

C. — Rapport du Secrétaire général: dommages-intérêts libératoires et clauses pénales [A/CN.9/161*]

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION	1-3
I. — OBJET DES CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIBÉRATOIRES ET DES CLAUSES PÉNALES ..	4-6
II. — DÉFINITION DES CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIQUIDATOIRES ET DES CLAUSES PÉNALES	7-12
A. — Clauses instituant des obligations alternatives	8
B. — Clauses prévoyant le paiement d'une somme d'argent en d'autres circonstances que l'inexécution du contrat	9
C. — Clauses stipulant des paiements accélérés	10
D. — Clauses de dédit	11
E. — Clauses limitatives de responsabilité	12
III. — QUELQUES TRAITES COMMUNS DES RÈGLES AUXQUELLES OBÉISSENT LES CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIQUIDATOIRES ET LES CLAUSES PÉNALES	13-14
A. — Caractère accessoire des clauses de dommages-intérêts liquidatoires et des clauses pénales	13
B. — Règles spéciales visant à prévoir les abus	14
IV. — DIFFÉRENCES ESSENTIELLES ENTRE LA <i>COMMON LAW</i> ET LES SYSTÈMES JURIDIQUES ISSUS DU DROIT ROMAIN EN MATIÈRE DE CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIQUIDATOIRES ET DE CLAUSES PÉNALES	15-18
V. — AUTRES DIFFÉRENCES QUE PRÉSENTENT LES RÈGLES RELATIVES AUX CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIBÉRATOIRES ET AUX CLAUSES PÉNALES	19-29
A. — Rapports entre l'obtention de la somme convenue et l'exécution en nature	19-22
a) La somme stipulée est due en cas d'inexécution totale d'une obligation	20
b) La somme stipulée est due en cas d'exécution défectueuse	21-22
i) La somme stipulée est due en cas d'exécution tardive	21
ii) La pénalité est due en cas d'exécution défectueuse d'un autre type	22
B. — Rapports entre l'obtention de la somme stipulée et l'obtention de dommages-intérêts	23
C. — Réduction ou augmentation par les tribunaux des dommages-intérêts liquidatoires ou des pénalités	24-29
VI. — LES CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIBÉRATOIRES ET LES CLAUSES PÉNALES DANS LES CONTRATS COMMERCIAUX INTERNATIONAUX	30-44
A. — Conditions générales et contrats	30-40
B. — Conditions générales de fourniture, 1968-1975, du Conseil d'assistance économique mutuelle	41-44
VII. — POSSIBILITÉS D'UNIFICATION	45-53
A. — Divergences de fond entre la <i>common law</i> et les droits issus du droit romain qui devront être conciliées	47-49
B. — Divergences de fond entre les divers systèmes juridiques issus du droit romain qui devront être conciliées	50-52
C. — Champ d'application des règles uniformes	53
VIII. — CONCLUSIONS	54-58

Introduction

1. A sa dixième session, la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international a prié le Secrétaire général:

“d'examiner, dans le cadre de l'étude sur le programme futur de travail à long terme de la Commission qui doit être présentée à la onzième session de la Commission, la possibilité et l'opportunité d'établir un régime uni-

forme applicable aux clauses pénales dans les contrats internationaux”.

2. Pour répondre à cette demande, le rapport sur le programme de travail de la Commission que le Secrétaire général a présenté à la onzième session comprenait une note du Secrétaire général sur les “dommages-intérêts libératoires et clauses pénales”¹. Cette note examinait l'opportunité et les possibilités d'unifier les règles relatives aux clauses de dommages-intérêts libératoires et de clauses pénales applicables à une large gamme de contrats commerciaux internationaux.

* 25 avril 1979.

¹ A/CN.9/149/Add.1 (*Annuaire* . . . 1978, deuxième partie, IV, A, annexe I)

3. A sa onzième session, la Commission a examiné cette note et décidé d'inclure dans son nouveau programme de travail les dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales en tant que sujet prioritaire. La Commission a prié le Secrétariat d'entreprendre une étude préliminaire de cette question². Le présent rapport a été établi comme suite à cette décision.

I. — Objet des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales

4. Dans leur forme la plus commune, ces clauses prévoient le paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle³. Ces clauses sont insérées par les parties dans leur contrat dans le but d'atteindre l'un ou plus des objectifs suivants:

a) Le montant dû à titre d'indemnité compensatoire en cas d'inexécution du contrat est fixé au moment de la conclusion dudit contrat. La fixation par commun accord de cette indemnité élimine les dépenses qu'entraîne l'établissement de la preuve du préjudice subi. En outre, en raison des difficultés auxquelles on se heurte parfois pour apporter la preuve de l'étendue du préjudice subi, le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être alloués aux termes d'une action en justice peut présenter un caractère incertain et ne pas réparer pleinement ce préjudice. L'indemnité convenue est certaine et constitue une compensation adéquate.

b) Fixer la pénalité convenue à un montant supérieur à la somme que le débiteur⁴ économiserait en ne s'acquittant pas de ses obligations incite celui-ci à exécuter ses obligations plutôt qu'à y manquer⁵.

c) Le montant convenu constitue la limite de responsabilité du débiteur, et il est ainsi possible, si tel est le désir des parties, de limiter la réparation à un maximum inférieur à celui prévu par les règles de la responsabilité contractuelle. Il est intéressant pour le débiteur de connaître à l'avance la responsabilité maximale qu'il encourt.

5. L'absence de toute incertitude quant au montant des dommages-intérêts et l'élimination des dépenses qu'entraîne l'établissement de la preuve du préjudice

peuvent revêtir une importance particulière dans les contrats commerciaux internationaux. Un demandeur contraint d'apporter la preuve de son préjudice devant un tribunal étranger risque de s'exposer à des frais considérables et, de plus, il ne peut connaître avec certitude la réparation qu'il lui sera possible d'obtenir. Dans certaines circonstances, inciter le débiteur à exécuter son obligation peut aussi présenter une grande importance. Dans les contrats conclus entre des parties originaires d'Etats à économie planifiée, l'accent est surtout mis sur l'exécution de l'obligation car le système de planification ne laisse pas en général subsister de marché sur lequel il est possible d'utiliser les dommages-intérêts reçus pour se procurer des produits de remplacement⁶. Les pays en développement qui ne disposent que de peu de devises convertibles risquent également d'avoir des difficultés à trouver d'autres fournisseurs. En outre, l'inexécution d'un élément d'un programme de développement peut compromettre l'ensemble du programme, mais il peut être difficile de quantifier le préjudice subi et d'obtenir une réparation suffisante dans le cadre des règles normalement applicables en matière de dommages-intérêts.

6. Le recours à une clause pénale en vue d'inciter le débiteur à exécuter son obligation revêt une importance toute particulière lorsque le droit applicable ne permet pas l'exécution forcée en nature d'une obligation, par exemple parce que l'exécution directe constitue un moyen exceptionnel ou que sa mise en œuvre serait en l'espèce contraire à l'ordre public.

II. — Définition des clauses de dommages-intérêts liquidatoires et des clauses pénales

7. Afin de déterminer le champ qui pourrait être celui de règles communes, il est nécessaire d'examiner les rapports existant entre les clauses de dommages-intérêts liquidatoires et les clauses pénales courantes décrites ci-dessus et les autres clauses contractuelles qui, bien que de forme différente, se rapprochent néanmoins des premières quand elles répondent au même objet.

A. — CLAUSES INSTITUANT DES OBLIGATIONS ALTERNATIVES

8. Ces clauses prévoient que l'obligation pourra être exécutée selon différentes modalités. Cependant, une clause qui fixerait le prix de marchandises à 100 dollars payables au 1^{er} janvier mais donnerait la possibilité d'opter pour un paiement de 200 dollars au 1^{er} février pourrait être interprétée, selon les circonstances, soit comme une authentique obligation alternative, le prix plus élevé traduisant le crédit plus long consenti à l'acheteur, soit comme une clause prévoyant une sanction en cas d'inexécution au 1^{er} janvier.

² CNUDCI, rapport sur la onzième session (A/33/17), par. 67 (*Annuaire* . . . 1978, première partie, II, A).

³ Dans un grand nombre de systèmes juridiques, les clauses imposant une prestation autre que le paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle sont considérées comme des clauses pénales. En outre, l'obligation dont l'inexécution donne lieu au paiement d'une somme d'argent ou à une prestation ne résulte pas nécessairement d'un contrat mais peut être imposée en dehors de tout contrat, par exemple par la loi. Les clauses pénales de ce type ne sont pas examinées ici, car elles ne jouent qu'un rôle limité dans les transactions commerciales internationales.

⁴ La partie tenue de payer des dommages-intérêts liquidatoires ou une pénalité est dénommée ci-après le "débiteur" et la partie ayant droit à ce paiement le "créancier".

⁵ Dans les systèmes issus du droit romain, une clause répondant au premier de ces objectifs ou aux deux à la fois est qualifiée de "clause pénale" et est présumée valable. En *common law*, une clause fixant le montant dû à titre de compensation est qualifiée de "clause de dommages-intérêts liquidatoires" et est présumée valable alors qu'une clause dont l'objet est d'inciter le débiteur à exécuter son obligation est qualifiée de "clause pénale" et est frappée de nullité. Ces divergences seront examinées par la suite et l'emploi, au stade actuel, de l'expression "clause pénale" n'implique aucun jugement quant à la validité ou à la nullité d'une telle clause.

⁶ Eörsi, "Contractual remedies in socialist legal systems", *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. VII, par. 190 ("Voies de recours contractuelles dans les systèmes juridiques socialistes", *Encyclopédie internationale de droit comparé*); Szasz, *A Uniform Law on International Sale of Goods, the CMEA General Conditions*, p. 161 et 163 (Un droit uniforme en matière de vente internationale de marchandises: les Conditions générales du CAEM).

B. — CLAUSES PRÉVOYANT LE PAIEMENT D'UNE SOMME D'ARGENT EN D'AUTRES CIRCONSTANCES QUE L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

9. Des clauses contractuelles peuvent prévoir le paiement de sommes d'argent en d'autres circonstances que la rupture du contrat, par exemple lorsque celui qui s'est engagé exerce son droit de résilier le contrat. Bien que ces clauses apparaissent, à l'analyse, distinctes des clauses de dommages-intérêts liquidatoires ou des clauses pénales qui imposent le paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution, elles peuvent répondre au même objet, par exemple lorsqu'un paiement est stipulé en cas de révocation, dissuader les parties de résilier le contrat ou réparer le préjudice découlant de cette résiliation.

C. — CLAUSES STIPULANT DES PAIEMENTS ACCÉLÉRÉS

10. Les contrats commerciaux prévoient parfois le paiement d'une somme par versements échelonnés. Ils peuvent également stipuler qu'au cas où interviendrait même un seul défaut de paiement tous les versements non réglés deviennent immédiatement exigibles. Bien que l'obligation ainsi créée n'impose pas le paiement d'une somme supérieure à celle due à l'origine, la charge financière plus lourde que constitue le fait de devoir effectuer tous les versements en une seule fois exerce certainement un effet de dissuasion.

D. — CLAUSES DE DÉBIT

11. Alors que les clauses de dommages-intérêts liquidatoires ou les clauses pénales stipulent le paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution, les clauses de dédit prévoient que les sommes versées par une partie avant qu'elle ne manque à ses obligations (par exemple à titre d'acompte ou de dépôt) sont perdues par celle-ci en cas d'inexécution. Malgré cette distinction, les clauses de dédit peuvent jouer le même rôle que les clauses de dommages-intérêts liquidatoires ou les clauses pénales: dédommager la partie qui s'est acquittée de ses obligations ou inciter la partie qui devra subir le dédit à ne pas manquer à ses obligations, ou les deux à la fois.

E. — CLAUSES LIMITATIVES DE RESPONSABILITÉ

12. Une clause limitative de responsabilité fixe un maximum à la réparation due si la responsabilité est établie, mais pas de minimum. Le demandeur doit établir le montant de son préjudice et n'obtient réparation qu'à concurrence de ce montant, dans les limites du maximum prévu. S'agissant des clauses de dommages-intérêts liquidatoires ou des clauses pénales, seul en général le montant exact stipulé peut être recouvré, sans qu'il soit nécessaire d'apporter la preuve du préjudice. Dans la mesure où seul le montant exact stipulé peut être recouvré, ces clauses fonctionnent comme une clause limitative de responsabilité.

III. — Quelques traits communs des règles auxquelles obéissent les clauses de dommages-intérêts liquidatoires et les clauses pénales

A. — CARACTÈRE ACCESSOIRE DES CLAUSES DE DOMMAGES-INTÉRÊTS LIQUIDATOIRES ET DES CLAUSES PÉNALES

13. En général, les dommages-intérêts liquidatoires ou les pénalités ne sont dus que si l'inexécution de l'obligation principale engage la responsabilité du débiteur. Il arrive parfois que cela ne soit pas le cas, par exemple parce que l'obligation principale est nulle ou qu'il est possible de justifier valablement l'inexécution par la force majeure ou l'absence de toute faute, ou par le fait qu'il n'a pas été procédé, comme cela était obligatoire, à une mise en demeure ou autre notification. Etant donné que l'objet des clauses de dommages-intérêts liquidatoires ou des clauses pénales est d'assurer une réparation ou d'imposer une sanction en cas de manquement à l'obligation principale, aucuns dommages-intérêts liquidatoires ou pénalités ne sont dus lorsqu'il n'y a pas de manquement. Cependant, certaines législations autorisent les parties à prévoir, par accord exprès, le paiement de la pénalité même lorsque l'inexécution de l'obligation principale n'engage pas la responsabilité du débiteur, par exemple parce que l'obligation est nulle ou en cas de force majeure ou en l'absence de faute.

B. — RÈGLES SPÉCIALES VISANT À PRÉVENIR LES ABUS

14. Il existe, dans un grand nombre de systèmes juridiques, des règles spéciales dont l'objet est d'empêcher que les clauses de dommages-intérêts liquidatoires ou les clauses pénales ne soient utilisées pour abuser de la partie la plus faible dans certaines transactions; ces règles jouent, par exemple, dans les contrats de travail, en faveur du salarié, dans les contrats de prêt, en faveur du débiteur et dans les baux ruraux ou d'habitation, en faveur du locataire. Il n'est pas possible d'harmoniser ces règles spéciales car elles trouvent leur origine dans les conditions et politiques particulières propres à chaque pays et en conséquence il y a lieu d'exclure ces transactions du champ de toutes règles uniformes⁷.

IV. — Différences essentielles entre la *common law* et les systèmes juridiques issus du droit romain en matière de clauses de dommages-intérêts liquidatoires et de clauses pénales

15. En *common law*, les clauses de dommages-intérêts liquidatoires, c'est-à-dire les clauses par lesquelles les parties s'efforcent, au moment de la conclusion du contrat, de fixer le montant de la réparation due en cas de

⁷ Les règles communes relatives aux clauses de dommages-intérêts liquidatoires et aux clauses pénales adoptées par le Conseil de l'Europe figurent en annexe à la résolution 78 (3) relative aux clauses pénales en droit civil adoptée par le Comité des ministres le 20 janvier 1978. A propos de cette question, l'article 8 des règles communes dispose:

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

contravention audit contrat, sont licites à condition de satisfaire à l'une au moins des conditions suivantes: que l'intention réelle des parties ait été de prévoir une réparation et non pas une sanction en cas d'inexécution; que le montant stipulé constitue une préévaluation raisonnable du préjudice probable; et qu'il soit impossible ou très difficile de déterminer le montant du préjudice résultant de l'inexécution. Les diverses juridictions attachent une importance variable au non-respect de l'une ou l'autre de ces conditions. Les tribunaux n'ont aucun pouvoir de modifier le montant stipulé dans de telles clauses. A l'inverse, une clause qui cherche, à la place ou en plus des objectifs mentionnés précédemment, à forcer une partie à exécuter son obligation sous la menace d'une sanction en cas d'inexécution est illicite, et la partie qui n'exécute pas son obligation n'est tenue qu'à des dommages-intérêts dans les conditions du droit commun.

16. En revanche, dans les systèmes issus du droit romain, les clauses qui déterminent à l'avance les dommages-intérêts ou cherchent à forcer une partie à exécuter ses obligations, ou qui visent les deux objectifs à la fois, sont en principe valables. Les tribunaux ont le pouvoir de réduire, dans certains cas, la somme stipulée dans une telle clause, par exemple si le montant en est excessif ou si l'obligation a été exécutée en partie.

17. Le caractère tranché de la distinction entre l'invalidité en *common law* des clauses ayant pour objet d'inciter le débiteur à exécuter son obligation et leur validité dans les systèmes juridiques issus du droit romain se trouve quelque peu atténué par les éléments suivants:

a) Il arrive dans les systèmes de droit romain que les clauses pénales ayant pour objet d'inciter à exécuter une obligation soient frappées de nullité pour des motifs d'ordre public, par exemple parce qu'elles sont immorales ou contraires à la bonne foi ou qu'elles entraînent l'enrichissement sans cause d'une des parties. Dans un pays de droit romain⁸, toutes les clauses pénales, qui sont purement coercitives et prévoient donc des amendes privées, sont nulles comme étant contraires à l'ordre public.

b) En *common law*, les dommages-intérêts liquidatoires valablement convenus peuvent être plus élevés que les dommages-intérêts dus normalement en cas d'inexécution. Si le débiteur en prend conscience avant toute contravention, la clause de dommages-intérêts liquidatoires a pour effet de l'inciter à exécuter son obligation. Il en sera de même lorsque le montant des dommages-intérêts susceptibles d'être alloués est incertain et qu'en l'absence d'une clause de dommages-intérêts liquidatoires une partie pourrait être tentée de rompre le contrat en tablant sur ses chances de n'être

condamnée à verser que de faibles dommages-intérêts.

18. Lorsqu'une clause a pour objet premier de limiter la responsabilité en fixant l'indemnité due en cas d'inexécution à un montant inférieur à celui des dommages-intérêts susceptibles d'être alloués, aussi bien la *common law* que les systèmes de droit romain donnent effet à cette clause⁹.

V. — Autres différences que présentent les règles relatives aux clauses de dommages-intérêts libératoires et aux clauses pénales

A. — RAPPORTS ENTRE L'OBTENTION DE LA SOMME CONVENUE ET L'EXÉCUTION EN NATURE

19. En cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse d'une obligation par une partie, la loi autorise dans certains cas l'autre partie à poursuivre l'exécution forcée directe de ladite obligation. Lorsque l'exécution en nature est possible, la question des rapports entre celle-ci et l'obtention des dommages-intérêts liquidatoires convenus ou d'une pénalité se pose. Les solutions diffèrent selon la nature de la contravention au contrat qui donne lieu au versement de la somme stipulée.

a) *La somme stipulée est due en cas d'inexécution totale d'une obligation*

20. En *common law*, le créancier peut obtenir, soit l'exécution en nature, soit des dommages-intérêts liquidatoires, mais pas les deux à la fois. De même, dans certains systèmes juridiques issus du droit romain, le créancier peut réclamer soit l'exécution, soit la peine, mais pas les deux à la fois. Toutefois, dans d'autres systèmes juridiques issus du droit romain, cette règle vaut en l'absence de convention entre les parties, mais celles-ci peuvent toujours convenir que le créancier pourra poursuivre à la fois la peine et l'exécution de l'obligation.

b) *La somme stipulée est due en cas d'exécution défectueuse*

i) *La somme stipulée est due en cas d'exécution tardive*

21. Tous les systèmes juridiques issus du droit romain autorisent le créancier, en cas d'exécution tardive, à réclamer à la fois la pénalité stipulée et l'exécution de l'obligation. De même en *common law*, le créancier peut obtenir, en cas de retard dans l'exécution, à la fois l'exécution en nature et les dommages-intérêts liquidatoires dus à ce titre.

ii) *La pénalité est due en cas d'exécution défectueuse d'un autre type*

22. Certains systèmes de droit romain prévoient qu'en ce cas le créancier peut réclamer à la fois l'exécution correcte de l'obligation et la pénalité. Dans d'autres

⁸ En Belgique, où le Code civil français est en vigueur, mais sans l'amendement apporté aux dispositions relatives aux clauses pénales par la loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, les tribunaux considèrent que seules les clauses qui stipulent une réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution constituent des clauses pénales régies par les dispositions du Code civil, qui prévoient notamment que la somme stipulée dans la clause ne peut être augmentée ni réduite. Voir le mémorandum relatif à la clause pénale en droit belge établi par le Ministère de la justice à l'intention du Comité d'experts des clauses pénales du Conseil de l'Europe, document EXP/Clauses pénales (75)1.

⁹ Dans aucun des deux systèmes ne serait admise la validité d'une clause qui dérogerait à une loi d'ordre public prohibant la limitation de responsabilité. Il existe d'autres exceptions, par exemple, aux termes de l'article 2-302 du Uniform Commercial Code, une telle clause peut être frappée de nullité si elle est abusive, et en droit français, la limitation ne s'applique pas si la partie qui a rompu le contrat s'est rendue coupable de dol ou d'une faute lourde.

systèmes de droit romain, il n'est possible de réclamer à la fois l'exécution correcte et la pénalité stipulée que si les parties en sont ainsi convenues. Dans d'autres systèmes de droit romain encore, seule l'une de ces sanctions peut être réclamée. C'est cette solution que retient également la *common law*.

B. — RAPPORTS ENTRE L'OBTENTION DE LA SOMME STIPULÉE ET L'OBTENTION DE DOMMAGES-INTÉRÊTS

23. Comme l'un des objets des clauses prévoyant le paiement d'une somme convenue est d'éviter les difficultés que soulève l'évaluation des dommages-intérêts, la *common law* et la plupart des systèmes de droit romain ne permettent pas au créancier, lorsque les dommages-intérêts pouvant être obtenus dans les conditions du droit commun sont supérieurs à la somme convenue, de renoncer à la somme convenue et de réclamer des dommages-intérêts. Le débiteur ne peut pas davantage, lorsque le montant susceptible d'être alloué à titre de dommages-intérêts ordinaires est inférieur à la somme convenue, opposer qu'il n'est tenu qu'aux dommages-intérêts ordinaires. Il existe toutefois des exceptions:

a) Certains systèmes juridiques issus du droit romain prévoient que, lorsque son préjudice est supérieur à la somme convenue, le créancier peut obtenir des dommages-intérêts à raison du préjudice subi s'il peut apporter la preuve que la contravention au contrat résulte d'une faute ou d'un dol;

b) Certains systèmes juridiques de droit romain prévoient que, lorsque son préjudice est supérieur à la somme convenue, le créancier peut obtenir des dommages-intérêts à raison du préjudice subi si les parties en sont ainsi convenues;

c) Certains systèmes juridiques de droit romain prévoient que, lorsque son préjudice est supérieur à la somme convenue, le créancier peut obtenir des dommages-intérêts à raison du préjudice subi, à moins que les parties n'en soient convenues autrement;

d) Certains systèmes juridiques de droit romain prévoient que la somme convenue n'est pas due si le débiteur apporte la preuve que le créancier n'a subi aucun préjudice;

e) En *common law*, le fait que la contravention au contrat n'ait entraîné aucun préjudice ou presque n'empêche pas, en principe, le créancier d'obtenir la totalité de la somme convenue à titre de dommages-intérêts liquidatoires mais, en pratique, les tribunaux tendent, en de tels cas, à considérer que la clause ne contient pas une réelle préévaluation du préjudice éventuel et qu'elle est donc nulle.

C. — RÉDUCTION OU AUGMENTATION PAR LES TRIBUNAUX DES DOMMAGES-INTÉRÊTS LIQUIDATOIRES OU DES PÉNALITÉS

Réduction

24. En *common law*, un tribunal n'a pas le pouvoir de réduire une somme valablement convenue à titre de

dommages-intérêts liquidatoires. A l'inverse, la plupart des systèmes juridiques de droit romain reconnaissent aux tribunaux le pouvoir de réduire les pénalités, mais l'étendue de ce pouvoir diffère d'un système à l'autre. Au nombre des principaux motifs sur lesquels les tribunaux se fondent pour réduire les pénalités, on peut citer les suivants:

- a) Si le débiteur a exécuté en partie son obligation;
- b) Si la pénalité est trop élevée, ou excessive, ou manifestement excessive;
- c) Si la pénalité est abusive ou contraire à l'équité.

25. Dans la plupart des systèmes juridiques permettant une telle réduction, les critères à appliquer en vue de déterminer si, par exemple, l'exécution partielle justifie une réduction ou si la pénalité est manifestement excessive ou abusive ne sont pas précisés. On peut citer parmi les principaux critères qu'appliquent les tribunaux pour déterminer si une réduction est justifiée:

- a) La mesure dans laquelle le créancier a tiré profit de l'exécution partielle de l'obligation;
- b) L'existence d'une disproportion entre le montant de la pénalité et la valeur du préjudice réellement subi ou le montant de l'indemnité due à titre de compensation au préjudice. Ce critère reçoit une large application;
- c) La bonne ou mauvaise foi du débiteur, ou l'étendue de sa responsabilité dans la contravention au contrat;
- d) La conduite fautive du créancier, tel que le fait qu'il n'ait pas cherché à atténuer son préjudice, ce qui peut avoir contribué à l'aggraver;
- e) La mesure dans laquelle le débiteur s'est enrichi en contrevenant au contrat;
- f) La situation financière du débiteur et l'incidence qu'aurait sur cette situation le paiement de la pénalité;
- g) Tous les intérêts légitimes qu'a le créancier au paiement de la pénalité.

26. Dans certains systèmes juridiques issus du droit romain, le tribunal ne peut réduire la pénalité que s'il est saisi par le débiteur d'une demande en ce sens. Dans d'autres systèmes, le tribunal a le pouvoir de réduire d'office la somme stipulée dans la clause pénale.

27. Dans certains systèmes juridiques, les parties peuvent convenir d'exclure toute réduction. Certains systèmes excluent également toute réduction si le paiement de la pénalité est déjà intervenu. Certains systèmes excluent également toute réduction lorsque il est stipulé que la pénalité est due par un commerçant dans le cadre d'une transaction commerciale, ou si la clause pénale se rattache à une transaction commerciale entre commerçants.

Limitation du montant de la pénalité

28. Certains systèmes juridiques exercent un contrôle sur le montant de la pénalité en prévoyant que sa valeur ne peut être supérieure à la valeur de l'obligation principale dont elle sanctionne l'inexécution.

Augmentation

29. Ni la *common law*, ni les systèmes juridiques issus du droit romain ne reconnaissent aux tribunaux le pouvoir d'augmenter les dommages-intérêts liquidatoires ou les pénalités. Toutefois, un système juridique de droit romain au moins permet d'augmenter une pénalité si la somme convenue est manifestement dérisoire. Il semble que plusieurs des critères appliqués pour déterminer si une pénalité doit être réduite pourraient l'être également pour déterminer s'il y a lieu de l'augmenter, par exemple l'existence d'une disproportion entre le montant de la pénalité et la valeur du préjudice subi, la bonne ou mauvaise foi du débiteur, et l'étendue de sa responsabilité dans l'inexécution de l'obligation.

VI. — Les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales dans les contrats commerciaux internationaux

A. — CONDITIONS GÉNÉRALES ET CONTRATS

30. Pour déterminer la nature et l'importance de l'utilisation des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales dans les contrats commerciaux internationaux, on a procédé à une analyse d'une sélection représentative de conditions générales et de contrats choisis dans la collection du Secrétariat. Cette analyse a fait ressortir les éléments suivants:

31. *Nombre total de conditions générales et de contrats examinés*

Conditions générales et contrats comportant des clauses de dommages-intérêts libératoires ou des clauses pénales.	79
Conditions générales et contrats ne comportant pas de clauses de dommages-intérêts libératoires ou de clauses pénales	88
<i>Total</i>	167

32. *Analyse des conditions générales et des contrats comportant des clauses de dommages-intérêts libératoires ou des clauses pénales*

Types de contrats examinés: vente, 71; fourniture de matériel et de services, 5; prêt, 2; transport, 1.

Nature des marchandises faisant l'objet des contrats de vente: produits végétaux primaires (par exemple: jute, caoutchouc, fibres); produits alimentaires primaires (par exemple: cacao); huiles d'origine végétale (huile de coprah); céréales, légumes, cuirs et peaux, textiles et produits manufacturés.

Nature de la contravention sanctionnée par des dommages-intérêts libératoires ou des amendes et nombre de clauses de dommages-intérêts libératoires ou de clauses pénales pour chaque type de contravention¹⁰

Retard dans la délivrance des marchandises par le vendeur	24
Retard dans le paiement par l'acheteur	24
Retard dans l'expédition par le vendeur	11
Diminution du prix en raison d'un vice des marchandises	10
Retard dans le retrait des marchandises par l'acheteur	5
Non-respect des normes garanties	4
Non-délivrance des marchandises	4
Non-respect par l'acheteur de l'interdiction d'exporter les marchandises hors du pays de destination	3

¹⁰ Beaucoup de contrats comportaient plus d'un type de clauses de dommages-intérêts libératoires ou de clauses pénales.

Toute forme de contravention	3
Retard dans la remise des documents techniques.	2
Non-paiement du prix	2
Paiement par l'emprunteur avant la date de remboursement stipulée.	1
Défaut de présentation des documents	1
Défaut d'expédition par le vendeur	1
Retard dans le retrait par l'acheteur des documents présentés par le vendeur	1
Paiement par l'acheteur non conforme aux instructions	1
<i>Méthodes appliquées pour déterminer le montant des dommages-intérêts libératoires ou de la pénalité, et fréquence desdites méthodes</i>	
Par référence à un pourcentage du prix des marchandises et à un autre élément, par exemple l'importance du retard, le degré de non-conformité aux normes convenues.	29
Par référence à un pourcentage du paiement exigible et à un autre élément, par exemple l'importance du retard de paiement	18
Par référence à un pourcentage de la valeur des marchandises dont la délivrance est retardée et à l'importance du retard	15
Montant de la pénalité non déterminé dans la formule de contrat, à fixer par les parties	9
Par référence au taux d'intérêt applicable aux paiements tardifs dans un pays donné et à l'importance du retard	8
Par référence au poids ou à la quantité des marchandises, et à l'importance du retard	4
Par référence à un pourcentage du coût des marchandises défectueuses et au degré de non-conformité aux normes convenues	4
Par référence à un pourcentage de la différence entre le prix de marché et le prix prévu au contrat	2
Par référence à une somme qui, si elle n'était pas payée, permettrait à la partie en défaut de tirer un profit du manquement à son obligation	1
<i>Origine géographique de l'organisme ayant établi les conditions générales ou le contrat</i>	
Pays en développement d'Asie et d'Afrique	7
Pays socialistes d'Europe de l'Est	30
Europe de l'Ouest et Etats-Unis d'Amérique	31
Organisations internationales.	11

33. *Analyse des conditions générales et des contrats ne comportant pas de clauses de dommages-intérêts libératoires ou de clauses pénales*

Types de contrats examinés: vente, 75; accord de concession, 6; louage de services, 4; représentation, 1.

Nature des marchandises faisant l'objet des contrats de vente: produits végétaux primaires (coton, bois); produits alimentaires primaires (thé, cacao, café); huiles d'origine végétale; céréales; légumes; cuirs et peaux; produits manufacturés, huiles d'origine animale; produits chimiques et fruits.

Origine géographique de l'organisme ayant établi les conditions générales ou le contrat

Pays en développement d'Asie et d'Afrique	15
Pays socialistes d'Europe de l'Est	8
Europe de l'Ouest et Etats-Unis d'Amérique	54
Organisations internationales.	9
Conjointement par un organisme d'Europe de l'Ouest et un organisme d'un pays socialiste d'Europe de l'Est.	2

34. Pour la grande majorité des documents examinés, il s'agissait de conditions générales ou de contrats types en blanc. Il n'est pas possible de tirer de conclusions bien arrêtées des clauses figurant dans de tels documents car ces clauses sont susceptibles d'être modifiées ou rejetées avant la conclusion du contrat. Cependant, elles sont représentatives du type de clauses que les rédacteurs

souhaiteraient inclure dans le contrat. La prédominance des contrats de vente dans l'échantillon traduit à la fois la composition actuelle de la collection du Secrétariat¹¹ et la fréquence de la vente comme transaction commerciale internationale.

35. Environ la moitié des documents examinés comportait des clauses de dommages-intérêts libératoires ou des clauses pénales. Comme les documents de vente comportant de telles clauses et ceux n'en comportant pas concernaient en général les mêmes produits, il ne semble pas qu'il existe de corrélation particulière entre le commerce d'un produit donné et le recours à de telles clauses. Certains des documents ne comportant pas de telles clauses prévoyaient que le droit applicable au contrat serait la *common law*. Dans de tels cas, la seule conclusion possible était que les parties n'avaient pas souhaité évaluer à l'avance les dommages-intérêts car elles ne pouvaient inclure, même si elles l'avaient jugé souhaitable, des clauses dont l'objet est d'inciter le débiteur à exécuter son obligation, en raison de leur nullité.

36. Lorsqu'on était en présence d'une clause de dommages-intérêts libératoires ou d'une clause pénale, on pouvait en conclure sans risque d'erreur que les parties avaient souhaité fixer à l'avance le montant de l'indemnité qui pourrait être due. En général, toutefois, il n'a pas été possible de déterminer si le créancier cherchait en outre à contraindre le débiteur à exécuter son obligation, car il est difficile de déterminer si un montant stipulé a un effet coercitif quand on ne connaît pas l'économie probable qu'entraîne pour une partie en défaut le manquement à ses obligations.

37. La contravention la plus souvent sanctionnée par une pénalité était le retard dans l'exécution. Cela peut s'expliquer par la fréquence avec laquelle un tel retard se produit ainsi que par l'intérêt qu'il y a à fixer à l'avance la compensation due et à inciter le débiteur à exécuter son obligation en temps voulu. Par ailleurs, on a adopté des méthodes de calcul de la somme convenue, par exemple un pourcentage de la valeur des marchandises dont la délivrance est retardée ou un intérêt sur la somme non payée jusqu'à concurrence d'un certain plafond, ce qui, dans une grande mesure, doit permettre d'éviter que la somme stipulée ne soit frappée de nullité au motif qu'elle constitue une sanction pénale, ou réduite parce qu'elle est excessive. A l'inverse, le vice des marchandises n'est que rarement sanctionné. Cela peut s'expliquer par la difficulté de prévoir à l'avance le genre de vice susceptible de se produire ou l'importance du préjudice pouvant en résulter.

38. Les méthodes de calcul de la somme due peuvent être très simples, par exemple un pourcentage du montant à acquitter, ou plus complexes, et nécessitant un arbitrage pour en déterminer le montant, par exemple un pourcentage de la valeur des marchandises non conformes aux normes garanties, ce pourcentage variant en fonction du degré de non-conformité. Néanmoins, les dépenses qu'entraînerait même l'application des méthodes les plus complexes seraient probablement inférieures à celles que

requerrait l'évaluation des dommages-intérêts dans les conditions du droit commun.

39. Les économies résultant normalement de l'utilisation de clauses de dommages-intérêts libératoires ou de clauses pénales étaient fréquemment réduites à néant par d'autres dispositions, prévoyant par exemple que la somme convenue n'était due que si on apportait la preuve d'un préjudice effectif, ou qu'un créancier avait droit à des dommages-intérêts en plus de la somme convenue. De telles dispositions témoignaient d'un déséquilibre dans la formulation au profit de la partie ayant rédigé la clause. L'exigence d'une preuve du préjudice effectif comme condition préalable à la réparation était insérée dans une clause dont le débiteur était le rédacteur. Le contrat prévoyant la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts à titre de sanction supplémentaire avait été rédigé par le créancier.

40. On a examiné tout particulièrement une sélection des conditions générales établies sous les auspices de la Commission économique pour l'Europe¹², car ces conditions générales s'appliquent que le contrat soit régi par la *common law* ou par un droit issu du droit romain. Tandis que plusieurs de ces conditions générales prévoient le paiement d'intérêts en cas de retard de paiement, ou une réduction du prix en cas de retard dans l'achèvement ou dans la délivrance, le taux d'intérêt ou le montant de la réduction du prix doivent être fixés par les parties. Les parties sont donc libres de stipuler un taux ou un montant qui, soit ne constitue qu'une préévaluation de l'indemnité due en cas de préjudice, soit vise en plus à inciter les contractants à exécuter leurs obligations.

B. — CONDITIONS GÉNÉRALES DE FOURNITURE 1968-1975 DU CONSEIL D'ASSISTANCE ÉCONOMIQUE MUTUELLE

a) *Domaines dans lesquels les Conditions générales imposent des pénalités faisant l'objet de prescriptions détaillées*

41. Des pénalités sont prévues et font l'objet de prescriptions détaillées dans les cas suivants de retard dans l'exécution d'une obligation par le vendeur: retard dans la délivrance des marchandises¹³, retard dans la présentation de la documentation technique nécessaire au fonctionnement des biens d'équipement¹⁴, retard dans la

¹² L'examen a porté sur les 10 Conditions générales suivantes: Contrat pour la vente des céréales, n° 5A; Conditions générales pour la fourniture à l'exportation des matériels d'équipement, n° 188; Conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipement à l'étranger, n° 188 D; Conditions générales pour l'exportation et l'importation des sciages résineux, n° 410; Conditions générales pour l'exportation et l'importation de grumes feuillues et de sciages feuillus de la zone tempérée, n° 420; Conditions générales pour la fourniture à l'exportation des matériels d'équipement, n° 574; Conditions générales pour la fourniture et le montage des matériels d'équipement à l'importation et à l'exportation, n° 574 A; Conditions générales pour le montage à l'étranger des matériels d'équipement, n° 547 D; Conditions générales de vente à l'importation et à l'exportation de biens de consommation durables et d'autres produits des industries mécaniques fabriqués en série, n° 730; et Conditions générales de la vente de fruits secs (entiers et décortiqués) et de fruits séchés.

¹³ Art. 83, al. 1, des Conditions générales.

¹⁴ Art. 84, al. 1.

¹¹ On s'efforce actuellement de diversifier cette collection.

correction des vices demandée par l'acheteur¹⁵, et retard dans la notification à l'acheteur d'une expédition déjà intervenue¹⁶. Une pénalité est également prévue en cas de retard dans l'ouverture d'une lettre de crédit par l'acheteur¹⁷ et en considération du délai s'écoulant entre le refus de l'acheteur d'accepter la délivrance de lots de marchandises défectueux et la reprise de la délivrance de marchandises en bonne condition¹⁸. Dans tous ces cas, les Conditions générales fixent le montant de la pénalité par référence à l'importance du retard ainsi qu'à un critère supplémentaire, par exemple dans le cas d'un retard dans la délivrance des marchandises, la valeur de ces marchandises¹⁹. Lorsque ce montant est fixé par les Conditions générales ou par un accord bilatéral, il ne peut être réduit par un tribunal arbitral²⁰. Les montants fixés par contrat peuvent être réduits si l'absence de coopération ou la conduite illicite du créancier ont contribué au manquement du débiteur à son obligation²¹. A mesure que le retard s'accroît, la pénalité augmente, dans la limite du maximum stipulé²². Il est possible de réclamer la pénalité en plus de l'exécution correcte. Si le contrat, un accord bilatéral ou les conditions générales n'instituent pas de pénalité en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse de l'obligation, le débiteur est tenu de réparer le préjudice subi de ce fait par le créancier²³.

b) *Domaines dans lesquels les parties ont le droit d'imposer des pénalités*

42. Les parties ont le droit d'imposer des pénalités et d'en fixer le montant en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse²⁴. Le montant stipulé dans le contrat peut être réduit pour les motifs mentionnés précédemment²⁵. Il est possible de réclamer la pénalité en plus de l'exécution correcte.

43. Les pénalités prévues dans les Conditions générales visent plusieurs objectifs: inciter à l'exécution et permettre d'obtenir une compensation déterminée de façon certaine, en fixant un montant approprié; éliminer les pénalités excessives, en imposant un plafond; et éliminer les dépenses qu'entraîne l'évaluation des dommages-intérêts. Lorsque les parties choisissent d'instituer des pénalités, les dépenses qu'entraîne l'évaluation des dommages-intérêts sont éliminées et le caractère certain de la réparation est renforcé par la limitation du nombre des motifs pour lesquels les pénalités peuvent être réduites.

44. Il convient de noter, lorsqu'on cherche à déterminer si les dispositions "pénales" des Conditions

générales peuvent constituer un modèle pour l'unification, que les Conditions générales fonctionnent dans le cadre d'un groupe de pays à économie planifiée pratiquant une étroite coopération économique. Cela facilite l'accord sur les questions de principe telles que la nécessité d'inciter à l'exécution du contrat, le montant souhaitable des pénalités, l'exclusion des dommages-intérêts comme moyen de réparation et les motifs valables de réduction des pénalités.

VII. — Possibilités d'unification

45. On peut résumer ainsi les facteurs qui s'opposent à un recours plus large aux clauses de dommages-intérêts libératoires et aux clauses pénales:

a) Les clauses dont l'objet est d'inciter le débiteur à exécuter son obligation sont en principe licites dans la plupart des systèmes juridiques issus du droit romain alors qu'elles sont nulles en *common law*²⁶;

b) Un montant valablement convenu peut être modifié dans les systèmes juridiques issus du droit romain mais non en *common law*²⁷;

c) Dans les systèmes issus du droit romain, les motifs d'ordre public pour lesquels les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales peuvent être frappées de nullité sont différents d'un pays à l'autre²⁸;

d) Dans les systèmes juridiques issus du droit romain, la possibilité d'obtenir d'autres sanctions en plus de la somme stipulée n'est pas partout reconnue au même degré²⁹;

e) Dans les systèmes juridiques issus du droit romain, les critères adoptés pour déterminer les possibilités et l'importance de la réduction d'une somme convenue ne sont pas uniformes³⁰;

f) La définition des clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales reste imprécise³¹.

46. Le choix exprès de la loi applicable au contrat permettrait d'atténuer ces incertitudes lorsque la *lex fori* admet que c'est la loi choisie qui doit être appliquée pour déterminer les effets de telles clauses et qu'elle n'impose pas ses propres règles en se fondant sur l'ordre public. Cependant, il peut se faire que les parties n'aient pas fait de choix exprès ou que, même si elles l'ont fait, la *lex fori* reste indéterminée.

A. — DIVERGENCES DE FOND ENTRE LA *COMMON LAW* ET LES DROITS ISSUS DU DROIT ROMAIN QUI DEVRONT ÊTRE CONCILIÉES.

47. Les divergences existant entre la *common law* et la plupart des systèmes juridiques issus du droit romain constituent l'obstacle le plus sérieux à l'unification. La règle de *common law* qui interdit de poursuivre la pénalité stipulée en vue d'inciter à l'exécution de l'obligation

¹⁵ Art. 75, al. 4.

¹⁶ Art. 87. La même pénalité est due en cas de défaut de notification.

¹⁷ Art. 67.

¹⁸ Art. 80, al. 3.

¹⁹ Art. 83, al. 1.

²⁰ Art. 67 B, al. 3.

²¹ Art. 67 B, al. 4.

²² Art. 83, al. 3.

²³ Art. 67 C. En outre, dans le cas où la délivrance doit intervenir dans un délai stipulé et que, soit la délivrance n'a pas été effectuée dans ce délai, soit les vices des marchandises n'ont pas été corrigés, soit il n'a pas été livré de marchandises non défectueuses dans le délai prévu, l'acheteur a le choix entre demander la pénalité stipulée ou réclamer réparation du préjudice subi, à moins qu'il n'en ait été convenu autrement dans un accord bilatéral ou dans le contrat (art. 77, al. 1, et art. 86, al. 2).

²⁴ Art. 67 B, al. 1.

²⁵ Art. 67, B, al. 4.

²⁶ Voir chap. IV ci-dessus.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir chap. V ci-dessus.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Voir chap. II ci-dessus.

paraît fondée sur l'idée que la sanction appropriée en cas de contravention au contrat est le paiement de dommages-intérêts en réparation du préjudice causé de ce fait. La nécessité d'inciter à l'exécution de l'obligation est considérée comme suffisamment satisfaite par l'effet coercitif qu'a l'allocation prévisible de dommages-intérêts. Autoriser le recours aux pénalités comme moyen d'inciter à l'exécution est considéré comme susceptible de conduire à des abus de la part des parties contractantes économiquement plus fortes. Le refus des moyens permettant de contraindre à l'exécution témoigne peut-être aussi du refus de la *common law* d'ordonner l'exécution en nature, sauf dans des circonstances exceptionnelles. La validité des conventions dont l'objet véritable est de déterminer l'indemnité due en cas de rupture du contrat, même lorsqu'il apparaît après la rupture du contrat que le montant convenu est supérieur ou inférieur au montant qui aurait pu normalement être obtenu, se justifie par les avantages que présentent de telles conventions ainsi que par la légitimité de leur objet.

48. Les critiques adressées à la *common law* sont principalement fondées sur le fait que, dans de nombreux cas, il serait souhaitable de pouvoir disposer de moyens de contrainte plus efficaces que la perspective d'une allocation de dommages-intérêts. Les critiques portent également sur l'incertitude régnant quant à la validité ou à la nullité des conventions fixant les dommages-intérêts³², les dépenses qu'entraîne la recherche d'une solution à cette question et, au cas où la convention est frappée de nullité, les dépenses alors nécessaires pour déterminer le montant des dommages-intérêts.

49. On fait valoir, à l'appui de la solution retenue par les systèmes issus du droit romain, qu'il est nécessaire dans de nombreux cas de veiller à l'exécution en raison du montant insuffisant des dommages-intérêts. Les pénalités coercitives étant instituées par convention, leur application ne fait que donner effet à la volonté des parties. Le pouvoir reconnu aux tribunaux de réduire les pénalités excessives permet de limiter les abus. Cependant, l'incertitude et les dépenses qui découlent de la possibilité que la somme convenue soit réduite par les tribunaux ainsi que le manque de clarté des critères adoptés pour déterminer l'importance de la réduction, font l'objet de critiques³³.

³² L'*Indian Contract Act* de 1872 et le *Cyprus Law of Contract* de 1930 qui est modelé sur l'*Indian Act* rejettent tous deux, bien que fondés sur la *common law*, la distinction entre les dommages-intérêts libératoires qui seraient valables et les pénalités qui seraient frappées de nullité. L'article 74 de l'*Indian Act* dispose:

"1) En cas de rupture d'un contrat, si le contrat fait mention d'une somme devant être payée en ce cas, ou si le contrat contient toute autre stipulation en matière de pénalité, la partie lésée par la rupture aura droit, sans qu'il lui soit nécessaire d'apporter la preuve qu'un préjudice ou une perte ont été effectivement causés de ce fait, à un dédommagement raisonnable de la part de la partie qui a rompu le contrat, dédommagement dont le montant ne sera pas supérieur à la somme mentionnée, ou, le cas échéant, à la pénalité stipulée."

³³ Dans le cadre de l'harmonisation tentée par le Conseil de l'Europe dans sa résolution (78)3 adoptée par le Comité des ministres, la validité d'une pénalité ayant le caractère de sanction est admise. La résolution recommande l'adoption de la définition suivante:

"Article 1. Est considérée comme clause pénale, pour les besoins de la présente résolution, toute clause figurant dans un contrat selon laquelle le débiteur, s'il n'exécute pas l'obligation principale, sera tenu à titre de *peine* ou d'indemnité au paiement d'une somme d'argent." (Non souligné dans le texte.)

B. — DIVERGENCES DE FOND ENTRE LES DIVERS SYSTÈMES JURIDIQUES ISSUS DU DROIT ROMAIN QUI DEVRONT ÊTRE CONCILIÉES

50. Il apparaît difficile de concilier les divergences touchant aux motifs d'ordre public pour lesquels les clauses pénales sont frappées de nullité car, dans chaque système juridique, les motifs retenus renvoient aux valeurs qui y sont d'une importance particulière. Cependant, l'annulation pour de tels motifs paraît peu fréquente et, dès lors, l'absence d'harmonisation dans ce domaine ne créerait sans doute pas d'incertitude inacceptable³⁴.

51. Les divergences quant à la mesure dans laquelle il est possible d'obtenir, en plus de la somme convenue, d'autres sanctions, traduisent aussi des divergences de fond. Par exemple, les systèmes juridiques qui permettent de poursuivre à la fois le versement de la somme convenue et l'exécution de l'obligation mettent l'accent sur le caractère de sanction de la somme convenue, alors que d'autres systèmes qui n'autorisent que l'un ou l'autre de ces moyens soulignent moins ce caractère³⁵. D'autre part, les systèmes juridiques qui permettent seulement d'obtenir la somme convenue, même si la valeur du préjudice est supérieure à cette somme, mettent l'accent sur l'économie qu'entraîne le fait de ne pas avoir à évaluer l'importance du préjudice subi. D'autres systèmes qui autorisent d'autres moyens de réparation insistent sur l'importance d'une entière réparation³⁶.

52. Les différents critères appliqués pour déterminer si une somme convenue doit être réduite répondent essentiellement à deux objectifs: prévenir l'enrichissement sans cause du créancier, et sanctionner la partie fautive. Le fait de limiter le nombre des motifs de réduction permet de mieux garantir le recouvrement de la somme convenue mais a parfois pour effet d'empêcher une réduction justifiée³⁷.

³⁴ La résolution (78)3 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe ne recommande pas l'harmonisation des motifs d'ordre public.

³⁵ A cet égard, la résolution (78)3 recommande l'adoption des principes suivants:

"Article 2. Le créancier ne peut obtenir à la fois l'exécution, conforme au contrat, de l'obligation principale et la somme stipulée, à moins que cette somme n'ait été convenue pour une exécution tardive. Toute stipulation contraire est nulle."

³⁶ A cet égard, la résolution (78)3 recommande les principes suivants:

"Article 5. Le créancier ne peut obtenir, à la place ou en plus de la somme stipulée, des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation principale."

Cet article n'est pas impératif et les parties peuvent y déroger par convention. Cependant, l'article 6 dispose: "Nonobstant toute stipulation contraire, le créancier ne peut obtenir une somme excédant soit le montant de la clause pénale, soit celui des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation principale."

³⁷ A cet égard, la résolution (78)3 recommande les principes suivants:

"Article 7. La somme stipulée peut être réduite par le juge lorsqu'elle est manifestement excessive. En particulier, la réduction peut se faire quand l'obligation principale a été partiellement exécutée. La somme ne peut être réduite en dessous des dommages et intérêts sanctionnant l'inexécution de l'obligation."

Cependant, il est précisé dans l'exposé des motifs à propos de l'article 7:

"26. Chaque système juridique demeure libre de déterminer dans quelles circonstances précises la somme doit être considérée comme manifestement excessive. Il est néanmoins suggéré aux tribunaux, dans chaque cas d'espèce, de tenir compte d'un certain nombre de facteurs, par exemple:

C. — CHAMP D'APPLICATION DES RÈGLES
UNIFORMES

53. Le champ d'application devra être bien défini et couvrir les formulations des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales couramment utilisées dans le commerce international³⁸.

VIII. — Conclusions

54. Les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales présentent beaucoup d'intérêt et sont largement utilisées. Les arguments qu'on peut invoquer à l'appui d'une unification se fondent sur les avantages qu'il y aurait à leur assurer une meilleure efficacité. Etant donné que les clauses dont l'objet est seulement d'évaluer à l'avance la réparation due sont valables dans tous les systèmes juridiques même si leur régime présente quelques différences, l'unification avait principalement pour but de faire admettre plus largement les clauses dont l'objet est d'inciter à l'exécution. Il est difficile de déterminer si les défaillances dans l'exécution des contrats commerciaux internationaux créent un problème général auquel il serait souhaitable de remédier. On peut toutefois considérer que, quel que soit le droit applicable, les parties contractantes pourraient souhaiter, pour des raisons particulières, avoir la possibilité de recourir, sans que cela crée d'incertitude, à une clause de dommages-intérêts libératoires ou à une clause pénale en vue d'accroître les chances d'exécution.

55. Les systèmes juridiques qui considèrent les clauses ayant pour objet d'inciter à l'exécution comme

(Suite de la note 37)

- "i) le préjudice prévisible au moment de la conclusion du contrat et le préjudice effectivement subi par le créancier;
- "ii) les intérêts légitimes des parties, y compris les intérêts non pécuniaires du créancier;
- "iii) la nature du contrat et les circonstances dans lesquelles il a été conclu, notamment la situation économique et sociale des parties à la date de la conclusion du contrat, ou le fait qu'il s'agisse d'un contrat d'adhésion;
- "iv) la cause de l'inexécution de l'obligation et plus particulièrement la bonne ou la mauvaise foi du débiteur.

"27. Cette liste de facteurs dont il y a lieu de tenir compte ne doit pas être considérée comme exhaustive. Elle n'indique pas non plus un ordre de priorité. Dans l'application, il faut également prendre en considération le droit général des contrats dans l'Etat membre intéressé, qui peut exclure ou limiter la possibilité d'appliquer tel ou tel de ces facteurs."

Une telle conception risque de compromettre de façon inacceptable la sécurité des transactions commerciales.

³⁸ La résolution (78) 3 recommande le champ d'application suivant:

"Article 1. Est considérée comme clause pénale, pour les besoins de la présente résolution, toute clause figurant dans un contrat selon laquelle le débiteur, s'il n'exécute pas l'obligation principale, sera tenu à titre de peine ou d'indemnité au paiement d'une somme d'argent."

Cependant, la résolution, dans le paragraphe 2 de son dispositif, recommande également aux gouvernements "d'examiner dans quelle mesure les principes figurant dans l'annexe peuvent être appliqués, *mutatis mutandis*, à d'autres clauses ayant le même but ou le même effet que les clauses pénales."

inacceptables pour des raisons de principe pourraient peut-être accepter des règles uniformes validant de telles clauses sous certaines conditions. Ces conditions pourraient être de restreindre l'application de ces règles aux contrats internationaux, d'en exclure les contrats conclus par des consommateurs, de continuer à appliquer les règles existantes tendant à protéger la partie contractante la plus faible contre le dol et la contrainte, et surtout de n'appliquer les règles unifiées que si telle est la volonté expresse des parties. L'étude qui précède a également mis en lumière l'existence de divergences de fond sur des questions autres que l'exécution forcée directe, mais ces divergences paraissent plus facilement conciliables.

56. Les avantages des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales précédemment notés valent pour les contrats commerciaux internationaux en général et pas seulement pour les ventes internationales. La formulation des règles unifiées applicables à une large gamme de contrats ne paraît pas susciter de difficultés particulières³⁹.

57. Deux tentatives régionales d'unification des règles relatives aux clauses de dommages-intérêts libératoires et aux clauses pénales ont été faites, l'une par le Conseil interparlementaire consultatif du Benelux⁴⁰ et l'autre par le Conseil de l'Europe⁴¹. Il s'agit dans les deux cas de mettre les droits nationaux applicables à de telles clauses en conformité avec les règles unifiées adoptées. Les Etats adoptant ces règles unifiées jugeront peut-être qu'il leur est possible d'accepter une dérogation limitée à ces règles en faveur de règles unifiées applicables aux contrats commerciaux internationaux.

58. S'agissant des moyens permettant de réaliser l'unification, il est clair qu'il faut envisager un instrument ayant valeur législative car les règles juridiques qu'il convient d'unifier ont un caractère impératif. L'élaboration d'une clause type que pourraient adopter les parties contractantes ne serait pas suffisante. Il est aussi évident que le coût d'une conférence diplomatique, convoquée à seule fin d'adopter une convention contenant des règles uniformes sur ce sujet, serait disproportionné par rapport aux avantages que pourrait procurer l'adoption de telles règles. Une autre possibilité serait d'élaborer une loi type, instituant des règles uniformes qu'adopteraient les Etats. L'élaboration d'une telle loi type pourrait être renvoyée à un groupe de travail des pratiques en matière de contrats internationaux.

³⁹ Aussi bien les règles unifiées du Benelux que celles du Conseil de l'Europe sont applicables à tous les types de contrats.

⁴⁰ Par la Convention du Benelux sur les clauses pénales, signée à La Haye, le 26 novembre 1973. Les parties à cette convention sont la Belgique, le Luxembourg et les Pays-Bas. La Convention n'est pas encore entrée en vigueur.

⁴¹ Par la résolution (78) 3 adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 20 janvier 1978.