsque le créancier se prévaut d'une inexécution qu'il pouvait lui-même empêcher ou qu'il devait, en raison de son devoir de loyauté envers le débiteur, ne pas laisser dégénérer, et que le préjudice résultant de l'inexécution est inexistant ou inférieur à la peine stipulée (157). Il en va de même de la clause qui est absolument hors de proportion avec l'objet du contrat ou sa contrepartie (158).

Par ailleurs, les juridictions allemandes annulent, parce que contraires aux bonnes mœurs (Gutes Sitten), les clauses qui provoquent un trouble social caractérisé (159).

Enfin, certaines clauses pénales se voient annulées pour abus de droit : ainsi en est-il lorsque le préjudice réel est insignifiant et que l'on peut déduire de l'attitude antérieure du créancier qu'il n'attachait aucune importance à l'inexécution.

(155) Voy. l'article 348 du H. G. B. (code de commerce allemand), lui-même tempéré par l'article 351 du même code. Traduction française ds. "Code de commerce allemand", éd. Jupiter, Paris, 1967, p. 702. Les commerçants étant présumés plus avertis que les particuliers, on les suppose moins enclins à se laisser "piéger" par des clauses abusives ; de plus, les litiges en matière commerciale freinent la marche des affaires.

(156) Art. 242 du B. G. B.

(157) RG JW 1920, 137 ; DJZ 1911, 537 ; OLG Dresden LZ 1919, Sp. 289, cit. par J. ESSER, Schuldrecht, Karlsruhe, 1960, p. 294.

(158) RGZ 96, 174 ; RG JW 1921, 1528.

(159) J. ESSER, Schuldrecht, Karlsruhe, 1960, p. 294. L'auteur cite notamment le cas d'abus d'une position monopolistique.

La doctrine allemande ne semble pas s'être préoccupée de la nécessité, pour le juge, de ménager une marge d'irréductibilité lors de l'exercice de son pouvoir de réduction. Cependant, le texte de l'article 343 du B.G.B., obligeant le juge à "tenir compte de tout intérêt légitime du créancier et non pas seulement de son intérêt patrimonial" (160), et l'absence de relation nécessaire entre le montant de la clause pénale et celui du dommage prévisible ou réel (161) semblent autoriser le juge à respecter une telle marge.

+

+

+

(160) Le maintien de la fonction coercitive des clauses pénales, donc le respect d'une marge d'irréductibilité, n'intéresse-t-il pas tous les créanciers ? Et n'est-il pas légitime pour le créancier de disposer d'un moyen de pression, pourvu qu'il ne fût pas abusif, sur son débiteur ?

(161) J. ESSER, Schuldrecht, éd. 1970, p. 294.

C H A P I T R E 5 - D R O I T S O V I E T I Q U E
= = = = = = = = = = = = = = = =

28. Le dessein principalement coercitif de la clause pénale en droit soviétique est incontestable : étant donné le caractère essentiel de l'exécution en nature des contrats économiques (162) en vue de la réalisation du Plan, on y a conçu l'exécution des obligations contractuelles avec une extrême rigueur (163).

" Toute inexécution d'un contrat planifié sera sanctionnée sévèrement : le contrat doit même obligatoirement prévoir des peines qui, dans le cas de retard notamment, s'ajouteront à l'exécution en nature. La clause pénale du droit soviétique n'est pas une évaluation forfaitaire des dommages-intérêts ; c'est une peine privée qui s'ajoute à l'exécution " (164).

" Des sanctions, disciplinaires ou même pénales, peuvent à l'occasion être prononcées dans le cas d'inexécution des obligations prises par le contrat. L'exécution des contrats qui s'encadrent dans l'exécution du plan est dans l'U. R. S. S. une matière d'ordre public " (165).

29. Si le caractère principalement coercitif de la clause pénale soviétique rappelle apparemment le droit allemand et le droit français actuel, il ne faut pas se leurrer : une comparaison plus approfondie révèle la spécificité du droit soviétique en ce domaine :

a) Le caractère obligatoire de la stipulation d'une clause pénale dans le contrat économique soviétique n'a pas pour but, en incitant le débiteur à s'exécuter en nature, de garantir les droits ou les intérêts d'un créancier donné, mais plutôt d'assurer l'exécution d'un objectif d'ordre public qui s'impose aux parties.

(162) Voy. T. IONASCO, Les contrats économiques dans les pays socialistes, ds. Rev. internat. dr. comparé, 1968, p. 537.

(163) R. DAVID, Les grands systèmes de droit contemporains, Paris, Dalloz, 5^e éd., n° 260, pp. 313 et 314. Le droit soviétique, a-t-on dit, est " performance-oriented ".

(164) *ibid.* ; compar. P. BENJAMIN, *art. cit.*, p. 622.
Voy. aussi R. DAVID et J.N. HAZARD, Le Droit soviétique, T. II, Le droit et l'évolution de la société dans l'U. R. S. S., par J.N. HAZARD, Paris, 1954, p. 60.

(165) R. DAVID, op. cit., *ibid.*

b) En pratique, le droit allemand cherche à protéger le débiteur contre les abus. La tendance des juridictions soviétiques à la sévérité envers le débiteur qui ne s'exécute pas, lui est donc diamétralement opposée (166).

c) En droit soviétique, le paiement de la clause pénale ne supprime pas l'obligation d'exécuter en nature si celle-ci est toujours possible :

" Whatever be the purpose of the penalty the creditor has invariably been allowed to require performance in addition to the payment of the penalty and/or damages " (167).

Le projet spécifique de la clause pénale en droit soviétique aboutit ainsi à ériger en principe ce que d'autres systèmes interdisent, de manière impérative (168) ou supplétive (169) : le cumul du principal et de la peine .

+

+

+

(166) P. BENJAMIN, art. cit., p. 620.

(167) id., p. 624.

(168) Voy., hormis le cas d'une clause stipulée pour le retard, l'article 1229 al. 2 du code civil belge et l'article 2 du projet de résolution du Conseil de l'Europe.

(169) Voy. l'article 2, 1^o des dispositions annexées à la Convention Benelux.

CONCLUSION

=====

30. Notre examen des régimes français, anglais et allemand (170), de la Convention Benelux et du projet de résolution du Conseil de l'Europe, nous a permis de tracer un parallèle entre la reconnaissance du caractère principalement comminatoire de la clause pénale et l'octroi au juge d'un pouvoir de contrôle des pénalités abusives - et, dans certains cas, dérisoires . Dans ces systèmes juridiques modernes et occidentaux que nous venons de citer, la nécessité d'une reconnaissance de la fonction coercitive de la clause pour en permettre le contrôle judiciaire, s'est partout vérifiée. L'on peut même se demander si, lorsque la Cour de Cassation belge prononce la nullité d'une clause pénale "dont l'énormité enlève tout caractère indemnitaire", elle n'en sanctionne pas en fait implicitement le caractère exagérément comminatoire (171), auquel le Code Napoléon avait, nous l'avons vu (172), laissé paradoxalement le champ libre.

Certes, les préceptes de Dumoulin et de Pothier nous enseignent (173) qu'un régime a pu exister, où l'on attribuait au juge un pouvoir de révision tout en considérant la clause pénale comme exclusivement indemnitaire. Si un tel système, à l'époque, pouvait apparaître suffisamment cohérent , les pratiques contractuelles abusives qu'ont engendrées aux dépens de la partie la plus faible les transformations économiques des 19^e et 20^e siècles (174), ne permettent plus d'ignorer l'importante force de dissuasion que renferme la clause pénale. Il convient non seulement de contenir les excès que l'usage immodéré d'une telle force peut provoquer, mais aussi de la protéger - par la méthode de la marge d'irréductibilité - tant que son utilisation n'est pas abusive. C'est à ce prix que l'on pourra combattre à la fois l'avidité de certains créanciers et la malignité - de plus en plus stigmatisée (175) - de certains débiteurs.

-
- (170) Hormis l'exception contenue dans le code de commerce allemand: supra, n° 27.
- (171) Certaines décisions jurisprudentielles belges ont cependant, rappelons-le, combattu les clauses pénales abusives non sur base de leur caractère exagérément comminatoire mais en se référant aux notions d'abus de droit, ou d'ordre public ou de bonnes mœurs : voy. supra, n° 8, A.
- (172) Voy. supra, n° 6.
- (173) Voy. supra, n° 4.
- (174) Voy. Rapport GREPIN sur le projet de loi français relatif à la protection et à l'information du consommateur, devenu loi du 10/1/1978, Ass. Nat., 1^{er} sess. ord. 1977-78, doc. n° 3278, p. 94.
- (175) Voy. supra, n° 8, et réf. cit.

31. L'étude du système belge actuel démontre la nécessité d'un régime légal de contrôle des clauses pénales, qui éviterait à nos juridictions de recourir à des arguments qui sentent l'artifice pour s'arroger le pouvoir d'annuler les clauses ^{Abusives} pénales (176).

Les enseignements du droit comparé permettent d'ailleurs de déceler les nuances que requiert un régime de contrôle judiciaire des clauses pénales. Pour éviter de multiplier les litiges et de favoriser les calculs peu louables des débiteurs, il apparaît indispensable de n'autoriser la réduction des clauses pénales que dans les cas de disproportion importante et évidente : tel est le sens de la notion de pénalité " manifestement excessive " ou " démesurément élevée " qui conditionne, en France, en Allemagne fédérale et en Italie, l'intervention du juge. D'autre part, les excès de sévérité du magistrat vis-à-vis des clauses pénales, patents dans des solutions comme celle de la nullité avec réévaluation du dommage réellement subi (177) ou de la réduction au montant du préjudice, tendent à " tuer " la clause pénale en lui soustrayant sa fonction de coercition.

Enfin, laisser au juge la liberté d'évaluer l'opportunité et l'ampleur d'une réduction - ou d'une majoration - en fonction des circonstances subjectives de l'espèce, entraîne une adaptation, souhaitable sur le plan de l'équité, aux spécificités de chaque cas. Cette exigence n'empêche pas, quoiqu'elle en tempère la brutalité, le recours à des critères objectifs, voire quantitatifs (178) de mise en œuvre du pouvoir de révision judiciaire, eux-mêmes nécessités par un impératif de conformité de jurisprudence sur la notion d'excès - ou d'insuffisance - manifeste.

(176) Voy. supra, n° 8.

(177) C'est, rappelons-le, aussi bien la position de la Cour de Cassation belge, que l'attitude des juridictions anglaises face aux penalties.

(178) Voy. supra, n° 13, et notre tentative de systématisation au n° 14.

ANNEXE N° 1

LOI FRANÇAISE N° 75-597 DU 9 JUILLET 1975

MODIFIANT LES ARTICLES 1152 ET 1231 DU CODE CIVIL SUR LA CLAUSE PENALE .

Article 1^{er} . - L'article 1152 du code civil est complété par l'alinéa suivant :

" Néanmoins, le juge peut modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite . "

Article 2 . - L'article 1231 du code civil est modifié comme suit :

" Art. 1231. - Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. "

Article 3 . - La présente loi est applicable aux contrats et aux instances en cours.

La présente loi sera exécutée comme loi de l'Etat.

ANNEXE N° 2

DISPOSITIONS COMMUNES ANNEXEES A LA CONVENTION BENELUX
RELATIVE A LA CLAUSE PENALE

Article 1 er

Est considérée comme clause pénale, toute clause selon laquelle le débiteur, s'il ne satisfait pas à son obligation, sera tenu, à titre de peine ou d'indemnité, au paiement d'une somme d'argent ou à quelque autre prestation.

Article 2

1. Le créancier ne peut prétendre à l'exécution cumulative de la clause pénale et de l'obligation à laquelle elle se rattache.
2. Ce qui est dû en vertu de la clause pénale est substitué aux dommages et intérêts dus en vertu de la loi.
3. Le créancier ne peut prétendre à l'exécution de la clause pénale lorsque l'inexécution de l'obligation à laquelle elle se rattache ne peut être imputée au débiteur.

Article 3

Le créancier qui exige l'exécution de la clause pénale doit faire une sommation ou une déclaration préalable, dans les cas où elle serait nécessaire pour obtenir les dommages et intérêts dus en vertu de la loi.

Article 4

1. A la demande du débiteur, le juge peut, si l'équité l'exige manifestement, modérer les effets de la clause pénale, sans pouvoir allouer moins que les dommages et intérêts dus en vertu de la loi.
 2. Toute clause dérogatoire est nulle.
-

ANNEXE N° 3

ANNEXE AU PROJET DE RESOLUTION RELATIVE AUX CLAUSES PENALES EN DROIT CIVIL
(CONSEIL DE L' EUROPE)

Article 1

Est considérée comme clause pénale, pour les besoins de la présente Résolution, toute clause figurant dans un contrat selon laquelle le débiteur, s'il n'exécute pas l'obligation principale, sera tenu à titre de peine ou d'indemnité au paiement d'une somme d'argent.

Article 2

Le créancier ne peut obtenir à la fois l'exécution, conforme au contrat, de l'obligation principale et la somme stipulée, à moins que cette somme n'ait été convenue pour une exécution tardive. Toute stipulation contraire est nulle.

Article 3

La clause pénale, en tant que telle, n'empêche pas le créancier de poursuivre l'exécution de l'obligation principale au lieu du paiement de la somme stipulée.

Article 4

La somme stipulée n'est pas due lorsque l'inexécution de l'obligation principale n'engage pas la responsabilité du débiteur.

Article 5

Le créancier ne peut obtenir, à la place ou en plus de la somme stipulée, des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation principale.

Article 6

Nonobstant toute stipulation contraire, le créancier ne peut obtenir une somme excédant soit le montant de la clause pénale, soit celui des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation principale..

Article 7

La somme stipulée peut être réduite par le juge lorsqu'elle est mani-

festement excessive. En particulier, la réduction peut se faire quand l'obligation principale a été partiellement exécutée. La somme ne peut être réduite en dessous des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation. Toute stipulation contraire aux dispositions de cet article est nulle.

Article 8

Les dispositions des articles précédents ne portent pas atteinte aux règles régissant un type déterminé de contrat en raison de la nature particulière de celui-ci.

ANNEXE N° 4

LOI FRANÇAISE N° 78-22 DU 10 JANVIER 1978, RELATIVE A L' INFORMATION ET A LA
PROTECTION DES CONSOMMATEURS DANS LE DOUAINE DE CERTAINES OPERATIONS DE CREDIT

(partim).

Art. 1er .- Au sens de la présente loi, est considérée comme :

- prêteur, toute personne qui consent les prêts, contrats ou crédits visés à l'article 2 ;
- emprunteur, l'autre partie aux mêmes opérations.

Art. 2 . - Les dispositions de la présente loi s'appliquent à toute opération de crédit consentie à titre habituel par des personnes physiques ou morales, que ce soit à titre onéreux ou gratuit. Elles visent en particulier les prêts d'argent, les contrats de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente et toutes les opérations de crédit liées à des ventes ou à des prestations de services, y compris les ventes et prestations de services dont le paiement est échelonné ou différé.

Art. 3 . - Sont exclus du champ d'application de la présente loi :

- les prêts, contrats et opérations de crédit passés en la forme authentique ;
- ceux qui sont consentis pour une durée totale inférieure ou égale à trois mois, ainsi que ceux dont le montant est supérieur à une somme qui sera fixée par décret ;
- ceux qui sont destinés à financer les besoins d'une activité professionnelle, ainsi que les prêts aux personnes morales de droit public.

En sont également exclues les opérations de crédit portant sur des immeubles, notamment les opérations de crédit bail immobilier et celles qui sont liées :

- à l'acquisition d'un immeuble en propriété ou en jouissance ;
- à la souscription ou à l'achat de parts ou d'actions de sociétés donnant vocation à une attribution en jouissance ou en propriété d'un immeuble ;
- à la fourniture de services ou de matériels relatifs à la construction, la réparation, l'amélioration, l'entretien d'un immeuble lorsque le montant de cette fourniture est supérieur à un chiffre fixé par décret.

(...)

Art. 19 . - Si l'un des prêts, contrats ou opérations de crédit visés à l'article 1^{er} ci-dessus comporte une clause aux termes de laquelle , en cas de remboursement par anticipation, partiel ou total, du prêt, le prêteur sera en droit d'exiger une indemnité au titre des intérêts non encore échus, celle - ci ne pourra, sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, excéder un montant qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat, sera fixé suivant un barème déterminé par décret.

Art. 20 . - En cas de défaillance de l'emprunteur, le prêteur pourra exiger le remboursement immédiat du capital restant dû, majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif, les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt. En outre, le prêteur pourra demander à l'emprunteur défaillant une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret.

Art. 21 . - En cas de défaillance dans l'exécution, par l'emprunteur, d'un contrat de location assortie d'une promesse de vente ou d'un contrat de location-vente, le prêteur est en droit d'exiger, outre la restitution du bien et le paiement des loyers échus et non réglés, une indemnité qui, dépendant de la durée restant à courir du contrat et sans préjudice de l'application de l'article 1152 du code civil, sera fixée suivant un barème déterminé par décret.

Art. 22 . - Aucune indemnité ni aucun coût autres que ceux qui sont mentionnés aux articles 19 à 21 ne peuvent être mis à la charge de l'emprunteur dans les cas de remboursement par anticipation ou de défaillance prévus par ces articles.

Toutefois, le prêteur pourra réclamer à l'emprunteur, en cas de défaillance de celui-ci, le remboursement des frais taxables qui lui auront été occasionnés par cette défaillance, à l'exclusion de tout remboursement forfaitaire de frais de recouvrement.

(...)

ANNEXE N° 5

LOI FRANCAISE N° 78-23 DU 10 JANVIER 1978 SUR LA PROTECTION ET L'INFORMATION
DES CONSOMMATEURS DE PRODUITS ET DE SERVICES (partim) .

CHAPITRE IV : De la protection des consommateurs contre les clauses abusives.

Art. 35 . - Dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, peuvent être interdites, limitées ou réglementées, par des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la commission instituée par l'article 36, en distinguant éventuellement selon la nature des biens et des services concernés, les clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions, lorsque de telles clauses apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif.

De telles clauses abusives, stipulées en contradiction avec les dispositions qui précèdent, sont réputées non écrites.

Ces dispositions sont applicables aux contrats quels que soient leur forme ou leur support. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets, tickets contenant des stipulations ou des références à des conditions générales préétablies.

Les décrets ci-dessus peuvent, en vue d'assurer l'information du contractant non professionnel ou consommateur, réglementer la présentation des écrits constatant les contrats visés au premier alinéa.

Art. 36 . - Une commission des clauses abusives est instituée auprès du ministre chargé de la consommation.

Elle est composée des quinze membres suivants :

- un magistrat de l'ordre judiciaire, président ;

- deux magistrats de l'ordre judiciaire ou administratif ou membres du Conseil d'Etat ;
- trois représentants de l'administration, choisis en raison de leurs compétences ;
- trois jurisconsultes qualifiés en matière de droit ou de technique des contrats ;
- trois représentants des associations représentatives et agréées de défense des consommateurs ;
- trois représentants des professionnels.

Art. 37 . - La commission connaît des modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels à leurs contractants non professionnels ou consommateurs. Elle est chargée de rechercher si ces documents contiennent des clauses qui pourraient présenter un caractère abusif.

Elle peut être saisie à cet effet soit par le ministre chargé de la consommation, soit par les associations agréées de défense des consommateurs, soit par les professionnels intéressés. Elle peut également se saisir d'office.

Art. 38 . - La commission recommande la suppression ou la modification des clauses qui présentent un caractère abusif. Le ministre chargé de la consommation peut, soit d'office, soit à la demande de la commission, rendre publiques ces recommandations, qui ne peuvent contenir aucune indication de nature à permettre l'identification de situations individuelles.

La commission établit chaque année un rapport de son activité et propose éventuellement les modifications législatives ou réglementaires qui lui paraissent souhaitables. Ce rapport est rendu public.

B I B L I O G R A P H I E

= = = = =

- BENJAMIN, Peter, Penalties, liquidated damages and penal clauses in commercial contracts : a comparative study of English and Continental law, ds. 9. Intern. and Compar. Law Quarterly, 1960, pp. 600 à 627.
- BOCCARA, Bruno, obs. ss. Cass. civ. fr., 5 mars 1970, J.C.P., 1971, 16581.
- BOCCARA, Bruno, La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire, ds. J.C.P., 1975, 2742.
- BOUBLI, B., obs. ss. Paris, 27 juin 1970, J.C.P., 1970, 16576.
- CHABAS, François, La réforme de la clause pénale, ds. D.S., 1976, Chronique, pp. 229 et s.
- DAVID, René, Les contrats en droit anglais, Paris, 1973, numéros 440 à 445.
- DAVID, René, Les grands systèmes de droit contemporains, 5^e éd., Dalloz, n° 260, pp. 313 et 314.
- DEBACKER, R., Vers plus de sécurité juridique en matière de clause pénale, ds. Jur. comm. Belg., 1968, pp. 37 à 55.
- ESSER, J., Schuldrecht, 4., neubearbeitete Auflage, Band I : Allgemeiner Teil, Karlsruhe, 1970, pp. 146 à 148.
- EVADÉ, Jean-Louis, La réduction des clauses pénales excessives, ds. Gaz. Pal., 1976, Doct., pp. 449 et s.
- FONTAINE, Marcel, Le droit des obligations et l'économie, ds. Reflets et perspectives de la vie écon., mars 1975, pp. 55 et 56.
- FURKEL, Françoise, obs. ss. Cass. comm. fr., 30 avril 1974, Sem. jur., 1976, II, 18282.
- HAUSER, Jean, Les contrats, P.U.F., 1977, coll. " Que sais-je ? ", n° 1677, pp. 97 et s.

HUBRECHT, G., La révisibilité judiciaire des clauses pénales, ds. Gaz. Pal., 1976, Doct., pp. 64 et s.

IONASCO, T., Les contrats économiques dans les pays socialistes, ds. Rev. internat. dr. comparé, 1968, pp. 531 et s.

MALAUURIE, Philippe, note ss. Paris, 4 mars 1971, D.S., 1972, pp. 583 et s.

MALAUURIE, Philippe, note ss. Cass. comm. fr., 10 juillet 1972, D.S., 1972, pp. 729 et s.

MALAUURIE, Philippe, note ss. Cass. comm. fr., 9 octobre 1972, D.S., 1972, p. 731.

MALAUURIE, Philippe, note ss. Cass. comm. fr., 4 juillet 1972, D.S., 1972, pp. 732 et s.

MOREAU - MARGREVE, Irma, Une institution en crise : la clause pénale, note ss. Cass., 17 avril 1970, et Gand, 23 mai 1967, R.C.J.B., 1972, pp. 454 et s.

MOREAU - MARGREVE, Irma, Encore la clause pénale : nouvelle phase d'une crise, note ss. Cass., 24 novembre 1972, R.C.J.B., 1973, pp. 302 et s.

MOREAU - MARGREVE, Irma, Pour un certain pouvoir de révision des clauses pénales, ds. J.T., 1976, pp. 637 et s.

POSTAGIOĞLU, İlhan, Rapport général sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations en droit civil et en droit commercial, ds. Trav. Assoc. Capitant, 1964, Dalloz, 1968, pp. 20 et 21.

SANZ, Sylviane, La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975, et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale, ds. Rev. trim. dr. civ., 1977, pp. 268 et s.

SCHOENTJES - MERCHIEERS, Y., Strafbeding - Boetebeding, ds. Tijdschrift voor Priv. Recht, 1969, pp. 51 et s.

STUYCK, J., Toetsing van verhogingsbedingen - Naar een betere bescherming tegen onereuze bedingen in standaardcontracten ?, ds. R.W., 1977-78, col. 545 à 564.

VAN GERVEN, W., Matiging van verhogingsbedingen, I, ds. R.W., 1976-1977, col. 1379 à 1382.

VAN HAM, Claude, obs. ss. Comm. Charleroi, 23 juin 1977, J.T., 1977, p. 574.

VASSEUR, Michel, note ss. Paris, 5 janvier 1977, D.S., 1977, pp. 264 et s.

VINCENT, Xavier, La réforme de la clause pénale, le crédit-bail et leasing mobiliers, ds. Gaz. Pal., 1977, Doct., numéros 275 à 277 des 2, 3 et 4 octobre 1977, pp. 2 à 5.

WYMEERSCH, E., Matiging van verhogingsbedingen, II, ds. R.W., 1976-1977, col. 1381 à 1384.

WYMEERSCH, E., Het strafbeding in leasingovereenkomsten, ds. Rev. Banq., 1973, pp. 449 et s.

Commentaire de la réforme française de 1975, ds. Rev. trim. dr. civ., 1975, pp. 798 et 799.

E.F., note ss. Rouen, 11 janvier 1972, D.S., 1972, pp. 583 et s.

Obs. ss. Cass., 24 novembre 1972, Jur. comm. Belg., 1973, I, pp. 328 et 329.

+

+

+

T A B L E D E S M A T I E R E S
= = = = = = = = = = = = = = = =

	numéros	pages
<u>Introduction</u>	1	1
<u>Chapitre 1 - Droits français et belge</u>	4	4
<u>Section 1 - L'ancien droit</u>	4	4
<u>Section 2 - Le code civil de 1804</u>	5	6
<u>Section 3 - L'évolution ultérieure</u>	7	8
A) Les lois spéciales	7	8
B) La jurisprudence face à l'article 1152 du code civil	8	9
C) L'interprétation de l'article 1231 du code civil	10	16
D) La loi française du 9 juillet 1975	11	17
<u>Section 4 - Essai de systématisation d'un régime de contrôle des clauses pénales</u>	14	25
<u>Section 5 - Les deux lois françaises du 10 janvier 1978</u>	15	27
<u>Chapitre 2 - La Convention Benelux et le Projet de résolution du Conseil de l'Europe</u>	16	31
<u>Section 1 - La Convention Benelux relative à la clause pénale</u>	16	31
<u>Section 2 - Le Projet de résolution relative aux clauses pénales en droit civil, établi par le Conseil de l'Europe</u>	18	34
<u>Chapitre 3 - Droit anglais</u>	21	38
<u>Chapitre 4 - Droit allemand</u>	26	43
<u>Chapitre 5 - Droit soviétique</u>	28	46

	numéros	pages
<u>Conclusion</u>	30	48
 <u>Annexes</u> :		
1 - Loi française du 9 juillet 1975 modifiant les articles 1152 et 1231 du code civil		50
2 - Dispositions communes annexées à la Convention Benelux relative à la clause pénale		51
3 - Annexe au projet de résolution rela- tive aux clauses pénales en droit civil (Conseil de l' Europe)		52
4 - Loi française du 10 janvier 1978 relative à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit (partim)		54
5 - Loi française du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consom- mateurs de produits et de services (partim)		56
<u>Bibliographie</u>		58
<u>Table des matières</u>		61

+

+

+