

Les clauses pénales – Rapport belge

Texte provisoire

*Par Christine BIQUET-MATHIEU,
Professeur ordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Liège*

*Association Henri CAPITANT
Journées trilatérales Espagne – Québec – Belgique
« Questions choisies de droit privé »
Barcelone
28 et 29 octobre 2010*

Question 1 Quels sont les fonctions et types actuels de clause pénale au sein de votre ordonnancement juridique ?

1.- Définition de la clause pénale

La clause pénale est celle par laquelle les parties fixent à l'avance une prestation forfaitaire accessoire, le plus souvent une somme d'argent, qui sera due par le débiteur pour le cas où il serait en état d'inexécution ou de retard d'exécution.

Par là, les parties s'accordent pour que le forfait conventionnel soit alloué au créancier sans que celui-ci soit tenu de prouver ni l'existence ni le montant du dommage que l'inexécution lui a causé.

2.- Types de clauses pénales

La clause pénale se rencontre pour les cas d'inexécution les plus divers.

- En cas d'inexécution défectueuse des obligations

Exemple - Dans un contrat d'entreprise, l'entrepreneur s'engage à appliquer une peinture de telle qualité. Il est prévu : « *Si l'entrepreneur ne respecte pas son obligation relative à la qualité de la peinture, il devra une indemnité forfaitaire de x euros* ».

- En cas de retard d'exécution d'une obligation de faire

Exemple - Dans un contrat d'entreprise, l'entrepreneur s'oblige à achever le travail convenu pour une date déterminée. Il s'oblige à payer « *une somme de x euros par jour de retard dans l'achèvement* ».

- En cas de retard de paiement d'une dette de somme

Exemple - « *A défaut de paiement de tout ou d'une partie d'une facture, le montant restant dû sera majoré de plein droit et sans mise en demeure préalable d'un intérêt de 15% l'an, tout mois commencé étant dû. En outre, toute facture impayée à son échéance sera majorée de plein droit et sans mise en demeure d'une indemnité forfaitaire et irréductible de 15% avec un minimum de 75 €* ».

- En cas de résolution du contrat pour inexécution fautive

Exemple - Lors de la conclusion d'un contrat de vente, un acompte est payé ; il convenu que le solde du prix sera exigible une date déterminée. Il est prévu : « *si l'acheteur demeure en défaut de payer le solde du prix, la vente sera résolue à ses torts et le vendeur sera en droit de conserver l'acompte à titre de dommages et intérêts* ».

Exemple - Dans un contrat de bail conclu pour une durée déterminée, il est convenu : « *dans le cas où le locataire ne respecterait la durée convenue et romprait prématurément le bail, il sera redevable au bailleur d'une indemnité de relocation de trois mois de loyers* ».

3.- Fonction de la clause pénale – En Belgique : uniquement une fonction indemnitaire

L'article 1226, tel qu'il a été introduit dans le Code civil belge par la loi du 23 novembre 1998, énonce :

« La clause pénale est celle par laquelle une personne s'engage à payer, en cas d'inexécution de la convention, une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi par suite de ladite inexécution ».

Par là, le droit belge n'admet que la seule fonction indemnitaire de la clause pénale¹. Malgré sa dénomination, la clause pénale ne peut pas viser à punir pour le cas où son effet dissuasif aurait échoué. Pour reprendre les mots du professeur I. Moreau-Margrève, on aboutit ainsi à ce paradoxe que « la clause pénale ne peut pas être pénale »² !

La clause pénale ne peut viser que la réparation d'un dommage potentiel. Cette solution, issue de longue date de la jurisprudence de la Cour de cassation³, a été consacrée dans le Code civil belge par la loi précitée du 23 novembre 1998.

Le juge est ainsi appelé à contrôler le caractère indemnitaire des clauses pénales stipulées.

Question 2 - Existe-t-il dans votre ordonnancement une réglementation spécifique de la clause pénale stipulée pour le cas de retard dans l'accomplissement de l'obligation ? Dans le cas où une telle régulation n'existe pas, quel est le traitement jurisprudentiel de cette situation ?

4.- Régime spécifique uniquement pour les clauses pénales d'intérêts moratoires

Le Code civil belge ne connaît de réglementation spécifique des clauses pénales stipulée pour le cas de retard dans l'exécution d'une obligation qu'en ce qui concerne le retard de paiement d'une dette de somme. Ce régime spécifique ne concerne que les clauses pénales d'intérêts moratoires.

- Fait l'objet de ce régime spécifique la clause ainsi libellée :
« A défaut de paiement de tout ou d'une partie d'une facture, le montant restant dû sera majoré de plein droit et sans mise en demeure préalable d'un intérêt de 15% l'an, tout mois commencé étant dû ».
- Ne fait pas en revanche l'objet de ce régime spécifique la clause pénale prévoyant la débiton d'une indemnité forfaitaire complémentaire aux intérêts de retard :
« En outre, toute facture impayée à son échéance sera majorée de plein droit et sans mise en demeure d'une indemnité forfaitaire et irréductible de 15% avec un minimum de 75 € ».

¹ Pour un aperçu complet du régime des clauses pénales en Belgique, voy. P. WERY, « La clause pénale », in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, La Chartre, 2001, p. 249 et s.

² I. Moreau-Margrève, « Variations sur un thème récurrent : la clause pénale », in *Mélanges offerts à P. Van Ommeslaghe*, Bruylant, 2000, p. 192.

³ Au sujet de cette jurisprudence, voy. spécialement I. MOREAU-MARGREVE, « Une institution en crise : la clause pénale » et l'arrêt qui précède, Cass., 17 avril 1970, *R.C.J.B.*, 1972, p. 454; I. MOREAU-MARGREVE, « Encore la clause pénale : nouvelle phase d'une crise » et l'arrêt qui précède, Cass., 24 novembre 1972, *R.C.J.B.*, 1973, p. 302.

Contrairement aux intérêts moratoires, cette clause pénale complémentaire n'est pas calculée *pro rata temporis*. Il est admis que cette seconde clause pénale répare un préjudice distinct de celui qui est réparé par les intérêts moratoires. Alors que les intérêts moratoires visent à indemniser le créancier pour le défaut de jouissance de la somme en souffrance, la clause pénale dite de majoration forfaitaire vise à indemniser le créancier pour le préjudice encouru à la suite du recouvrement extrajudiciaire de sa créance (envoi de rappels, temps consacré à la gestion de l'impayé, ...). Cette seconde clause pénale obéit au régime général des clauses pénales, tel que défini à l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil (cf. infra n° 17 et 20).

Pour les clauses pénales prévoyant une indemnisation forfaitaire en cas de retard d'exécution d'une obligation autre qu'une dette de somme, le juge exercera également le pouvoir de contrôle qu'il tient du régime général des clauses pénales (article 1231, §1^{er}).

5.- Indemnisation du retard de paiement d'une dette de somme en l'absence de clause pénale – Régime général

En vertu de l'article 1153, alinéas 1 à 3, du Code civil, le retard de paiement d'une dette de somme est indemnisé forfaitairement par l'allocation d'un intérêt de retard au taux légal à dater de la mise en demeure.

L'article 1153, alinéas 1 à 4, est ainsi libellé :

« Dans les obligations qui se bornent au paiement d'une certaine somme, les dommages et intérêts résultant du retard dans l'exécution ne consistent jamais que dans les intérêts légaux, sauf les exceptions établies par la loi.

Ces dommages et intérêts sont dus sans que le créancier soit tenu de justifier d'aucune perte.

Ils sont dus à partir du jour de la sommation de payer, excepté dans le cas où la loi les fait courir de plein droit.

S'il y a dol du débiteur, les dommages et intérêts peuvent dépasser les intérêts légaux ».

Le taux de l'intérêt légal est fixé de façon générale par l'article 2 de la loi du 5 mai 1865 relative au prêt à intérêt, tel qu'il a été modifié par l'article 87 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006⁴. Le taux légal général fait l'objet d'une adaptation automatique au 1^{er} janvier de chaque année. Pour l'année 2010, il s'élève à 3,25% l'an⁵.

6.- Indemnisation du retard de paiement d'une dette de somme en l'absence de clause pénale – Régime propre aux transactions commerciales

Lorsque est en cause le retard de paiement du prix d'une transaction commerciale, le taux de l'intérêt légal est plus élevé⁶. Il s'élève à 8 % l'an pour les deux semestres de l'année 2010⁷.

⁴ « Chaque année calendrier, le taux de l'intérêt légal en matière civile et en matière commerciale est fixé comme suit : la moyenne du taux d'intérêt EURIBOR à 1 an pendant le mois de décembre de l'année précédente est arrondie vers le haut au quart de pourcent; le taux d'intérêt ainsi obtenu est augmenté de 2 pour cent » (art. 2, § 1^{er}, al. 1^{er}, ainsi modifié, de la loi du 5 mai 1865).

⁵ Avis, M.B., 15 janvier 2010, p. 1833.

⁶ En vertu de l'article 5 de la loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, le taux d'intérêt légal spécifique aux transactions commerciales est fixé « au taux directeur majoré de sept points de pourcentage et arrondi au demi-point de pourcentage supérieur ». Pour appréhender le taux légal spécifique ainsi déterminé, encore faut-il cependant lire attentivement, à l'article 2.4, la définition légale du « taux directeur » qui sert de base à sa fixation, à savoir : « le taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération principale de refinancement la plus récente effectuée avant le premier jour de calendrier du semestre en question lorsque la transaction concernée a été effectuée selon une procédure d'appel d'offres à taux fixe. Lorsque la transaction concernée a été effectuée selon une procédure d'appel d'offres à taux variable, le taux directeur est le taux d'intérêt marginal résultant de cet appel d'offres,

En outre, les intérêts moratoires courent de plein droit, sans qu'il soit besoin d'une mise en demeure⁸.

Cette dichotomie dans le régime de base des intérêts moratoires résulte de la transposition en droit belge de la directive européenne 2000/35 du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Cette directive a été transposée en droit belge par la loi du 2 août 2002 portant le même intitulé.

Ce régime spécifique des intérêts moratoires ne vise que le cas du retard de paiement :

- du prix d'une transaction commerciale,
- dû à une entreprise, en ce compris un agriculteur ou un titulaire de profession libérale,
- par une autre entreprise ou un pouvoir public⁹.

Il est en revanche inapplicable lorsque la dette de somme n'est pas une dette de prix¹⁰ ou en encore dans les conventions impliquant au moins un consommateur, au titre de créancier ou de débiteur.

7.- Possibilité de déroger au taux légal par une clause pénale

Le système d'indemnisation forfaitaire dont la clé de voûte demeure l'article 1153 est supplétif de la volonté des parties. L'article 1153 énonce certes que les dommages et intérêts pour retard de paiement d'une dette de somme « *ne consistent jamais que* » dans les intérêts légaux mais cette rédaction maladroite s'explique par les vifs débats qui se sont déroulés en 1804 au sujet de la liberté du taux de l'intérêt conventionnel¹¹.

Tant le taux légal général découlant de la loi du 5 mai 1865 que le taux légal spécifique aux transactions commerciales découlant de la loi du 2 août 2002 ne sont prévus qu'à titre supplétif. Il est donc possible aux parties de s'accorder sur un taux conventionnel pour l'intérêt moratoire.

La clause pénale d'intérêts moratoires est donc celle qui fixe un taux d'intérêt distinct du taux légal pour le cas de retard de paiement d'une dette de somme. Ce taux conventionnel sera, selon la volonté des parties, tantôt inférieur, tantôt supérieur au taux légal.

8.- Régime spécifique des clauses pénales d'intérêts moratoires dans le Code civil

Comme les clauses pénales en général, les clauses pénales d'intérêts moratoires doivent revêtir un caractère indemnitaire. Cependant, alors que le contrôle du caractère indemnitaire des clauses pénales en général est régi par l'article 1231, §1^{er}, du Code civil (cf. infra n° 17 et 20), le contrôle du caractère indemnitaire des clauses pénales d'intérêts moratoires est régi par l'article 1153 du Code civil, alinéa 5, tel qu'il a été complété par la loi du 23 novembre 1998.

En vertu de l'article 1153, alinéa 5 :

aussi bien en cas d'adjudications à taux unique qu'en cas d'adjudications à taux multiple ». Le taux directeur dont il est question dans cette définition n'est pas le taux qui, dans le langage commun et dans les médias, est communément appelé « taux directeur de la B.C.E. ». Il convient donc d'éviter la confusion (C. Biquet-Mathieu, « Le régime juridique des intérêts – Essai de synthèse », *Chronique de Droit à l'usage des juges de paix et de police* 2008, Dossiers J.J.P., n° 9, 2008, p. 248, n° 13).

⁷ Voy. les avis publiés respectivement in *M.B.*, 1^{er} février 2010, p. 4403 et *M.B.*, 30 juillet 2010, éd. 3, p. 49439.

⁸ Article 5 de la loi précitée du 2 août 2002.

⁹ Il n'est pas ici fait état de la façon dont la directive 2000/35 a été transposée en matière de marchés publics, ni partant de l'articulation de la loi du 2 août 2002 avec la législation sur les marchés publics.

¹⁰ Ainsi, la loi du 2 août 2002 n'est pas applicable à l'hypothèse du retard de paiement d'une indemnité de rupture (voy. Cass., 29 octobre 2009, C.08.0448.N et Cass., 5 novembre 2009, C.08.0520.N-C.09.0040.N).

¹¹ Voy. C. Biquet-Mathieu, *Le sort des intérêts dans le droit du crédit : actualité ou désuétude du Code civil ?*, éd. Collection scientifique de la Faculté de droit de Liège, 1998, p. 102, n° 52.

« *Sous réserve de l'application de l'article 1907, le juge peut, d'office ou à la demande du débiteur, réduire l'intérêt stipulé à titre de dommages-intérêts pour retard dans l'exécution si cet intérêt excède manifestement le dommage subi à la suite de ce retard. En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer un intérêt inférieur à l'intérêt légal. Toute clause contraire aux dispositions du présent alinéa est réputée non écrite* ».

Par là, le contrôle du caractère indemnitaire des clauses pénales d'intérêts moratoires se distingue à plusieurs égards du contrôle du caractère indemnitaire des clauses pénales en général :

- *Pour l'appréciation du caractère manifestement non indemnitaire* de la clause d'intérêts moratoires, le texte de l'article 1153, in fine, se réfère non point au dommage prévisible mais bien au *dommage effectivement subi*. Est toutefois controversée la question s'il s'agit là d'une inadvertance du législateur ou au contraire d'une volonté délibérée dans son chef de s'en référer au dommage effectivement subi.
- *La mesure de la réduction* est, si l'on s'en tient au texte, le *dommage effectivement subi*. Mais nous l'avons dit, peut-être s'agit-il là d'une inadvertance du législateur, auquel cas la mesure de la réduction serait quand même le dommage prévisible.
- *La limite plancher* de la réduction n'est pas le dommage effectivement subi mais le *taux de l'intérêt légal* qui se serait appliqué à titre supplétif si les parties n'avaient pas convenu d'un taux conventionnel pour les intérêts moratoires. Ainsi, en cas de retard de paiement du prix d'une transaction commerciale, le juge ne peut pas réduire le taux convenu en dessous du légal spécifique pour les transactions commerciales, soit 8 % l'an pour les 2 semestres de l'année 2010. Dans le cas de retard de paiement d'une dette de somme autre que le prix d'une transaction commerciale, le juge ne peut pas réduire le taux convenu pour l'intérêt moratoire en dessous du taux légal général, soit 3,25 % l'an pour l'année 2010.

Comme pour les clauses pénales en général, le pouvoir de révision du juge n'a lieu de s'exercer qu'à la baisse. Ainsi, l'article 1153, *in fine*, ne permet pas au juge de majorer une clause pénale prévoyant un taux d'intérêt dérisoire pour les intérêts moratoires. Une telle clause pénale manifestement dérisoire sera cependant susceptible d'être requalifiée en une clause de limitation de responsabilité et partant d'être soumise au régime de ce type de clause et, le cas échéant, annulée.

9.- Pouvoir de révision à la hausse en matière de transactions commerciales

Dans le cadre de la loi du 2 août 2002 visant à transposer la directive européenne 2000/35 du 29 juin 2000 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales, si des intérêts moratoires ont été stipulés à un taux moindre que le taux d'intérêt légal spécifique aux transactions commerciales, le taux convenu est susceptible d'être révisé à la hausse par le juge. Pour cela, il faut que le juge constate que le taux convenu procède d'« un abus manifeste » de l'entreprise ou du pouvoir public débiteur à l'égard de l'entreprise créancière.

L'article 7, alinéas 1 et 2, de la loi du 2 août 2002 est ainsi libellé :

« *Toute clause contractuelle qui déroge aux dispositions du présent chapitre sera révisée par le juge, à la demande du créancier, lorsque, compte tenu de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des produits ou des services, elle constitue un abus manifeste à l'égard du créancier, étant entendu que les conditions équitables que le juge détermine ne peuvent pas accorder au créancier plus de droits que ceux dont il disposerait en vertu des dispositions du présent chapitre.*

Lors de l'appréciation du caractère manifestement abusif au sens de l'alinéa précédent, le juge considérera entre autres si le débiteur a des raisons objectives de déroger aux dispositions du présent chapitre ».

Question 3 - Est-il spécifiquement réglementé, dans votre ordonnancement, une figure similaire aux « arrhes »? Celle-ci est une figure juridique mixte remplissant des fonctions équivalentes à celles d'une clause pénale. Dans cette hypothèse, une des parties contractantes effectue une remise réelle à l'autre, assumant sa perte en cas d'inexécution du contrat. De son côté, celui qui reçoit les arrhes assume une obligation (de nature personnelle) similaire à celle découlant de la clause pénale, devant rendre le double des arrhes perçues en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles

10.- Les arrhes dans la vente

L'article 1590 du Code civil connaît le système des arrhes en matière de vente :

« Si la promesse de vendre a été faite avec des arrhes, chacun des contractants est maître de s'en départir.

Celui qui les a données, en les perdant.

Et celui qui les a reçues, en restituant le double ».

Cette disposition vise le cas où les parties ont prévu pour chacune d'elles une faculté de dédit, moyennant le paiement d'une indemnité égale au montant de l'acompte perçu. Si le vendeur doit restituer le double, c'est parce que la révocation de la vente emporte déjà pour celui-ci l'obligation de restituer l'acompte perçu ; il supporte donc, outre l'obligation de restitution consécutive à la révocation de la vente, une indemnité égale au montant de l'acompte perçu.

Chaque fois qu'une vente est conclue moyennant le paiement d'un acompte, il n'en résulte pas pour autant que chacune des parties bénéficie d'une faculté de dédit moyennant le paiement d'une indemnité égale au montant de l'acompte. Il arrive fréquemment au contraire que l'acompte ne soit stipulé qu'à titre de preuve ou pour garantir la bonne exécution du contrat, sans qu'il soit prévu qu'une partie aura le droit de se dédire de la vente (même moyennant le paiement d'une indemnité égale au montant de l'acompte), l'autre partie ne renonçant pas à exiger l'exécution en nature de la vente. Tout dépend de l'intention des parties.

Lorsque des arrhes sont convenues au sens de l'article 1690 du Code civil, il n'y a pas de réglementation spécifique quant au montant des arrhes, ni quant au contrôle par le juge du montant de l'indemnité de dédit qui en découle. Cette question ressortit à la question plus générale de l'exigence de caractère indemnitaire des indemnités stipulées en contrepartie d'une faculté offerte à une partie de ne pas s'exécuter ou de ne pas exécuter le contrat comme convenu à titre principal.

11.- Clause de dédit ou indemnité assortissant le droit pour une partie de ne pas s'exécuter comme il avait été convenu à titre principal

Il arrive que le contrat réserve à une partie le droit de ne pas s'exécuter ou de s'exécuter autrement que ce qui avait été convenu à titre principal ; très souvent, une indemnité est stipulée à titre de contrepartie de l'exercice de cette faculté.

Exemples

- Un contrat portant sur l'achat d'un véhicule prévoit le droit pour l'acheteur de ne pas prendre livraison et partant de renoncer au contrat déjà conclu mais moyennant le paiement d'une *indemnité dite de dédit* équivalente à 15 % du prix d'achat, soit le montant de l'acompte perçu.
- Un contrat d'entreprise prévoit à titre principal l'utilisation par l'entrepreneur d'une peinture de telle qualité. Pour le cas où l'entrepreneur utiliserait une peinture de qualité un peu moindre, une *clause dite « clause barème »* prévoit le paiement d'un prix nettement inférieur à celui qui avait été convenu à titre principal.
- Un contrat de location d'un bien d'équipement conclu pour une durée déterminée prévoit la faculté pour le preneur de résilier le contrat avant terme mais moyennant le paiement d'une *indemnité de résiliation* équivalente à la moitié de la valeur des loyers à échoir.
- Un contrat de crédit d'investissement professionnel remboursable en 10 ans prévoit la faculté pour l'entreprise emprunteuse d'effectuer à tout moment un remboursement anticipé mais moyennant le paiement d'une *indemnité de remboursement anticipé* (encore appelée *indemnité de emploi* ou, dans le jargon bancaire, *indemnité de funding loss*) égale au montant actualisé des intérêts encore à échoir en vertu du contrat de crédit diminué du montant actualisé des intérêts que le capital remboursé anticipativement produirait si la banque le plaçait pour la durée du crédit restant à courir, sur le marché interbancaire.

12.- Les mêmes indemnités auraient pu être stipulées pour sanctionner une inexécution dans le chef d'une des parties au contrat

Exemples

- Un contrat portant sur l'achat d'un véhicule prévoit que l'acheteur a l'obligation de prendre livraison du véhicule sans pouvoir renoncer au contrat conclu. Si l'acheteur ne vient pas prendre livraison du véhicule, le vendeur aura le droit de considérer le contrat comme résolu aux torts de l'acheteur et de conserver l'acompte perçu, égal à 15% du prix de vente.
- Un contrat d'entreprise prévoit que l'entrepreneur est obligé d'utiliser une peinture de telle qualité. Pour le cas où l'entrepreneur méconnaîtrait son obligation, il s'expose au paiement d'une indemnité forfaitaire de x euros
- Un contrat de location d'un bien d'équipement conclu pour une durée déterminée prévoit qu'en cas de non paiement des loyers, le bailleur aura le droit de considérer le contrat comme résolu aux torts de l'acheteur avec l'obligation pour celui-ci de payer une *indemnité de résiliation* équivalente à la moitié de la valeur des loyers à échoir.
- Un contrat de crédit d'investissement professionnel remboursable en 10 ans prévoit qu'en cas de non paiement des mensualités par l'entreprise créditée, la banque se réserve le droit d'exiger le remboursement immédiat du capital prêté avec l'obligation pour l'entreprise créditée de lui payer une *indemnité de remboursement anticipé* (encore appelée *indemnité de emploi* ou, dans le jargon bancaire, *indemnité de funding loss*) égale au montant actualisé des intérêts encore à échoir en vertu du contrat de crédit diminué du montant actualisé des intérêts que le capital remboursé

anticipativement produirait si la banque le plaçait pour la durée du crédit restant à courir, sur le marché interbancaire.

Dans toutes ces hypothèses, il ressort explicitement du libellé de la clause que l'indemnité est due pour le cas où le débiteur méconnaîtrait ses obligations contractuelles (l'acheteur ne vient pas prendre livraison du véhicule alors qu'il en a l'obligation – l'entrepreneur n'utilise pas la qualité de la peinture qu'il était obligé d'utiliser – le preneur cesse de payer le loyer du matériel loué alors qu'il devait payer les loyers jusqu'au terme convenu – l'entreprise emprunteuse est en retard de payer les mensualités du crédit).

Comme la clause vise explicitement à sanctionner une inexécution du débiteur, l'indemnité convenue est assurément une clause pénale. Elle doit donc avoir un caractère indemnitaire et le juge est admis à contrôler ce caractère indemnitaire.

13.- Position de la question

Lorsque les mêmes indemnités sont stipulées non pas pour sanctionner une inexécution du débiteur mais à titre de contrepartie de l'exercice d'une faculté de dédit ou de la faculté d'exécuter le contrat selon d'autres modalités que celles qui avaient été convenues à titre principal, se pose en conséquence la question si elles doivent ou non revêtir un caractère indemnitaire.

Autrement dit, le juge est-il admis à contrôler le caractère indemnitaire des indemnités de dédit, indemnités de résiliation, clauses barèmes, indemnités de remboursement anticipé lorsqu'elles sont stipulées en contrepartie de l'exercice d'une faculté ?

14.- La Cour de cassation belge rejette l'application par analogie de l'exigence de caractère indemnitaire propre aux clauses pénales

La Cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le régime des clauses pénales aux indemnités qui servent de contrepartie à l'exercice d'une faculté contractuelle. La raison en est que ces clauses ne sanctionnent pas une inexécution dans le chef du débiteur.

La Cour a ainsi jugé s'agissant des clauses barèmes : « *ne constitue pas une clause pénale ... la clause qui ne vise pas à compenser le dommage pouvant résulter de l'inexécution de l'obligation principale mais à déterminer une diminution du prix au cas où la chose livrée serait de qualité inférieure* »¹².

Elle a de même jugé s'agissant d'une clause de résiliation unilatérale : « *Attendu que l'article 1229, alinéa 1er, du Code civil dispose que la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale; qu'il s'en déduit que la somme stipulée à titre de clause pénale ne peut être qu'une indemnisation forfaitaire du dommage pouvant résulter pour le créancier de l'inexécution de cette obligation et que ne saurait, dès lors, être une clause pénale au sens de cet article 1229 la stipulation conventionnelle d'une somme d'argent qui ne constitue pas la réparation d'un dommage mais la contrepartie d'une faculté de résiliation unilatérale prévue par le contrat; qu'en ce cas, 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* »¹³.

¹² Cass., 3 octobre 1986, Bull. et Pas., 1987, I, p. 135.

¹³ Cass., 22 octobre 1999, R.C.J.B., 2001, 112, avec note I. Moreau-Margrève ; voy., dans le même sens, Cass., 6 septembre 2002, R.G.D.C., 2004, p. 106 ; R.W., 2004-2005, p. 300 ; Adde O. VANDEN BERGHE, "Het toepassingsgebied van artikel 1231 B.W. betreffende overdreven strafbedingen : een kritische analyse", R.G.D.C., 2004, p. 62.

15.- Critique

Avec le professeur Moreau-Margrève, nous soulignerons que le droit pour le débiteur de ne pas s'exécuter ou de s'exécuter selon d'autres modalités que celles initialement prévues n'est véritablement un droit pour le débiteur que si son exercice est assorti d'une indemnité qui ne vise qu'à réparer le préjudice susceptible d'être encouru par le créancier du fait du recours à ce mode subsidiaire d'exécution.

Dans le cas contraire, lorsque le montant de l'indemnité dépasse de loin le préjudice prévisible, le droit de ne pas s'exécuter - par exemple, le droit de résiliation avant terme -, formellement concédé par le contrat, n'a plus de droit que le nom. S'agissant en réalité de dissuader le débiteur de résilier le contrat avant terme, la faculté de résiliation unilatérale est purement factice si bien que l'indemnité qui l'assortit s'analyse en réalité en une clause pénale déguisée.

Il y a donc lieu, selon nous, de vérifier si l'indemnité qui assortit cette faculté ne camoufle pas en réalité, eu égard à son montant, une clause pénale comminatoire.

16.- Paradoxe

La jurisprudence de la Cour de cassation belge fait naître le paradoxe suivant : un débiteur en état d'inexécution ne peut pas être pénalisé (la clause pénale ne peut pas être pénale, elle ne peut être qu'indemnitaire) alors que pourrait être pénalisée la partie qui, loin d'être en état d'inexécution, use du droit, qui lui est reconnu par le contrat, de ne pas s'exécuter selon les modalités convenues à titre principal !

Question 4 - Quelle est la relation existante entre les dommages causés et la clause pénale ? Existe-t-il dans votre ordonnancement une application automatique de la clause pénale ou, au contraire, est-il nécessaire de démontrer l'existence des dommages ? Plus particulièrement, qu'en est-il des dommages véritablement causés excédant du montant de la clause pénale ?

17.- La relation existante entre les dommages causés et la clause pénale

Comme nous l'avons dit, en droit belge, la clause pénale doit avoir un caractère indemnitaire.

Le contrôle du caractère indemnitaire des clauses pénales en général a lieu sur le fondement l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil, tel que modifié par la loi du 23 novembre 1998.

L'article 1231, § 1^{er}, est ainsi libellé :

« 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.

En cas de révision, le juge ne peut condamner le débiteur à payer une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale ».

Pour contrôler le caractère indemnitaire des clauses pénales en général, le Code civil ne permet au juge que de se référer au *préjudice prévisible* en se plaçant rétrospectivement au moment de la conclusion du contrat. Lors du contrôle du caractère indemnitaire de la clause pénale, le juge est tenu de comparer le montant de la clause pénale avec le « *montant que les*

parties pouvaient fixer pour réparer le dommage résultant de l'inexécution » (art. 1231, § 1^{er}). Le juge est tenu de se placer au moment où les parties se sont accordées sur la clause pénale en vue de la confronter avec le préjudice qui, à ce moment, pouvait être prévu par les parties comme conséquence d'une inexécution éventuelle.

Autrement dit, pour apprécier le caractère indemnitaire de la clause pénale, le juge ne peut se référer qu'au *préjudice prévisible*. Il ne peut *pas se référer au préjudice effectivement subi*.

Ce n'est qu'en présence d'une clause pénale d'intérêts moratoires, que le juge peut confronter le taux de l'intérêt convenu avec le dommage effectivement subi par le créancier par suite du retard de paiement (article 1153, in fine, cf. supra n° 8).

18.- Le créancier a le droit d'exiger le montant de la clause pénale sans devoir faire la preuve de son dommage

En insérant une clause pénale dans leur contrat, les parties s'accordent pour que le montant de la clause pénale soit alloué au créancier à titre de forfait sans que celui-ci soit tenu de prouver ni l'existence, ni le montant du dommage que l'inexécution lui a causé.

Le juge procèdera certes au contrôle du caractère indemnitaire de la clause pénale. Cependant, ce contrôle a lieu sans égard au préjudice effectivement subi mais uniquement par rapport au préjudice prévisible, soit le préjudice que les parties pouvaient prévoir au moment de la conclusion du contrat pour le cas d'une inexécution éventuelle.

Pour le contrôle du caractère indemnitaire des clauses pénales d'intérêts moratoires, le juge peut certes se référer au préjudice effectivement subi mais il n'en résulte pas que le créancier soit tenu de prouver son dommage.

19.- Clause pénale insuffisante pour réparer le dommage effectivement subi

Il arrive que le montant de la clause pénale soit inférieur au préjudice effectivement subi par le créancier du fait de l'inexécution. En pareille hypothèse, le créancier n'est pas admis à prouver que son dommage est supérieur au montant de la clause pénale. Par la clause pénale, les parties ont convenu une réparation forfaitaire sans égard au préjudice effectivement subi.

Il arrive toutefois que le créancier se réserve dans la clause pénale, la possibilité de prouver le préjudice effectivement subi pour le cas où il serait supérieur au montant de la clause pénale.

A défaut d'une telle réserve, le créancier est lié par le forfait convenu.

En outre, en Belgique, le juge n'a pas le pouvoir de réviser à la hausse, ni partant de majorer la clause pénale¹⁴.

Il convient toutefois de vérifier si, compte tenu du but poursuivi par le rédacteur de la clause lors de la conclusion du contrat, la clause pénale ne doit pas être requalifiée en une clause exonératoire ou limitative de responsabilité. Les clauses exonératoires ou limitatives de responsabilités ne peuvent pas s'appliquer en cas de dol (soit pour faire bref l'inexécution intentionnelle par le débiteur), ni aboutir à enlever tout objet au contrat ou aux obligations principales qu'il renferme¹⁵.

¹⁴ Cf. toutefois supra n° 9, s'agissant des clauses pénales d'intérêts moratoires stipulées pour le cas de retard de paiement d'une transaction commerciale.

¹⁵ Cass., 25 septembre 1959, préc. concl. av. gén. P. Mahaut, *Pas.*, 1960, I, p. 113, *R.C.J.B.*, 1960, p. 5 avec note J. Dabin ; voy. aussi Cass., 26 mars 2004, *Pas.*, 2004, p. 513 : « Attendu que le jugement attaqué ne viole aucune des dispositions légales visées en cette branche du moyen en refusant d'appliquer la clause d'exonération de responsabilité litigieuse, dès lors que cette clause, dans l'interprétation qu'il en donne et que reproduit la réponse à la seconde branche, anéantit l'objet même de l'obligation et, partant, ne peut légalement avoir d'effet entre les parties ».

Question 5 - En ce qui concerne l'intervention du juge s'agissant de la clause pénale : dans quel domaine peut-elle intervenir et quels sont les critères devant être appliqués par le juge à l'égard de la modération de la peine ? Cette intervention, doit-elle se déclencher à la demande des parties, ou bien le juge peut-il agir d'office ?

20.- Le contrôle par le juge du caractère indemnitaire des clauses pénales

Comme nous l'avons déjà dit (supra n° 17), le juge est appelé à contrôler le caractère indemnitaire des clauses pénales sur le fondement de l'article 1231, § 1^{er}, du Code civil. Pour ce faire, il doit comparer le montant de la clause pénale au *préjudice prévisible*, non pas au préjudice effectivement subi¹⁶.

Il convient d'ajouter que le juge n'est appelé à réduire le montant de la clause pénale que lorsque celui-ci *excède manifestement* le montant du préjudice prévisible.

Par là, le législateur incite les juges à faire preuve de modération. Les tribunaux ne sont investis que d'un *pouvoir d'appréciation marginale* : « ce n'est que si le montant de la clause est, à l'évidence, sans rapport avec celui qu'aurait fixé tout homme raisonnable et équitable placé dans les mêmes circonstances »¹⁷ que la clause pénale doit être réduite.

Dans le Code civil, la sanction de l'absence manifeste de caractère indemnitaire est la *réduction* de la clause pénale et *non pas son annulation*. La réduction est expressément prévue par l'article 1231, §1^{er} ; il s'agit d'une sanction spécifique. La réduction déroge au principe qui veut qu'une clause illicite est carrément sanctionnée par la nullité ; autrement dit, la sanction de la réduction déroge au principe qui veut que le juge n'est pas admis à refaire à la place des parties le contrat ou la clause illicite.

Dans l'exercice de son pouvoir de modération, le juge doit réduire la clause pénale au montant du préjudice potentiel¹⁸. Pour le dire autrement, la *mesure de la réduction* est le *préjudice* qui était *prévisible* au moment où les parties se sont accordées sur la clause pénale.

Le pouvoir de réduction du juge connaît une *limite plancher* : il ne peut pas réduire la clause pénale à une somme inférieure au montant du *préjudice effectivement subi* par le créancier du fait de l'inexécution (art. 1231, § 1^{er}, al. 2).

Il ne s'agit là que d'une limite plancher, le juge peut en effet estimer le montant de dommages et intérêts prévisibles à un montant supérieur au dommage effectivement subi et partant ne pas réduire la clause pénale jusqu'au montant du préjudice effectivement subi.

21.- Le juge peut exercer son contrôle d'office

Selon les termes mêmes de l'article 1231, §, 1^{er}, le juge peut exercer d'office le contrôle du caractère indemnitaire des clauses pénales. Il n'est pas nécessaire que le débiteur ait formulé une demande en ce sens.

Il convient cependant que le juge respecte les droits de la défense et, le cas échéant, qu'il procède à une réouverture des débats. Il doit permettre aux parties de formuler leurs

¹⁶ Ce n'est qu'en présence d'une clause pénale d'intérêts moratoires, que le juge peut confronter le taux de l'intérêt convenu avec le dommage effectivement subi par le créancier par suite du retard de paiement (article 1153, in fine, cf. supra n° 8).

¹⁷ P. Wéry, « La loi du 23 novembre 1998 modifiant le Code civil en ce qui concerne la clause pénale et les intérêts moratoires : fin de la crise de la clause pénale ou début de nouvelles incertitudes », *R.G.D.C.*, 1999, p. 231.

¹⁸ Cass., 22 octobre 2004, Pas., 2004, p. 1633.

observations sur cette question du caractère indemnitaire de la clause pénale et de sa réduction éventuelle.

Question 6 - Dans quels contrats la clause pénale est-elle le plus habituellement employée ? Utilité de la clause pénale au sein des conventions conclues dans le domaine du Droit de la famille. Existe-t-il une réglementation spéciale de la clause pénale dans le domaine des contrats d'adhésion ?

22.- Contrats dans lesquels la clause pénale est généralement employée

La clause pénale est utilisée dans les contrats les plus divers : contrats entre deux entreprises, contrats que les entreprises concluent avec les consommateurs, contrats conclus par les consommateurs ou particuliers entre eux.

23.- Réglementation spécifique de la clause pénale dans les contrats d'adhésion ?

La clause pénale ne fait pas l'objet d'une réglementation particulière dans les contrats d'adhésion.

Dans les contrats entre entreprises (ou entre entreprises et pouvoirs publics), il faut toutefois tenir compte, mais s'agissant de la seule question de la sanction du retard de paiement du prix, de la législation visant à lutter contre le retard de paiement des transactions commerciales (voy. supra n° 9). Cette législation n'est pas limitée aux seuls contrats d'adhésion ; elle vise également les contrats dont les clauses ont fait l'objet d'une négociation.

Dans les contrats entre entreprises et consommateurs, soit les contrats de consommation, il faut tenir compte de la législation sur les clauses abusives, issue de la directive européenne 1993/13 sur les clauses abusives. La directive ne vise que les contrats d'adhésion. Il ne s'agit toutefois que d'une directive d'harmonisation minimale si bien que les Etats membres sont admis à prévoir une protection plus importante pour les consommateurs. La Belgique a ainsi choisi de ne pas limiter la protection des consommateurs contre les clauses abusives aux seuls contrats d'adhésion. Dans un contrat de consommation, le juge est appelé à contrôler le caractère abusif d'une clause, même si elle a fait l'objet d'une négociation individuelle entre les parties.

24.- Dans les contrats de consommation, la sanction de l'absence de caractère indemnitaire de la clause pénale est la nullité et non la réduction

Pour les contrats de consommation, l'article 74, 24°, de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur¹⁹, inclut dans la liste noire des clauses considérées d'office comme abusives *les clauses qui ont pour objet de : « fixer des montants de dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations du consommateur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par l'entreprise »*.

Est par là confirmé le pouvoir de contrôle marginal du juge à propos du caractère indemnitaire de la clause pénale. Le contrôle a lieu par rapport au préjudice prévisible (et non par rapport au préjudice effectivement subi).

La *spécificité* de cette disposition réside dans sa *sanction*. Dans les contrats de consommation, la sanction de l'absence manifeste de caractère indemnitaire de la clause pénale sanctionnant

¹⁹ Cette loi remplace la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur.

l'inexécution du consommateur n'est pas la réduction mais carrément la *nullité* de la clause pénale. En vertu de l'article 75 de la loi sur les pratiques du marché, la sanction du caractère abusif d'une clause est en effet la nullité.

Il est à noter que la sanction de la nullité est ici spécifique par rapport au régime de base des clauses pénales (art. 1231, § 1^{er}, C. civ., qui prévoit la réduction des clauses pénales manifestement dépourvues de caractère indemnitaire) mais non par rapport au droit commun des obligations (où la sanction d'une clause illicite réside en principe dans la nullité de ladite clause).

Si la clause pénale est annulée, il demeure place pour l'application du *droit commun de la responsabilité contractuelle*. A condition de prouver le montant de son préjudice, l'entreprise obtiendra réparation du préjudice effectivement subi. Si est en cause le retard de paiement d'une dette de somme, l'entreprise a droit au paiement de l'intérêt légal.

25.- Dans les contrats de consommation, la clause pénale doit aussi répondre à la condition de réciprocité

Dans les contrats de consommation, la clause pénale stipulée pour le cas d'inexécution du consommateur doit non seulement avoir un caractère indemnitaire ; elle doit également être réciproque.

La clause pénale qui sanctionne l'inexécution du consommateur *n'est valable que si réciproquement est prévue une clause pénale de même ordre à charge de l'entreprise* pour le cas où elle n'exécuterait pas ses propres obligations.

L'article 74, 17°, de la loi sur les pratiques du marché, cite, dans la liste noire des clauses considérées d'office comme abusives, *les clauses qui ont pour objet de : « déterminer le montant de l'indemnité due par le consommateur qui n'exécute pas ses obligations, sans prévoir une indemnité du même ordre à charge de l'entreprise qui n'exécute pas les siennes »*.

Si elle ne répond pas à la condition de réciprocité et quand bien même elle ne serait pas manifestement dépourvue de caractère indemnitaire, la clause pénale à charge du consommateur est nulle (art. 75 de la loi sur les pratiques du marché).