

SOMMAIRE

- Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues, par B. Kohl, R. Salzburger et M. Vanwijck-Alexandre 349
- Dépens - Charge - Partie succombante (art. 1017, C. jud.) - Frais de citation supportés par le demandeur autorisé à introduire la cause par requête - Laissés à charge du demandeur en cas de faute. (Civ. Bruxelles, 75^e ch., 5 mars 2009, note) 359
- Expertise - Matière civile - Mesure simplifiée - « Mini-expertise » (art. 986, C. jud.) - Vue des lieux litigieux par l'expert, suivie d'un rapport à l'audience. (Comm. Namur, 1^{re} ch., 30 mars 2009) 359
- I. Contrat d'entreprise - Validité - Défaut d'enregistrement de l'entrepreneur (loi du 15 décembre 1970) - Conséquence - Nullité d'ordre public - II. Obligations contractuelles - Nullité - Conséquences (art. 1131, C. civ.) - Restitutions réciproques - Tempérament - *In pari causa...* - Équité et protection de l'ordre social. (Comm. Namur, 1^{re} ch., 23 mars 2009) 360
- Chronique judiciaire : L'avenir des professions juridiques en France - Élections - Échos - Thémis veut être comprise.

DOCTRINE

Les clauses take or pay : des clauses originales et méconnues

B IEN QUE LES CLAUSES TAKE OR PAY soient fréquemment utilisées dans la pratique contractuelle, leur régime juridique demeure largement méconnu en Belgique. Ces clauses se retrouvent en particulier dans les contrats de fourniture à moyen ou long terme, notamment dans le secteur de l'énergie. En substance, les clauses take or pay contiennent l'obligation pour l'acheteur d'enlever une quantité minimale du produit faisant l'objet du contrat. L'acheteur est tenu, pendant toute la durée du contrat, de payer le prix convenu pour cette quantité minimale, peu importe qu'il en ait pris effectivement livraison ou non.

1. Si le domaine de prédilection des accords *take or pay* réside historiquement dans le secteur des grands projets d'exploitation à long terme, en particulier dans la chaîne d'extraction, de production, de transport et de distribution des énergies fossiles, de tels accords peuvent tout aussi bien se présenter dans d'autres secteurs, dès qu'un investissement important ou à plus ou moins long terme est envisagé. C'est ainsi que le tribunal de commerce de Bruxelles¹ a récemment eu à connaître d'une affaire mettant en cause un acquéreur et un fabricant de cellules photovoltaïques. En raison de l'investissement considérable et du risque technologique liés au développement de ce type de produit, les parties avaient inséré dans le contrat de vente des cellules, d'une durée de plusieurs années, une clause *take or pay*.

2. La présente contribution a pour objectif premier de décrire, au travers de l'analyse de certains exemples tirés de la pratique, les mécanismes juridiques qui se cachent derrière le vocable *take or pay*, sans pour autant négliger l'examen des considérations économiques et financières qui sous-tendent les clauses *take or pay*. Nous examinerons ensuite à quel régime juridique ce mécanisme pourra s'apparenter sous l'angle du droit belge.

1

La notion de clause *take or pay*

1.1. Considérations économiques

3. Les clauses *take or pay* ont commencé à apparaître dès les années 1960 dans les contrats de fourniture d'énergie. Les raisons qui présidèrent à l'époque à l'insertion de ces clauses dans les contrats n'ont pas disparu à l'heure actuelle². Nous les exposerons ci-après.

4. Ces clauses se retrouvent généralement dans les contrats à durée déterminée portant sur la fourniture de produits (par exemple de l'énergie) dont la production requiert un investissement sur le long ou le très long terme, extrêmement lourd en capital. Les contrats d'approvisionnement *take or pay* sont d'ailleurs fréquemment utilisés en combinaison avec des contrats relatifs à la construction de la station

(2) Pour une analyse économique des clauses *take or pay* dans le marché du gaz naturel en particulier, voy. entre autres A. CRETI et B. VILLENEUVE, « Long-term contracts and take-or-pay clauses in natural gas markets », *Energy Studies Review*, 2004, pp. 75 et s.; K.J. CROCKER et S.E. MASTEN, « Efficient adaptation in long-term contracts : take-or-pay provisions for natural gas », *American Economic Review*, 1985, pp. 1083 et s.; G. HUBARD et R. WEINER, « Regulation and long-term contracting in US natural gas markets », *Journal of Industrial Economics*, 1986, pp. 71 et s.

Dans la collection *Les Codes thématiques Larcier*



larcier

Deux codes
au cœur
de l'actualité!

À jour
au 1^{er} mai
2009

Code de la fonction publique
wallonne

Edition 2009, 216 p. 29,00 €

Code de la démocratie locale
et de la décentralisation

Edition 2009, 370 p. 29,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (010) 48.25.00 - Fax (010) 48.25.19.
commande@deboeckservices.com - www.larcier.com

(1) Comm. Bruxelles, 29 janvier 2008, R.G. n° A/07/02838, inédit.

ou de l'usine de production (ou contrat « BOT », *build, own, operate and transfer*)³. Le capital nécessaire à la construction est apporté à l'entreprise productrice par des investisseurs, qui attendent un retour sur leur investissement. Les clauses *take or pay* constituent un des moyens d'y parvenir, en permettant, par l'assurance de l'écoulement du produit qu'elles sont censées garantir — et par l'assurance du flux financier (*cash flow*) qui en résulte — d'encourager et de sécuriser les investissements capitalistiques dans le secteur concerné⁴. En d'autres termes, le ou les contrats de fourniture du produit, assorti(s) de la clause *take or pay*, constitue(nt) pour l'investisseur une garantie du remboursement par le producteur des emprunts à long terme qu'il a souscrits. En l'absence d'une telle clause, le producteur risque de devoir réduire sa production en cas de diminution de la demande. Cette perspective peut faire craindre aux investisseurs de ne pas pouvoir bénéficier d'un retour normal sur leur investissement et les amènera, le cas échéant, à se détourner du marché concerné.

5. La clause *take or pay* présente également l'avantage, aussi bien pour l'acquéreur que pour le vendeur, de pouvoir sécuriser, pour l'un ses approvisionnements, pour l'autre l'écoulement de son produit. Cet élément est déterminant en présence de chaînes de contrats, dans lesquels les engagements *take or pay* peuvent se retrouver à différents maillons. D'un côté, le vendeur souhaite insérer une clause *take or pay* dans ses contrats avec ses clients parce qu'il peut lui-même être soumis, dans ses relations avec ses propres fournisseurs, à une convention à long terme contenant aussi des obligations de prise ferme de quantités minimales⁵. Il est ainsi très fréquent que cette clause soit présente dès le premier maillon de la chaîne, étant imposée par l'extracteur de la matière première ou de l'énergie à ses cocontractants en aval⁶. D'un autre côté, du point de vue de l'acheteur, les

engagements *take or pay* limitent le risque lié à l'approvisionnement et l'assurent de pouvoir fournir ses propres clients. En réalité, l'avantage précité tient plutôt à la présence dans la convention d'une obligation à charge du vendeur de mettre les marchandises à disposition de l'acquéreur aux époques prévues dans le contrat pour leur enlèvement par cet acquéreur. Dans certains cas, cette obligation pourra être renforcée par la présence d'une clause dite *supply and pay*. Comme l'explique F. Dessault, « (...) les accords dits *supply and pay agreements* font peser sur le fournisseur l'obligation de livrer les produits au client (matières premières, d'énergie...) ou, à défaut, d'assurer le paiement de produits acquis auprès d'une source alternative par ledit client »⁷. L'auteur observe également qu'en contrepartie de l'engagement *take or pay*, certains contrats prévoient parfois au profit de l'acquéreur une clause d'exclusivité d'approvisionnement et de distribution⁸.

6. Pour le vendeur, ces contrats à long terme assortis d'une clause *take or pay* permettent également de planifier la production en vue d'assurer un écoulement régulier du produit, dont la fabrication ou la livraison, parfois au bénéfice d'un nombre limité de — voire d'un unique — partenaire(s) acquéreur(s), peut constituer la seule raison d'être de la création d'une unité de fabrication, d'extraction ou d'un centre de distribution du produit concerné. En outre, pour certains produits, l'assurance de leur écoulement s'avère indispensable en raison des contraintes d'ordre logistique. Ces contraintes peuvent d'abord être liées à la difficulté, voire l'impossibilité de stocker le produit vendu. Par exemple, dans le secteur gazier, la présence de la clause *take or pay* s'explique par le fait que « (...) le gaz non enlevé doit être évacué (« mise à l'air ») et qu'il est donc perdu pour le vendeur »⁹ : le stockage du gaz n'est possible que de manière très limitée, sauf à exposer les coûts gigantesques qu'engendrent sa liquéfaction. De même, il n'est pas toujours possible pour le producteur, en fonction des caractéristiques du produit, de modifier les chaînes de fabrication au gré de l'évolution des desiderata de ses différents clients.

7. À côté de la sécurisation de l'investissement, l'assurance d'un écoulement régulier et continu du produit contribue également à réduire le coût marginal de production (*operating expenses*). Cette caractéristique distingue le contrat d'approvisionnement contenant une clause *take or pay* du contrat d'approvisionnement « traditionnel ». Ce dernier repose habituellement sur un contrat-cadre dont l'exécution se réalise par le biais de ventes successives à la suite d'offres d'achat (sur la base de *purchase orders*), au gré de ses besoins et au prix du marché au moment de la conclusion des ventes

successives, ce prix étant le plus souvent celui recommandé dans des publications professionnelles. À l'inverse, la présence des clauses *take or pay* dans les contrats d'approvisionnement à long terme s'explique par la lourdeur des investissements à amortir — pour la production de produits parfois soumis à un risque technologique ou commercial considérable¹⁰ — par la nécessité de sécuriser, grâce à l'écoulement continu du produit, les investissements réalisés, et par l'importance des coûts de production, qui, en fonction des caractéristiques du produit, peuvent s'avérer par nature beaucoup plus élevés que pour des produits plus « traditionnels »¹¹; ces contrats, à durée déterminée, requièrent donc une plus grande rigidité, de sorte que l'écoulement du produit, loin d'être fonction des *purchase orders* successifs, peut être calculé avec précision en fonction d'un calendrier prévisionnel de livraison fixé dès l'origine dans le contrat d'approvisionnement à long terme¹².

8. Enfin, il ne paraît pas inutile de signaler que si les contrats à long terme assortis de clauses *take or pay* continuent à jouer un rôle important dans le développement du marché mondial de l'énergie, sont également apparues, plus récemment, des opportunités de marché à court terme, ou « marchés *spots* ». Le marché *spot* concerne essentiellement l'achat et la vente de capacités résiduelles des vendeurs qui leur permettent de fournir de manière complémentaire les acquéreurs si besoin en est — c'est-à-dire au-delà de leurs engagements de livraison des quantités prévues dans les contrats à long terme *take or pay*¹³. Le prix des livraisons complémentaires — ou « prix *spot* », « prix comptant » — est fixé selon des paramètres distincts de ceux des contrats à long terme. Répondant à une demande temporaire accrue, ce prix est souvent plus favorable, du point de vue du vendeur, que celui de l'énergie fournie dans le cadre d'un engagement à long terme¹⁴.

(3) Voy. I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 4^e éd., La Haye, Kluwer Law International, 2005, p. 1398.

(4) Pour une illustration de la fonction de garantie que présente la clause de *take or pay*, voy. P.-H. GANEM, *Sécurisation contractuelle des investissements internationaux - Grands projets (mines - énergie - métallurgie - infrastructures)*, Paris, FEC, Bruxelles, Bruylant, 1998, spéc. pp. 276-280. Voy. également dans ce sens F. DESSAULT, « L'obligation d'achat dans certains contrats internationaux de fournitures », *R.D.A.I.*, 1998, pp. 3 et s., spécialement p. 5; P.-H. GANEM, « Chronique pratique contractuelle, financement de grands projets internationaux », *R.D.A.I.*, 1997, pp. 535 et s., spécialement p. 537-539; P. LE TOURNEAU, « Ingénierie et transferts de maîtrise industrielle », in *JurisClasseur Contrats - Distribution*, Fasc. 1820, Paris, LexisNexis, 2007, spécialement n° 154; U. DRAETTA, « Les clauses de force majeure et de *hardship* dans les contrats internationaux », *R.D.A.I.*, 2002, pp. 347 et s., spécialement p. 353; P.-D. CAMERON, « The consumer and the internal market in energy: who benefits », *European Law Review*, 2006, pp. 114 et s., spécialement p. 122 (comme le résume ce dernier, « In many cases, (...) facilities [such as liquefied natural gas terminals or gas pipelines] have been constructed and operated on the basis of preferential arrangements secured by long-term contracts as a condition for making large investments »).

(5) Voy. en ce sens M. FONTAINE et F. DE LY, *Droit des contrats internationaux - Analyse et rédaction de clauses*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 357.

(6) En outre, le cocontractant en aval est parfois contraint de payer un droit d'entrée à fonds perdus pour sécuriser son approvisionnement (c'est-à-dire pour pouvoir faire partie de la chaîne), par exemple en raison de la rareté de la matière première. L'acquéreur tente parfois de répercuter à ses sous-acquéreurs ce droit d'entrée à fonds perdus, en sus de la clause *take or pay*.

(7) F. DESSAULT, *op. cit.*, p. 15. L'auteur distingue également l'engagement *take or pay* des contrats dits *throughput agreements*, qui se rencontrent notamment dans l'exploitation des gisements de pétrole et de gaz, et en vertu desquels les compagnies pétrolières ou gazières s'engagent à faire transporter dans les pipelines construits par leur partenaire des quantités suffisantes de gaz ou de pétrole, à un niveau de prix convenu, de manière à pouvoir assurer au constructeur un chiffre d'affaires minimal (*op. cit.*, p. 15).

(8) F. DESSAULT, *op. cit.*, p. 7. L'octroi d'une exclusivité, notamment territoriale, pendant une durée excessive est cependant susceptible de porter atteinte au droit de la concurrence (voy. *infra* n° 24 sur ce point).

(9) M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 356.

(10) Ce risque est notamment présent dans le secteur des énergies nouvelles ou des nouveaux produits réduisant les nuisances environnementales, dans lequel de lourds investissements peuvent être réalisés, en raison du soutien de la demande par des primes ou autres subides aux utilisateurs finaux, sans l'assurance que ces primes resteront disponibles sur le long terme. Le producteur, par la clause *take or pay*, invite donc son cocontractant à partager les risques commerciaux liés à la continuité de l'écoulement, en bout de chaîne, du produit fini.

(11) La production et la livraison de certaines sources d'énergie requièrent ainsi des investissements bien plus considérables que d'autres; par exemple, si tant le gaz que le charbon peuvent constituer la source de production d'énergie électrique, il ne fait guère de doute que les investissements nécessaires pour pouvoir procéder à l'extraction du gaz sont *a priori* bien plus importants que ceux liés à l'extraction du charbon.

(12) Une certaine flexibilité peut néanmoins être introduite (voy. *infra* n° 17-18 sur ce point).

(13) Un exemple bien connu d'augmentation de la demande d'énergie est celle constatée lorsque survient une vague de chaleur imprévue et de longue durée, entraînant un accroissement de l'utilisation des systèmes de climatisation.

(14) G. BLOCK et D. HAVERBEKE fournissent des explications complémentaires à ce égard : « l'émergence de marchés *spots* et l'utilisation d'instruments financiers (options d'achat ou de vente, *spread*, *futures*, *swaps* de volumes de gaz...) doivent permettre aux opérateurs, d'une part, de réagir à des opportunités d'arbitrages financiers sur les marchés énergétiques et, d'autre part, de s'assurer contre les risques de variations de prix et de volumes (technique du *hedging*) » (G. BLOCK et D. HAVERBEKE, « La libéralisation du marché du gaz en Belgique : incidences réglementaires et contractuelles », *J.T.*, 2003, pp. 497 et s., spécialement p. 504). Les

1.2. Description du mécanisme *take or pay*

9. Le mécanisme de l'accord *take or pay* présente différentes caractéristiques, qui ressortent notamment de l'analyse des deux exemples suivants.

10. La première clause est issue d'un contrat international de fourniture d'énergie : « (1) Quantité globale. L'acheteur achètera, enlèvera et paiera et le vendeur vendra et livrera à l'acheteur dans les conditions du présent contrat, au cours de la durée du contrat (...), une quantité globale contractuelle d'au moins sept cents (700) milliards d'unités de produit. (2) Quantité annuelle contractuelle. Pendant chaque année contractuelle, le vendeur vendra et livrera et l'acheteur achètera, enlèvera et paiera des volumes de « produit » équivalents à trente-cinq (35) milliards d'unités. (3) Quantité non enlevée au cours d'une année contractuelle. À défaut d'enlèvement par l'acheteur au cours d'une année contractuelle, des quantités qu'il est tenu d'enlever en application du paragraphe 2 ci-dessus, ce dernier sera tenu de payer au prix de vente contractuel (...) les quantités non enlevées, diminuées, le cas échéant, du montant cumulé : a) des quantités non livrées du fait du vendeur, b) des quantités non livrées ou non enlevées à raison d'un cas de force majeure ».

11. Le second exemple est extrait d'un contrat de production de produits manufacturés entre deux entreprises belges, et soumis au droit belge : « This Agreement is a take or pay agreement such that Buyer is absolutely and irrevocably required to pay for the Contract Quantity per calendar year over the Term of this Agreement. In the event that Buyer fails to order or take delivery of the Contract Quantity for a calendar year then Seller shall invoice Buyer for the difference between the quantity of Products ordered in that calendar year and the Contract Quantity of Product for that calendar year at the Net Price in effect (...) for that calendar year (...), and Buyer shall pay the same within 30 days of the invoice date ». Une autre clause du même contrat fixe le prix du produit pour chaque année.

12. La clause *take or pay* s'articule donc autour d'une obligation pour l'acquéreur d'enlever une certaine quantité prévue dans la convention au prix fixé dans cette même convention. Cette quantité est généralement, mais non nécessairement¹⁵, fixée sur une base annuelle.

Elle peut être fixe pendant toute la durée du contrat de fourniture du produit, ou, au contraire, croître (par exemple en raison d'un développement attendu du marché de l'acquéreur) ou décroître (par exemple parce que l'acquéreur prévoit de se fournir en partie auprès d'un tiers à une certaine époque future) de la manière prévue dans le contrat, au fur et à mesure de son évolution. Bien entendu, du point de vue du fournisseur, la sécurisation d'un niveau élevé de quantité est toujours recherchée, puisqu'elle détermine directement la hauteur de ses rentrées garanties pendant toute la durée du contrat¹⁶. La quantité que l'acquéreur doit enlever ou payer est généralement fixée au moyen d'un pourcentage de la quantité prévisionnelle de fourniture devant être produite par le vendeur; d'autres systèmes sont cependant envisageables¹⁷. Le cas échéant, la clause peut fixer un niveau de tolérance dans les quantités non enlevées, sorte de seuil à partir duquel s'appliquera l'obligation de payer ces quantités¹⁸.

13. L'obligation de payer le prix est parfois couverte par une garantie bancaire¹⁹. La hauteur du paiement réclamé pour une période dépendra du « déficit annuel » (*annual deficiency*) constaté. Ce déficit annuel constitue la différence entre la quantité annuelle à enlever aux termes de la clause *take or pay* et la quantité effectivement enlevée — et payée ou à payer — par l'acquéreur durant l'année écoulée²⁰. En

d'autres termes, l'engagement *take or pay* impose à l'acquéreur de payer le déficit annuel. Cette obligation engendre habituellement la principale difficulté que rencontre le vendeur lorsqu'il manifeste son intention de faire usage de la clause face à un acquéreur qui n'a pas enlevé les quantités prévues. L'acquéreur arguera que son engagement *take or pay* constitue une clause pénale, et sollicitera l'application à cet engagement du régime juridique applicable aux clauses pénales. L'argument, sérieux, est de nature à diminuer partiellement, voire totalement, l'efficacité d'un contrat *take or pay*. Pour ce motif, nous y consacrerons l'essentiel de la seconde partie de la présente contribution.

14. En périphérie de l'engagement *take or pay* proprement dit gravitent généralement d'autres clauses qui complètent son mécanisme. Nous avons déjà exposé l'intérêt que peut présenter pour l'acquéreur une clause qui impose au vendeur l'obligation de mettre les marchandises à disposition de l'acquéreur aux époques prévues dans le contrat, voire même une clause *supply or pay*, obligeant le vendeur défaillant à assurer le paiement de produits acquis auprès d'une source alternative par son client²¹. De même, l'acquéreur peut-il exiger du vendeur un engagement d'exclusivité de fourniture du produit sur un territoire déterminé²².

15. Le contrat pourra également moduler le fonctionnement de l'engagement *take or pay* par la présence d'une clause de force majeure ou encore de *hardship*. Cependant, l'insertion d'une telle clause dans un contrat *take or pay* ne va pas sans poser certaines difficultés. La principale justification économique du mécanisme *take or pay* réside en effet dans la sécurisation des investissements à long terme et dans la garantie du remboursement des emprunts finançant les projets industriels qu'il permet. Comme le relève très justement U. Draetta, « (...) si on appliquait aux contrats du *project financing* les clauses de force majeure et de *hardship* des Principes [Unidroit], l'attribution des responsabilités qui en résulterait serait tout à fait inacceptable et aucun investisseur ne s'engagerait dans une opération de *project financing*. À ce propos, il faut comprendre que les banques, rémunérées seulement par les intérêts, ne pourraient jamais accepter de prendre en charge aucun de ces risques (...). Tout simplement, il faut attribuer les risques de façon telle que les banques soient convaincues de prêter les fonds nécessaires, et elles ne le feront que si elles sont protégées d'une manière qu'elles jugent adéquate. Elles ne pourraient pas tolérer, par exemple, une suspension ou une résiliation du contrat après avoir prêté l'argent »²³.

16. En d'autres termes, dans les contrats *take or pay*, le problème central est celui de la répartition des risques (*risk allocation*), indépendamment des notions classiques de force majeure ou de *hardship*. C'est la raison pour laquelle il n'est pas inhabituel de rencontrer des contrats *take or pay* dans lesquels la survenance d'un événement chez le vendeur qui, selon les conceptions traditionnelles, aurait été qualifié de

auteurs citent en particulier le « Plan indicatif de l'approvisionnement en gaz naturel » établi le 18 octobre 2001 par la C.R.E.G. (Commission de régulation de l'électricité et du gaz) (Doc. FO 110 1 8-C.R.E.G.-054, spécialement p. 35). À propos des marchés *spots* dans le secteur du gaz, voy. également D. MCCLURE, « Spot Market Natural Gas Reliability under Order 366 », in F.W. PAYNE (éd.), *User's Guide to Natural Gas Purchasing and Risk Management*, Lilburn, The Fairmont Press, 1999, pp. 121 et s.; F.-E. BANKS, *The Political Economy of Natural Gas*, Londres, Croom Helm, 1987, pp. 64-66; A. LEGAULT, *Pétrole, gaz et les autres énergies - Le petit traité*, Paris, éd. Technip, 2007, spécialement pp. 233 et s.; W.-C. TURNER, *Energy Management Handbook*, 5^e éd., Lilburn, The Fairmont Press, 2004, spécialement pp. 564 et s.; J. SYROTA, *Synthèse du rapport sur l'ouverture du marché gazier français*, Paris, publication du ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi, 2002, spécialement p. 6; G. BLOCK (coord.), « Électricité et gaz », in R.P.D.B., compl., t. X, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 200 et s., spécialement pp. 549-550.

(15) Le vendeur peut cependant parfaitement, en fonction des caractéristiques du produit ou du marché, convenir avec l'acquéreur d'un enlèvement calculé sur une base trimestrielle, mensuelle voire même journalière; ceci permet au vendeur d'accroître le *cash flow* engendré par la vente du produit, et réduit dans le même temps la durée de son exposition au risque d'un défaut de paiement de l'acheteur. Comme l'explique P. Roberts, lorsque l'obligation d'enlever les quantités est prévue sur une base mensuelle ou journalière, l'acquéreur n'est généralement pas préjudicié, lorsque le vendeur lui accorde dans le même temps la possibilité d'ajuster, dans l'année, les quantités enlevées en trop ou en trop peu sur la période de référence raccourcie (trimestrielle, mensuelle ou journalière) (voy. P. ROBERTS, *Gas sales and gas transportation agreements : principles and practice*, Londres, Sweet & Maxwell, 2004, p. 133).

(16) Voy. P. ROBERTS, *op. cit.*, p. 133.

(17) Ainsi, comme l'explique F. DESSAULT, il paraît préférable de prévoir plusieurs seuils de déclenchement de l'obligation *take or pay* : « Par exemple (i) un seuil bas concernant une quantité de produits à enlever quotidiennement, et (ii) un seuil haut fixant une quantité globale annuelle minimum (...). Les seuils définis le sont classiquement en référence à une capacité contractuelle qui se trouve être la capacité technique théorique des installations. Dans un tel cas, l'exploitant s'assure de la régularité des facturations des fournitures en imposant un critère fin de contrôle (comptage journalier); par ce moyen, il donne également aux prêteurs une meilleure possibilité d'apprécier les perspectives de remboursement, et peut anticiper plus rapidement ses besoins en fonds de roulement (*trade working capital*) » (F. DESSAULT, *op. cit.*, pp. 6-7).

(18) Voy. ainsi la clause suivante, relevée par M. FONTAINE et F. DE LY : « In case Buyer's offtake during any calendar year will be lower than the quantity mentioned above minus 10%, then Buyer will pay to Seller over the difference in quantity between the thus fixed quantity and the quantity actually supplied a penalty of 50% over the average selling price per metric ton paid in that particular calendar year » (M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 356). En l'espèce, ce n'est que dans l'hypothèse où les quantités enlevées s'écartent de plus de 10% des quantités prévues au contrat que la pénalité s'appliquera. L'on note que cette clause limite expressément l'indemnité à 50%, alors que la clause *take or pay* proprement dite impose un paiement de la totalité de la quantité contractuelle, enlevée ou non enlevée.

(19) Voy. entre autres M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 357.

(20) Voy. P. ROBERTS, *op. cit.*, p. 135.

(21) Voy. *supra* n° 5.

(22) Voy. *supra* n° 5. Sur la compatibilité de cet engagement en droit de la concurrence, voy. également *infra* n° 25.

(23) U. DRAETTA, *op. cit.*, pp. 353-354.

force majeure, ne pénalisera pas ce dernier eu égard aux quantités qu'il aurait dû livrer²⁴. C'est donc à l'acheteur, s'il est intéressé par le produit faisant l'objet du projet d'investissement à long terme, d'évaluer les risques et de décider de les prendre en charge, « (...) même si, dans un contexte isolé, personne ne paierait pour des marchandises qui pourraient n'être même pas délivrées »²⁵. En sens inverse, malgré la rigidité des contrats *take or pay*, l'acheteur bénéficiera de la possibilité d'invoquer un événement de force majeure pour autant bien entendu que la force majeure rende impossible l'exécution de ses obligations²⁶. Les événements sont généralement liés aux défaillances techniques imprévisibles et irrésistibles se produisant dans le chef de l'acquéreur²⁷. En revanche, en aucun cas une diminution de la demande du produit final par les sous-acquéreurs ne pourra l'exonérer de son engagement *take or pay*, sauf à remettre en cause le mécanisme même de ce type de contrats.

17. En contrepartie de l'engagement *take or pay*, l'acquéreur se voit parfois octroyer la possibilité d'un *make-up* (ou rattrapage). Cette clause est souvent perçue comme un élément essentiel de l'équilibre contractuel. Elle prévoit que lorsque l'acquéreur, durant une période déterminée, a payé pour des quantités non enlevées, ce paiement sera porté à son crédit de sorte que si, l'année suivante, l'acquéreur a enlevé (et payé) les quantités prévues au contrat, il dispose de la possibilité de prendre une quantité supplémentaire jusqu'à concurrence du crédit reporté de l'année précédente²⁸. En l'absence d'une telle clause, les sommes payées pour les quantités non enlevées seraient définitivement perdues pour l'acquéreur. Malgré les apparences, le produit enlevé l'année suivante au-delà des quantités contractuelles n'est pas mis gratuitement à la disposition de l'acquéreur. En effet, comme l'explique P. Roberts à propos d'un contrat prévoyant la fourniture de gaz, « although the buyer is entitled to take delivery of that gas without an obligation to make payment, make up gas is a recognition that since a take or pay payment represents a prepayment by the buyer for gas then make up gas represents buyer's subsequent recovery of that prepaid amount of gas »²⁹. Il n'en reste pas moins que le *make up* contribue à introduire une certaine flexibilité dans le mécanisme de l'engagement *take or pay*.

18. Le *make up* est néanmoins sujet à certaines limites d'ordre physique — limites de production, de stockage ou de transport du produit³⁰ —

ou d'ordre contractuel — liées à la durée de validité du crédit ainsi reporté (limité à l'année suivante ou à plusieurs années, cumulable ou pas), à la variation du prix du produit entre la date à laquelle le crédit a été créé et celle à laquelle l'acquéreur souhaite obtenir les quantités complémentaires, ou encore au droit de priorité dont dispose ou non l'acquéreur par rapport aux autres clients du fournisseur³¹. Le mécanisme du *make up* doit également être distingué du mécanisme du *carry-forward*. Ce dernier permet à l'acquéreur qui, durant une période déterminée, a enlevé et payé une quantité supérieure à celle prévue au contrat, de recevoir un « crédit » lui offrant la possibilité, s'il le souhaite, de réduire l'année suivante la quantité que le contrat lui impose normalement d'enlever, sans être sanctionné³². Ce mécanisme, tout comme le celui du *make-up*, apporte un peu de flexibilité au bénéfice de l'acquéreur, lui permettant de planifier avec plus de précision le volume de produit à enlever chaque année³³.

2

Le régime juridique de la clause *take or pay*

2.1. Introduction

19. Dans de nombreux pays, les contrats *take or pay* à long terme ont dressé, dans le secteur

loin d'être acquis qu'il pourra, l'année suivante, exiger deux tiers en plus de la quantité annuelle. Ainsi que nous l'avons expliqué, l'investissement réalisé par le vendeur pour la production d'un produit ou d'une source d'énergie en particulier, est parfois calculé, en termes de capacités de production, au plus près de la quantité annuelle fixée lors de la signature de la convention.

(31) Sur ces questions, voy. P. ROBERTS, *op. cit.*, pp. 149-151; F. DESSAULT, *op. cit.*, p. 12.

(32) Le mécanisme du *carry backward* constitue le reflet du *carry forward* : l'acquéreur qui, durant une période déterminée, enlève une quantité inférieure à la quantité annuelle prévue dans le contrat, est dispensé de devoir payer pour les quantités non enlevées s'il démontre avoir, durant une période précédente, enlevé une quantité supérieure dans une proportion identique. Une limite temporelle est généralement fixée (voy. sur ce point G. BLOCK, D. HAVERBEKE, L. HAGE, A. DE GEETER, W. VANDORPE et A. BOUTE, « Industriële afnemers en hun energiecontracten », *M.E.R.*, 2007, pp. 151 et s., spécialement p. 170).

(33) Voy. P.-M. CUSSAGNET, « L'ouverture du marché gazier européen », *Réalités industrielles*, août 2003, pp. 9 et s., spécialement p. 11. Ainsi que le relève P. ROBERTS (*op. cit.*, p. 152), certaines limites contractuelles sont fixées ici également. Ainsi, la quantité supplémentaire bénéficiant du *carry forward* est généralement fixée à un pourcentage maximum de la quantité contractuelle. À défaut d'une telle précision, l'acquéreur qui enlève et paye le double de la quantité durant une période donnée pourra prétendre ne plus rien devoir enlever (et payer) l'année suivante. Sur les mécanismes du *make-up* et du *carry forward*, voy. également G. COOP, « Long-Term Energy Sale Contracts and Market Liberalisation in New EU Member States. Are they Compatible? », *International and Energy Law and Taxation Review*, 2006/2, pp. 64 et s., spécialement p. 70; T. SCHOORS, « Overeenkomsten voor de levering van elektrische energie en gas », in K. DEKETELEAERE (éd.), *Handboek milieu en energierecht*, Bruges, die Keure, 2006, pp. 1590 et s., spécialement p. 1600; G. BLOCK, D. HAVERBEKE, L. HAGE, A. DE GEETER, W. VANDORPE et A. BOUTE, « Les consommateurs industriels et leurs contrats d'électricité et de gaz naturel », in X, *Le nouveau marché de l'énergie - Guide juridique à l'usage des distributeurs et des consommateurs*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2007, pp. 233 et s., spécialement pp. 263-264.

de l'énergie, un obstacle important à la libéralisation³⁴. Pour cette raison, un bref aperçu de l'incidence sur ces clauses du processus de libéralisation du marché européen du gaz nous paraît s'imposer. Nous analyserons ensuite le régime juridique de la clause *take or pay*. En particulier, la confrontation de cette clause au regard du régime applicable aux clauses pénales sera examinée en profondeur.

2.2. Clause *take or pay* versus libéralisation du marché européen du gaz - Bref aperçu

20. Le mécanisme *take or pay* fait l'objet d'une attention particulière dans la directive 2003/55/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 98/30/CE³⁵. Cette directive constitue la principale législation applicable au secteur gazier européen. Elle énonce le droit d'accès non discriminatoire des tiers aux réseaux de transport et de distribution ainsi qu'aux installations de gaz naturel, permettant aux nouveaux fournisseurs de pénétrer le marché et aux consommateurs de choisir librement leur fournisseur de gaz. La directive prévoit que les gestionnaires de réseaux ne peuvent favoriser certaines entreprises, notamment leurs éventuelles entreprises liées. Elle énonce également que des conditions de concurrence équitable doivent être mises en place pour prévenir les risques de positions dominantes, en particulier celles des opérateurs historiques.

21. En raison de l'existence de nombreux contrats à long terme *take or pay* conclus avant l'établissement d'un marché européen du gaz naturel — c'est-à-dire à une époque où les marchés gaziers des États membres étaient organisés autour d'entreprises bénéficiant d'un monopole national ou régional pour la production ou la distribution de gaz, en l'absence de toute concurrence entre fournisseurs — la directive européenne 2003/55/CE a prévu un régime transitoire. Ce régime permet aux entreprises de gaz d'obtenir certaines dérogations à ces nouvelles règles — spécialement la règle énoncée à l'article 18 de la directive, prévoyant l'ouverture à des tiers de l'accès au réseau³⁶ — lorsqu'elles démontrent l'existence de graves difficultés économiques du fait de leurs engagements *take or pay*³⁷.

(34) Voy. D. BIGGAR, « Promouvoir la concurrence dans le secteur du gaz naturel - Synthèse », *Revue de l'O.C.D.E. sur le droit et la politique de la concurrence*, 2002/2, pp. 78 et s., spécialement p. 83.

(35) *J.O.* L 176 du 15 juillet 2003, p. 57.

(36) Voy. l'article 18, § 1^{er}, de la directive : « Les États membres veillent à ce que soit mis en place, pour tous les clients éligibles, y compris les entreprises de fourniture, un système d'accès des tiers aux réseaux de transport et de distribution ainsi qu'aux installations de G.N.L. Ce système, fondé sur des tarifs publiés, doit être appliqué objectivement et sans discrimination entre les utilisateurs du réseau ».

(37) Voy. P.D. CAMERON, *Competition in Energy Markets - Law and Regulation in the European Union*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, spécialement p. 196; M.M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, I. DEL GUAYOP et A. RONNE, *Energy Law in Europe - National, EU and International Regulation*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2007, spécialement p. 372. Si la directive 2003/55/CE présente plusieurs similitudes avec la réglementation relative à la libéralisation du secteur de

(24) Voy. F. DESSAULT, *op. cit.*, p. 10.

(25) U. DRAETTA, *op. cit.*, p. 355.

(26) La force majeure pourrait certes libérer l'acquéreur de son obligation de prendre livraison. S'agissant d'une clause *take or pay*, l'acquéreur pourra cependant éprouver plus de difficultés à invoquer la force majeure pour échapper à son obligation de payer. Tout dépendra de l'analyse du libellé du contrat.

(27) Voy. sur ce point G. HARDAKER, « Force majeure and take or pay contracts for power stations : the buyer's perspective », *International Energy Law & Taxation Review*, 2000, pp. 163 et s., spécialement p. 164.

(28) De le domaine particulier du gaz et de l'électricité, ce mécanisme du *make up* n'existait pas dans les premiers contrats contenant des engagements *take or pay*. Il n'a été introduit dans ces contrats que très progressivement, c'est-à-dire plusieurs années après que les investissements de départ aient été effectués et amortis.

(29) P. ROBERTS, *op. cit.*, p. 146.

(30) Par exemple, si l'acquéreur n'a pris livraison que d'un tiers de la quantité prévue durant une année, il est

22. L'article 27, § 1^{er}, de la directive précise en effet : « Si une entreprise de gaz naturel connaît ou estime qu'elle connaîtrait de graves difficultés économiques et financières du fait des engagements *take or pay* qu'elle a acceptés dans le cadre d'un ou de plusieurs contrats d'achat de gaz, elle peut adresser à l'État membre concerné, ou à l'autorité compétente désignée, une demande de dérogation temporaire à l'article 18 (...) ». Pour statuer sur la demande de dérogation, l'État membre ou l'autorité compétente désignée et la Commission tiennent compte d'un certain nombre de critères mentionnées à l'article 27, § 3, de la directive³⁸. Dans l'hypothèse où une entreprise de gaz a vu sa demande de dérogation refusée, elle ne peut plus refuser l'accès au réseau en raison d'engagements *take or pay* qui auraient été acceptés dans une convention de fourniture de gaz³⁹.

23. Cela étant, les objectifs de libéralisation du marché gazier européen ne sonneront pas nécessairement le glas des contrats gaziers à long terme, ni des clauses *take or pay* qu'ils renferment. Au contraire, selon le considérant n° 25 de la directive, « les contrats à long terme demeurent un élément important de l'approvisionnement en gaz des États membres et il convient qu'ils restent une possibilité offerte aux entreprises gazières, à condition qu'ils ne portent pas atteinte aux objectifs de la présente directive et soient compatibles avec le Traité, y compris les règles de concurrence. Il est dès lors nécessaire d'en tenir compte dans la planification de la capacité d'approvisionnement et de transport des entreprises gazières »⁴⁰. Comme le relève G. Coop, si la libéralisation du marché recommande désormais la prudence dans l'emploi de tels contrats, leur utilité n'en demeure pas moins certaine, en tant que garantie du développement de nouveaux investissements capitalistiques, s'agissant en particulier de la construction ou de l'amélioration des réseaux d'approvisionnement

l'électricité (en particulier la directive « électricité » 2003/54/CE), la règle relative à la dérogation liée aux contrats gaziers *take or pay* ne trouve pas d'équivalent dans la réglementation relative au secteur de l'électricité (voy. sur ce point P.D. CAMERON, *op. cit.*, p. 174).

(38) À savoir : « a) l'objectif consistant à réaliser un marché concurrentiel du gaz; b) la nécessité de remplir les obligations de service public et de garantir la sécurité d'approvisionnement; c) la situation de l'entreprise de gaz naturel sur le marché du gaz et la situation réelle de concurrence sur ce marché; d) la gravité des difficultés économiques et financières que connaissent les entreprises de gaz naturel et les entreprises de transport ou les clients éligibles; e) les dates de signature et les conditions du contrat ou des contrats en question, y compris la mesure dans laquelle elles permettent de tenir compte de l'évolution du marché; f) les efforts déployés pour résoudre le problème; g) la mesure dans laquelle, au moment d'accepter les engagements *take or pay* en question, l'entreprise aurait raisonnablement pu prévoir, vu les dispositions de la présente directive, que des difficultés graves étaient susceptibles de se produire; h) le niveau de connexion du réseau à d'autres réseaux et le degré d'interopérabilité de ces réseaux, et i) l'incidence qu'aurait l'octroi d'une dérogation sur l'application correcte de la présente directive en ce qui concerne le bon fonctionnement du marché intérieur du gaz naturel ».

(39) Voy. l'article 27, § 4, de la directive 2003/55/CE.

(40) La signature d'un contrat à long terme n'est donc pas, *per se*, contraire au droit de la concurrence. Ainsi la Commission ne s'est pas opposée à la signature de deux contrats de fourniture de gaz par lesquels la société E.D.F. Trading, basée au Royaume-Uni, s'engageait à fournir du gaz à la société allemande Wings pour une période de dix ans renouvelable pour cinq années complémentaires (voy. IP/02/1293 du 12 septembre 2002, site www.europa.eu). Voy. sur ce point M.M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, I. DEL GUAYOP et A. RONNE, *op. cit.*, p. 260, note 168.

en gaz des nouveaux États membres⁴¹. Autrement dit, « (...) long-term contracts will continue to be important in the liberalized market of the future although the context in which they function has undergone drastic changes »⁴².

24. Enfin, dans l'appréciation de la compatibilité des contrats à long terme au regard du droit européen de la concurrence — spécialement l'article 81 du Traité CE — l'examen de la présence de clauses organisant une exclusivité, et spécialement de la durée de celle-ci, est déterminant. Ces clauses apparaissent fréquemment dans les contrats gaziers à long terme en contrepartie de l'engagement *take or pay*⁴³. Les engagements d'exclusivité du vendeur, en particulier l'exclusivité territoriale, aussi utiles soient-ils pour le créancier, ne sont légitimes aux yeux du droit de la concurrence « (...) qu'à la condition d'apporter une contribution indispensable à la promotion de la concurrence ou à l'obtention d'un progrès économique. De surcroît, la satisfaction de cette exigence doit être vérifiée *in concreto*; elle ne saurait être inférée de l'économie habituelle du type de contrat concerné »⁴⁴. Les entreprises concernées tentent généralement de démontrer que les engagements d'exclusivité doivent bénéficier de l'exemption prévue à l'article 81, § 3, du Traité CE, en ce qu'ils contribuent « (...) à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique (...) ». Néanmoins, même dans le cas où l'exclusivité répond à une nécessité impérieuse, encore convient-il de s'assurer qu'elle ne dépasse pas la mesure nécessaire pour répondre à ce besoin impérieux⁴⁵ ⁴⁶. Par ailleurs, l'exclusivité présente dans les contrats d'approvisionnement peut également poser question au regard de l'article 82 du Traité CE, qui condamne les abus de position dominante. L'évaluation de la durée de l'exclusivité dans les contrats d'approvisionnement en gaz à long terme, et le cas échéant du caractère excessif de celle-ci, sera donc appréciée par les autorités de la concurrence en fonction des circonstances propres à chaque espèce. À plusieurs reprises, la Commission a ainsi été amenée à n'ac-

(41) G. COOP, *op. cit.*, p. 71.

(42) P.J. SLOT, « The Impact of Liberalization on Long-Term Energy Contracts », in D. GERADIN (éd.), *The Liberalization of Electricity and Natural Gas in the European Union*, coll. European Monographs, n° 27, La Haye, Kluwer Law International, 2001, pp. 19 et s., spécialement p. 34.

(43) Voy. *supra* nos 6 et 22.

(44) M. CHAGNY, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Paris, Dalloz, 2004, p. 376.

(45) Voy. M. CHAGNY, *op. cit.*, p. 377; voy. également sur point M.M. SLOTBOOM, « Antitrust Rules and the Energy Sector Inquiry », in M.M. ROGGENKAMP et U. HAMMER (éd.), *European Energy Law Report V*, Anvers, Intersentia, 2008, pp. 3 et s., spécialement pp. 10-13; C.W. JONES (éd.), *EU Energy Law - Volume II - EU Competition Law and Energy Markets*, Louvain, Claeys & Casteels éd., 2005, pp. 232-233; l'auteur explique que « (...) only in the case of high relationship-specific investments can long-term exclusive distribution agreements be justified ».

(46) Selon G. BLOCK, « la limite qui définit les contrats de longue durée (avec les producteurs) est de 10 ans, si on se réfère à l'article 2.1. de la directive européenne 2004/67/EC relative à la sécurité d'approvisionnement en gaz. Le gestionnaire d'une infrastructure pourra difficilement prétendre à une dérogation pour un contrat de longue durée s'il ne s'agit pas d'une première utilisation d'une nouvelle infrastructure, ou si la durée du contrat de service excède la période d'amortissement de l'infrastructure concernée » (G. BLOCK (coord.), *op. cit.*, p. 550, n° 1218).

cepter la présence de clauses d'exclusivité dans des contrats d'approvisionnement en gaz ou en électricité qu'à la condition d'une diminution de la durée de l'exclusivité accordée à l'une des parties⁴⁷.

2.3. Analyse du régime juridique de la clause *take or pay*

2.3.1. Bref détour par le droit anglais : l'arrêt M&J Polymers

25. L'examen du régime juridique applicable à la clause *take or pay* a connu un vif regain d'intérêt en Angleterre à la suite de la décision rendue le 29 février 2008 par la High Court (Juge Burton) dans l'affaire *M&J Polymers v. Imerys Minerals*⁴⁸. Dans cette affaire, l'acquéreur (Imerys Minerals Ltd) était tenu, en vertu d'un engagement *take or pay* de prendre livraison de quantités minimales de produits chimiques auprès de son fournisseur (*M&J Polymers*), et de payer ces quantités minimales, peu importe qu'elles aient ou non été enlevées⁴⁹. Le litige survint à la suite du refus par l'acquéreur de payer pour des quantités qu'il n'avait pas enlevées. Ce dernier prétendait que la clause *take or pay* lui imposait une pénalité (*penalty*), et qu'elle devait dès lors être écartée. Le droit anglais interdit en effet les clauses qui agissent comme une pénalité pour le cocontractant, c'est-à-dire les clauses qui prévoient qu'en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, une certaine somme devra être payée par le débiteur au créancier, lorsque cette somme présente un caractère dissuasif (*deterrent*) et qu'elle ne correspond pas à une prévision de l'estimation du préjudice que subirait le créancier en cas d'inexécution (il s'agirait dans ce cas non d'une *penalty*, mais de *liquidated damages*)⁵⁰.

(47) Voy. par exemple, en ce qui concerne l'article 81 du Traité, les affaires *Electricidade de Portugal v. Pego Project*, J.O. n° C 265 du 30 septembre 1993, p. 4; *RÉN v. Turbogaz*, J.O., n° C 118 du 23 avril 1996, p. 7; *ISAB Energy v. E.N.E.L.*, J.O. n° C 138 du 5 septembre 1996, p. 3 (voy. sur ce point I. VAN BAELE et J.-F. BELLIS, *op. cit.*, pp. 1398-1399; G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *op. cit.*, p. 540; M.M. ROGGENKAMP, C. REDGWELL, I. DEL GUAYOP et A. RONNE, *op. cit.*, p. 261; P.J. SLOT, *op. cit.*, pp. 20-22). Dans l'affaire *Gemeente Almelo v. Energiebedrijf IJsselmij* (Rec., 1994, p. I-1477), c'est l'article 82 du Traité que prit en considération la Cour de justice, estimant que l'obligation d'achat exclusif d'électricité présente dans un contrat entre un distributeur local d'électricité et son fournisseur régional (lequel faisait partie d'un groupe de sociétés occupant collectivement une position dominante), violait la disposition précitée (voy. sur cette décision entre autres P. ROTH et V. ROSE (éd.), *European Community Law of Competition*, 6^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 1106).

(48) *M&J Polymers v. Imerys Minerals*, 29 février 2008, *EWHC (England and Wales High Court)*, 2008, p. 344; *All ER (All England Law Reports)*, 2008, p. 893.

(49) La clause s'énonçait comme suit : « During the term of this Agreement the Buyer will order the following minimum quantities of Products : (...). Take-or-Pay : the Buyers collectively will pay for the minimum quantities of Products as indicated [above] even if they together have not ordered the indicated quantities during the relevant monthly period ».

(50) Sur le régime de la clause pénale en droit anglais, voy. entre autres H. SCHELHAAS, « Waarheen met het boetebeding in Europa? Een analyse van het Engelse, Schotse, Belgische en Nederlandse recht en de Principes of European Contract law », *T.P.R.*, 2000, pp. 1371 et s., spécialement pp. 1377-1397; U. DRAETTA et R.B. LAKE, « Les clauses pénales et les pénalités dans la pratique du commerce international », *R.D.A.I.*, 1993, pp. 261 et s., spécialement pp. 262-263; P. ELLINGTON, « Penalty Clause : England », *D.P.C.I.*, 1982, pp. 507 et s.; H.G. BAELE (éd.), *Chitty on Contracts*, volume I - Ge-

26. Dans son arrêt, la High Court n'a pas écarté la possibilité que la clause *take or pay* puisse recevoir la qualification de *penalty*, mais conclut, sur la base des circonstances de fait propres à l'espèce, que la clause contenue dans le contrat n'en constituait pas une car, d'une part, elle avait été librement négociée par des parties disposant d'un pouvoir de négociation similaire et, d'autre part, elle était justifiée sur le plan commercial. En d'autres termes, l'engagement *take or pay* ne constituait pas *in casu* une disposition *in terrorem*. Cette décision apporte essentiellement deux enseignements.

27. Le premier réside dans la qualification de l'engagement de payer en cas de non-enlèvement des quantités prévues. Pour la High Court, le vendeur dispose dans ce cas d'une action *for damages*, non d'une action *for a debt*, c'est-à-dire qu'il dispose d'une action résultant de l'inexécution d'une obligation, non d'une action en paiement d'une somme fixée en contrepartie de l'exécution de ses propres obligations. La qualification de l'action comme étant une action *for a debt* aurait présenté l'avantage pour le vendeur d'écartier tout débat sur le caractère de *penalty* ou non de la clause⁵¹. L'interprétation retenue par la High Court est contestée par certains commentateurs de l'arrêt, en raison de son caractère réducteur : selon ces auteurs, la situation aurait peut-être pu être appréciée différemment si le vendeur avait invoqué le fait que le paiement devait être fait par l'acquéreur en contrepartie de l'exécution par le premier de son obligation de mettre les biens à sa disposition, plutôt qu'en raison de l'inexécution par l'acquéreur de son obligation de prendre livraison⁵².

28. Le second enseignement résulte de l'opinion que formule le juge Burton, qui estime qu'une clause *take or pay* n'est pas une *penalty* lorsqu'elle est librement négociée par des parties disposant d'un pouvoir de négociation similaire, et lorsqu'elle est justifiée sur le plan commercial. Après avoir ainsi ouvert la porte pour une possible qualification comme *penalty* d'une clause *take or pay*, le juge Burton la refuse aussitôt. En effet, en pratique, ces clauses *take or pay* ne se conçoivent guère que dans des contrats entre entreprises commerciales disposant d'un pouvoir de négociation qui n'est, en général, pas totalement déséquilibré; en outre, si les clauses *take or pay* sont présentes dans les contrats d'approvisionnement en énergie ou en produits manufacturés, c'est pour

les raisons économiques que nous avons évoquées dans la première partie de la présente contribution. En d'autres termes, selon le droit anglais, à suivre le raisonnement de la High Court dans la décision *M&J Polymers v. Imerys Minerals*, « (...) it should only be in exceptional circumstances that a take or pay provision will be found to be a penalty and therefore unenforceable »⁵³.

2.3.2. Analyse en droit belge

29. Dans l'affaire *M&J Polymers*, la High Court fut contrainte de reconnaître que le droit anglais ne présentait aucun précédent identique sur lequel s'appuyer dans la détermination du sort à réserver à la clause *take or pay*. Un constat similaire doit être posé à l'examen de la jurisprudence belge publiée. Nous nous proposons dès lors, dans cette dernière partie, de procéder à l'analyse du régime juridique de cette clause au regard du droit belge.

2.3.2.1. Qualification en clause pénale?

30. Une clause *take or pay* peut-elle — ou même doit-elle — être rangée parmi les clauses pénales⁵⁴, celles-ci pouvant prendre des formes très variées⁵⁵? La question n'est pas anodine car, souvent, les juges auront tendance à agir de la sorte, soumettant cette stipulation contractuelle au régime peu avantageux pour le créancier de la clause pénale. Afin de pouvoir éclairer le lecteur sur cette difficulté de qualification, nous pensons utile de rappeler brièvement les principales caractéristiques de la clause pénale et de confronter chacune d'elles à la réalité des clauses *take or pay*.

a) Caractère indemnitaire

31. Dans son important arrêt *Billard* du 17 avril 1970⁵⁶, la Cour de cassation avait déclaré qu'une clause pénale était par essence indemnitaire, lui refusant par là même toute fonction comminatoire ou coercitive⁵⁷. Même si cet arrêt

fut vivement critiqué par une partie éminente de la doctrine⁵⁸, la Cour avait par la suite consacré son enseignement à de multiples reprises⁵⁹. Cette controverse sur le rôle indemnitaire ou comminatoire sera finalement tranchée par le législateur en faveur de la position défendue par la Cour suprême⁶⁰. La loi du 23 novembre 1998⁶² réforme la matière de la clause pénale en général et sa définition en particulier. Le nouvel article 1226 du Code civil précise désormais qu'est une clause pénale celle « par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage subi par suite de ladite inexécution »⁶³. Outre cette définition revisitée, la loi de 1998 instaure un véritable pouvoir d'appréciation de la clause pénale par le juge qui se voit accorder la liberté⁶⁴ de réduire son

thème récurrent : la clause pénale », in *Mélanges offerts à Pierre van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 191 et s., spécialement pp. 194-198).

(58) Voy. notamment I. MOREAU-MARGRÈVE, « Une institution en crise : la clause pénale », note sous Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, pp. 459 et s.; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Encore la clause pénale : nouvelle phase d'une crise », note sous Cass., 24 novembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, pp. 307 et s.; P. VAN OMMESLAGHE, « Examen de jurisprudence — Les obligations (1968-1973) », *R.C.J.B.*, 1975, p. 534 et 1986, pp. 229-230; J. VAN RYN, « Nature et fonction de la clause pénale selon le Code civil », *J.T.*, 1980, pp. 557-559.

(59) Notamment Cass., 24 décembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 302, note I. MARGRÈVE; Cass., 1^{er} février 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 576, *Arr. cass.*, 1974, p. 601; Cass., 8 février 1974, *Pas.*, 1974, I, 597, *R.W.*, 1973-1974, p. 2429, note E. WYMEERSCH; Cass., 11 octobre 1974, *Pas.*, 1975, I, 177; Cass., 3 octobre 1975, *Pas.*, 1976, I, 146; Cass., 17 juin 1977, *Pas.*, 1977, I, 1059; Cass., 1^{er} décembre 1980, *Pas.*, 1981, I, 375; Cass., 2 décembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 371; Cass., 21 novembre 1985, *J.T.*, 1986, p. 394; Cass., 28 novembre 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p. 290; Cass., 3 février 1995, *Bull. cass.*, 1995, p. 130.

(60) Tel n'est pas le cas dans d'autres pays européens. Pour une analyse sur la clause pénale en droit comparé, voy. notamment H. SCHELHAAS, *op. cit.*, pp. 1371 et s.

(61) Toutefois, depuis l'introduction dans l'arsenal législatif de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, le droit belge connaît une hypothèse où la clause pénale remplit une fonction comminatoire et non pas indemnitaire. Voy. en ce sens, P. WÉRY, « Les clauses pénales », in S. STIJNS et K. VANDERSHOT (éd.), *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, Anvers, Intersentia, 2006, pp. 183 et s., spécialement p. 190, n° 5; C. PARMETIER et D. PATART, « La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales », *R.D.C.*, 2003, pp. 217 et s., spécialement pp. 221-222.

(62) Loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires, *M.B.*, 13 janvier 1999, p. 901.

(63) Article 1226 du Code civil, tel que modifié par la loi du 23 novembre 1998.

(64) La doctrine est divisée sur la question de savoir si la réduction de la clause manifestement excessive est une faculté offerte au juge ou une obligation lui imposée. Sont d'avis qu'il s'agit d'une compétence discrétionnaire du juge : I. MOREAU-MARGRÈVE, « Flashes - La clause pénale » in *Chronique de droit à l'usage du notariat*, Université de Liège, Faculté de droit, Larcier, vol. XXIX, 25 mars 1999, pp. 119 et s., spécialement p. 122, n° 3; L. CORNELIS, « Lief zijn voor verbintenisrecht (over het virtuele strafbeding) », *R.D.C.*, 2000, pp. 5 et s., spécialement p. 14, n° 25; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Variations sur un thème récurrent : la clause pénale », *op. cit.*, pp. 204; R.-O. DALCQ, *op. cit.*, p. 442, n° 8. Défendent, en revanche, l'idée d'une attribution qui s'impose au juge : C. BIQUET-MATHIEU, « La loi du 23 novembre 1998 et le nouveau régime des clauses pénales », *J.T.*, 1999, pp. 709 et s., spécialement p. 713, n° 11; P. WÉRY, « L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation », *R.C.J.B.*, 1998, pp. 614 et s., spécialement pp. 647-648, n° 22; C. DELFORGE, « Entre prudence et audace... Réflexions sur la récente modification des dispositions du Code civil relatives à la clause pénale et aux intérêts moratoires », *Rev. not. b.*, 1999, p. 594 et s., spéciale-

neral Principles, 29^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2004, pp. 1489-1505. Les critères de distinction entre une *penalty* et des *liquidated damages* ont été tracés en 1918 par Lord Dunedin dans l'affaire *Dunlop (Dunlop Pneumatic Type Company Ltd. v. New Garage and Motor Company Ltd.)*, 1^{er} juillet 1914, *AC (Appeal Cases)* 1915, p. 79). Sur ces critères, voy. notamment H. SCHELHAAS, *op. cit.*, p. 1381.

(51) L'interdiction des *penalties* en droit anglais ne s'applique en effet pas à une action *for a debt* résultant d'un contrat. L'arrêt *M&J Polymers v. Imerys Minerals* réaffirme ce dernier principe (voy. entre autres sur ce point J. BREMEN, « Case Comment : M&J Polymers Ltd v. Imerys Minerals Ltd », *International Energy Law Review*, 2008, pp. 112 et s., spécialement p. 113).

(52) Voy. B. HOLLAND et P. ASHLEY, « Enforceability of Take-or-Pay Provisions in English Law Contracts », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2008, pp. 610 et s., spécialement p. 615. Les auteurs ajoutent que si la clause avait prévu la possibilité d'un *make-up* (voy. *supra* n°s 18-19 à ce sujet), la qualification de la somme payée ou à payer comme *damages* plutôt que comme *debt* serait encore plus sujette à caution, dans la mesure où l'acquéreur effectue le paiement pour l'exécution future par le vendeur d'une obligation (*op. cit.*, p. 616).

(53) P. HODGES et J. ROGERS, « Take or Pay Clause Tested in English Courts », *International Energy Law Review*, 2008, pp. 60 et s., spécialement p. 62.

(54) Pour les besoins de la présente étude, le terme « clause pénale » s'entend dans son acception générale et usuelle, sans inclure celle de « clause pénale d'intérêts moratoires » qui répond, à certains égards, à des règles propres.

(55) Pour une énumération générale en droit belge, voy. notamment P. WÉRY, « La clause pénale », in B. DUBUISSON, C. GOUX, D. PHILIPPE, V. PIRSON, M. VANWIJCK-ALEXANDRE, P. WÉRY, *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, la Charte, 2001, pp. 249 et s., spécialement pp. 256-259, n°s 8-13. Pour une énumération des clauses pénales contenues dans des contrats internationaux, voy. notamment C. CHAPPUIS, « Les clauses fixant l'étendue de la responsabilité du débiteur », in *Les grandes clauses des contrats internationaux*, cinquante-cinquième séminaire de la Commission droit et vie des affaires, Bruxelles, Bruylant, Paris, F.E.C., 2005, pp. 77 et s.

(56) Cass., 17 avril 1970, *Arr. cass.*, 1970, p. 754, *J.T.*, 1970, p. 545, *R.C.J.B.*, 1972, p. 454, note I. MOREAU-MARGRÈVE.

(57) Une telle fonction comminatoire ou coercitive serait prohibée « par le caractère illicite des peines privées » (R. DALCQ, « Les clauses pénales et les clauses abusives - Rapport belge », in M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles - Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, Paris, L.G.D.J., 2001, pp. 434 et s., spécialement p. 438, n° 4). Ce fondement est toutefois vivement contesté par I. Moreau-Margrève comme « argument (...) fallacieux » et « position (...) intenable » et « intrinsèquement illogique » (pour une analyse détaillée, voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Variations sur un

montant, même d'office, lorsqu'elle est manifestement excessive^{65 66}. Il s'agit là d'un pouvoir d'appréciation marginal⁶⁷. L'article 1231, § 1^{er}, du Code civil énonce en effet que « le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire la peine qui consiste dans le paiement d'une somme déterminée lorsque cette somme excède manifestement le montant que les parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution de la convention »⁶⁸.

32. L'on perçoit aisément le risque que recouvre pour le créancier d'une clause *take or pay* la potentielle qualification de cette dernière en clause pénale : le juge disposerait du droit souverain de réduire le montant de la clause qui lui paraîtrait excessive, ce qui ôterait à celle-ci une partie considérable de son utilité⁶⁹. Cette qualification implique, nous venons de le dire, que la clause soit la réparation d'un dommage et non une peine ou un moyen de contrainte⁷⁰. Or, les clauses *take or pay* que l'on rencontre dans la pratique⁷¹

ment pp. 610-611, qui semble se rallier à cette thèse tout en concluant, de manière neutre, que cette question relève d'« un écueil supplémentaire qui est passé outre la vigilance du législateur » ; P. WÉRY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., pp. 290-291, n° 50 ; P. WÉRY, « Les clauses pénales », in *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, op. cit., p. 208, n° 22 qui précise que la Cour de cassation a entériné cette interprétation par son arrêt du 22 octobre 2004 (J.T., 2005, p. 679).

(65) Comme le relève C. DELFORGE, l'exigence d'une « disposition (...) manifeste », évidente, palpable (...) vise en réalité à délimiter le pouvoir d'appréciation du juge. (...), celui-ci sera amené à apprécier si la clause serait perçue comme manifestement excessive par tout homme normalement prudent et raisonnable. Certaines clauses pénales au sens de la loi pourront ainsi être excessives, sans l'être « manifestement », et resteront soumises au principe de l'intangibilité » (C. DELFORGE, op. cit., p. 607).

(66) La loi du 23 novembre 1998 ne modifie cependant que le droit commun de la clause pénale et, partant, concerne essentiellement les conventions entre professionnels ou entre consommateurs. Toutes les lois particulières qui réglementent plus strictement encore les clauses pénales restent inchangées par la réforme du droit commun. L'on songe notamment à la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur la protection et l'information du consommateur, à celle du 12 juin 1991 sur le crédit à la consommation ou encore à celle du 3 avril 1997 relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales.

(67) Pour C. BIQUET-MATHIEU qui se réfère à I. MOREAU-MARGRÈVE, « Le recours à la marginale *toetsing* aboutit assez curieusement à tolérer un certain rôle coercitif de la clause pénale ». (C. BIQUET-MATHIEU, op. cit., p. 711, n° 6 ; I. MOREAU-MARGRÈVE, « Flashes - La clause pénale », op. cit., pp. 122-123, n° 3). C. DELFORGE confirme cette idée, sans toutefois s'en étonner puisqu'elle correspond à la volonté du législateur, lorsqu'elle soulève que « le caractère accidentel de l'effet dissuasif de la clause ne peut jamais être totalement exclu tant l'évaluation préalable du dommage présente une marge d'incertitude qui ne peut être sanctionnée en tant que telle. Seuls les abus objectivement reconnus dans l'opinion commune le seront. Et c'est bien là la volonté législative » (C. DELFORGE, op. cit., p. 607). Bien avant que le législateur ne s'engage dans la voie de la réduction pour cause d'excès manifeste, J. VAN RYN estimait déjà que cette entreprise reviendrait à « ouvrir la porte à l'arbitraire et renoncer à assurer la sécurité juridique en ce domaine » (J. VAN RYN, op. cit., p. 558, n° 8).

(68) Article 1231, alinéa 1^{er}, du Code civil, tel que modifié par la loi du 23 novembre 1998.

(69) Précisons à cet égard qu'en application de l'article 1231, § 1^{er}, alinéa 2, du Code civil, le juge ne pourra toutefois pas réduire la clause à « une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale ».

(70) « Les clauses ne règlent que les dommages et intérêts. C'est leur seul et unique objet » (H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. III, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1967, p. 158, n° 123 et pp. 150-151, n° 117).

(71) Voy. à cet égard notamment les exemples cités supra n° 10-11.

donnent à penser que, s'il faut choisir parmi ces deux buts, elles visent, *a priori*, davantage à accorder une indemnisation à son bénéficiaire en raison des désagréments créés par le comportement de son cocontractant qu'à tenter de contraindre ce dernier à s'exécuter sous peine de se voir infliger une lourde sanction.

33. Certes, l'on pourrait reconnaître à la clause *take or pay* quelques vertus comminatoires. Il n'en va cependant pas autrement des clauses pénales qui, elles aussi, présentent souvent un côté coercitif⁷². Toutefois, ce « caractère éventuellement dissuasif (...) serait (...) purement accidentel, voire inévitable, lorsque les parties fixent avant toute réalisation du dommage — et alors même que celui-ci ne se réalisera peut-être jamais — le montant destiné à compenser la perte de celui qui se trouvera victime de l'inexécution »⁷³.

34. L'existence d'une clause pénale permet par ailleurs d'éviter les « délicates questions que pose la preuve du dommage et de son ampleur »⁷⁴. De par son caractère prédéfini, la clause pénale dispense en effet son bénéficiaire de devoir établir l'existence et la hauteur de son préjudice⁷⁵. Toutefois, étant une stipulation contractuelle qui détermine une réparation sous forme de dommages et intérêts⁷⁶, une telle clause ne peut jouer qu'en cas d'inexécution fautive par le cocontractant d'une de ses obligations. Le créancier doit dès lors néanmoins prouver que son cocontractant a fautivement manqué d'exécuter ses devoirs⁷⁷.

35. Appliquée à la matière de la clause *take or pay*, le fait pour le cocontractant de ne pas commander les quantités prévues ou de ne pas en prendre livraison est-il constitutif d'une inexécution fautive dans son chef? Il conviendra d'examiner attentivement la rédaction de la clause *take or pay*. Les clauses reprises supra⁷⁸ sont rédigées dans cette voie ce qui, sur ce point, les rapproche des clauses pénales⁷⁹.

b) Caractère anticipé

36. Par la clause pénale, les parties fixent anticipativement les dommages et intérêts qui seront dus par le cocontractant en état d'inexécution fautive. C'est au moment de la conclusion du contrat que les parties doivent s'interroger, « avec une marge d'incertitude inévitable »⁸⁰, sur le type et l'ampleur de ce dommage et non au moment où l'inexécution y a effectivement

(72) Certains auteurs déplorent d'ailleurs cette situation de tolérance, suggérée par le libellé de l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, d'un certain rôle comminatoire de la clause pénale qui créerait une incertitude juridique (C. BIQUET-MATHIEU, op. cit., p. 716, n° 18 ; idée déjà défendue par J. VAN RYN, op. cit., p. 558, n° 8).

(73) C. DELFORGE, op. cit., p. 599.

(74) P. WÉRY, « Les clauses pénales », in *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, op. cit., p. 184, n° 2 ; en ce sens également H. DE PAGE, op. cit., p. 154, n° 121.

(75) Cass., 3 février 1995, *Bull. cass.*, 1995, p. 130 ; R.W., 1995-1996, p. 226 ; H. DE PAGE, op. cit., p. 158, n° 123.

(76) H. DE PAGE, op. cit., p. 150, n° 117 ; P. WÉRY, « Les clauses pénales », in *Contractuele clausules rond de (niet-)uitvoering en de beëindiging van contracten*, op. cit., p. 186, n° 3.

(77) Cass., 8 décembre 1988, *Arr. cass.*, 1988-1989, p. 427 ; L. CORNELIS, op. cit., p. 7, n° 9.

(78) Voy. supra n° 10-11.

(79) La formulation de la clause présente cependant toute son importance. Voy. ainsi nos observations plus nuancées à propos de la clause reprise infra au n° 48.

(80) C. DELFORGE, op. cit., p. 608.

donné naissance. La détermination du dommage se fait donc *ex ante*, non *ex post*. Par ricochet, le dommage qui doit être envisagé n'est pas réel, mais simplement potentiel⁸¹ ; il correspond à celui dont les parties pouvaient, au moment où elles ont contracté, craindre la réalisation en cas d'inexécution fautive du débiteur⁸².

38. Ce dommage possède-t-il les mêmes propriétés en matière de *take or pay*? Compte tenu des investissements économiquement lourds et temporellement longs à amortir, la clause *take or pay* vise à ne pas pénaliser le créancier lorsque son client débiteur n'exécute pas son obligation. Le jeu de cette clause lui évite en effet une situation difficile : celle d'être dans l'impossibilité de répercuter, *in fine*, directement sur ses clients les frais colossaux qu'il a dus exposer. Le dommage est bel et bien chiffré à l'avance par la clause qui, sur ce plan, participe de la même philosophie que la clause pénale.

c) Caractère forfaitaire

38. Une autre caractéristique essentielle de la clause pénale réside dans la forfaitisation du montant dû. « C'est par ce trait qu'elle se distingue d'autres stipulations contractuelles »⁸³. À cet égard, de nombreux modes de détermination s'ouvrent aux parties à la convention⁸⁴. Ainsi, pour ne citer que les plus usuels, les parties retiennent-elles le plus souvent un montant fixe ou un pourcentage déterminé. Le forfait qu'elles choisiront pourra donc parfaitement consister en la valeur totale des marchandises ou, exprimé en d'autres termes, en 100% du prix de vente. Il ne reviendra pas au juge d'invalidier ou d'annuler pareille clause lorsqu'elle se conforme, par ailleurs, aux exigences légales en la matière. Il possédera dans les limites légales « uniquement » le pouvoir — non négligeable, faut-il le préciser — de réduire le montant ainsi fixé par les parties.

39. Dans la première partie de notre étude, nous avons développé qu'une clause *take or pay* impose en principe au cocontractant qui ne commande pas toutes les quantités conventionnellement stipulées ou n'en prend pas livraison, de payer néanmoins l'entièreté du prix. Relativement à cet aspect, la clause *take or pay* sem-

(81) Pour T. STAROSSELETS et J. PÉRILLEUX, la référence au dommage potentiel pour l'appréciation de la licéité d'une clause pénale s'imposait dans un souci de respect du principe de la convention-loi. Ainsi, « il a fallu attaquer les clauses pénales au stade de la négociation du contrat. D'où alors, stade de la formation obligéant, la nécessité de tenir compte du dommage potentiel pour l'appréciation du caractère manifestement excessif de la clause » (T. STAROSSELETS et J. PÉRILLEUX, « Un lapsus révélateur : la complexité de la réglementation de la clause pénale en droit belge », note sous Cass., 26 janvier 2001, *J.T.*, 2003, pp. 762 et s., spécialement p. 763, n° 7).

(82) Relevons toutefois que le juge pourra tenir compte « des éléments concernant le dommage réel aux fins d'apprécier le dommage éventuel visé par les parties lors de la conclusion du contrat » (Cass., 29 février 1996, *Bull. et Pas.*, 1996, I, p. 221, *R.W.*, 2000-2001, p. 1279, note). Pour certains d'ailleurs, « en fixant une limite plancher en deçà de laquelle le juge ne peut descendre, à savoir la somme qui serait due par le débiteur en l'absence de clause, le législateur se réfère nécessairement au dommage réel découlant pour le créancier de l'inexécution » (I. MOREAU-MARGRÈVE, « Variations sur un thème récurrent : la clause pénale », op. cit., p. 204).

(83) P. WÉRY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., p. 253, n° 4.

(84) Voy. en particulier P. WÉRY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., pp. 257-259, n° 11.

ble dès lors correspondre au concept de clause qui, en l'occurrence, fixe le montant du dommage potentiel à 100% du prix de vente, ouvrant ainsi la voie pour le juge de réduire le montant des dommages qu'il estimerait manifestement excessifs⁸⁵.

d) Buts poursuivis : en amont ou en aval?

40. Si l'on se limite à comparer, comme nous venons de le faire, les caractéristiques fondamentales des clauses pénales et des clauses *take or pay*, l'on pourrait être tenté de ranger les secondes parmi les premières⁸⁶. Or, pareil amalgame n'oublierait-il pas de tenir compte des spécificités poursuivies par les clauses *take or pay*? Ne ferait-il pas fi des particularités qui ont conduit les praticiens du droit à imaginer cette formule? Nous le pensons.

41. Nous avons déjà souligné que l'insertion d'une clause *take or pay* se justifie surtout en raison de considérations d'ordre économique⁸⁷. Celles-ci tiennent dans les investissements à risque, à grande échelle, à capitaux importants et à long, voire à très long terme, qui sont nécessaires à l'extraction, à la production ou à la distribution du type de produits concernés. En recourant à la clause *take or pay*, l'investisseur tente ainsi de répartir le risque et d'assurer au mieux un retour sur son investissement. La présence d'une clause *take or pay* dans un contrat est également souvent due au fait que le fournisseur créancier est lui-même tenu, en amont, par d'autres contrats qui stipulent, eux aussi mais cette fois en sa défaveur, une obligation de *take or pay*⁸⁸. Apparaît ainsi un jeu de *take or pay* en cascade, la seconde clause puisant sa source dans l'existence de la première.

42. Quelle que soit le postulat de départ, il nous semble que la réflexion du créancier soit plutôt tournée vers la réalisation de son souhait d'obtenir de son cocontractant débiteur un engagement pécuniaire, qui lui permettra de ne pas supporter seul le poids des investissements considérables qu'il doit effectuer ou des obligations lourdes auxquelles il est tenu. Le dessein *a priori* indemnitaire en aval⁸⁹ se mue alors, à travers l'obligation qui est souscrite, en un dessein de garantie en amont. Une telle fonction ne peut être décelée dans le cadre d'une clause pénale. Dès lors, ne doit-on pas ranger la clause *take or pay* davantage dans la matière de la détermination des droits et obligations respectifs des parties plutôt que dans celle de l'inexécution des dernières⁹⁰?

e) Risque réel ou simple peur des chiffres?

43. Une autre précision vient nourrir la réflexion. Certes, le risque de qualification en

clause pénale est présent. Cette qualification n'entraîne toutefois pas nécessairement les conséquences négatives sus-évoquées. En effet, quand bien même le juge qualifierait la clause *take or pay* qui lui est soumise de clause pénale, il n'est pas pour autant tenu de procéder à sa réduction lorsqu'elle ne lui paraît pas manifestement excessive. L'indemnité à laquelle mène l'application de la clause peut parfaitement correspondre au dommage que les parties pouvaient prévoir lors de la conclusion de leur contrat, excluant ainsi toute réduction.

44. Tel qu'indiqué *supra*⁹¹, les clauses *take or pay* sont prioritairement utilisées dans des contrats à long terme aux enjeux financiers considérables et dans des secteurs spécifiques. Le juge qui se trouve confronté à une clause *take or pay* qui alloue des montants substantiels à son bénéficiaire n'aura-t-il pas, devant et en raison de la hauteur des montants en jeu, une tendance naturelle à conclure immédiatement à un excès manifeste de la clause afin de la réduire⁹²? Ce faisant, la confrontation entre montant stipulé et dommage potentiel prévisible serait, à tort, escamotée.

2.3.2.2. Qualification en clause de dédit ou de résiliation unilatérale?

45. Certains auteurs n'abordent pas la question sous l'angle de la clause pénale. G. Block et D. Haverbeke retiennent la qualification en clauses de prix puisque les clauses *take or pay* stipulent un prix déterminé pour une quantité prélevée déterminée. Il s'agirait « en réalité d'un partage de risques, où le producteur supporte le « risque prix » et l'opérateur assume, en contrepartie de la sécurité d'approvisionnement, le « risque volume »⁹³. Toutefois, cette thèse ne s'impose certainement pas d'elle-même, car la menace de la qualification en clause pénale, accompagnée des pouvoirs importants dont dispose le juge lorsqu'il applique le régime de celle-ci, pèse réellement, à tort ou à raison, sur la clause *take or pay*.

46. Est-il possible de contourner ce risque? Dans l'affirmative, quel critère devra servir de guide? Il est certain que l'intention des parties au moment de la conclusion du contrat est et doit être déterminante à cet égard⁹⁴. Si le juge estime au terme de sa réflexion que les parties

ont souhaité sanctionner, par la fixation du montant à payer par le débiteur, l'inexécution de l'obligation qui s'imposait à ce dernier, il appliquera nécessairement le régime de la clause pénale. Il risque d'en être de même lorsqu'il acquiert la conviction que l'indemnité prévue accorde au créancier un bénéfice plus important que celui que lui procurerait l'exécution même de l'obligation⁹⁵.

47. Afin d'éviter un tel raisonnement, les parties devront intervenir sur le plan de la présentation de la clause. Elles seront avisées de ne pas concevoir la clause comme un remède à l'inexécution, en formulant la commande ou la réception des quantités stipulées par le débiteur moins en obligation lui imposée et plus en option lui offerte.

48. Du reste, certaines clauses rencontrées dans la pratique semblent illustrer ce propos. Ainsi, l'un des exemples cités par F. Dessault dans sa contribution est rédigé en ce sens : « It is recognised and understood by the Buyer that it may fulfil its obligations under this Agreement by either taking the Product and paying for it as herein provided or paying the Seller an amount equal to the minimum quantities that the Buyer is required to take at the then prevailing Price regardless as to whether the Buyer has nominated and physically taken the Product »⁹⁶. Dans ce cas, l'acheteur disposera donc du « choix » de prendre ou non livraison des quantités fixées, sachant néanmoins que s'il choisit *not to take*, il sera malgré tout dans l'obligation *to pay* les quantités contractuelles non enlevées. En d'autres termes, il serait plus adéquat, pour rendre compte de ce mécanisme, d'utiliser l'expression *take and pay - or pay*⁹⁷. Cette variante ne sera toutefois pas sans conséquences — notamment logistiques et techniques — pour le fournisseur ou le producteur. Il devra en tenir compte dans l'organisation de son activité, puisqu'il pourra, en fonction du seul souhait de son partenaire, ne pas devoir délivrer les quantités prévues. Enfin, l'analyse de contrats contenant des engagements *take or pay* relève que ceux-ci contiennent fréquemment, soit dans le préambule, soit dans les conditions contractuelles, l'énonciation des raisons économiques justifiant la présence de la clause *take or pay* et attirant explicitement l'attention de l'acquéreur sur celles-ci.

49. Dans cette configuration, la clause *take or pay* se rapproche davantage d'une clause de dédit ou de résiliation unilatérale que d'une clause pénale. En effet, la Cour de cassation a établi, à travers sa jurisprudence constante, une

(91) Voy. *supra* n° 4.

(92) Ce ne serait pas la première fois que la jurisprudence serait rebutée par la hauteur des dommages prévus par une clause à propos de laquelle elle estimerait devoir se montrer d'une sévérité particulière. Comme le soulevait I. MOREAU-MARGRÈVE il y a trois décennies déjà à l'égard d'un des arrêts de principe de la Cour de cassation en matière, justement, de clause pénale, « c'est l'énormité de la sanction conventionnelle qui entraîne l'absence de caractère indemnitaire de la clause litigieuse (...); quant à l'énormité de la sanction, elle s'entend du fait 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 » (I. MOREAU-MARGRÈVE, « Encore la clause pénale : nouvelle phase d'une crise », *op. cit.*, p. 310). Or, le juge possède précisément le pouvoir d'apprécier si tel ou tel dommage pouvait être prévisible pour les parties et, par là, celui de justifier la potentielle réduction des montants importants prévus.

(93) G. BLOCK et D. HAVERBEKE, *op. cit.*, p. 504, n° 22, note 109.

(94) Voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, « Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent? », note sous Cass., 22 octobre 1999, *R.C.I.B.*, 2001, pp. 112 et s., spécialement p. 128.

(95) En effet, « pour que le juge puisse et doive même faire échec à une clause pénale, il faut que les circonstances de la clause lui permettent d'affirmer que le créancier comptait plus sur l'inexécution que sur l'exécution, attachait plus d'intérêt à la première qu'à la seconde, c'est-à-dire qu'il spéculait sur elle. Mais il nous paraît que le caractère élevé de la peine ne suffira jamais, à lui seul, pour démontrer l'existence d'une telle spéculation » (J. VAN RYN, *op. cit.*, 1980, p. 559). Quoiqu'exprimé bien avant la modification des articles du Code civil relatifs à la clause pénale, cet avis nous paraît rester d'actualité. Il prend tout son sens dans l'analyse des clauses *take or pay*, la hauteur des montants réclamés par le vendeur pouvant trouver sa justification dans les considérations économiques que nous avons exposées (voy. n°s 4-8).

(96) F. DESSAULT, *op. cit.*, p. 9. L'auteur relève que cette clause constitue plutôt la description de l'engagement *take or pay* que l'engagement lui-même.

(97) Voy. en ce sens G. HARDAKER, *op. cit.*, spécialement p. 163.

(85) Voy. en ce sens, M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 356. Ces auteurs traitent par ailleurs de la clause *take or pay* dans leur exposé relatif à la clause pénale et assimilent la première à la deuxième munie de la particularité d'imposer une indemnité de 100%.

(86) Certains le font d'ailleurs. Voy. T. SCHOORS, *op. cit.*, pp. 1599-1600.

(87) Voy. *supra* n°s 4-8.

(88) M. FONTAINE et F. DE LY, *op. cit.*, p. 357; voy. également les autres motivations citées *supra* n°s 5-8.

(89) Voy. *supra* n° 35.

(90) La note de T. STAROSSELETS et J. PÉRILLEUX contient, en germe, cette idée puisque selon les auteurs, « il a fallu attaquer les clauses pénales au stade de la négociation du contrat » (T. STAROSSELETS et J. PÉRILLEUX, *op. cit.*, p. 763, n° 7).

nette distinction entre, d'une part, l'hypothèse d'une indemnisation pour cause d'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, consacrée par une clause pénale et, d'autre part, celle d'une contrepartie pécuniaire pour la reconnaissance d'un droit de ne pas exécuter l'obligation contractuelle, envisagée dans une clause de dédit⁹⁸. Quant à cette dernière stipulation, la Cour a en outre rappelé, dans son arrêt du 22 octobre 1999, qu'« il n'appartient pas, en règle, au juge d'apprécier le rapport entre le montant convenu et le dommage susceptible d'être causé par cette résiliation unilatérale »⁹⁹. Il apparaît clairement de cette jurisprudence que le régime défavorable de la réductibilité de la clause pénale ne trouverait pas à s'appliquer à pareille clause¹⁰⁰.

50. L'on ne saurait toutefois s'empêcher de stigmatiser ce critère de distinction très formaliste retenu par la Cour suprême, et, par là, le caractère quelque peu factice d'un procédé de « reformulation » de la clause¹⁰¹. Ainsi, I. Moreau-Margrève avait, à juste titre, déjà critiqué le fait que « du critère retenu, il ressort en effet que, pour échapper à l'aléa découlant du régime des clauses pénales, il suffirait, pour le rédacteur du contrat, de présenter une obligation de payer des dommages et intérêts en cas d'inexécution en un droit de ne pas exécuter moyennant une contrepartie en argent »¹⁰². Sauf à reconnaître son caractère simulé, cette clause — pénale camouflée — échapperait alors au contrôle judiciaire¹⁰³. Évacuer la qualification en clause pénale par le détour de la clause de dédit ou de résiliation unilatérale n'est donc pas sans risque.

2.3.2.3. Une clause sui generis?

51. Compte tenu de la primauté de la volonté des parties, ne pourrait-on pas alléguer que

celles-ci ont voulu créer, purement et simplement, une clause qui ne répond pas au régime de la clause pénale et qui ne s'apparente pas entièrement à une clause de dédit ou de résiliation unilatérale? Il est bien connu que le juriste aime ranger ce qu'il ignore dans un système de catégories préétablies. Or, l'assimilation des clauses *take or pay* à des types connus de clauses nous a montré ses limites, ce qui devrait rendre concevable l'idée d'imaginer, sur la base du principe de l'autonomie des volontés contenu à l'article 1134 du Code civil, une clause *sui generis* aux caractéristiques et finalités propres.

52. Que l'on ne se méprenne cependant pas sur la portée d'une telle proposition. En effet, la clause *take or pay* basée sur l'article 1134 du Code civil n'est pas pour autant immunisée contre toute attaque. Si le juge ne pourra plus réduire une telle clause en appliquant la réglementation relative aux clauses pénales, il lui sera, en revanche, toujours loisible de la sanctionner sur le fondement de la théorie de l'abus de droit, là où ce dernier est avéré. En matière contractuelle, cette théorie est fondée sur le principe de l'exécution de bonne foi de l'article 1134, alinéa 3, du Code civil¹⁰⁴. Il convient, en ce cas, de replacer la victime de l'abus dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de cet abus¹⁰⁵. Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1982¹⁰⁶, la sanction de l'abus de droit en matière contractuelle consiste non pas en la déchéance du droit mais, soit en la réduction de ce dernier à son usage normal, soit en la réparation du dommage causé par l'abus. Dans son important arrêt du 8 février 2001^{107 108}, la Cour de cassation a fait un pas de plus en ajoutant à sa jurisprudence habituelle précitée que la répa-

ration peut même consister à priver le créancier du droit de se prévaloir, *in casu*, de la clause^{109 110}.

53. Le jeu de la théorie de l'abus de droit et les effets que nous venons de mettre en exergue peuvent ainsi se révéler aussi désavantageux pour le créancier d'une clause *take or pay sui generis* que la qualification en clause pénale. Ainsi, pour autant qu'il estime au terme de son analyse que les critères d'application de cette théorie sont rencontrés dans le cas d'espèce qui lui est soumis¹¹¹, le juge procédera-t-il prioritairement à une réduction de la clause abusive dont le créancier réclame l'application. Dans certains cas — rares à notre estime — il pourra être amené à refuser à son bénéficiaire le droit de se prévaloir de la clause.

2.3.2.4. Contourner la clause take or pay via l'exécution en nature du contrat?

54. La question de la qualification de la clause est délicate. À bien des reprises, elle risque de se solder par un résultat désavantageux pour son bénéficiaire. Pour éviter les risques liés cette situation, le vendeur ne pourrait-il pas soutenir que la clause n'est que le reflet du droit dont dispose tout créancier ou, en l'espèce tout vendeur ou fournisseur, de postuler l'exécution en nature du contrat de vente? En d'autres termes, le vendeur déciderait de faire alors sciemment abstraction de cette clause, en exigeant « simplement » l'exécution en nature du contrat qui la contient, soit le paiement du prix suivi de l'enlèvement des produits mis à disposition de l'acquéreur. Par cette voie, le vendeur tenterait d'éviter que l'obligation de paiement apparaisse comme une sanction du défaut d'enlèvement par l'acheteur des quantités convenues.

(98) Cass., 3 octobre 1986, *Pas.*, 1987, I, 135; Cass., 8 décembre 1988, *Pas.*, 1989, I, 389; Cass., 6 décembre 1996, *Bull. cass.*, 1996, p. 1241, *A.J.T.*, 1997-1998, p. 102, note R. PASCARIELLO; Cass., 22 octobre 1999, *Bull. cass.*, 1999, p. 1373, *R.C.J.B.*, 2001, p. 122, note I. MOREAU-MARGRÈVE.

(99) Cass., 22 octobre 1999, *Bull. cass.*, 1999, p. 1373, *R.C.J.B.*, 2001, p. 122, note I. MOREAU-MARGRÈVE.

(100) En revanche, la clause pourrait toujours être écartée, sur la base de l'article 6 du Code civil, en raison d'une éventuelle illicéité ou contrariété à l'ordre public (M.-P. NOËL, « La délimitation des règles applicables aux clauses de dédit », note sous Bruxelles, 1^{er} juin 2004, *J.L.M.B.*, 2005, pp. 1496 et s., spécialement p. 1499 et *réf. y citées* en note 13).

(101) Certains ont, par le passé et avant la jurisprudence établie par la Cour de cassation en la matière, estimé que « la licéité d'une clause de dédit peut (...) être contestée en démontrant que le droit de renoncer au contrat n'a été accordé que dans le but d'échapper à la nullité absolue qui affecte les clauses pénales exorbitantes » car « le créancier ne renonce qu'à la première branche de l'option que lui donne l'article 1184 du Code civil, soit l'exécution du contrat, et la résiliation unilatérale a les effets d'une dissolution de plein droit », de sorte que « l'indemnité est donc bien l'évaluation forfaitaire du dommage que souffre le créancier du fait de l'inexécution de la convention imputable au débiteur. Dire que l'indemnité est la contrepartie de l'exercice d'un droit, c'est en fait méconnaître que ce droit n'est que le corollaire de la suppression du bénéfice de l'option dans le chef du créancier » (C.S., « La validité d'une clause de dédit peut-elle être contestée en raison du caractère exorbitant de l'indemnité prévue? », note sous Bruxelles, 22 mai 1986, *R.D.C.*, 1988, pp. 194 et s., spécialement pp.195-196).

(102) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Quel sort réserver aux clauses reconnaissant à une partie une faculté de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement d'une somme d'argent? », *op. cit.*, p. 126.

(103) I. MOREAU-MARGRÈVE, « Variations sur un thème récurrent : la clause pénale », *op. cit.*, p. 217, note 76.

(104) Cass., 19 septembre 1983, *Pas.*, 1984, I, 55, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART, *R.W.*, 1987-1988, p. 1506. Cet enseignement est confirmé par la jurisprudence ultérieure de la Cour de cassation (notamment Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, 602 (*voy. infra*); Cass., 15 octobre 1987, *Pas.*, 1987, I, 1776; Cass., 20 novembre 1987, *Pas.*, 1988, I, 337; Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, 729; Cass., 21 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, 84; Cass., 17 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, 1061, *R.C.J.B.*, 1990, p. 595, note J. HEENEN (pour un commentaire, *voy. S. STIJNS, D. VAN GERVEN, P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence - Les obligations : les sources (1985-1995) », J.T.*, pp. 689 et s., spécialement p. 705, n^{os} 41 et 42); Cass., 30 janvier 1992, *Pas.*, 1992, I, 475, *R.C.J.B.*, 1994, p. 189, note P.-A. FORIERS; Cass., 1^{er} février 1996, *Pas.*, 1996, I, 158). « Plus précisément, c'est la fonction modératrice de la bonne foi qui est d'application dans le cas de l'abus de droit » (R. MARCHETTI, « Résolution unilatérale du locataire et sanctions de l'inexécution de son obligation d'occuper les lieux loués dans le bail de droit commun », note sous Cass., 26 septembre 2003, *J.J.P.*, 2006, pp. 324 et s., spécialement p. 334; en ce sens P. WÉRY, « La sanction de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard, op. cit.*, p. 127, n^o 1 et p. 132, n^o 5; I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Grands arrêts récents en matière d'obligations », *Act. dr.*, 1997, pp. 7 et s., spécialement p. 10, n^o 2).

(105) A. VAN OEVELEN, « De sanctie van het misbruik van contractuele rechten », note sous Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 780, n^o 2.

(106) Cass., 16 décembre 1982, *Pas.*, 1983, I, 472; en ce sens également : Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1988, I, 728, *R.D.C.*, 1988, p. 696 note E. DIRIX; Cass., 11 juin 1992, *Pas.*, 1992, I, 898.

(107) Cass., 8 février 2001, *Pas.*, 2001, 244, *T. Not.*, 2001, p. 473, note C. DEWULF, *R.W.*, 2001-2002, p. 778, note A. VAN OEVELEN.

(108) Bien que prononcé en matière de clause pénale, l'arrêt a vocation à s'appliquer à toute clause relative à l'inexécution d'une obligation contractuelle.

(109) La Cour se prononce en ces termes : « wanneer de abusieve rechtsuitoefening betrekking heeft op de toepassing van een contractueel beding, het herstel er kan in bestaan dat aan de schuldenaar het recht wordt ontzegd om op dat beding een beroep te doen ».

(110) Ainsi, il pourrait « arriver que la réduction du droit à son usage dit normal, présente une intensité telle que l'usage du droit contractuel litigieux est complètement contrarié, de sorte qu'il en découle en pratique une inefficacité totale du droit, ou une forme de déchéance, malgré les termes utilisés par la Cour de cassation dans son arrêt du 16 décembre 1982 » (J.-F. ROMAIN, « Le principe de la convention-loi (portée et limites) : réflexions au sujet d'un nouveau paradigme contractuel », in *Les obligations contractuelles*, Bruxelles, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2000, pp. 43 et s., spécialement p. 125, n^o 32.2.). Si même, comme le font d'éminents auteurs (A. VAN OEVELEN, *op. cit.*, pp. 780-781, n^o 4; P. WÉRY, « La sanction de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard, op. cit.*, pp. 137-139, n^o 10; S. STIJNS, « La dissolution du contrat par un acte unilatérale en cas de faute dans l'inexécution ou de vice de formation », in *La volonté unilatérale dans le contrat*, Bruxelles, éd. Jeune barreau de Bruxelles, 2008, pp. 325 et s., spécialement pp. 373-374, n^o 35.), il convient de distinguer, en théorie, la déchéance totale de la réduction du droit, « en pratique, évidemment, la distinction (...) peut s'avérer purement formelle, spécialement lorsqu'il s'agit d'un droit qui n'est susceptible d'être invoqué qu'une fois » (P.-A. FORIERS, « Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle », note sous Cass., 30 janvier 1992, *R.C.J.B.*, 1994, pp. 189 et s., spécialement p. 208, n^o 12.).

(111) En particulier, parmi les éléments à prendre en considération dans l'appréciation du caractère abusif de l'usage que ferait le créancier de la clause *take or pay*, figurera certainement l'analyse minutieuse des considérations économiques ayant justifié l'insertion d'une telle clause dans la convention; le juge ne peut ignorer ces motivations, qui sont parfois énoncées dans le texte même de cette dernière (*voy. supra* n^o 48).

55. À l'analyse, une telle présentation pourrait, dans certains cas, n'offrir guère plus de sécurité au vendeur. En effet, cette vision alternative trouve également ses limites dans la théorie tant (ab)usée de l'abus de droit. Celle-ci permet notamment¹¹² au juge de substituer un autre remède à la sanction réclamée par le créancier^{113 114}. En l'espèce, l'abus éventuel résiderait non plus dans la clause même ou dans son usage, mais dans le choix qu'effectue le vendeur d'invoquer son droit à l'exécution en nature du contrat. Il appartiendra à cet égard au juge d'apprécier strictement les circonstances qui entourent l'exercice du droit à l'aune des critères d'application de la théorie de l'abus de droit. Selon nous, il devra inclure dans sa réflexion les motifs tout spécifiques qui justifient et sous-tendent le type de contrat concerné avant de conclure à l'existence d'un abus de droit¹¹⁵.

56. S'il devait néanmoins conclure, au terme de son analyse, à l'existence d'un abus, le juge imposera alors au créancier, en lieu et place de l'exécution en nature, la résolution de la convention inexécutée — aux torts du débiteur — et n'attribuera que de simples dommages et intérêts. Le risque que cette solution ne satisfasse pas entièrement le créancier dans cette hypothèse est présent et, le cas échéant, dû à l'étonnement, sinon la peur déjà évoquée que pourrait éprouver le juge face au montant élevé réclamé par le créancier à titre de dommages et intérêts. D'où l'importance, selon nous, que les motifs tout particuliers qui justifient et sous-tendent le type de contrat concerné soient, ici également, pris en considération afin de réparer entièrement le dommage subi, même si celui-ci apparaît, toujours pour les mêmes motifs spécifiques, particulièrement élevé.

(112) Par ailleurs, le juge dispose d'autres types de sanctions en cas d'abus de droit. Il peut ainsi réduire mathématiquement, en partie voire en totalité, la clause concernée ou réduire les hypothèses dans lesquelles la clause relative à l'inexécution sera susceptible d'être invoquée (P. WÉRY, « La sanction de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard*, op. cit., pp. 134-135, n° 6). Cette première possibilité vaut notamment dans le domaine des clauses de dédit (voy. Civ. Gand, 29 octobre 2004, *NjW*, 2005, p. 456, note R. STEENNOT; Civ. Hasselt, 28 mai 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 241) ainsi que dans celui des clauses pénales. Notons toutefois à cet égard que lorsque le juge réduit une clause pénale pour cause d'abus de droit, il sanctionne seulement les circonstances de la mise en œuvre de la clause, celle-ci étant, in soi, irréprochable de sorte que la sanction de la réduction pour excès manifeste sur la base de l'article 1321, § 1^{er}, du Code civil n'est pas de mise (P. WÉRY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, op. cit., pp. 302-304, n° 60-61; P. WÉRY, « Les clauses pénales », in *Contractuele clausules rond de (niet-) uitvoering en de beëindiging van contracten*, op. cit., pp. 215-219, n° 29-31; S. STIJNS, D. VAN GERVEN et P. WÉRY, « Chronique de jurisprudence - Les obligations : les sources (1985-1995) », *J.T.*, p. 736, n° 137).

(113) Songeons notamment à l'arrêt de la Cour de cassation du 16 janvier 1986 relatif à l'exercice, abusif, de l'option offerte par l'article 1184, alinéa 2, du Code civil (Cass., 16 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, 602, *R.C.J.B.*, 1991, p. 4, note M. FONTAINE, *R.W.*, 1987-1988, p. 1470, note A. VAN OEVELEN; pour un commentaire, voy. I. MOREAU-MARGRÈVE, C. BIQUET-MATHIEU et A. GOSSELIN, « Grands arrêts récents en matière d'obligations », op. cit., pp. 58-59, n° 23).

(114) P. WÉRY, « La sanction de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution d'une obligation contractuelle », in *Mélanges Philippe Gérard*, op. cit., pp. 134-135, n° 6.

(115) Ces motifs sont du reste parfois rappelés dans le texte même de la convention (voy. *supra* n° 49 (note)).

2.3.2.5. L'abus de droit dans les clauses take or pay ou dans l'exécution en nature du contrat - Incidence de quelques circonstances particulières

57. Nous venons d'exposer que tant dans l'hypothèse où le créancier invoque la clause *take or pay* que dans celle où, faisant abstraction d'elle, il exige l'exécution en nature de la convention, le droit qu'il exerce ainsi est circonscrit par la théorie de l'abus de droit.

58. À cet égard, une interrogation importante surgit. Le regard du juge ne différera-t-il pas suivant que les produits dont la quantité et le prix ont été conventionnellement stipulés sont déjà fabriqués ou non lorsque le créancier réclame le jeu de la clause *take or pay* ou l'exécution en nature des obligations? Il nous semble que oui. Si les produits sont d'ores et déjà réalisés, l'absence d'enlèvement de ceux-ci par l'acheteur, en violation du contrat, est susceptible de placer le créancier dans une situation difficile, tant au niveau du stockage des marchandises, parfois matériellement ou techniquement impossible, qu'au niveau de l'écoulement de ces dernières, sauf à considérer — et à prouver — que les produits peuvent être facilement distribués à d'autres clients du créancier. En revanche, lorsque les marchandises ne sont pas encore entrées en production, c'est-à-dire lorsque leur fabrication peut encore être arrêtée à temps, le créancier qui réclame l'entière des montants restant dus jusqu'à la fin du contrat s'expose davantage au risque de voir taxer son comportement d'abusif¹¹⁶. En effet, les difficultés devant lesquelles serait placé le débiteur s'il était obligé de donner satisfaction au contrat pourraient en ce cas être hors de proportion avec l'avantage économique que retirerait le créancier, d'où un éventuel abus de droit.

59. De même, le moment auquel intervient le refus par le débiteur de procéder aux commandes convenues ou de prendre livraison des produits à l'avenir ne nous paraît pas être sans incidences. Ce manquement contractuel peut ainsi se situer avant même la période d'exécution de la convention. Si le créancier tente en ce cas d'imposer à son cocontractant l'exécution en nature forcée de la convention, c'est-à-dire le paiement du prix contre l'enlèvement des produits, le juge pourrait prononcer, compte tenu de la longue période d'exécution de la convention qui doit encore courir, la résolution du contrat sur la base de l'abus de droit, comme dans le cas de figure précédent, et accorder un montant réduit au titre de dommages et intérêts au créancier¹¹⁷.

60. À défaut d'invoquer la clause *take or pay*, la question de sa qualification est esquivée, mais subsiste le risque d'un abus de droit. Le débat revient alors à établir et justifier le dommage

(116) C'est en ce sens qu'a statué le tribunal de commerce de Bruxelles dans l'affaire, citée dans notre introduction, du 29 janvier 2008. En cette cause, les marchandises n'étaient pas encore produites et le créancier avait demandé que soit acté un nouveau calendrier prévisionnel de livraison. Le tribunal conclut à l'abus de droit et impose au créancier la résolution du contrat avec dommages et intérêts (Comm. Bruxelles, 29 janvier 2008, *R.G.* n° A/07/02838, inédit).

(117) La situation pourrait sans doute être perçue différemment si l'interruption des enlèvements se produit alors que l'exécution du contrat a commencé.

subi par le créancier. D'où l'intérêt pour ce dernier, lorsqu'il se trouve coincé dans une telle situation, de mettre en avant les particularités précitées et propres aux clauses *take or pay* et aux contrats qui les contiennent¹¹⁸ afin de convaincre le juge, autant que faire se peut, que son dommage tout spécifique doit être reconnu à sa juste valeur et conformément à ce que les parties ont expressément prévu dans leur contrat.

2.3.2.6. Clause take or pay : useful or not?

61. Nonobstant les motivations qui la sous-tendent, l'on aperçoit que la clause *take or pay* est vulnérable, quelle que soit la qualification que les parties ou le juge veulent bien lui donner. Or, en y recourant, les parties font peser sur la clause des enjeux financiers et économiques considérables. Au vu des risques qu'elle comporte, la clause pourra, dans certaines circonstances, ne pas sortir tous les effets espérés. Les parties veilleront dès lors — et malgré la menace d'un abus de droit potentiel — à déterminer leurs obligations respectives avec soin et précision.

62. Force est donc de constater que le concept de clause *take or pay* ne constitue ni une panacée, ni un havre de paix pour son bénéficiaire. Le praticien se méfiera dès lors de la sécurité toute apparente et trompeuse dans laquelle la clause *take or pay* tente de le bercer. Dans bien des cas, leur sanction ne rime pas avec le meilleur résultat que peut espérer le créancier. La porte nous paraît dès lors entrebâillée, voire ouverte, pour accueillir d'autres modes, plus adéquats, pour réparer le dommage causé à ce dernier. L'on songera notamment à la reprise des obligations originaires du débiteur par un tiers — avec le cas échéant la garantie du débiteur originel — ou à la vente des produits par le créancier à des tiers moyennant versement de la différence de prix par le débiteur si le prix de vente sur le marché s'avérait inférieur à celui initialement retenu dans la convention¹¹⁹. Voici quelques pistes de réflexion que les praticiens pourraient envisager et que les magistrats devront trancher.

Benoît KOHL

Chargé de cours à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Bruxelles

Romain SALZBURGER

Maître de conférence
et assistant à l'Université de Liège
Avocat au barreau de Liège

Michèle VANWIJCK-ALEXANDRE

Professeur ordinaire émérite
de l'Université de Liège

(118) Voy. *supra* n° 4-8; voy. également *supra* n° 16 la question, centrale dans les contrats contenant des engagements *take or pay*, de la répartition — convenue entre les parties — des risques liés à la force majeure ou des conséquences de l'imprévision (*risk allocation*).

(119) Ces modalités pourraient, le cas échéant, être organisées dans le contrat, par exemple en prévoyant l'obligation pour le débiteur de trouver un tiers solvable pour la reprise de ses obligations originaires.