

**ETUDE COMPARATIVE DE LA CLAUSE PENALE
EN DROIT CIVIL FRANÇAIS ET EN COMMON LAW**

**Alexandre Demeyere
Institut de droit comparé
Mc Gill University, Montreal
Novembre 1999**

**A thesis submitted to the Faculty of Graduate Studies and Research in partial
fulfilment of the requirements of the degree of Master in Law**

© Alexandre Demeyere 1999



**National Library
of Canada**

**Acquisitions and
Bibliographic Services**

395 Wellington Street
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

**Bibliothèque nationale
du Canada**

**Acquisitions et
services bibliographiques**

395, rue Wellington
Ottawa ON K1A 0N4
Canada

Your file Votre référence

Our file Notre référence

The author has granted a non-exclusive licence allowing the National Library of Canada to reproduce, loan, distribute or sell copies of this thesis in microform, paper or electronic formats.

The author retains ownership of the copyright in this thesis. Neither the thesis nor substantial extracts from it may be printed or otherwise reproduced without the author's permission.

L'auteur a accordé une licence non exclusive permettant à la Bibliothèque nationale du Canada de reproduire, prêter, distribuer ou vendre des copies de cette thèse sous la forme de microfiche/film, de reproduction sur papier ou sur format électronique.

L'auteur conserve la propriété du droit d'auteur qui protège cette thèse. Ni la thèse ni des extraits substantiels de celle-ci ne doivent être imprimés ou autrement reproduits sans son autorisation.

0-612-64268-2

Canada

REMERCIEMENTS

Je tiens à exprimer ma gratitude et mes sincères remerciements à Monsieur le Professeur S. A. Smith, qui a assuré la direction de cette thèse de maîtrise. Je demeure profondément touché par sa constante attention au cours de ce travail. Sa rigueur et ses critiques constructives m'ont beaucoup aidé.

J'aimerais aussi remercier mes parents qui m'ont toujours manifesté leur affection et leur soutien.

Enfin, je tiens particulièrement à saluer respectueusement Monsieur le Professeur Jamin qui a rendu possible cette enrichissante expérience canadienne.

Résumé

Cette thèse a pour objet l'étude comparative de la clause pénale en droit civil français et en common law. Dans un premier temps, nous verrons que cette clause a connu une histoire juridique tourmentée dans ces deux traditions juridiques. Très tôt le droit civil français et la common law s'étant interrogés sur l'attitude à adopter face à un tel mécanisme : la revêtir de la force obligatoire, ou, permettre au juge d'intervenir et de modifier son montant.

Puis l'analyse du régime juridique actuel de cette clause dans les deux systèmes de droit, nous permettra de distinguer leurs différences. Nous insisterons sur la difficulté, tant en common law qu'en droit civil, de définir la notion de clause pénale et de la différencier avec des institutions voisines telle que la clause de dédit.

Enfin, l'évaluation du régime juridique de cette clause, dans chacune des traditions juridiques, nous permettra de soutenir que la solution prônée par le droit civil français est dans la plupart des cas de figures, préférable à la solution actuellement proposée par la common law. Toutefois, estimant que la solution « civiliste » n'est pas parfaite, nous verrons comment chacune des deux traditions juridiques pourrait mutuellement s'enrichir des solutions proposées par l'autre en matière de common law.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to examine, from a comparative perspective, the legal treatment of stipulated damages clauses in the common law and in French civil law. First, we will see that this clause has endured a turbulent legal history in both legal traditions. The French civil law and the common law have reflected at great length on the appropriate legal response to such clauses – essentially, on whether, and if so when such clauses should be enforced or prohibited.

Second, this thesis will analyse the practical roles that these clauses have played in the two legal traditions, which will illuminate further differences between their respective approaches. Emphasis will be placed on the difficult question, which has arisen in both legal systems, of defining the notion of stipulated damages clauses and of differentiating them from other institutions, such as deposit clauses.

Third, the evaluation of these two legal systems will facilitate the contention that the approach of the French civil system is, in most cases, preferable to the solution adopted by the common law. Nevertheless, it will be seen that each legal tradition could benefit considerably from careful examination of the other's treatment of these clauses.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	3
PREMIÈRE PARTIE : LES LEÇONS DE L'HISTOIRE.....	6
<i>Chapitre I Histoire de la clause pénale en Droit civil : une absence de linéarité</i>	6
1 Caractères de la clause pénale en droit romain.....	6
2 La nature juridique de la clause pénale en ancien droit français.....	8
3 Codification et clause pénale : réapparition de la notion de peine privée.....	9
4 La récente contestation du régime de la clause pénale.....	11
5 Réformes de la clause pénale : Lois du 9 juillet 1976 et du 11 octobre 1985.....	13
<i>Chapitre II Généalogie d'un opprobre / Analyse de la mise au banc de la clause pénale par la common law</i>	15
1 Origine des « penal bonds » en common law.....	15
2 Validité des « penal bond » / liberté contractuelle.....	16
3 L'équité, adversaire des « penal bonds ».....	17
4 La distinction entre les« liquidated damages » et les « penalty clauses » ...	19
5 Uniform Commercial Code.....	21
TITRE II CONTRÔLE ET DÉFINITION DES CLAUSES PÉNALES.....	24
<i>Chapitre I Modalités du contrôle des clauses pénales en common law et en droit Civil français</i>	24
1 Distinction entre « liquidated damages » et « penalty clauses » en common law.....	25
(a) les critères de la distinction.....	25
(b) Les conséquences attachées à la qualification de la clause pénale.....	33
2 La révision judiciaire des clauses pénales en droit français.....	34
(a) les conditions de la révision judiciaire.....	34
(b) Les pouvoirs de réfaction du contrat accordés aux juges.....	39
3 Appréciation comparative.....	43
<i>Chapitre II La notion de clause pénale</i>	47
1 Les Frontières de la notion de clause pénale.....	48
2 Esquisse de la notion de clause pénale.....	54
TITRE 3 EVALUATION COMPARATIVE DE LA CLAUSE PÉNALE.....	58
<i>Chapitre I Examen critique de la fonction répressive de la clause pénale</i>	58
(1) Ordre public.....	59
(2) La volonté d'éviter les contrats iniques.....	62
(3) Efficacité économique des « penalty clauses ».....	65
(4) Analyse de la solution civiliste.....	69
<i>Chapitre II Amélioration du régime de la clause pénale</i>	74
(1) Amélioration de la solution civiliste.....	76
(2) Amélioration de la solution adoptée par la common law.....	77
CONCLUSION	80
INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES	84
DROIT FRANÇAIS.....	84
<i>I Ouvrages généraux, traités et manuels</i>	84

<i>II Ouvrages Spéciaux, Thèses et Monographies</i>	85
<i>IV Articles, Chroniques, Rapports</i>	85
<i>V Notes, Observations</i>	87
COMMON LAW.....	88
<i>I Ouvrages généraux, traités et manuels</i>	88
<i>II Articles</i>	89
<i>III Cases</i>	92

INTRODUCTION

Si contracter c'est prévoir, comment gérer le risque de l'inexécution du contrat ?

Parmi les différentes techniques à la disposition des parties contractantes pour prévoir les conséquences du retard dans l'exécution, de la mauvaise exécution, voire de l'inexécution, il est une « institution vieille comme le monde »¹ : la clause pénale. Par cette clause, un contractant s'engage en cas d'inexécution de l'obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages et intérêts une somme forfaitaire.

Le mécanisme de la clause pénale est connu par les deux grandes traditions juridiques occidentales que sont la common law² et le droit civil. L'objet de notre étude sera d'étudier, puis d'évaluer, de façon comparative, le régime juridique de ces clauses en common law et en droit civil français. Afin de ne pas induire en erreur un lecteur de culture juridique anglo-américaine, précisons immédiatement que l'expression clause pénale devra être comprise dans le sens de « stipulated damages ». D'autre part notre étude ne portera pas sur l'ensemble de la common law, pour des raisons de cohérence nous nous concentrerons sur le régime de la clause pénale en droit anglais, et le cas échéant en fonction de leur pertinence nous nous référerons à des arrêts du Privy Council³.

L'intérêt pratique de cette étude est conséquent : ces clauses pénales étant d'un usage généralisé voire tentaculaire, si ces clauses sont extrêmement fréquentes dans les contrats de constructions et de vente, toutes les conventions sont susceptibles d'inclure cette stipulation : contrat de services, de fourniture, de prêt, de licence.... Ces clauses sont très malléables : le mode de calcul et leur déclenchement dépendant entièrement de la volonté des parties. Elles ont également l'avantage de laisser entre les mains des parties, et non du juge, la fixation du montant censé réparer le dû

¹ C. Maruani, *La clause pénale*, Thèse, Paris, 1935, à la page 1.

² S'agissant de l'expression common law, nous emploierons au cours de notre étude le genre féminin, dont l'articulation est à notre sens plus aisée et plus agréable à l'oreille que le masculin. Voir G. Rouhette, *Le genre de common law*, Français juridique et science du droit » Bruxelles, 1995 aux pp. 311-325. ; Contra (arguments en faveur du genre masculin) P. Legrand, « *Pour le common law* » (1992) R. I. D. C., aux pp. 941-947., du même auteur, « *Pour le common law (bis)* » (1998) Mélanges C. Mouly, éd Litec, aux pp. 85-88.

³ Pour plus de détails sur cette institution Voir S. H. Bailey & M. J. Gunn, *Smith & Bailey on the Modern English Legal System*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1991, aux pp. 95-96.

préjudice causé par l'inexécution. Ainsi, dès la formation du contrat les parties connaîtront le prix de la rupture. Ces caractéristiques expliquent la popularité de cette institution tant en common law qu'en droit civil.

Toutefois l'aspect juridique de la clause pénale n'en est pas moins passionnant. En effet, le régime juridique de cette clause déroge au fondement même du droit des contrats tant en common law qu'en droit civil français : le principe du respect de la liberté contractuelle. De plus, ce mécanisme n'a pas eu une existence paisible, cette clause ayant dû s'adapter aux différents courants de pensées qui ont traversé l'histoire (Droit canon, Droit naturel, théorie de l'autonomie de la volonté). L'intérêt pour cette institution dépassa même le cercle restreint des juristes et des hommes d'affaires lorsque Shakespeare l'immortalisa dans « Le Marchand de Venise » où l'usurier Shylock, prêtant trois mille ducats à Antonio fit ajouter au contrat de prêt une clause pénale particulièrement terrifiante :

« If you repay me not on such a day
In such a place, such sum or sum as are
Expressed in the condition, let the forfeit
Be nominated for an equal pound
Of your flesh, to be cut off and taken
In what part of your body pleaseth me »⁴

Nous verrons dans le titre I de cette thèse que l'histoire nous apprend que la common law et le droit civil français se sont très tôt interrogés sur l'attitude à adopter face à une telle clause : laisser primer la volonté des parties et la respecter, ou, permettre au juge d'intervenir et de modifier son montant.

Puis nous observerons dans le titre II que les modalités du contrôle des clauses pénales en droit civil français et en common law diffèrent sensiblement, la common law, dans sa vision traditionnelle ne conférant de force obligatoire qu'aux « liquidated clauses », clauses dont le montant ne dépasse pas « l'authentique pré-estimation du préjudice potentiel au moment de la formation ». Et refusant d'appliquer les autres, qu'elle qualifie de « penalty clauses ». Le droit civil français ne connaît pas une telle distinction, toutefois depuis la loi du 9 juillet 1975, il octroie au juge le pouvoir de

⁴ W. Shakespeare, *The Merchant of Venice*, Signet Classic, Act. 1, Scene 3.

réduire les clauses pénales dont le montant est « manifestement excessif »⁵. L'étude comparative de ces deux mécanismes nous permettra d'affirmer que le droit civil français est beaucoup plus respectueux de la volonté des parties en matière de clause pénale que la common law. Nous nous interrogerons ensuite sur l'épineuse question de la notion de la clause pénale, et de ses frontières pour le moins floues avec des institutions voisines telle que la clause de dédit.

Enfin, dans le titre III, nous évaluerons de façon critique le régime juridique des clauses pénales dans chacune des traditions juridiques. Cette évaluation nous permettra de soutenir que la solution prônée par le droit civil français en matière de clause pénale est, dans la plupart des cas de figures, préférable à la solution actuellement proposée par la common law. Toutefois la solution civiliste n'est pas parfaite et nous verrons quelles améliorations peuvent être apportées à chacune des traditions juridiques afin de maximiser les bénéfices que les contractants, débiteurs et créanciers peuvent retirer de cette honorable institution.

⁵ Précisons que cette étude ne concernera pas l'utilisation des clause pénales en tant que clause limitative de responsabilité.

PREMIERE PARTIE : LES LEÇONS DE L'HISTOIRE

Nous allons tout d'abord examiner l'évolution chaotique de la notion de clause pénale en droit civil (Chapitre I), puis nous nous intéresserons à ce qu'on pourrait appeler la généalogie d'un opprobre : comment la common law a progressivement refusé d'appliquer la clause pénale (Chapitre II).

Chapitre I Histoire de la clause pénale en Droit civil : une absence de linéarité

Les contours et la conception de la nature de la clause pénale en droit civil ont été très mouvants que ce soit en droit romain (1), en Ancien droit français (2). Puis, avec la codification la clause pénale a connu une longue période de stabilité (3) jusqu'à la récente contestation du régime de la clause pénale (4), qui a engendré deux réformes importantes (Loi du 9 juillet 1976 et loi du 11 octobre 1985) donnant au juge le pouvoir de réviser la clause pénale si celle-ci est « manifestement dérisoire ou excessive » (5).

1 Caractères de la clause pénale en droit romain

La clause pénale, alors appelée « stipulatio poenae » a joué un rôle fondamental en droit romain. Elle est apparue en premier lieu sous l'aspect d'un contrat principal conditionnel : « *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes ?* » (si tu ne me donnes pas la propriété de Pamphile, promets-tu de me donner cent ?). La fonction première de la clause pénale à l'époque romaine ne résidait pas dans sa fonction punitive mais dans sa capacité à valider certaines conventions inefficaces en elles-mêmes. En effet, en droit romain les conventions ayant pour objet autre chose que de l'argent (obligation de faire, de ne pas faire ou de donner) n'avaient aucun effet sur le terrain juridique. Seuls les accords portant sur des sommes d'argent se trouvaient sanctionnés par la loi⁶. Ainsi des contractants ingénieux apposèrent une « stipulatio poenae » sur ces conventions ce qui permit de leur donner une pleine

⁶ C. Maruani, *supra* note 1, aux pp. 26 et s.

efficacité juridique. La « stipulatio poenae » fut également utilisée pour parer à la nullité de principe de la stipulation et des promesses pour autrui en droit romain : si la convention principale (stipulation pour autrui) était nulle, en revanche la clause pénale était valable et elle incitait le débiteur à exécuter la convention principale par crainte de devoir s'acquitter de la somme stipulée⁷. Ainsi le droit des obligations à Rome n'aurait pas connu un tel essor sans le recours à cette petite clause⁸, dont l'usage fut extrêmement courant.

La « stipulatio poenae » avait dans un premier temps en droit romain un fort caractère répressif : les parties pouvaient librement fixer le montant de la somme due en cas d'inexécution. L'objet de la clause étant de faire pression sur le débiteur par la menace d'une peine et en cas de défaillance de le punir⁹. Le débiteur n'exécutant pas ses obligations était considéré comme un délinquant¹⁰. Ce caractère « punitif » se reflète dans son régime, en effet la peine était due sans mise en demeure, le débiteur n'étant libéré ni par la perte, ni par cas fortuit (force majeure), enfin la peine était exigible dans sa totalité même en cas d'inexécution partielle¹¹.

Cette stipulation a évolué dans le temps et fût formulée de la façon suivante : « *Pamphilum dari spondes ? si non dederis, centum dare spondes* » (promets-tu de me donner Pamphile ? si tu ne me le donnes pas, promets-tu de me donner cent ?)¹². Certains historiens ont cru voir dans cette nouvelle formulation la naissance du caractère accessoire de la clause pénale. Cette interprétation est cependant contestée¹³. Les historiens et auteurs s'accordent pour reconnaître que « la stipulatio poenae » avait perdu, au cours de la législation romaine, un peu de son caractère de peine pour s'orienter vers le côté réparateur¹⁴. Cette nouvelle stipulation permettant d'éviter le cumul de la *poena* et des dommages intérêts.

La chute de l'empire romain changea à nouveau la conception de la clause pénale

⁷ G. Lepage & R. Monier, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, Librairie du recueil, 1954, à la p. 190.

⁸ Comme l'a souligné M. Maruani, *supra* note 1, à la p. 33 « Sans elle, le commerce juridique fut resté on ne peut plus restreint et étriqué. Le formalisme et le ritualisme eussent enfermé le droit des obligations dans une prison si étroite qu'il fût resté toujours un droit primitif et une entrave à tout progrès économique et social, à moins d'une révolution totale et imprévisible des principes essentiels du droit romain. ».

⁹ C. Maruani, *supra* note 1, à la p. 25.

¹⁰ E. Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, 2nd éd., Librairie Plon et Librairie générale, 1904, à la p. 559.

¹¹ R. Monier, *Manuel de droit romain : Les obligations*, 5^{me} éd., 1954, aux pp. 240-241.

¹² P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1911, à la p. 660.

¹³ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, L.G.D.J., 1992, aux pp. 88-89.

¹⁴ A. Fliniaux, « *La clause pénale chez les canonistes* » (1929) *Mélanges P. Fournier*, à la p. 235.

2 La nature juridique de la clause pénale en ancien droit français

Les invasions germaniques loin de saper l'institution de la clause pénale développèrent son application car elle était en complète harmonie avec la tradition de composition pécuniaire de ces peuples (notamment la tradition du « Wergelt »)¹⁵. La pratique de la clause pénale se généralisa durant l'époque franque à ce point « qu'on peut dire qu'aucun contrat, qu'aucun acte de la vie civile, affranchissement, testament, adoption etc., ne se formaient sans qu'une clause pénale n'en garantît l'exécution »¹⁶.

La clause pénale était conçue comme une peine privée, avec parfois des pénalités originales (peines spirituelles), cependant comme l'expose brillamment M Fliniaux¹⁷ dans un article d'une grande érudition, à la conception répressive de la clause pénale fut substituée par les canonistes une vision réparatrice de cette clause.

L'intérêt des canonistes quant à la clause pénale s'explique par leur souci de faire respecter la prohibition du prêt à intérêt et de l'usure¹⁸. En effet cette prohibition qui grevait fortement la vie des affaires au moyen âge, fut contournée par l'insertion d'une clause pénale par laquelle le débiteur s'engageait à payer une certaine somme en cas de retard ou d'inexécution de la convention. Cet artifice ne fit pas longtemps illusion et, comme les canonistes ne pouvaient frapper de nullité l'ensemble des clauses pénales, ils cherchèrent une méthode leur permettant de séparer « le bon grain (clause pénale non frauduleuse) de l'ivraie (clause pénale frauduleuse) ». Tout d'abord ils essayèrent d'établir une distinction fondée sur l'intention du stipulant ; si son intention était d'inciter son débiteur à être diligent alors la clause pénale serait valable, mais si l'intention du créancier était de contourner la prohibition de l'usure, de facto elle serait réputée nulle. Ce critère pour le moins divinatoire fut abandonné. Raymont de Pénafort proposa un système de présomption : celui qui se livrait habituellement à l'usure était présumé avoir stipulé une clause pénale frauduleuse qui n'eut pas plus de succès. Toutefois Raymont de Pénafort exhuma une ancienne

¹⁵ J. Bart, *Histoire du droit privé : de la chute de l'empire romain au XIXe siècle*, éd. Monchrétien, 1998, à la p. 15.

¹⁶ Glasson, *Histoire du droit français et des institutions de la France*, t. 3, Paris, 1902, à la p. 235.

¹⁷ A. Fliniaux, *supra* note 14, aux pp. 233-247.

¹⁸ Se référer à l'Exode XXII,25 : « Si tu prêtes de l'argent à mon peuple, au pauvre qui est avec toi, tu ne seras point à son égard comme un créancier, tu n'exigeras point d'intérêt ». Cette prohibition toucha d'abord les clercs (Concile de Nicée en 325), puis elle fut généralisée aux laïcs en 789 par Charlemagne.

distinction de droit romain qui selon lui pouvait s'appliquer à la clause pénale : la distinction entre l'*interesse* et les *usures*, l'*interesse* correspondant à des dommages et intérêts et les *usures* à de simples intérêts. Cette distinction stimula les différents esprits de l'époque qui débattirent sur ses modalités d'application concrète, et le consensus se fit autour des travaux d'Hortensis qui estimait que la clause pénale était légitime si, et seulement si elle reflétait les dommages et intérêts que le créancier subissait du fait de l'inexécution de l'obligation par le débiteur¹⁹.

Ainsi les canonistes ont, pour des raisons purement théologiques (prohibition du prêt à intérêt) permis le triomphe de la conception réparatrice de la clause pénale. Les idées et travaux des canonistes relatifs à la clause pénale ont été repris et laïcisés par Dumoulin dans son ouvrage « De eo quod interest ». A la veille de la révolution le caractère accessoire et purement réparateur de la clause pénale est solidement enraciné dans l' Ancien droit français. L'examen du traité de Pothier relatif aux obligations nous le démontre. Il analyse la clause pénale comme une « obligation secondaire » rattachée à une obligation principale et, considère qu'elle est « compensatrice des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale ». Allant jusqu'au bout de la logique réparatrice de la clause pénale en estimant que le juge dispose d'un pouvoir de révision si le montant de la clause est inférieur ou supérieur aux dommages subis par le créancier²⁰.

Ainsi à la veille de la révolution, la clause est toujours qualifiée de pénale. Cependant, au regard de son régime cette qualification est impropre et, il conviendrait de la dénommer clause de dommages et intérêts. La clause n'étant qu'une « variante conventionnelle de la réparation de droit commun »²¹.

3 Codification et clause pénale : réapparition de la notion de peine privée

Les révolutionnaires après avoir mis à bas la Royauté, et donné à la France sa première constitution (21 septembre 1792) ont souhaité codifier l'ensemble des normes du droit privé français. Cette volonté se retrouve dans le discours emphatique du rapporteur du Comité de législation Cambacérés lorsqu'il déclare « qu'après avoir

¹⁹ C. Maruani, *supra* note 1, à la p. 44.

²⁰ P.A. Fenet, *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil*, 2^{ème} éd., Paris, 1829, aux pp. 333, 358-360.

longtemps marché sur des ruines, il faut élever le grand édifice de la législation civile... il s'élèvera sur la terre ferme des lois de la nature et sur le sol vierge de la République »²². La construction de cet édifice fut à l'image de la situation politique française : tourmentée... Les travaux préparatoires durèrent 10 ans, trois projets successifs de code furent présentés et ce n'est que 30 ventôse an XII (21 mars 1804) que le *Code civil des Français* fut adopté.

Les rédacteurs du Code civil se sont très largement inspirés des travaux de Pothier, inspiration ne rime toutefois point avec copie servile. En effet la nature de la clause pénale fut radicalement changée. Bigot de Préameneu devant le conseil d'état fut amené à trancher la question relative à la possible révision judiciaire des clauses pénales excessives. Question charnière à notre sens, car si ce pouvoir est accordé au juge, la conception réparatrice de la clause pénale prédomine, dans le cas contraire la clause pénale aura un caractère protéiforme, c'est à dire qu'elle suivra la volonté des parties (donc dans les faits plutôt répressive). Bigot de Préameneu a déclaré que « la section s'est arrêtée à une règle simple ; elle a pensé que lorsque les parties ont fixé elles mêmes le taux des dommages et intérêts leur prévoyance ne devait pas demeurer sans effet, et qu'il fallait respecter leur convention, d'autant plus que dans d'autres contrats on ne corrige pas les stipulations que les circonstances rendent ensuite excessives »²³. Plus loin, Bigot de Préameneu rejette à nouveau la possibilité pour le juge de réduire les clauses pénales insuffisantes ou excessives : « ce serait troubler la foi due au contrat. La loi est faite pour les cas ordinaires, et ce n'est pas pour quelques exceptions que l'on devrait ici déroger à cette règle fondamentale, que les conventions sont la loi des parties »²⁴. La clause pénale suit donc le régime général des contrats défini par l'article 1134 du Code civil qui dispose que « les conventions légalement formées tiennent de loi à ceux qui les ont faites », le législateur soulignant même son intangibilité à l'article 1152 du Code civil : « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

Ainsi, bien que les rédacteurs n'aient pas directement voulu que triomphe la nature punitive de la clause pénale, l'article 1229 disposant que « la clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de

²¹ D. Mazeaud, *supra* note 13, à la p. 294.

²² J. Bart, *supra* note 15, à la p. 441.

²³ P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, T. XIII, 1827, à la p. 57.

l'obligation principale », dans les faits l'intangibilité de la clause pénale va favoriser le développement de sa dimension punitive. Le seul tempérament à cette immutabilité de la clause pénale se trouve à l'article 1231 du Code civil qui dispose que « la peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie », tempérament d'autant plus timide qu'il est supplétif de la volonté des parties (les cocontractants pouvant délibérément écarter l'application de cet article).

Le régime de la clause pénale est resté le même jusqu'à la réforme du 9 juillet 1976, examinons à présent pourquoi le législateur a été amené à réformer cette clause.

4 La récente contestation du régime de la clause pénale

Pendant plus de 150 ans l'application des règles relatives à la clause pénale n'a pas soulevé de levée de boucliers de la part de la doctrine, bien que quelques esprits aient regretté que la liberté des parties quant à la fixation du montant de la clause pénale puisse « dégénérer en abus »²⁵. Le législateur n'est donc intervenu que de façon éparse et marginale pour corriger les dérives potentielles dans certains contrats du principe de l'intangibilité de la clause pénale : en matière d'assurance (loi du 13 juillet 1930), de droit du travail (loi du 5 février 1932 relative aux amendes punissant les manquements aux règlements d'atelier), de transport maritime (Loi du 18 juin 1966) et de vente d'immeuble d'habitation en l'état futur d'achèvement (Décret du 22 décembre 1967).

Cependant de « nouveaux contrats d'adhésion d'inspiration transatlantique »²⁶ (le crédit bail et le développement de la vente à crédit) apparurent en France et l'usage abusif qu'ils firent des clauses pénales conduisirent le législateur (porté par le flot de la doctrine) à « éroder » le principe de l'immutabilité de la clause pénale. En effet dans ces contrats, la clause pénale était systématiquement présente et les créanciers profitèrent de leur position économique dominante pour imposer à leurs débiteurs des clauses pénales exorbitantes, à tel point que le professeur Malaurie qualifia ces pratiques de « terrorisme contractuel »²⁷. La doctrine dans son ensemble

²⁴ *Ibid.* à la p. 234.

²⁵ C. Maruani, *supra* note 1, à la p. 182.

²⁶ Expression de F. Chabas dans sa chronique, « *La réforme de la clause pénale* » D 1976 Chron 229.

²⁷ Voir Ph. Malaurie, Notes D 1972 à la p. 733 « Il reste l'article 1152 qui radicalement interdit au juge de modifier ces scandaleuses pénalités conventionnelles que les Anglais appellent des clauses des terreurs ; un texte qui rend licite le terrorisme contractuel doit d'urgence être réformé ».

critiquait la rigidité de la clause pénale²⁸ qui demeurait tel un roc face à une imagination juridique débridée des défenseurs des débiteurs (Accusation de dol, clause estimée léonine, « interprétation révolutionnaire » de l'article 1231)²⁹. La Cour de cassation gardienne de la bonne application de la loi ne pouvait en effet que rejeter ces tentatives de contournement de la clause pénale. Consciente des effets pervers d'une utilisation abusive des clauses pénales, elle demanda dans son rapport annuel au garde des Sceaux (Année 1972-1973) la réforme de l'article 1152 du Code Civil³⁰.

La nécessité d'un échappatoire au principe de l'intangibilité des clauses pénales était d'autant plus vive que le droit comparé était riche d'exemples de pays de tradition civiliste ayant permis au juge de modérer les clauses pénales excessives. Ainsi l'article 1384 du Code civil italien disposait que « la pénalité peut être diminuée équitablement par le juge si l'obligation principale a été exécutée en partie ou si le montant de la pénalité est *manifestement excessif*, en ayant toujours égard à l'intérêt que le créancier avait à l'exécution (Italique ajouté) » ; le B.G.B. allemand édictait dans son article 343 que « lorsque la pénalité encourue est *démesurément élevée* elle peut être, à la requête du débiteur, réduite à un montant raisonnable. Pour apprécier le caractère raisonnable il faut tenir compte de tout intérêt légitime du créancier et non pas seulement de son intérêt patrimonial (Italique ajouté) ». L'argument de droit comparé le plus pertinent venait de la Belgique où la clause pénale avait un régime identique au droit français : dans un arrêt rendu le 17 avril 1970 par la Cour de Cassation belge, elle décida que le juge devait intervenir pour modérer la clause pénale³¹.

La concordance de ces trois « autorités » incita certainement M. J. Foyer³² à déposer une proposition de loi visant à permettre au juge de modifier une clause pénale lorsque celle-ci était manifestement excessive ou dérisoire.

²⁸ Pour ne citer que quelques auteurs : le Professeur Carbonnier qui dans son ouvrage, *Droit civil les obligations*, t. 4, 6ème éd. Thémis, 1969, n° 79, estime que la clause pénale se révèle être « l'instrument de tyrannie des groupes » ou le Professeur Cornu, R.T.D. civ. 1971 à la p.169, qui « attend la réforme (de la clause pénale) que l'Etat doit à ses juges sous peine de déni de législation ».

²⁹ Voir F. Chabas, *supra* note 26.

³⁰ Rapport annuel de la cour de cassation 1972-1973.

³¹ Moreau-Margrève, *Une institution en crise : la clause pénale*, note ss. Cass. 1ere ch. 17 avril 1970 : R.C.J. Belge, 1972, à la p. 454.

³² Monsieur J. Foyer fut ministre de la justice de 1962 à 1967, gouvernement G. Pompidou.

5 Réformes de la clause pénale : Lois du 9 juillet 1976 et du 11 octobre 1985

Le législateur pouvait à son gré soit édicter une législation spécifique ne concernant que les clauses pénales stipulées dans les contrats de crédit bail et de vente à crédit, soit effectuer une réforme générale de la clause pénale. C'est cette dernière solution qui a prévalu.

La loi du 9 juillet 1975 adoptée par le parlement modifiait deux articles du Code civil : les articles 1151 et 1231. L'article 1151 s'est vu adjoindre un second alinéa qui dispose que « Néanmoins, le juge peut modifier ou augmenter la peine qui avait été convenue, si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ». L'article 1231 a été complétement modifié et dispose désormais que « lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite ».

Le législateur a entendu par l'apposition de la formule « toute stipulation contraire sera réputée non écrite » donné un caractère d'ordre public à ces deux articles afin de « briser la jurisprudence antérieure » et d'éviter que les rédacteurs de contrats essayent de se soustraire à ses règles. Il n'a pas non plus voulu faire une œuvre révolutionnaire. En effet à la lecture de ces textes notamment l'alinéa 2 de l'article 1152 qui constitue le « pivot » de la réforme, sa modération est évidente : le juge « *peut* diminuer (italique ajouté) » il s'agit donc d'une faculté pour le juge, d'un pouvoir discrétionnaire, il n'est pas tenu de réduire une clause pénale même si elle est « manifestement excessive », l'utilisation de l'adverbe « manifestement » réduit la possibilité d'intervention du juge aux pénalités qui sont, de façon flagrante, excessives. Il ne faut pourtant pas négliger l'importance de ce second alinéa de l'article 1152 qui constitue une exception avec le « sacro saint »³³ article 1134 du code civil, la notion d'équité contractuelle apparaissant à nouveau en droit français³⁴.

L'article 1231 refondu a une portée moindre : il permet au juge lorsqu'un contrat a été exécuté pour partie de diminuer le montant de la clause pénale

³³ Voir F. Chabas, *supra* note 26, à la p 234.

³⁴ Voir P. Jestaz, *Législation Française et communautaire en matière de droit privé : 21 juin-20 septembre 1975*, R.T.D. civ. 1975 à la p. 799 où il salue « encore que les mots n'aient pas été prononcés, cette rentrée en force du juste prix et de l'équité ».

proportionnellement aux avantages que le créancier a reçus du fait de l'exécution partielle³⁵ ;

Dix ans après cette première réforme, le législateur a à nouveau modifié le régime de la clause pénale par loi du 11 octobre 1985. Cette loi permet au juge d'exercer d'office son pouvoir correcteur en matière de clause pénale, comme la précédente elle a pour finalité d'améliorer la protection de la partie contractante faible³⁶. A la seule différence qu'ici c'est l'inégalité des parties au procès qui appelle un renforcement des pouvoirs du juge : le législateur a voulu ainsi pallier à l'éventuelle « nudité d'un appareil de défense »³⁷ qui rendrait le juge incapable d'exercer son pouvoir correcteur. « L'ignorance ou l'inaction des contractants ne constitue plus un obstacle à la mise en œuvre du pouvoir de révision (du juge) »³⁸.

Corrélativement avec le renforcement des pouvoirs du juge, le rôle de la volonté des parties diminue en matière de clause pénale, toutefois la hiérarchie juridique reste identique : le principe demeure la validité de la clause pénale (art 1152 alinéa 1er) et ce n'est que pour des circonstances très étroitement délimitées (art 1152 alinéa 2 : « *manifestement excessive ou dérisoire* ») que le juge pourra utiliser son pouvoir modérateur.

Ainsi en l'état actuel de la législation française, la conception punitive de la clause pénale n'a pas disparue, le législateur lors de la réforme du 9 juillet 1975 a même estimé que les clauses pénales avaient « un caractère comminatoire salubre »³⁹.

Après plus de 2000 ans d'histoire, la clause pénale en droit civil français a donc une nature à géométrie variable. En effet elle dépend dans un premier temps de la volonté des parties, qui peuvent à leur gré lui donner un caractère indemnitaire ou répressif, une fois la clause stipulée et l'inexécution avérée vient le moment de l'application de la clause pénale : deux choix s'offrent au débiteur soit il s'acquitte volontairement de la somme antérieurement convenue, soit il refuse de s'exécuter (une nouvelle fois) dans ce cas si le litige est porté devant les tribunaux, le juge pourra réduire la clause pénale si il l'estime « manifestement excessive ».

³⁵ Son rôle sera encore moindre par l'effet de la jurisprudence Cf Titre II.

³⁶ Voir D. Mazeaud, *supra* note 13, à la p. 55.

³⁷ F. Zenatti, *Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985*, R.T.D. civ. 1986 à la p. 212.

³⁸ D. Mazeaud, *supra* note 13, à la p. 55.

³⁹ Rapport Gerbet, J.O. Ass. Nat., Annexes, n°1603.

Examinons à présent l'évolution de la notion de clause pénale en common law.

Chapitre II Généalogie d'un opprobre / Analyse de la mise au banc de la clause pénale par la common law

La clause pénale n'a pas eu la même destinée en common law : l'utilisation de la clause pénale (alors appelée *penal bonds*) fut tardive en Angleterre (1), ces « *penal bonds* » furent dans un premier temps considérées comme valable par les tribunaux anglais (2), puis les cours jugeant en équité (*Court of Equity*) se posèrent en adversaire des « *penal bonds* » (3), elles furent à l'origine de la distinction en common law entre la notion de « *penalty clauses* » (nulle) et de « *liquidated damages* » (valable) (4), cette distinction se retrouve également dans l'*Uniform Commercial Code* (5).

1 Origine des « penal bonds » en common law

Contrairement aux pays des Francs, l'Angleterre bien que occupée par les Romains pendant quatre siècles ne garda quasiment aucune notion de droit romain⁴⁰, et la notion de *stipulatio poena* disparut ainsi d'Angleterre. Pourtant sept siècles après c'est grâce au même génie transalpin que la clause pénale réapparut en Angleterre. En effet à la faveur du développement des échanges commerciaux dans toute l'Europe au milieu du treizième siècle, il semble que ce soient les banquiers italiens qui introduisent la notion de « *penal bond* » en Angleterre⁴¹. Cette clause étant d'un usage courant dans les contrats de prêts à cette époque afin de contourner la prohibition canonique de l'usure et des prêts à intérêts⁴². Les « *penal bond* » sont définies en droit anglais de la manière suivante « A bond is a deed in writing, whereby one man binds himself to another to pay a sum of money or to do or suffer some thing »⁴³. Cette obligation conditionnelle (*penal bond with conditional defeasance*) à caractère résolutoire devint une méthode très employée pour s'assurer de l'exécution des obligations de son débiteur (à cette époque l'action d'*assumpsit* n'existait pas). Les

⁴⁰ Voir R. David & J. E. C. Brierley, *Major Legal System in the World Today*, 3rd ed., Stevens & Son, 1985, à la p. 310.

⁴¹ W. H. Loyd, « *Penalties and Forfeitures* » (1915) 29 Harv. L. Rev. 117, à la p. 119.

⁴² Cf. p. 7 de ce mémoire.

⁴³ E. Wood, *A Complete Body of Conveyancing in Theory and practice*, London, 1762, à la p. 765.

« penal bond » étaient généralement formulées de la façon suivante « I A.B. acknowledge that i owe C.D £100. The condition of this bond is that if A.B. shall pay C.D. £65 at font of St Paul's on All Souls' day between the hours of ten and twelve in the morning, this bond to be void, otherwise to stand in his full force »⁴⁴. Ces clauses étaient entourées d'un certain formalisme : elles devaient être écrites (en latin ou anglais) et le débiteur devait apposer son sceau sur cet écrit, si ces deux conditions de forme n'étaient pas respectées, le « bond » était réputé nul⁴⁵.

Cependant les « penal bond » firent l'objet d'une surveillance étroite de la part des tribunaux anglais qui s'efforçaient de distinguer les accords où la pénalité était réellement conditionnelle, c'est à dire lorsque le débiteur pouvait exécuter son obligation principale, et ceux où les parties utilisaient le mécanisme de la clause pénale pour échapper à la prohibition du prêt à intérêt⁴⁶. Les « penal bonds » avaient aussi d'autres avantages en common law : ils empêchaient tout examen sur la justesse de la considération⁴⁷

Néanmoins les « penal bonds » étaient jugés valables par les tribunaux anglais.

2 Validité des « penal bond » / liberté contractuelle

Ces « penal bond » furent cependant admis par les juridictions anglaises car ils correspondaient aux nécessités économiques de l'époque. De plus, la loi régissant les « penal bonds » était gouvernée par une philosophie très individualiste selon laquelle les tribunaux n'avaient pas à refaire le contrat conclu entre les parties, les parties étant jugées suffisamment aptes et compétentes pour définir ce qui convient le mieux à leurs intérêts respectifs⁴⁸.

Les « penal bonds » étaient jugés valables du moment qu'ils ne visaient pas à contourner la prohibition contre l'usure.

Les tribunaux appliquaient de façon stricte les « penal bond » : ils étaient en effet indifférents au fait que l'inexécution soit causée par un accident, une erreur (par

⁴⁴ E. G. Henderson, « *Relief from bonds in the English Chancery : Mid Sixteenth Century* » (1974) 18 Am. J. Leg. Hist. 298, à la p. 300.

⁴⁵ Voir A. W. B. Simpson, « *The Penal Bond with Conditional Defeasance* » (1966) 82 L.Q.Rev. 391, aux pp. 394-395.

⁴⁶ W. H. Loyd, *supra* note 41, à la p. 121.

⁴⁷ M. J. Hortwitz, « *The Historical Foundations of Modern Contract Law* » (1974) 87 Harv. L. Rev. 917, à la p. 928 ; voir aussi A. W. B. Simpson, « *The Penal Bond with Conditional Defeasance* » (1966) 82 L.Q.Rev. 391, à la p.412.

⁴⁸ Voir A. W. B. Simpson, *supra* note 45, à la p. 411.

exemple dans l'appréciation de l'étendue de ses obligations par le débiteur) ou par la malice du créancier⁴⁹.

Le seul moyen pour le débiteur d'échapper au paiement de la clause pénale, si il ne pouvait exécuter l'obligation principale était de démontrer que cette dernière était nulle. Cette tâche était difficile, car il devait soit prouver que la condition résolutoire était nulle car impossible (exemple de condition impossible : si le débiteur s'était engagé à parcourir la distance Londres Rome en un jour)⁵⁰, soit prouver qu'elle était illégale, tel était le cas si cette clause avait pour objet de contourner la prohibition relative à l'usure.

En théorie, les « penal bonds » devaient avoir pour fonction de compenser la perte et les dommages subis par le créancier, cette nature découlant des prohibitions religieuses⁵¹.

Cependant en pratique les tribunaux annulaient rarement les clauses qui avaient pour objet de punir le débiteur en cas d'inexécution⁵². Le caractère indemnitaire des « penal bonds » restait donc purement abstrait. Ce n'est qu'au 17^{ème} siècle qu'il va devenir réalité sous l'influence de la « Court of Chancery ».

3 L'équité, adversaire des « penal bonds »

L'intransigeance des tribunaux quant à l'application des « penal bonds » se heurta vers le 17^{ème} siècle à l'essor des idéaux de justice contractuelle issus du droit naturel. Shakespeare illustra à merveille ce conflit dans « The Merchant of Venice » en mettant en relief la dureté, le caractère archaïque des « penal bonds » (caricaturés à travers une atteinte au corps humain) et la nécessité d'un échappatoire judiciaire.

C'est la « Court of Chancery » qui établit que les « penal bonds » étaient valables seulement si ils avaient un caractère indemnitaire et refusa d'appliquer les « penal bonds » lorsqu'ils avaient un caractère punitif. Richard Francis résume dans sa douzième maxime, la position de la « Court of Chancery » envers les « penal bonds » : « Equity suffers not advantage to be taken of a penalty or forfeiture where compensation can be made »⁵³. Cette politique jurisprudentielle envers les « penal bond » à visée punitive, était en flagrante opposition avec les principes de liberté

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ E. Coke, *Commentaries upon Littleton*, vol 2 18th ed. (London, 1823), 206b.

⁵¹ *Supra* note 18.

⁵² Voir A. W. B. Simpson, *supra* note 45.

contractuelle et de respect de la volonté des parties contractantes, mais l'enthousiasme consécutif à la « renaissance » du droit naturel fit taire toutes les critiques. Les propos de Mr. Justice Story reflètent bien cet engouement : « There is no more intrinsic sanity in stipulations by contract than in other solemn acts of the parties which are constantly interfered with by courts of equity upon the broad grounds of public policy on the pure principles of natural justice »⁵⁴.

L'affaire *Tall v. Ryland*⁵⁵ (1670) est caractéristique du raisonnement suivi par la « court of chancery » : deux poissonniers qui avaient chacun une échoppe adjacente passèrent un contrat dans lequel ils s'engageaient à se comporter tousdeux en bons voisins et à ne pas dénigrer les produits de l'autre, sous peine en cas de violation de cet accord de devoir verser 20 livres à la partie offensée, chassé le naturel il revient au galop, l'un des poissonniers dénigra la marchandise de l'autre en la qualifiant de « puante », le poissonnier offensé exigea le paiement de la pénalité, le poissonnier médisant s'y refusa et demanda à la « Court of Equity » de la libérer de son engagement, la cour refusa car elle n'avait aucun moyen de mesurer le dommage causé, elle était donc obligée de déclarer valide la clause pénale, mais elle affirma également que cette affaire n'aurait pas eu la valeur de précédent si la pénalité avait été égale ou supérieure à 100 livres. Ainsi cet arrêt, conforme à la maxime de Francis, compenser sauf lorsque cela est impossible, contient en germe la future évolution du droit anglais quant à la future exigence de proportionnalité de la pénalité au dommage subi.

La position de la « Court of Chancery » fut suivie par les « common law courts »

Toutefois, l'hostilité du pouvoir judiciaire (« Court of Chancery » et common law jurisdictions) envers les « penal bonds » à caractère répressif, n'eut pas de répercussion sur l'utilisation de cette clause qui continua à être employée par les créanciers⁵⁶. Cette résistance de la pratique envers la jurisprudence fut certainement à la source des « Actes Législatifs » (Statutory Provisions) relatif aux « penal bonds » adoptés en 1696-1697 et 1705⁵⁷. Le premier de ces actes législatifs imposa à la partie qui demandait l'application du « bond » de faire état devant le jury des dommages qu'elle a subi du fait de l'inexécution du contrat, seuls ces dommages pouvant être

⁵³ R. Francis, *Maxims and Equity*, 1727.

⁵⁴ Story, *Equity Jurisprudence*, 13ed, § 1316.

⁵⁵ (1670) Ch. C. 183

⁵⁶ Voir A. W. B. Simpson, *supra* note 45, à la p. 419.

⁵⁷ 4 et 5 Anne, c. 3 / 8 et 9 Will. III c.11.

indemnisés⁵⁸. L'acte législatif de 1705 visait lui aussi, par différents mécanismes, à écarter l'application des « penal bonds » à caractère punitif.

Ainsi au 18^{ème} siècle, le caractère réparateur des « penal bonds » théorisé par les canonistes au Moyen âge fut consacré en pratique à la fois par le pouvoir législatif et par le pouvoir judiciaire. Cette évolution n'était pas propre au droit anglais, de même en France, comme les travaux de Pothier l'attestent le caractère indemnitaire avait également triomphé.

Mais alors que le droit français bifurqua à nouveau pour embrasser(à nouveau) la conception répressive de la clause pénale, le droit anglais poursuivant la conception réparatrice des « penal bonds » établit une *summa divisio* entre les « penalty clauses » et les « liquidated damages ».

4 La distinction entre les « liquidated damages » et les « penalty clauses »

Une ébauche de cette distinction peut être aperçue dans plusieurs décisions de la « court of chancery » Ainsi dans l'affaire « Astly v. Weldon » (1801)⁵⁹ une actrice qui travaillait pour un théâtre avait dans son contrat une clause stipulant que si elle n'exécutait pas son rôle elle devrait payer une amende de 200 livres au théâtre. Lorsque le théâtre demanda aux tribunaux d'appliquer la clause pénale, ils s'y refusèrent et estimèrent que le demandeur ne pouvait pas recevoir plus que les dommages qu'il avait effectivement supportés du fait de l'inexécution du contrat. Cette décision sous entend que si la clause était une authentique pré estimation (« *Genuine pre-estimate of loss* ») des pertes éventuelles alors les tribunaux l'appliqueraient. De l'intention des parties lors de la stipulation de la somme découlait la qualification de cette clause : soit « penalty clause » si elle était destinée à punir le débiteur, soit « liquidated damages » si cette clause était une authentique pré-estimation des dommages que subirait le créancier en cas d'inexécution. Les « penalty clauses » étant réputées nulles alors que les « liquidated damages » sont valables.

⁵⁸ Voir A. W. B. Simpson, *supra* note 45, à la p. 419.

⁵⁹ (1801) 2 B. & P. 346.

Cette distinction est établie de façon très claire dans l'affaire « Law v. Redditch Local Board » (1892)⁶⁰ : « The distinction between penalties and liquidated damages depends on the intention of the parties to be gathered from the whole of the contract. If the intention is to secure performance of the contract by the imposition of a fine or penalty, then the sum specified is a penalty ; but if, on the other hand, the intention is to assess the damages for a breach of the contract, it is liquidated damages ». Les juges pour qualifier la clause vont donc devoir déterminer qu'elle a été l'intention des parties. Face à la difficulté de répondre avec précision à cette question, pour le moins divinatoire, la common law au fur et à mesure des affaires a élaboré différentes techniques d'interprétations qui pour un juriste de droit civil font penser à la technique du faisceau d'indices qui est utilisé en droit du travail français pour déterminer si il y a un contrat de travail entre une personne et une autre⁶¹. Ainsi la qualification de « penalty clause » ou de « liquidated damage » ne dépendra pas de la dénomination que les parties ont donné aux parties mais de différents critères qui permettront au juge de se prononcer sur la nature réelle de cette stipulation. L'affaire « Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v. New Garage and Motor Co Ltd » (1915)⁶² est ainsi d'une importance fondamentale dans le processus de qualification car pour la première fois les juges, notamment Lord Dunedin, ont essayé de théoriser les différentes règles d'interprétation d'une clause stipulant le paiement d'une somme d'argent en cas d'inexécution de la part du débiteur.

La distinction entre « penalty clauses » et « liquidated damages » et ses conséquences pratiques (nullité de la clause dans le premier cas, validité dans le second) illustrent le refus par la common law qu'une partie puisse punir une autre partie même si cette dernière est fautive. La partie victime de l'inexécution du contrat ne pourra qu'être compensée des pertes qu'elle a effectivement subies.

La conception indemnitaire des clauses pénales a donc triomphé en droit anglais, cette conception est en étroite relation avec la vision anglo américaine du contrat. Vision résumée par Holmes « The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it and nothing

⁶⁰ (1892) 1 QB 127, par Lopes J.

⁶¹ Voir G. Couturier, *Droit du travail : // les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., PUF, 1996 à la p. 99.

⁶² (1915) A.C. 79. Voir aussi pour les Etats Unis « Banta v. Stamford Motor Co., 89 Conn 51, 55, 92 A. 665, 667 (1914).

else »⁶³. Cependant la distinction entre « penalty clauses » et « liquidated damages » s'avère être une tâche très délicate pour les juges et donc d'autant plus difficile à cerner par les parties contractantes⁶⁴ ; Cette relative insécurité juridique est incontestablement une des faiblesses de la common law qui s'explique par la genèse de ces deux concepts : issus d'une cour d'équité, par atavisme ils traduisent plus un souci d'humanisation des relations contractuelles qu'une volonté de construction juridique cohérente.

Le travail de redéfinition des concepts juridiques de l'Uniform Commercial Code pourrait remédier aux défauts de la common law dans ce domaine.

5 Uniform Commercial Code

Au début du XXème siècle, les praticiens des Etats Unis estimèrent que les règles issues de la common law gouvernant le droit commercial étaient inadaptées et peu propices au développement de leur économie⁶⁵. L'American Bar Association entreprit d'uniformiser le droit commercial des Etats Unis. Leur première tentative d'unification aboutit en 1920, mais face aux carences⁶⁶ dans sa rédaction et aux évolutions du commerce, ils décidèrent de perfectionner leur œuvre. Ainsi au même moment où les énergies des scientifiques américains et des pays dits « alliés » s'unissaient aux Etats Unis dans un projet secret qui allait changer la face du monde⁶⁷, l'American Bar Association et l'American Law Institute s'associaient pour aboutir à l'uniformisation de leur droit commercial. Après 9 ans de travail (1942-1951), une première version de l'Uniform Commercial Code fut publiée, mais ce n'est qu'en 1958 qu'une version dite « définitive »⁶⁸ de texte fut adoptée par les deux associations (American Bar Association et American Law Institute). L'U.C.C est

⁶³ O. W. Holmes, « *The Path of the Law* » (1897) 10 Harv. L. Rev. 457, à la p. 462.

⁶⁴ W. S. Harwood, « *Liquidated Damages : A Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code* » (1977) 45 Fordham L. Rev. 1349, à la p. 1352 : « the law in this area is full of confusion and offers little certainty to lawyers requested to assist clients in drafting and interpreting provisions of this kind ... ».

⁶⁵ C. Bunn., H. Snead & R. Speider, *An Introduction to the Uniform Commercial Code*, The Michie Compagny, 1964, à la p. 2

⁶⁶ K. M. Teeven, « *A History of Legislative Reform of the Common Law of Contract* » (Date) 26 U. Tol. L. Rev 40 (numérotation aléatoire doc. Lexis Nexis) « This (UCC) was a first attempt to draft a comprehensive code of commercial law and it was in a precise language rather than the loose common law verbiage of the earlier uniform act ». Date*

⁶⁷ Voir M. B. Stoff, J. F. Fanton & R. H. Williams, *The Manhattan Project : a Documentary Introduction to the Atomic Age*, Temple University Press, 1991.

⁶⁸ L'U.C.C est en constante évolution, une commission « The Permanent Board of Director » étant spécialement chargé de proposer des amendements à ce texte.

actuellement appliqué par 50 états américains (l'état de la Louisiane n'appliquant que partiellement ce texte).

La section 1-102 de l'U.C.C dispose qu'un des buts de ce code est de « simplifier, clarifier et moderniser la loi gouvernant les transactions commerciales », cet objectif a-t-il été atteint en ce qui concerne la distinction « penalty clauses » et « liquidated damages » ?

La section 2 718 (1) de l' U.C.C. est exclusivement consacrée aux « liquidated damages », elle dispose que « Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or non feasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty ». La distinction entre « liquidated damages » et « penalty clauses » est toujours présente dans l'U.C.C, le régime est le même qu'en common law : validité des premières, nullités des secondes. L'U.C.C a essayé de mieux définir en quoi consiste le concept de « liquidated damages ». Il s'agit de dommages et intérêts dont le montant doit être « raisonnable », ce caractère raisonnable devant être apprécié au vue de trois critères : le dommage anticipé ou réel causé par l'inexécution du contrat (« assessment of harm »), les difficultés quant à la preuve des dommages (« the difficulties of proof ») et la difficulté, voire l'impossibilité d'obtenir une compensation appropriée (« the adequacy of available remedy »).

Peut on parler de clarification du concept de « liquidated clauses » (et par voie de conséquence de celui de « penalty clauses ») ? La lecture de l'article 2 718 (1) n'apporte pas de véritables réponses à celui qui cherche à définir ces notions puisque cet article le renvoie vers des critères très vagues⁶⁹.

L'U.C.C. n'a donc pas « révolutionné » les concepts de « liquidated damages » et de « penalty clauses ». Deux petites évolutions sont cependant à mettre à son actif, tout d'abord une volonté de rationalisation du concept de « liquidated damages » en écartant le critère tiré de l'intention des parties, ensuite l'intéressante possibilité de se référer aux dommages survenus pour juger du caractère raisonnable

⁶⁹ Th. M. Quinn, *Uniform Commercial Code :Commentary and Law Digest*, Vol 1, 2nd ed., 1993, à la p. 2-662 illustre bien la nébulosité dont ont ici fait preuve les rédacteurs de l'U.C.C. lorsqu'il déclare que « there are, therefore, three balls to juggle in setting the liquidated figure and all three are speculative in character. It is not likely to be easy, in turn, to either set or subsequently defend the liquidated figure as patently « reasonable » ».

de la somme stipulée. Malgré l'échec patent quant à la clarification de ces notions⁷⁰, il apparaît que l'U.C.C semble avoir une conception moins restrictive des « liquidated damages » que la common law et accorde une plus grande place à la liberté contractuelle⁷¹.

Conclusion du premier chapitre :

Les accidents de l'Histoire, les divers courants de pensées (par exemple ; la philosophie du droit naturel) ont façonné au cours des siècles la clause pénale. L'Histoire a « accouché » de deux conceptions différentes de la clause pénale, le droit continental (France, Italie, Allemagne) qui reconnaît à cette clause une fonction répressive même si des lois ont permis au juge de contrôler l'ampleur de la punition (Loi du 9 juillet 1976 pour la France), la conception indemnitaire de la common law et de l'U.C.C qui admet que les parties estiment à l'avance leur préjudice (« liquidated clauses) mais refusent d'appliquer les conventions ayant pour objet de punir le débiteur fautif (penalty clauses).

Après ce bref aperçu historique, analysons à présent les différentes modalités de contrôle de la clause pénale et sa définition en common law et en droit français.

⁷⁰ Crowley, « *New York Law of Liquidated Damages Revisited* » (1966) 4 N.Y.Cont. Legal Ed. No. 1 note 9 estimant que « the statutory provisions relating to liquidated damages in the Uniform Commercial Code have not reduced the sense of confusion ... Rather in those contracts subject to the Code, the... provisions appear to have increased the confusion ».

⁷¹ Voir W. S. Harwood, *supra* note 64, à la p. 1381.

TITRE II CONTROLE ET DEFINITION DES CLAUSES PENALES

Le droit civil français et la common law placent la clause pénale sous une étroite surveillance judiciaire, octroyant au juge sous certaines conditions le pouvoir de refuser d'appliquer cette clause : ainsi la common law n'accorde pas de force obligatoire aux « penalty clauses » et le droit civil permet au juge de réduire ou d'augmenter les clauses pénales « manifestement excessives ou dérisoires » (Chap I).

Pourtant le contrôle auquel est assujetti la clause pénale peut, curieusement, être contourné par des rédacteurs habiles, en effet la common law et le droit civil français n'appliquent pas le régime juridique des clauses pénales à des institutions (par exemple la clause de dédit) qui peuvent ainsi être détournées pour produire des effets identiques à celui d'une clause pénale. L'élucidation de cette apparente incohérence juridique nous permettra d'affiner la notion de clause pénale (Chap II).

Chapitre I Modalités du contrôle des clauses pénales en common law et en droit Civil français

Les modalités du contrôle des clauses pénales établies par les deux traditions juridiques ne sont pas identiques, ainsi la common law divise ce qu'elle appelle les « stipulated damages » en deux catégories : les « liquidated damages » qui ont force obligatoire, et les « penalty clauses » qui ne peuvent être appliquées (1). Le droit civil français emploie une méthode moins conceptuelle en se contentant de donner au juge le pouvoir de réduire ou d'augmenter la peine convenue « si elle est manifestement excessive ou dérisoire » (2)⁷².

⁷² Art 1152 al 2 C.civ.

1 Distinction entre « liquidated damages » et « penalty clauses » en common law

Confrontée à une clause d'un contrat prévoyant que la partie qui « brise » celui-ci, doit s'acquitter d'une certaine somme d'argent, la common law, comme nous l'avons déjà examiné n'entend pas admettre les clauses qui ont pour objet de pénaliser le contractant (penalty clauses), elle ne revêtira de la force obligatoire que celles qui constituent une « authentique pré-estimation du préjudice que peut causer l'inexécution » (liquidated damages). La common law pour atteindre cet objectif a établi différents critères permettant au juge de procéder à la qualification des clauses qui lui sont présentées (a), si la qualification de « penalty clauses » est retenue, alors la common law procède à un retour au droit commun de la responsabilité contractuelle (b).

(a) les critères de la distinction

Dans un arrêt de principe, *Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd*⁷³, Lord Dunedin a apporté à la fois, une définition des deux concepts, et les principaux critères de distinction entre les « liquidated damages » et « penalty clauses ». Cet arrêt qui remonte au début du siècle fait toujours autorité en common law.

Selon Lord Dunedin « the essence of a penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the offending party ; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre estimate of damage ». Si pour définir les « penalty clauses », il se contente de reprendre les mots de Lord Halsbury exprimés dans une affaire précédente, *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co.v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castenada*⁷⁴, il fait œuvre originale en définissant la notion de « liquidated damages ». Cette définition est néanmoins assez floue, en effet l'adjectif « genuine » (authentique) a de nombreuses acceptions, heureusement Lord Dunedin certainement conscient de son caractère polysémique et divinatoire a dressé dans le même arrêt une liste de critères afin de faciliter la distinction entre les « liquidated damages » et les « penalty clauses ».

⁷³ (1915) A.C 79.

⁷⁴ (1905) A.C 6.

Lord Dunedin a tout d'abord refusé que les juges soient liés par une interprétation littérale des termes de la clause pénale « though the parties to a contract who use the words –penalty- or liquidated damages may prima facia be supposed to mean what they say yet the expression is not conclusive. The court must find out whether the payment stipulated is in truth a penalty or a liquidated damages ». Cette solution est admise par l'ensemble de la common law, la lettre de la clause n'est qu'une indication qui ne lie pas les juges, il en est de même pour l'esprit de la clause (intention des parties), les juges devant fonder leur décision sur des éléments plus objectifs⁷⁵.

Un de ces éléments plus objectif est relatif à la difficulté de prévoir les dommages issus de l'inexécution du contrat et à leur caractère incertain, Lord Dunedin estimant que cette difficulté laisse présumer que la clause est une « liquidated damages clauses » : « it is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damages that the consequences of the breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossibility. On the contrary, that is just the situation when it is probable that pre-estimated damages was the true bargain between the parties ». Toutefois ce critère proposé par lord Dunedin, lorsqu'on examine la jurisprudence n'est pas beaucoup « exploré » par les juges malgré sa richesse potentielle⁷⁶, en effet comme l'a exposé le professeur Macneil⁷⁷ l'incertitude du dommage peut résider : dans la difficulté de le prouver après l'inexécution du contrat, dans la détermination du dommage causé, dans la difficulté d'établir quels dommages étaient envisagés lorsque le contrat a été conclu, dans l'absence de moyen standardisé d'estimation du dommage et, dans la difficulté de prévoir lors de la formation du contrat tous les dommages possibles pouvant être causés par différentes inexécutions.

Le critère tiré de la difficulté de prévoir les dommages résultant de l'inexécution du contrat exige un point de repère temporel. Les tribunaux peuvent soit apprécier cette difficulté lors de la formation du contrat, soit se placer au moment de l'inexécution du contrat pour juger de cette difficulté. Lord Dunedin a opté pour la première solution, en se plaçant lors de la formation du contrat pour effectuer le « test

⁷⁵ La doctrine est unanime sur ce point, à titre d'exemple voir, J. D. Calamari & J. M. Perillo, *The law of Contract*, 3rd ed West Publishing Co., 1987, à la p 641; A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, Vol 5 West Publishing Co. (1964) §1058 ; P. R. Kaplan, « *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages* » (1977) 50 S. Cal. L. Rev. 1055 1061.

⁷⁶ Voir J. D. Calamari & J. M. Perillo, *The law of Contract*, 3rd ed West Publishing Co., 1987, à la p. 641.

⁷⁷ I. R. Macneil, « *Power of Contract and Agreed Remedies* » (1962) 47 Cornell L.Q. 495, à la p. 502.

de la difficulté » : « the question whether a sum stipulated is a penalty or liquidated damages is a question of construction to be decided upon the terms and inherent circumstances of each particular contract, judged of at the time of the making of the contract, not as at the time of the breach »⁷⁸. La common law dans son ensemble a adopté cet examen « ex ante », toutefois des commentateurs ont à juste titre souligné que ce choix était biaisé, puisque les tribunaux ont tendance à apprécier la difficulté d'estimer les dommages, à l'aune de l'embarras qu'eux mêmes rencontrent à calculer les dommages une fois le contrat rompu⁷⁹.

Lord Dunedin, ensuite expose le critère qui est devenu par la suite, le test majeur⁸⁰ qui permet de distinguer les « liquidated damages » des « penalty clauses » : le test du caractère raisonnable de la clause pénale. Il est curieux de noter que Lord Dunedin « noie » ce test au milieu d'autres critères, il ne le met pas en exergue, de plus il n'emploie pas expressément le mot raisonnable, il préfère reprendre une périphrase déjà utilisée dans un arrêt précédent par Lord Halsbury⁸¹ : « it will be held to be a penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss which could conceivably be proven to have followed from the breach ».

Une clause pénale sera qualifiée de « penalty clause » si son montant est extravagant ou excessif (unconscionable), donc a contrario une clause dont le montant est raisonnable sera qualifiée de « liquidated damages ». Ainsi l'adjectif « authentique » qui sert de qualificatif à l'expression « pré-estimation du préjudice » pourrait être remplacée par le terme « raisonnable ». Ce test du caractère raisonnable ne peut faire l'objet d'une règle générale, les juges doivent ainsi l'appliquer en fonction de chaque espèce⁸². L'examen du caractère raisonnable du montant de la clause pénale nécessite un point de repère temporel, la common law a donc dû choisir le moment de l'analyse du caractère raisonnable. Deux choix s'offraient aux juges : soit ils examinent si le montant est raisonnable en fonction des dommages prévisibles

⁷⁸ *Dunlop Pneumatic* (1915) A.C 79, 86-87.

⁷⁹ J. Sweet, « *Liquidated Damages in California* » (1972) 60 Cal. L. Rev. 84, à la p. 135 ; E. A. Farber, « *Liquidated Damages and Penalties Under the Uniform Commercial Code and the Common Law : An Economic Analysis of Contract Damages* » (1978) 72 Nw. U. L. Rev. 1055, à la p. 1062.

⁸⁰ Voir J. D. Camalari & J. M. Perillo, *The Law of Contracts*, 3rd ed West Publishing Co., 1987, à la p. 367, également S. Willingston, *A Treatise on the Law of Contract*, 3rd ed., W. Jaeger, 1961, au § 779.

⁸¹ Voir l'affaire *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co.v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castenada* (1905) A.C 6, 10.

⁸² Voir les explications de Lord Halsbury, *Clydebank Engineering and Shipbuilding Co.v. Don Jose Ramos Yzquierdo y Castenada* (1905) A.C 6, 10.

au moment de la formation du contrat (anticipated loss), soit ils se réfèrent aux « véritables » dommages survenus lors de l'inexécution du contrat (actual loss). Le droit anglais a choisi de se placer au moment de la formation du contrat pour juger du caractère raisonnable de la clause pénale⁸³. D'un point de vue théorique, la première solution (anticipated loss) exige un plus grand effort d'abstraction de la part des juges. Ils vont en effet devoir rétrospectivement se placer au moment de la formation du contrat et examiner si à ce moment les pré estimations du futur dommage des parties étaient raisonnables, la deuxième solution est moins exigeante pour les juges car ils ont à leur disposition un des éléments de réponse, le montant exact des dommages occasionnés par l'inexécution. Ils n'ont donc qu'à effectuer une simple comparaison pour constater que les pré-estimations sont raisonnables.

Un autre élément dans le premier cas rend la tâche des juges encore plus ardue : lors de leur effort de projection rétrospective, ils vont devoir faire abstraction d'une donnée essentielle dont ils ont connaissance : le montant exact des dommages effectivement occasionnés. On peut s'interroger sur la vraisemblance de cet oubli volontaire...

Cette question soulève aussi d'importants enjeux pratiques car, suivant l'approche choisie une même clause peut se voir validée ou écartée. La pré-estimation de dommages peut être raisonnable au moment de la formation du contrat et s'avérer disproportionnée par rapport aux dommages effectivement causés. L'affaire *Massman Construction Co. v. City Council of Greenville, Mississippi*⁸⁴, illustre ce problème, en l'espèce le conseil municipal de Greenville avait passé un contrat avec la société Massman afin qu'elle construise un pont à péage, une clause pénale de \$ 250 par jour de retard avait été stipulée ; la construction fut terminée avec 96 jours de retard, toutefois le pont ne fut ouvert que 30 jours après son achèvement puisque la route qui y conduisait ne fut pas terminée avant cette date. La commune n'a donc subi aucun dommage réel du fait du retard causé par l'entreprise Massman, pourtant si les juges avaient apprécié le caractère raisonnable de la clause pénale au moment de la formation du contrat, l'entreprise aurait dû s'acquitter du montant prévu par celle-ci.

L'analyse « ex ante » de l'appréciation du caractère raisonnable du dommage pré estimé préconisée par la common law fut notamment critiquée par le Professeur Corbin : « the defendant should be allowed to show that there has in fact no injury at

⁸³ A. L. Corbin, *Corbin on Contracts*, Vol 5, West Publishing Co., 1964, au § 1058.

⁸⁴ 147 F. 2d 925 (1945) Circuit Court of Appeals, Fifth Circuit.

all, or that the injury is not the one that the parties in fact estimated in advance, or that the injury that has occurred is not at all difficult of accurate estimation and that the pre-estimate is in material error »⁸⁵.

Conscient de ce « défaut » de la common law, les rédacteurs de l'Uniform Commercial Code dans la section 2-718 ont permis au juge de vérifier si les clauses pénales ont un caractère raisonnable par rapport aux dommages anticipés ou réellement causés⁸⁶.

La common law va-elle suivre la méthode utilisée par l'U.C.C ? Cette hypothèse est fort peu probable puisqu'en 1975 la « Law Commission of Great Britain »⁸⁷ s'est prononcée pour le maintien d'une analyse « ex ante » du caractère raisonnable de la clause pénale.

Les membres de cette commission ont estimé que l'appréciation du caractère raisonnable des pré-estimations des dommages au moment de la formation du contrat était dans l'ensemble satisfaisante (« we have formed the clear view that the test based on the circumstances at the time of the contract has on the whole worked satisfactorily »). Bien qu'ils aient reconnu que cette règle pouvait conduire à des résultats injustes, ils ont refusé de permettre en droit anglais que le test du caractère raisonnable des clauses pénales soit apprécié lors de l'inexécution du contrat car cet apport serait source d'insécurité juridique pour les contractants⁸⁸.

Lord Dunedin donne un dernier critère, qui a la forme d'une présomption : si la clause pénale stipulant le paiement d'une somme fixe a été prévu pour toute une série de cas dont les uns peuvent causer un dommage sérieux et les autres non, la Cour présumera qu'il s'agit d'une « penalty clause »⁸⁹, cette présomption est une présomption simple qui peut être écartée par la Cour si elle estime que la somme fixée est une estimation raisonnable des différents bris de contrat stipulés. Ainsi dans l'arrêt *Dunlop* ou Lord Dunedin expose les différents critères de distinction entre « liquidated damages » et « penalty clauses », la compagnie Dunlop avait prévu un

⁸⁵ A. Corbin, *Contracts*, 2nd ed., O.U.U.U., 1964, au § 1063.

⁸⁶ U.C.C § 2-718 (1) « Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach... »
Pour un commentaire de cet article, voir W. Hawkland, *U.C.C Series*, Article 2 : Sales (§ 2-718), West Group, 1982.

⁸⁷ Great Britain Law Commission, Working Paper No 61 (1975), *Penalties and Forfeitures of Monies Paid*, à la p 24.

⁸⁸ *Ibid.*, aux pp. 29-30.

⁸⁹ *Dunlop Pneumatic* (1915) A.C 79, 87-89 « there is a presumption (but no more) that it is a penalty – when a single lump sum is made payable by way of compensation, on the occurrence of one or more of several events some of which may occasion serious and others but trifling damage ».

accord maintien des prix avec un de ses distributeurs, celui-ci s'engageant notamment à ne pas vendre les produits Dunlop en dessous des prix fixés, une somme de £ 5 qualifiée de « liquidated damages » étant prévue pour tout produit vendu en violation de cet accord. La Chambre des Lord (dont faisait partie Lord Dunedin) qualifia cette clause de « liquidated damage », bien qu'à première vue elle semble disproportionnée, car la diffusion de la nouvelle de ce « rabais » (undercutting) peut causer des dommages supérieurs à Dunlop en désorganisant son système de distribution⁹⁰. L'exemple inverse nous est donné dans l'affaire *Ford Motor Co. v Armstrong*⁹¹ où les faits sont identiques au cas précédent, sauf le montant de la clause pénale qui était supérieur : £ 250, la Cour d'appel a décidé que cette clause était une « penalty clause » car la somme était à la fois arbitraire, élevée, et payable pour différentes inexécutions du contrat, dont le dommage pouvait pour certaines être dérisoire.

Les différents critères énoncés par Lord Dunedin sont encore aujourd'hui les outils qu'emploient les juges pour distinguer les « penalty clause » des « liquidated damages » toutefois un arrêt récent, *Philips Hong-Kong Ltd v. Attorney-General of Hong Kong*⁹² vient modifier l'esprit dans lequel les juges doivent procéder à l'examen de ces différents critères.

Les faits de cette affaire sont les suivants⁹³ : le gouvernement de Hong Kong avait décidé de construire une autoroute entre deux localités ; au lieu de choisir un seul contractant⁹⁴, il a préféré répartir les différentes tâches de ce marché public entre plusieurs cocontractants dont Philips Hong Kong (Philips). Ce choix nécessitait une bonne coordination entre les divers participants qui devaient travailler de façon harmonieuse et avancer tous d'un même pas, sinon les retards causés par l'un auraient un effet « boule de neige » en provoquant des retards chez les autres. Le coût de ces retards étant difficile à établir, les parties convinrent d'inclure dans leurs contrats

⁹⁰ Voir les explications de Lord Atkinson, *ibid.*, aux pp. 90-97.

⁹¹ (1915) 31 T.L.R. 267.

⁹² (1993) 61 Buid. L.R. 41. / Cas trouvable sur Lexis Nexis dans la library « Common Law Case ».

⁹³ L'exposé des faits est ici intéressant car il permet de mieux comprendre la solution dégagée par Lord Woolf, de plus il nous donne un exemple de clauses pénales assez élaborées qui sont insérées dans les contrats de constructions importants ou dans les marchés publics.

⁹⁴ Dans les contrats de constructions important, généralement un seul contractant est choisi, mais celui-ci a la possibilité (prévue contractuellement) de sous-traiter une partie des travaux à une ou plusieurs autres entreprises. Le maître de l'ouvrage a ainsi l'avantage de n'avoir qu'un seul interlocuteur, responsable de l'ensemble des travaux. Pour plus de détails : Voir J. C. Wetz, *Delay in Construction Contracts: A comparative study of legal issues under Swiss and Anglo-American Law*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1994, aux pp. 21 et s.

deux types de clauses pénales. Tout d'abord des clauses pénales furent prévues à différentes dates clefs d'avancement des travaux, ces dates étaient fixées de façon spécifique pour chaque contractant, afin de permettre aux autres contractants de pouvoir continuer leur travail sans entraves, les pénalités s'additionnant tant que le travail exigé à cette date n'était pas terminé, de plus leur montant était progressif en fonction du nombre de cocontractant affecté par ce retard ; une autre clause pénale fut stipulée pour la date d'achèvement des travaux. Une dernière disposition (appelée ici clause bonus) prévoyait une possibilité de réduction de ces clauses pénales en cas d'achèvement anticipé des dates clefs sans toutefois que le montant de la clause pénale puisse descendre en dessous d'un certain plancher.

La société Philips prit du retard dans ses travaux, et le gouvernement d'Hong Kong exigea le paiement des clauses pénales dues. Pour échapper à ses obligations, Philips argua que ces clauses étaient des « penalty clauses » car selon cette société si la clause avait été une authentique pré-estimation des dommages, son montant en vertu de la clause bonus pourrait être égale à zéro, or le montant minimum (le plancher) empêchait ce résultat.

Le tribunal de première instance (M. Justice Mayo) suivit ce raisonnement et qualifia les clauses de « penalty clauses ». La Cour d'appel infirma ce jugement, et dans ses motivations, elle apporte un souffle nouveau à l'esprit dans lequel doivent être appliqués les différents critères de distinctions entre les « liquidated damages » et les « penalty clauses ».

Pour justifier la validité des clauses pénales stipulées dans la présente affaire, la Cour d'appel pose le principe suivant : « Except possibly in the case of situations where one of the parties to a contract is able to dominate the other as to the choice of the terms of a contract, it will normally be insufficient to establish that a provision is objectionably penal to identify situations where the application of the provision could result in a larger sum being recovered by the injured party than his actual loss. Even in such situations so long as the sum payable in the event of non-compliance with the contract is not extravagant, having regard to the range of losses that it could reasonably be anticipated it would have to cover at the time the contract was made, it can still be a genuine pre estimate of the loss that would suffered and so a perfectly valid liquidated damage provision. The use in argument of unlikely illustration should therefore not assist a party to defeat a provision as to liquidated damages ».

Par le ton péremptoire de ces motifs, la Cour refuse une application trop « zélée »⁹⁵ des critères permettant de qualifier une clause pénale de « liquidated damages », car ce serait aller contre l'intérêt des parties qui ont légitimement intérêt à se prémunir à l'avance contre les dommages futurs et incertains pouvant résulter de l'inexécution du contrat⁹⁶.

Les juges de la Cour d'appel dans leur motivation mettent également en exergue le caractère exceptionnel de la qualification de « penalty clause », en disposant que « this principle was always recognised as being subject to fairly narrow constraint and the courts have always avoided claiming that they have any jurisdiction to rewrite the contracts that parties have made » et en citant avec approbation l'opinion de Dickson J⁹⁷, juge à la Cour Suprême du Canada, pour lequel « the power to strike down a penalty clause is a blatant interference with freedom of contract and is designed for the sole purpose of providing relief against oppression for the party having to pay the stipulated sum. It has no place where there is no oppression. »⁹⁸ Cet arrêt prône donc une plus grande reconnaissance du rôle de la volonté des parties dans le domaine des clauses pénales, une présomption de validité des clauses pénales⁹⁹ semble ainsi se dégager, présomption qui ne peut être combattue que si les critères énoncés précédemment sont remplis. Le but des tests n'étant plus de tracer la frontière entre « liquidated damages » et « penalty clauses » mais de caractériser, de détecter une « penalty clause ». Il faut cependant relativiser la portée de cet arrêt : intrinsèquement les parties sont toutes deux des personnes morales et elles sont liées par un contrat commercial ; extrinsèquement la Chambre des Lord n'a pas jusqu'à présent confirmé la justesse de cet arrêt.

Examinons à présent avec plus de détails les conséquences attachées à la qualification de la clause pénale.

⁹⁵ A. Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 2nd ed., Butterworths, à la p. 324, « Lord Woolf, giving the judgement of the Privy Council... considered that the courts should not be too zealous in knocking down clauses as penal ».

⁹⁶ *Supra* note 92 « it is to the advantage of either parties that they should be able to know with a reasonable degree of certainty the extent of their liability and the risks which they run as a result of entering into the contract ».

⁹⁷ *Elsev v J.G. Collins Insurance Agencies Ltd.* (1978) 83 D.L.R. (3d.) 1, 15.

⁹⁸ Cette opinion fut également citée approuvativement par la Cour Suprême d'Australie (High Court) : *Esanda Finance Corporation Ltd. v. Plessing* (1989) 166 C.L.R. 131, 140.

⁹⁹ Dans ce sens, E. McKendrick, *Contract Law*, 3rd ed. Macmillan, 1998, à la p.389 « the penalty clause jurisdiction is the anomaly, not the rule ».

(b) Les conséquences attachées à la qualification de la clause pénale

La common law ne procède pas à un examen systématique de la qualification des clauses pénales, ce n'est qu'en cas de litige que les juges devront procéder à ce travail. Lord Diplock précise en effet dans l'affaire « *Robophone Facilities Ltd v. Blank* » que « The court should not be astute to descry a -penalty clause- in every provision of a contract which stipulates a sum to be payable by one party to the other in the event of a breach by the former »¹⁰⁰. La charge de la preuve appartient à la partie qui prétend que la clause est une « penalty clause »¹⁰¹.

L'enjeu de la qualification est de taille : si la clause est qualifiée de « liquidated damages » alors elle est valide et son bénéficiaire peut exiger en justice son application, en revanche les penalty clauses ne sont pas revêtues de la force exécutoire. La « penalty clause » n'est pas pour autant frappée de nullité, elle est valable mais sa force obligatoire sera limitée aux dommages effectivement survenus. Cette règle fut exprimée avec limpidité par Lord Nicholls dans l'affaire « *Jobson v. Johnson* »¹⁰² : « the strict legal position is not that such a clause is simply struck out of the contract, as though with a blue pencil, so that the contract takes effect as if it had never been included therein. Stricly, the legal position is that the clause remains in the contract and can be sued upon, but it will not be enforced by the court beyond the sum which represent in the events which have happened, the actual loss of the party seeking payment »¹⁰³. Il faut toutefois noter que dans un arrêt antérieur de la Chambre des Lords¹⁰⁴, Lord Diplock a adopté une solution différente, prônant la nullité de la clause et le retour au droit commun de la responsabilité contractuelle : « the classic form of relief against such a penalty clause has been to refuse to give effect to it, but to award the common law measure of damages for the breach of the primary obligation instead »¹⁰⁵. Bien que le résultat soit le même, la première méthode (réduction du montant de la clause aux dommages effectivement survenus) est plus respectueuse de la volonté des parties.

¹⁰⁰ *Robophone Facilities Ltd v. Blank* (1966) 1 WLR 1428 1447.

¹⁰¹ *Supra* note 98.

¹⁰² *Jobson v. Johnson* (1989) 1 W.L.R. 1026.

¹⁰³ *Supra* note 100, à la p. 1040.

¹⁰⁴ *Scandinavian Trading Tanker Co. A.B. v. Flota Petrolera Ecuatoriana* (1983) 2 A.C. 694.

¹⁰⁵ *Ibid.* à la p. 702.

Examinons maintenant comment le droit civil français organise le contrôle des clauses pénales.

2 La révision judiciaire des clauses pénales en droit français

Comme nous l'avons vu dans le titre I, le droit civil français relatif aux clauses pénales a récemment été bouleversé. En effet depuis la promulgation du Code civil (1804), le juge était lié par la loi du contrat en matière de clause pénale, en vertu à la fois du principe général d'intangibilité des conventions de l'article 1134 C.civ., et de l'article 1152 al. 1^{er} C.civ. spécifique à la clause pénale qui dispose que « Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages et intérêts, il ne peut être allouée une somme plus forte ni moindre ». L'utilisation abusive dans les années 1970 des clauses pénales dans des contrats d'adhésion importés d'outre atlantique¹⁰⁶ força le législateur à intervenir afin de donner au juge le pouvoir de mettre fin à ces dérives. Deux lois furent ainsi adoptées à 10 ans d'intervalle : la loi du 9 juillet 1975 et celle du 11 octobre 1985.

Par ces deux textes, le législateur a octroyé aux juges sous certaines conditions restrictives (a), un pouvoir de réfaction de la clause pénale (b).

(a) les conditions de la révision judiciaire

Les lois du 9 juillet 1975 et du 11 octobre 1985 ont modifié deux textes du Code civil, l'article 1152 et 1231 afin de permettre au juge de réviser le montant des clauses pénales. Chacun de ces textes a des conditions d'application qui lui sont propres. Examinons en premier lieu les conditions d'application de l'article 1152 qui constitue le moyen de contrôle le plus effectif et le plus puissant des clauses pénales¹⁰⁷.

Le législateur a ajouté un alinéa 2 à l'article 1152 du C.civ. afin de permettre au juge de passer outre le principe d'intangibilité de la clause pénale contenu dans l'alinéa 1 du même article. L'alinéa 2 de l'article 1152 du C.civ. dispose que « Néanmoins le juge peut même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été

¹⁰⁶ Se référer au titre I chap I.

¹⁰⁷ Pour plus de précisions et de détails sur le régime des clauses pénales, voir la remarquable thèse de M. Mazeaud, D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*. L.G.D.J., 1992, aux pp. 42-57.

convenue , si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. ».

Le deuxième alinéa de l'article 1152 C.civ. constitue donc une exception au principe de l'intangibilité de la clause pénale, cette exception est étroitement délimitée à la fois par les termes restrictifs employés et par une interprétation jurisprudentielle particulièrement stricte¹⁰⁸.

Tout d'abord l'intervention du juge est discrétionnaire : le juge « peut » intervenir, c'est une simple faculté pour lui et non un devoir, il ne commettra pas un déni de justice s'il refuse de modérer un clause pénale, même si celle ci est excessive¹⁰⁹, d'ailleurs la Cour de cassation a estimé à plusieurs reprises¹¹⁰ que le juge pour qui la réduction des obligations résultant d'une clause pénale n'est qu'une simple faculté n'a pas à motiver spécialement sa décision lorsque faisant application pure et simple de la convention il refuse de modifier le montant de la peine qui y est forfaitairement prévue. Le pouvoir d'intervention du juge a été renforcé par la loi du 11 octobre 1985 qui lui permet de réviser « d'office » le montant de la peine ; cela signifie que le juge peut réviser le montant de la peine même si les parties au procès ne l'ont pas expressément demandé¹¹¹. Le législateur par cette réforme a voulu lutter contre l'éventuelle inégalité des parties au procès¹¹².

L'intervention du juge n'est possible que si la clause pénale est « manifestement excessive ou dérisoire », cette expression marque bien la volonté du

¹⁰⁸ J. Mazeaud & F. Chabas, *Leçons de droit civil : Obligations théorie générale*, t II/ premier volume 8^{ème} éd. Monchrestien, 1991, n° 641-2 « les termes très restrictifs de la loi révèlent que la modification ne sera possible que si la clause est véritablement léonine ».

¹⁰⁹ Opinion discordante de G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) » R.T.D. civ. 1985, à la p. 647, qui estime que la Cour de cassation a tranché le problème en décidant que « le juge qui avait constaté le caractère manifestement excessif de la peine stipulée doit procéder à la réduction de son montant », il faut noter que les arrêts qui optent expressément pour cette solution sont des arrêts isolés de la chambre sociale de la Cour de cassation (Soc., 7 mars 1979, *Bull. civ.* V, n°210, à la p. 149 ; Soc., 23 oct 1980, *Bull.civ.* V, n°765, à la p. 564) ; qui n'ont pas été confirmés par d'autres chambres (l'interprétation que Mr Paisant fait de un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation, Civ. 1^{ère} 9 fevr.1983, *Bull.civ.* I, n°55, à la p. 48 ; Obs. Chabas R.T.D. civ. 1983, 534-535, étant critiquable. Voir aussi la position de F. Pasqualini, « La révision des clauses pénales » Defrénois 1995 à la p. 773.

¹¹⁰ Civ. 1^{ère} 23 fevr. 1982 R.T.D. civ. 1982, à la p. 603, obs. Chabas. ; Com. 26 fevr. 1991 *JCP* éd. N 1992.II.185, note Gain.

¹¹¹ Le juge n'a pas le pouvoir de se saisir d'office du caractère manifestement excessif ou dérisoire de la peine, il ne peut que le relever d'office.

¹¹² Pour s'en convaincre R.T.D. civ. 1986, 213, obs Zenatti « Au bout du compte, le pouvoir du juge de modifier d'office une clause pénale n'est pas si hérétique qu'il pourrait paraître. Il procède de la logique même qui a inspiré la loi du 9 juillet 1975. L'atteinte à la liberté contractuelle que cette loi a apporté sanctionnait une outrancière inéquité contractuelle. Il eut été inconvenant que, produisant les mêmes effets sur le procès, les mêmes causes fussent à l'origine d'une inéquité processuelle, encore moins supportable devant un juge de l'équité. le juge providence se devait d'être aussi providentiel. ».

législateur de ne permettre aux juges d'intervenir que dans des cas où l'utilisation abusive de la clause pénale est flagrante. Le Professeur Chabas¹¹³ estime que cette formule « évoque une indemnité non seulement énorme, mais comme l'indique l'adverbe, tellement énorme que le juge n'a qu'à en constater le caractère sans se livrer à aucune recherche ». Peu après la promulgation de la loi du 9 juillet 1976, de nombreux auteurs¹¹⁴ ont eu peur que le juge qui avait eu pendant si longtemps les mains liées en matière de clause pénale, fut saisi par une fièvre d'équité et de justice contractuelle, et interprète le critère de l'excès manifeste de façon souple, réduisant ainsi à néant l'intention du législateur de ne permettre qu'exceptionnellement l'immixtion du juge dans le contrat. De plus le caractère factuel de l'excès manifeste fit craindre que les décisions des juges du fond échappent au contrôle régulateur de la Cour de cassation¹¹⁵.

Heureusement ni « la fièvre d'équité », ni « l'anarchie judiciaire » n'eurent lieu¹¹⁶. Dès 1978 la chambre mixte de la Cour de cassation¹¹⁷ censura pour manque de base légale une décision qui avait modéré une peine au motif qu'elle était « un peu élevée ». La Cour de cassation exige en effet que les juges du fond justifient le caractère manifestement excessif de la pénalité et explicitent le raisonnement qu'ils ont employé pour parvenir à cette solution¹¹⁸. Ce contrôle par la Cour de cassation assure encore aujourd'hui le caractère exceptionnel de l'intervention judiciaire dans le contrat de clause pénale.

La Cour de cassation a également du pallier à deux oublis du législateur, en effet deux paramètres essentiels à l'application de la loi du 9 juillet 1976 n'ont pas été précisés par le législateur : le critère de l'excès manifeste (excessif par rapport à quoi ?) et le point de repère temporel pour apprécier ce caractère excessif.

Le premier oubli semble mineur car la solution est a priori évidente : le seul paramètre objectif ne pouvant être que le préjudice ; Cette solution fut donc adoptée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu le 24 juillet 1978¹¹⁹, dans un arrêt

¹¹³ F. Chabas, « *La réforme de la clause pénale* » D 1976. Chron.229.

¹¹⁴ Voir par exemple F. Chabas, *supra* note 110, B. Boccara, « *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* » I.C.P. 1975.I.2742.

¹¹⁵ G. Hubrecht, « *La révisibilité judiciaire des clauses pénales* » Gaz. Pal. 1976.1, doct. à la p. 64, sp. note 6.

¹¹⁶ Il faut noter le caractère ancien du ressentiment envers les juges en droit français, ressentiment exacerbé si le pouvoir de juger en équité leur est donné.

¹¹⁷ Ch mixte 20 janv. 1978 R.T.D. civ. 1978, à la p. 377, Obs. G. Cornu.

¹¹⁸ Jurisprudence constante Voir Civ. 3^e, 14 nov. 1991 *Bull. civ.* III, n°274.

¹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 24 juillet 1978, R.T.D. civ. 1979, à la p. 150, obs. G. Cornu.

ultérieur¹²⁰, la Cour de cassation fut encore plus explicite en censurant une décision de la Cour d'appel de Rouen qui, sans se fonder sur « la disproportion manifeste entre l'importance du préjudice effectivement subi et le montant conventionnellement fixé », avait réduit le montant de la clause pénale en se déterminant sur des motifs tirés du comportement du débiteur.

Le deuxième oubli est plus fâcheux car différentes solutions peuvent être adoptées, en effet l'appréciation du caractère excessif peut être effectuée : au moment de la formation du contrat, au moment de l'inexécution de l'obligation principale ou lors du procès. La Cour de cassation s'est prononcée en faveur de la date à laquelle le juge est amené à rendre sa décision¹²¹. Cette solution, conforme au droit commun de la responsabilité français est en apparence logique, cependant le Professeur Paisant a estimé « que c'est au jour où elle est due – le jour de la sommation de payer - qu'il serait plus juste de déterminer son caractère démesuré ou non »¹²² car cela éviterait selon lui une confusion entre les dommages et intérêts et la clause pénale. Cependant la Cour de cassation n'a pas changé sa position et a récemment rappelé que les juges doivent se placer au jour où ils statuent pour apprécier si la peine convenue est manifestement excessive ou dérisoire¹²³.

Enfin, il faut préciser que le législateur a entendu imprimer à ce pouvoir de modération du juge une grande vigueur en conférant à l'article 1152 alinéa 2 du C.Civ. un caractère d'ordre public (« toute stipulation contraire sera réputée non écrite »).

Si l'article 1152 al. 2 constitue la « voie royale » permettant au juge de modifier les clauses pénales, le juge peut dans certains cas emprunter un autre chemin tracé par l'article 1231 du C.Civ. Avant la réforme du 9 juillet 1975, l'article 1231 du C.Civ était le seul échappatoire possible pour les débiteurs qui voulaient obtenir une réduction du montant de la clause pénale car il autorisait le juge à modifier la peine lorsque l'obligation principale avait été exécutée en partie. Toutefois cet « échappatoire » était bien étroit car la jurisprudence a considéré que ce texte était « supplétif de volonté », ainsi « l'article 1231... ne peut s'appliquer qu'au cas où les parties ayant prévu une peine pour l'inexécution totale du contrat l'inexécution n'a

¹²⁰ Com. 11 févr. 1997 *Bull. civ. IV*, n°47 Defrenois 1997. 740, obs. Delebecque.

¹²¹ Civ. 1^{ère} 19 mars 1980, *Bull. civ. I*, n°95.

¹²² Voir G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », *R.T.D. civ.* 1985, 647. 667.

¹²³ Civ. 1^{ère}, 10 mars 1998. *R.T.D. civ.* 1999, 97, Obs. J. Mestre.

été que partielle et par suite le préjudice moins grand ;...il est alors anormal de permettre au juge d'adapter la peine en considération de la gravité de l'inexécution ; au contraire, ce serait méconnaître l'article 1152 que de permettre au juge de substituer son appréciation à la volonté des parties lorsque celle - ci ont elles-mêmes prévu la sanction de l'inexécution partielle »¹²⁴. Le débiteur de la clause pénale ne pouvait donc espérer l'intervention du juge en vertu de ce texte que si le contrat n'avait pas expressément écarté l'application de cet article et ne prévoyait que le cas d'une inexécution totale.

Le législateur, lors de la réforme du 9 juillet 1975, guidé par la volonté de donner de plus amples pouvoirs d'intervention au juge en matière de clause pénale, procéda à la refonte de ce texte qui dispose désormais que « Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la peine convenue peut -même d'office- (Loi du 11 octobre 1985) être diminuée par le juge à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'article 1152. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite. ».

Ainsi le juge peut employer ce texte, lorsque le débiteur a partiellement exécuté son obligation principale, il n'est plus lié par l'éventuelle prévision de l'inexécution partielle stipulée dans la clause pénale¹²⁵. L'intervention du juge est donc possible si et seulement si l'obligation est divisible, de plus le caractère d'ordre public de ce texte empêche les parties d'en écarter conventionnellement son application.

Après avoir examiné les conditions d'application des articles 1152 Al 2 et 1231 du Code civil, étudions à présent l'étendue des pouvoirs qu'ils offrent aux juges.

¹²⁴ Rouen, 3 juillet 1970. J.C.P. 1971. II. 16581 Obs. Boccara ; pour une vision complète de l'article 1231 avant la réforme du 9 juillet 1975 voir B. Boccara, « *La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil* » J.C.P. 1970.I.2294. où il démontre que l'article 1231 « est une solution technique d'interprétation dans l'hypothèse où les parties n'ont pas envisagé explicitement le cas de l'inexécution partielle (...). L'article 1231 loin de porter atteinte à la force obligatoire des conventions institue simplement un cas d'adaptation judiciaire de la convention des parties ».

¹²⁵ Sauf si les parties ont elles même prévu une diminution de la peine convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle de l'engagement aura procuré au créancier (Voir infra b).

(b) *Les pouvoirs de réfaction du contrat accordés aux juges*

L'étendue des pouvoirs du juge varie selon l'article du code civil qu'il applique. L'article 1152 al 2 surprend par l'absence de précisions quant aux pouvoirs octroyés au juge en cas de clause pénale « manifestement excessive ou dérisoire », en disposant laconiquement que le juge peut « modérer ou augmenter » la peine qui avait été convenue. Cette imprécision fut relevée dans les commentaires de la réforme du 9 juillet 1975, et les auteurs s'inquiétèrent des « prévisibles remous jurisprudentiels »¹²⁶ qu'elle allait entraîner. M. Boccara estima dans une analyse extrêmement convaincante¹²⁷ que trois possibilités d'interprétation s'offraient au juge.

Partant d'un cas d'espèce où le préjudice est de 100 et le seuil d'excès manifeste se situe à 250, il exposa que le juge pouvait : soit choisir le « système dit de l'adaptation » (où il adapte le jeu de la pénalité au préjudice effectivement subi, ainsi il réduira en l'espèce la pénalité à 100), soit « le système de la modération à butoir » (ou le pouvoir de réduction du juge aura pour butoir l'excès manifeste, 250 en l'espèce), soit « le système de la libre réduction » (libre appréciation sans pouvoir descendre en dessous du préjudice subi, donc dans l'exemple libre choix entre 100 et 250). Si l'ensemble de la doctrine s'accordait sur les différentes possibilités d'interprétation, en revanche sa division au moment du choix de l'une de ces méthodes était caricaturale : Mr Boccara¹²⁸ penchait pour le « système de la modération à butoir », M. Boubli¹²⁹ donnait sa préférence au « système de l'adaptation », M. Chabas¹³⁰ inclinait en faveur du « système de la libre interprétation », enfin M. Vasseur¹³¹ choisissait une variante du « système de la libre interprétation ».

La première chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 24 juillet 1978 retint la thèse défendue par M. Chabas, en reconnaissant « qu'il appartient aux juges du fond, souverains dans l'appréciation du préjudice subi par le créancier, de

¹²⁶ B. Boccara, « *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* » J.C.P 1975.I.2742 au n°41.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ B. Boubli, « *La mort de la clause pénale ou le déclin du principe de l'autonomie de la volonté* » J. not 1976, I, 945 sp. à la p 961.

¹³⁰ Voir F. Chabas, supra note 113, à la p. 234.

¹³¹ M. Vasseur, note sous Paris 5 janvier 1977 : D 1977, 262, ou il estime que le juge devait maintenir la peine au delà du préjudice pour préserver son caractère comminatoire.

fixer librement le montant de l'indemnité résultant de l'application d'une clause pénale dès lors qu'ils l'estiment manifestement excessive, sans pouvoir toutefois allouer une somme inférieure au montant du dommage »¹³². En d'autres termes le pouvoir modérateur du juge s'exerce entre un plancher, le préjudice effectif, et un plafond, le montant manifestement excessif, entre ces deux limites le pouvoir du juge est discrétionnaire, la Cour de cassation admettant même que les juges du fond en l'absence de préjudice, exonèrent totalement le débiteur défaillant du paiement de la peine convenue¹³³ ou en réduisent le montant à la somme symbolique de 1 franc¹³⁴. Certains auteurs¹³⁵ ont vertement critiqué cette exonération totale du débiteur en l'absence de préjudice subi par le créancier, car la clause pénale perdrait ainsi une de ses fonctions essentielles, sa fonction comminatoire, selon M. Mazeaud, « dès lors que l'on analyse la clause pénale comme une peine privée contractuelle, il n'est pas possible d'admettre que l'absence de préjudice puisse entraîner la suppression de la peine manifestement excessive. Même s'il n'existe pas dans cette hypothèse, de préjudice à réparer, il reste qu'une inexécution a été commise et qu'elle doit être sanctionnée »¹³⁶. Ces critiques semblent justifiées, si on se réfère aux travaux préparatoires de la réforme du 9 juillet 1975 où la volonté de conserver le caractère comminatoire de la clause pénale était clairement affiché¹³⁷.

L'article 1231 du C civ. permet également au juge de modifier la clause pénale, toutefois le pouvoir de réfaction octroyé au juge est beaucoup moins grand que celui dont il dispose en vertu de l'article 1152 al 2 du C civ. En effet le juge ne dispose pas d'un pouvoir de réfaction discrétionnaire, il est tenu de diminuer « la peine convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier ». Cette rédaction n'est pas innocente, le législateur a ainsi entendu combattre la jurisprudence antérieure qui reconnaissait au juge le pouvoir de faire totalement abstraction du montant de la clause pénale pour fixer l'indemnité à la valeur du préjudice¹³⁸. Un exemple permet de mieux comprendre l'application de ce texte : imaginons que X ait loué un camion à Y pour une durée de 10 ans, le montant total du contrat est de \$ 100 000, X devant payer chaque année \$ 10 000 à Y, Y par

¹³² Civ. 1^{ère} 24 juillet 1978 *Bull. civ. I*, n° 280, à la p. 219.

¹³³ Com. 16 juillet 1991 D.1992. 365, note D. Mazeaud.

¹³⁴ Com. 13 mars 1979, *Bull. civ. IV*, n°99, à la p. 77 ; Com. 28 avril 1980 *Bull. civ. IV* n°167 à la p. 132.

¹³⁵ G. Paisant, *supra* note 122, au n° 79. ; D. Mazeaud, *supra* note 133.

¹³⁶ D. Mazeaud, *supra* note 133 n°15.

¹³⁷ Décl. Foyer, J.O. déb., Ass nat., 17 mai 1975, à la p. 2862.

prudence a inséré une clause pénale de S 10 000 due en cas de rupture du contrat ; après avoir payé pendant deux années, X décide de rompre le contrat, dans cette hypothèse si le juge applique l'article 1231, il réduira la clause pénale en tenant compte du bénéfice que le créancier a retiré de l'exécution partielle, en l'espèce les 2/10^{ème} du contrat ont été remplis, la clause sera donc réduite en proportion et sera égale à S 8000 (10000 - (2/10 multipliés par 10000)). La grande majorité des décisions applique à la lettre la règle de la réduction proportionnelle, toutefois il arrive que cette application ne se fasse pas d'une manière aussi « mathématique »¹³⁹, car comme l'explique M. Paisant, la satisfaction procurée au créancier « n'est pas forcément calquée à l'identique sur l'exécution partielle réalisée par le débiteur »¹⁴⁰.

L'article 1231 est un peu tombé en désuétude, car les parties prennent généralement le soin de prévoir une diminution de la peine convenue à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle de l'engagement aura procuré au créancier. Des auteurs ont ainsi affirmé que « l'article 1231 ne sert à rien »¹⁴¹ ou est un « coup d'épée dans l'eau »¹⁴², mais n'est ce pas une consécration pour une loi de faire partie des habitudes des praticiens ?

Les clauses pénales en droit français sont donc contrôlées par le biais des articles 1152 al 2 et 1231 du C civ., bien qu'une loi récente (loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 relative aux clauses abusives) semble apporter un nouvel instrument de contrôle¹⁴³. Cette loi est une transposition en droit interne français d'une directive « concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs » adoptée le 5 avril 1993 par le Conseil des Communautés européennes, le but de cette directive était d'harmoniser les différentes législations des pays membre de l'Union Européenne en matière de clauses abusives¹⁴⁴. Ainsi, l'article L 132-1 du Code de la consommation français dispose dorénavant que « dans les contrats conclus entre professionnels et non professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui

¹³⁸ Voir F. Chabas, *supra* note 113 à la p. 231-232.

¹³⁹ Voir G. Paisant, *supra* note 122 à la p. 683.

¹⁴⁰ Voir G. Paisant, *supra* note 122.

¹⁴¹ F. Chabas. Obs. sous Cass. com 21 juillet 1980 : R.T.D. civ. 1981, à la p.400.

¹⁴² D. Mazeaud, *supra* note 107, à la p. 51.

¹⁴³ Voir G. Paisant, « *Clauses pénales et clauses abusives après la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995* » D.1995. Chron 223.

¹⁴⁴ La notion de clause abusive était déjà connu en France depuis la loi n°78-23 du 10 janvier 1978 (dite loi Scrivener). Pour un panorama de cette législation et des apports de la loi n°95-96 du 1^{er} février 1995 : J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 4^{ème} éd., Dalloz, 1996, aux pp. 166-182 ; pour un panorama européen voir J. Ghestin, *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe*, L.G.D.J., 1991.

ont pour objet ou pour effet de créer au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». En vertu du principe général du droit français « specialia generalibus derogant », la disposition générale de l'article 1152 du C civ. devrait céder la place à ce nouvel article dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs (au sens large). Si les conditions d'application de ces deux articles sont similaires (exceptée la qualité des parties au contrat) : « le déséquilibre significatif » de l'article 132-1 du Code de la consommation pouvant être assimilé à « l'excès manifeste » de l'article 1152 al 2 du Code Civ ; en revanche leurs effets divergent car l'article 132-1 ne donne pas un pouvoir modérateur au juge, si ce dernier estime que la clause est abusive alors elle est automatiquement « réputée non écrite ». L'atteinte à la volonté des parties est ici flagrante, la clause étant considérée n'avoir jamais existé, la victime de l'inexécution devra alors demander au juge des dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité contractuelle de droit commun. Comme le juge lorsqu'il accorde des dommages et intérêts est lié par le principe indemnitaire. L'article 132-1 du Code de la consommation coupe de facto la tête¹⁴⁵ au caractère comminatoire de la clause pénale. Pour l'instant ce texte n'a connu aucune application pratique en matière de clause pénale, il n'en demeure pas moins qu'il entre en complète contradiction avec la réforme du 9 juillet 1975, cette incohérence étant due à un travail législatif incomplet¹⁴⁶.

Notons que la directive du 5 avril 1993 a aussi été transposée en droit anglais, sous le nom de « Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1994 », le noyau de ce règlement se trouve dans sa quatrième partie qui dispose que « -unfair term means any term which contrary to the requirement of good faith causes a significant imbalance in the parties rights and obligations under the contract to the detriment of the consumer » et si le « terme » du contrat est qualifié d'injuste (« unfair ») alors « it shall not binding on the consumer » (regulation 5 (1))¹⁴⁷, toutefois ce nouveau règlement (« regulation ») n'apporte aucune innovation majeure en matière de clause pénale, le débiteur étant déjà suffisamment protégé par les règles pré existantes.

¹⁴⁵ Référence au caractère bicéphale ou janusien de la clause pénale en droit français, v D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, L.G.D.J., 1992 ; B. Boccara, « *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* » J.C.P 1975.I.2742.

¹⁴⁶ Comme le note ironiquement M. Paisant, *supra* note 143, « le législateur de 1995 n'avait sans doute pas songé aux clauses pénales en modifiant la définition des clauses abusives. Ce ne serait pas la première fois qu'une réforme produirait des conséquences imprévues. Ce ne serait pas la dernière non plus... ».

Livrons nous à présent à une appréciation comparative du droit civil français et de la common law en matière de clause pénale.

3 Appréciation comparative

Il est manifeste que la clause pénale « bénéficie » d'un traitement particulier dans les deux traditions juridiques, en effet la common law et le droit civil ont accordé au juge, sous certaines conditions le pouvoir de modifier cette clause, voire de refuser de l'appliquer.

Quelques exemples concrets vont nous permettre de mieux appréhender quelles sont les similitudes et les divergences, dans le traitement que ces deux systèmes juridiques réservent aux clauses pénales.

Hypothèse n°1 : X s'engage à livrer des marchandises à Y pour une somme de \$100000, une clause pénale stipule que si X ne s'acquitte pas de cette obligation, il devra verser à Y \$150000. X ne livre pas la marchandise, entraînant pour Y un préjudice de \$5000 (surcoût engendré par la recherche d'un nouveau contractant sur le marché).

La common law va examiner si la clause pénale est une authentique pré estimation des dommages au moment de la formation du contrat¹⁴⁸. Supposons qu'en l'espèce les tribunaux considèrent que le dommage prévisible soit de l'ordre de 5000 dollars, dans ce cas puisque la somme stipulée n'est pas une authentique pré estimation des dommages, les juges vont la qualifier de « penalty clause ».

Le droit civil français la qualifierait de « clause manifestement excessive »¹⁴⁹ par rapport au préjudice subi (le montant de la clause étant 30 fois supérieur au préjudice subi). Les deux traditions juridiques dans cette hypothèse s'entendent pour ne pas appliquer la clause pénale telle qu'elle a été stipulée. Toutefois le sort réservé à cette clause pénale ne sera pas forcément le même : la common va réduire le montant stipulé aux dommages survenus (actual damages)¹⁵⁰, en l'espèce \$5000, alors que la réduction du montant de cette clause en droit français est aléatoire, puisque le juge peut la modifier discrétionnairement entre le préjudice

¹⁴⁷ Voir E. McKendrick, *Contract Law*, 3rd ed. Macmillan, 1997, aux pp. 325-330.

¹⁴⁸ Cf. p 27 de ce mémoire

¹⁴⁹ Art 1152 al 2

¹⁵⁰ *Supra* note 103.

effectivement subi (le « plancher », ici \$5000) et le montant stipulé dans la clause (\$150000)¹⁵¹.

Passons à l'hypothèse 2, où nous reprenons les faits de l'hypothèse 1 en changeant seulement le montant de la clause pénale qui est désormais de \$ 5000. Dans ce cas la common law va qualifier la clause pénale de « liquidated damages », puisqu'elle est une authentique pré estimation des dommages, la clause sera ainsi valable. Le droit civil revêtira également cette clause de la force obligatoire car elle n'est en rien manifestement excessive.

L'hypothèse 3 est identique à l'hypothèse 1 sauf que le montant de la clause pénale est égal à \$7000. Ici les deux traditions juridiques adoptent des solutions différentes : le droit civil français en vertu du caractère bicéphale de cette institution (à la fois compensatoire et comminatoire) validera certainement la clause pénale, qui si elle est « excessive » par rapport au préjudice, ne présente pas le caractère « flagrant » de cet excès, qui est la condition essentielle du « droit d'ingérence » du juge en matière de clause pénale. En effet une clause pénale de \$7000, pour un contrat qui porte sur \$100000 dollars n'apparaît pas comme étant à l'évidence excessive. En revanche la common law, si elle privilégie une approche classique va refuser d'appliquer cette clause, puisqu'elle est supérieure à une authentique pré estimation des dommages au moment de la formation du contrat.

Toutefois l'application des principes contenus dans la décision « Philips Hong Kong Ltd v. Attorney General of Hong Kong » (1993)¹⁵² pourrait conduire la common law à reconnaître la validité de cette clause car son montant, pour reprendre les termes de cette décision, « is not extravagant, having to the range of losses that it could reasonably be anticipated it would have to cover at the time the contract was made it can still be a genuine pre estimate of the loss that would be suffered and so a perfectly valid liquidated damage provision ». En effet le montant de la clause pénale (\$7000) excède de peu celui que les juges ont considéré comme une pré-estimation raisonnable des dommages et intérêts au moment de la formation du contrat.

Ces diverses hypothèses illustrent les différents degrés de convergences entre la common law et le droit civil quant au traitement à réserver aux clauses pénales.

Ainsi les deux systèmes juridiques s'accordent pour valider les clauses pénales dont l'objet est uniquement indemnitaire, comme nous avons pu le voir dans

¹⁵¹ Cf. aux pp. 33-34. de ce mémoire.

¹⁵² *Supra* note 92.

l'hypothèse 2, la common law va valider expressément ces clauses « authentiquement réparatrices » en les qualifiant de « liquidated damages », et le droit civil va respecter la volonté des parties en ne donnant au juge aucun pouvoir d'intervention.

Pour les clauses pénales manifestement excessives (extravagant), l'hypothèse 1 démontre que, si il existe une volonté commune aux deux systèmes de permettre au juge d'intervenir pour réparer une pénalité disproportionnée¹⁵³, les conséquences pratiques de cette volonté ne sont pas forcément les mêmes, en effet le droit français octroie au juge un pouvoir de réfaction relativement étendu, alors que la common law impose au juge de réduire le montant de la « penalty clause » au préjudice effectivement subi. Cette absence de « flexibilité » de la common law s'explique par son refus de reconnaître une fonction répressive à la clause pénale, inversement la « marge de manœuvre » dont bénéficie le juge en droit civil français pour modérer la clause pénale manifestement excessive s'explique par le caractère « janusien » de cette institution en France : à la fois indemnitaire et comminatoire.

Cependant, comme nous l'avons noté précédemment¹⁵⁴, certaines décisions françaises ne tiennent pas compte de ce double caractère et adopte la solution préconisée par la common law, qui consiste à réduire la clause pénale au montant du préjudice effectivement subi.

Ces décisions constituent-elles le prélude d'un rapprochement entre le droit civil et la common law en matière de clause pénale ? Annoncent-elles la mort prochaine du caractère répressif de la clause pénale en droit français ? Une telle déduction semble hasardeuse, car comme l'a notamment précisé M. Mazeaud le petit nombre d'arrêts qui ont adopté cette solution sont en contradiction avec l'esprit de la réforme du 9 juillet 1975¹⁵⁵, de plus le lecteur de ces décisions a le sentiment que le juge a voulu « sanctionner » un abus de position dominante qui a permis au créancier de l'obligation principale, de stipuler une peine manifestement excessive ; ces arrêts ne permettent donc pas de conclure à une disparition du caractère répressif de la clause pénale en droit français.

La fonction comminatoire de la clause pénale est au centre de la divergence majeure qui existe en matière de clause pénale entre la common law et le droit civil

¹⁵³ En ce sens D. L. Jaffe & K. B. Jaffe, « *Stipulated Damage Provisions in France and the United States* » (1985) 33 Am. J. Comp. L. 637, aux pp.670-671.

¹⁵⁴ Cf. p 39-40 de ce mémoire.

¹⁵⁵ D. Mazeaud, *supra* note 133.

français ; comme le montre l'hypothèse 3, si le droit civil valide les clauses pénales qui sont « simplement » punitives, c'est à dire celles dont le montant est compris entre le préjudice effectif et le seuil de l'excès manifeste, la common law s'y refuse pour l'instant, bien que dans la décision « *Philips Hong Kong Ltd v. Attorney-General of Hong Kong* » (1993)¹⁵⁶, Lord Woolf entend donner plus de force à la volonté des parties en appliquant de façon plus souple les critères qui permettent de qualifier une clause de « liquidated damages ». Il serait cependant hâtif de conclure que la common law pourrait admettre dans un futur proche une fonction répressive à la clause pénale, ce serait en contradiction complète avec l'évolution de la perception de ces clauses en common law¹⁵⁷. Cette décision traduit, peut être, une nouvelle approche plus respectueuse de la volonté des parties en matière de clause pénale, si ces dernières sont des personnes morales capables de défendre leurs intérêts. Cette vision n'est pas nouvelle, en effet, dès le milieu des années 1975 des auteurs ont préconisé d'établir une distinction suivant que les parties au contrat soit « sophistiquées » (« sophisticated ») ou non¹⁵⁸. L'approche plus respectueuse de la volonté des parties reste cependant ancrée dans la sphère indemnitaire, à aucun moment l'arrêt Philip n'a admis que la clause pénale puisse avoir un caractère punitif.

Enfin la dernière différence majeure entre la common law et le droit civil en matière de clause pénale est relative au point de repère temporel choisi pour déterminer si cette clause est raisonnable ou non. La common law se place au moment de la formation du contrat, alors que le droit civil se place au jour du jugement. La solution adoptée par la common law fait l'objet de nombreuses critiques, cependant la common law s'est toujours refusée à en changer, estimant que cette règle assure pour le mieux la sécurité juridique des contractants¹⁵⁹. Une autre motivation influence aussi la common law : son refus d'examiner le caractère raisonnable de la clause pénale stipulée au moment des dommages survenus ce qui a pour effet de décourager l'emploi de ces clauses. En d'autres termes, le créancier peut préférer ne pas estimer à l'avance les dommages qui vont survenir, car si les

¹⁵⁶ *Supra* note 92.

¹⁵⁷ En ce sens A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract : The Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon Press Oxford, 1987, aux pp. 124-124, Simpson démontre qu'au 18^{ème} siècle, la common law a fait « triompher » définitivement le principe compensatoire en matière de clause pénale (jusqu' alors valable même si elles avaient une fonction comminatoire).

¹⁵⁸ Se référer au titre III.

¹⁵⁹ Voir Great Britain Law Commission Working Paper No 61 (1975), *Penalties and Forfeitures of Monies Paid*.

dommages réels dépassent le montant de la clause pénale, le créancier sera lié par la clause pénale (si elle a le caractère de de « liquidated damages »), la common law ne lui donnant pas la possibilité de renoncer au bénéfice de la clause pénale pour recourir au droit commun de la responsabilité contractuelle¹⁶⁰.

L'approche « ex ante » de l'estimation du caractère raisonnable de l'estimation des dommages et intérêts empêche également la common law d'avoir un mécanisme de réduction de la clause pénale proportionnel à l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, puisque par définition au moment de la formation du contrat on ne peut savoir le degré de parachèvement de l'obligation principale.

Pour conclure cette première sous partie, on peut affirmer que le droit civil français est plus respectueux de la volonté des parties en matière de clause pénale que la common law.

L'explication de cette moindre censure réside à notre sens, dans la reconnaissance d'un double caractère à la clause pénale qui peut être soit compensatoire soit comminatoire, alors que la common law n'a gardé que le caractère compensatoire. Concrètement cela signifie, que le sort du bénéficiaire d'une clause pénale est plus enviable en droit français, et inversement le débiteur d'une clause pénale est mieux protégé par la common law.

Après avoir étudié les mécanismes de contrôles de la clause pénale en droit civil français et en common law, examinons la notion de clause pénale.

Chapitre II La notion de clause pénale

Comme nous l'avons étudié dans le chapitre précédent, le juge en matière de clause pénale dispose, sous certaines conditions, d'un pouvoir d'immixtion tout à fait exceptionnel, dérogeant au principe du respect de la volonté contractuelle en droit civil et en common law. L'enjeu de la qualification de « clause pénale » est donc considérable pour les contractants (surtout pour le débiteur), d'elle dépendra l'existence du pouvoir de révision judiciaire de cette clause.

¹⁶⁰ *Diestal v. Stevenston* (1906) 2 K.B. 345. En l'espèce un créancier s'apercevant que les dommages effectifs sont plus importants que le montant de la clause pénale, essaye (sans succès) de la faire qualifier de « penalty clause » afin de pouvoir récupérer les dommages survenus (« actual damages »),

Nous verrons qu'il est particulièrement difficile de comprendre la logique de la qualification de « clause pénale » par les tribunaux des deux systèmes juridiques (1), puis nous tenterons de préciser les critères constitutifs essentiels de cette clause (2).

1 Les Frontières de la notion de clause pénale

La notion de clause pénale semble a priori être un point de droit assez connu, ne posant pas de problème de définition. Ainsi la common law et le droit civil s'accordent pour reconnaître que la clause suivante est une clause pénale : « X s'engage à construire une maison pour Y, une stipulation prévoyant que si la maison n'est pas terminée avant le 1^{er} janvier 2000, X devra lui verser une somme de \$300000 ». Supposons que le prix de la maison est de \$100000 et que le préjudice réel de X soit de \$10000 (idem pour la pré estimation des dommages lors de la formation du contrat), dans ce cas le droit civil français considèrera que la clause pénale est une clause « manifestement excessive », que le juge pourra réduire ; la common law estimera que la clause est une « penalty clause » et refusera de l'appliquer.

Imaginons à présent que Y conscient de l'intervention quasi inéluctable du juge demande conseil à l'un de ses amis juriste, Y lui expose sa volonté d'inclure une pénalité importante en cas d'inexécution de l'obligation principale, afin que le débiteur soit fortement incité à préférer exécuter correctement cette dernière ; son ami, très en verve, lui propose de rédiger le même contrat d'une façon différente pour essayer de contourner les règles relatives à la clause pénale : au lieu de prévoir une pénalité en cas d'inexécution, Y va demander à X qu'il s'engage « soit à lui construire une maison avant le 1^{er} janvier, soit à lui payer une somme de \$300000 ». Le résultat des deux contrats est le même : si X ne construit pas la maison de Y avant le 1^{er} janvier 2000, il devra payer une somme de \$300000. L'ami juriste, bien que sachant qu'une telle hypothèse ne se soit jamais présentée devant les tribunaux français, estime, comme de nombreux auteurs¹⁶¹, que ce montage juridique n'est point une clause pénale, et qu'il constitue une obligation alternative. Ainsi le débiteur ne pourrait théoriquement pas bénéficier de l'intervention du juge limitée aux seules

¹⁶¹ D. Mazeaud., *supra* note 107, à la p. 94 ; M. J. Gebler., « *Les obligations alternatives* » R.T.D. civ. 1969, aux pp. 1 et s.

clauses pénales, pourtant les effets concrets de ces deux exemples sont les mêmes : ils forcent le débiteur à exécuter un contrat sous la menace de devoir payer une somme disproportionnée.

Cet exemple illustre le problème de la frontière entre la clause pénale et d'autres institutions juridiques similaires telles que l'obligation alternative, la clause de dédit et la clause de déchéance. La délimitation, le bornage de cette frontière, par l'examen des raisons qui justifient une différence de traitement entre ces institutions et la clause pénale (même lorsque leurs effets concrets s'avèrent identiques), nous permettra peut être de mieux cerner les caractères constitutifs de la notion de clause pénale.

Sachant que l'obligation alternative est définie en droit français « comme une obligation qui porte sur deux ou plusieurs prestations dont chacune est libératoire et permet au débiteur de se libérer par la fourniture de l'une quelconque de ces prestations à son choix »¹⁶², la distinction entre ce type d'obligation et la clause pénale semble être théoriquement relativement aisée. En effet le débiteur de l'obligation alternative dispose d'un choix (A ou B), alors que le débiteur d'une clause pénale n'a aucun choix à exercer, il doit exécuter l'obligation principale, la clause pénale n'étant qu'une sanction de l'inexécution de ce contrat¹⁶³. Toutefois comme nous l'avons démontré dans l'exemple précédent ce choix peut être illusoire et dans ce cas, en pratique, le débiteur sera contraint d'exécuter une obligation, sous la menace de devoir s'acquitter d'un autre engagement beaucoup plus lourd.

Si une telle espèce était présentée devant les tribunaux français, ils pourraient entériner ce montage juridique, ce qui permettrait au créancier d'échapper au régime de la clause pénale, nous assisterions dans ce cas à la ruine du mécanisme de contrôle des clauses pénales instauré par le législateur ; il est cependant plus vraisemblable que le juge français utilisera le critère qu'il emploie habituellement pour distinguer les clauses pénales d'autres clauses similaires¹⁶⁴, ce critère consiste en l'appréciation de la fonction de la clause : elle sera qualifiée de pénale si « elle a pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation »¹⁶⁵.

¹⁶² G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, 2^{ème} éd. P.U.F, 1990, à la p. 46.

¹⁶³ Voir D. Mazeaud., *supra* note 107, aux pp. 94-95.

¹⁶⁴ Notamment la clause de dédit.

¹⁶⁵ Com. 14 octobre 1997 : *Bull. civ. IV*, n°255

Bien que certains auteurs aient qualifié ce critère d'extrêmement fiable¹⁶⁶, il peut se révéler d'application délicate, puisque la Cour de cassation n'a pas précisé si les juges devaient examiner cet « objet » au vu de l'intention des parties ou au vu de l'effet réel produit par la stipulation. L'intention des parties étant un critère pour le moins divinatoire, les juges étudieront certainement avec plus d'attention l'effet concret que produit cette stipulation, mais ils seront alors confrontés à un choix difficile si la clause produit plusieurs effets. Imaginons par exemple, que X s'engage à acheter une maison à Y pour un prix de \$200000, X ayant la faculté de renoncer à son engagement si il paye une somme de \$100000 ; dans cette hypothèse l'objet de la stipulation est double : il donne à X la faculté de se délier de son engagement, en cela la clause peut être qualifiée de « dédit », et en même temps elle peut être qualifiée de clause pénale car elle incite fortement X à exécuter son obligation en raison du caractère disproportionné du prix de sa liberté (la moitié du prix de la maison).

Pour éviter ce problème de définition de la clause pénale en droit français et les conséquences qu'il engendre : modération de la peine pour les clauses pénales excessives, intangibilité des conventions pour les autres stipulations, même si en pratique ces deux types de stipulations peuvent produire des résultats similaires, M. Mestre a proposé une solution très originale¹⁶⁷. Selon lui « la clause visée à l'article 1152 ne s'identifie pas à la clause pénale »¹⁶⁸, pour prouver cette affirmation pour le moins surprenante, il note dans un premier temps que cet article est inséré dans une section intitulée « des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation » et non dans la section relative aux « obligations avec clause pénale », puis il note que les clauses contenues dans cette dernière section présentent « deux particularités : d'abord l'objet de l'engagement qu'y souscrit le débiteur en cas d'inexécution (« faire quelque chose » à titre de compensation)..., ensuite son caractère comminatoire »¹⁶⁹; il en conclut que la clause contenue dans l'article 1152 n'est pas une clause pénale puisqu'elle ne fait que « fixer forfaitairement les dommages et intérêts que le débiteur devra en cas d'inexécution de l'obligation » (en d'autre terme, il est dépourvu du caractère comminatoire de la clause pénale).

¹⁶⁶ Defrenois 1998. 328, obs. D. Mazeaud

¹⁶⁷ Obs. J. Mestre, R.T.D. civ. 1985, 373.

¹⁶⁸ *Ibid.*

¹⁶⁹ *Ibid.* Rappel de la nature bicéphale de la clause pénale en droit français à la fois indemnitaire et comminatoire.

Ainsi d'après M. Mestre « l'article 1152... se suffit à lui même. Puisque c'est lui qui institue le pouvoir judiciaire de révision c'est à lui, et à lui seul, d'en circonscrire le cadre »¹⁷⁰. Par conséquent, l'exercice du pouvoir du juge n'est pas subordonné à la qualification de clause pénale, il suffit que l'indemnité litigieuse soit le fruit d'une « évaluation conventionnelle... d'une somme à titre de dommages intérêts... pour le cas d'inexécution de la convention par le débiteur »¹⁷¹. Cette interprétation de l'article 1152 a l'avantage d'effacer les incohérences que nous avons exposées (non application du pouvoir de réduction de l'article 1152 al2 à des institutions voisines de la clause pénale et surtout pouvant produire les mêmes effets), toutefois la Cour de cassation a toujours rejeté cette solution, en cantonnant le pouvoir judiciaire de révision dans les limites de la notion de clause pénale.

La common law éprouve aussi des difficultés à justifier l'application sélective des règles relatives à la clause pénale. La commission des lois du Royaume Uni (« Great Britain Law Commission ») se fit d'ailleurs l'écho de ces problèmes¹⁷². Elle a constaté que les règles relatives aux clauses pénales ne s'appliquent pas aux « forfeiture » et « deposit clauses » (sortes de dépôt de garantie)¹⁷³. Pourtant ces clauses peuvent avoir le même effet coercitif qu'une « penalty clause » en contraignant le débiteur à payer une somme supérieure à une authentique pré-estimation des dommages au moment du contrat. Une simple modification du contrat permettant de transformer une clause pénale en « deposit clause » (dépôt de garantie), il suffit d'exiger que la somme due en cas d'inexécution, soit versée en dépôt, ainsi cette somme échappait aux règles relatives aux « penalty clauses » et bénéficiait du régime plus souple des « deposit clauses ». La common law a toujours traité différemment ces deux types de clauses¹⁷⁴, en accordant au juge un pouvoir d'intervention moindre en matière de « forfeiture clause », historiquement le pouvoir d'équité du juge relatif à ces clauses était cantonné à la propriété foncière (achat de terrain et baux ruraux)¹⁷⁵. Ce n'est que récemment que les tribunaux ont étendu ce

¹⁷⁰ *Ibid.* 374.

¹⁷¹ *Ibid.* 374 et 375.

¹⁷² Great Britain Law Commission Working Papers No 61 (1975), *Penalties and Forfeitures of Monies Paid*.

¹⁷³ Voir la définition de ces termes donnée par le *Blacks law Dictionary* 4th ed (1951) aux pp. 526 et 778.

¹⁷⁴ Voir *Linggi Plantation Ltd. v. Jagatheesan* (1972) 1 M.L.J 89, 91 « The law relating to the forfeiture of deposit has always been treated as entirely distinct and separate from the learning introduced into English law by the distinction between liquidated damages... and a penalty ».

¹⁷⁵ *Chitty on Contract, General Principle*, vol 1, 27th ed London Sweet & Maxwell, 1994, n° 26-070, « Traditionally, the courts were willing to grant relief against forfeiture clauses in only two

pouvoir, en 1954 lors de l'arrêt « Stockloser v. Johnson »¹⁷⁶, la Cour d'appel a soutenu que les tribunaux disposaient d'un pouvoir général d'équité permettant d'empêcher la « forfeiture » (confiscation) des sommes déposées par le débiteur, si la clause avait un caractère oppressif et disproportionné¹⁷⁷. Depuis, plusieurs décisions sont revenues sur les pouvoirs d'équité conférés au juge, en limitant son champ d'intervention¹⁷⁸ et en ne permettant à ce dernier que d'accorder des délais pour exécuter son obligation principale¹⁷⁹.

La différence de régime entre les clauses pénales et les « forfeiture clauses en common law a récemment été atténuée par une décision du Privy Council dans l'affaire « Workers Trust & Merchant Bank Ltd. v. Dojap Investments Ltd. » (1993)¹⁸⁰. Les faits de cette importante espèce sont les suivants : une banque cède lors d'une vente aux enchères des immeubles à une société, un dépôt de 25 % du prix de la vente est effectué par cette dernière qui s'engage à payer la totalité du prix d'achat dans les 14 jours qui suivent. Le paiement, suite à des incidents bancaires n'arrive que sept jours après, la banque retourne le chèque et encaisse le dépôt. Le Privy Council estima que la question en l'espèce était de déterminer si le dépôt était un dépôt raisonnable (« in line with the traditional concept of earnest money »¹⁸¹) ou une pénalité ayant pour objet de forcer le débiteur à exécuter son obligation (« a penalty intended to act in terrorem »¹⁸²). Il décida que le dépôt n'était pas raisonnable, et condamna la banque à repayer à l'acquéreur son dépôt amputé des éventuels dommages subis par cette dernière.

Prima fascia, cette décision semble appliquer, aux « deposit clauses », les règles relatives aux clauses pénales : en effet les juges examinent si le montant laissé en dépôt est raisonnable, et dans le cas contraire ils le réduisent aux dommages effectifs subis par la victime de l'inexécution. Une analyse plus fouillée de cet arrêt démontre que le raisonnement utilisé par les membres du Privy Council pour réduire

situation : first in landlord and tenant cases.... In the second situation, the contract breaker has been purchasing land by paying the price by instalments... ».

¹⁷⁶ (1954) 1 Q.B. 476.

¹⁷⁷ *Ibid.* 490 L. J. Denning « two things are necessary : first, the forfeiture clause must be of penal nature, in this sense, that the sum forfeited must be out of all proportion to the damage, and, secondly, it must be unconscionable for the seller to retain the money ».

¹⁷⁸ *Scandinavian Trading Tanker Co. A.B. v. Flota Petrolera Ecuatoria (The Scaptrade)* (1983) 2 A.C. 694.

¹⁷⁹ *B.I.C. plc v. Burndy Corporation* (1985) ch 232.

¹⁸⁰ (1993) A.C. 573

¹⁸¹ *Ibid.* 579.

¹⁸² *Ibid.*

le montant du dépôt présente une dissonance notable avec le « test » employé en matière de clause pénale : c'est au moment de la « confiscation » du dépôt qu'ils apprécient son caractère raisonnable¹⁸³ ; alors qu'en matière de clause pénale, la common law adopte une approche « ex ante » de ce même caractère. Cette différence n'ôte rien au rapprochement du régime de ces deux types de clauses opéré par la décision du Privy Council ; ce rapprochement, bien qu'encore incertain¹⁸⁴, est particulièrement bienvenu car il met fin à une longue incohérence dans la différence de traitement de ces clauses.

Une autre incohérence de la common law réside dans la non application des règles relatives aux clauses pénales aux « accelerated clauses » (clause de déchéance). Ces clauses sont souvent stipulées dans des ventes à tempérament. Elles font perdre au débiteur le bénéfice du terme, si il n'exécute pas un de ses paiements. Bien qu'elles aient un effet coercitif évident, la common law refuse de leur appliquer le régime des clauses pénales¹⁸⁵ car cette stipulation n'augmente pas les sommes dues par le débiteur qui en définitive devra s'acquitter de la même somme, aucun engagement nouveau n'étant exigé de lui¹⁸⁶.

Une autre institution pourrait être détournée pour produire des effets identiques à ceux d'une clause pénale : ainsi les clauses « bonus »¹⁸⁷ qui permettent à une partie de recevoir une prime si elle exécute ses obligations avant la date prévue pourraient être utilisées « à rebours », imaginons que Y veuille que sa maison, d'une valeur de \$140000, soit construite pour le mois de janvier. Au lieu de prévoir une clause pénale en cas d'achèvement tardif, il peut volontairement reculer la date d'achèvement des travaux en avril et tout en réduisant le prix pour la livraison à cette date (\$110000), stipuler une clause de bonus de \$10000 par mois si les travaux sont terminés avant l'échéance. La pression sur le débiteur est ainsi la même que si une clause pénale prévoyait une pénalité de \$10000 par mois de retard à compter de

¹⁸³ Voir H. Beale, « *Unreasonable Deposit* » (1993) 109 L.Q. Rev. 524, à la p. 528.

¹⁸⁴ Aucun arrêt de juridiction anglaise n'est encore venu confirmé la position prise par le Privy council.

¹⁸⁵ *Protector Loan Co v. Grice* (1880) 5 QBD 592 ; *Wadham Stringer Finance Ltd v. Meaney* (1981) 1 W.L.R. 39

Toutefois la Cour suprême d'Australie (High Court) adopte une position différente, en appliquant parfois les règles relatives aux clauses pénales aux « accelerated clauses » voir *O'Dea v. Allstates Leasing Systems (W.A) Pty. Ltd.* (1983) 152 C.L.R. 170.

¹⁸⁶ *Protector Loan Co v. Grice* (1880) 5 QBD 592 596, Lord Brett déclarant que « the true rule is ; if alarger sum is to be paid upon default, it is a penalty ; a stipulation to pay upon default a sum larger than the total amount is not a penalty ».

janvier, pourtant à notre avis, il est peu probable que les juges appliquent les règles relatives à la clause pénale dans cette espèce.

Ces incohérences sont autant de failles ou peuvent s'engouffrer des créanciers avertis, afin d'éviter les règles relatives aux clauses pénales, seule une définition claire de la notion de clause pénale permettrait de limiter l'utilisation abusive d'institutions voisines pour échapper au régime sévère des clause pénales.

2 Esquisse de la notion de clause pénale

Tout d'abord la clause pénale est un contrat accessoire à une obligation principale. Elle ne peut être stipulée isolément, elle doit être rattachée à une obligation préalable (« primitive »)¹⁸⁸.

Ainsi lors de la formation du contrat ou par avenant, les parties vont préciser les obligations qui seront à la charge du débiteur si celui ci n'exécute pas cette obligation principale. A notre avis, c'est ici que réside le caractère essentiel de la clause pénale : elle constitue une projection des conséquences que le débiteur d'une obligation subira s'il ne l'exécute pas. Les parties vont ainsi devoir fixer au préalable l'événement ou le non événement qui va déclencher le mécanisme de la clause pénale, par exemple un simple retard dans l'exécution¹⁸⁹ ou l'inexécution totale de l'obligation. Est également fixé à l'avance l'objet de l'obligation que le débiteur devra accomplir en cas de mise en œuvre de la clause pénale. Généralement la clause pénale a un objet monétaire (quantum fixe ou variable en fonction d'un mode de calcul), mais un objet non monétaire bien que plus rare est tout à fait concevable¹⁹⁰.

Les parties en insérant une clause pénale entendent donc déroger au droit commun de la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution d'une obligation primitive, en fixant dès la formation du contrat les conséquences que le débiteur subira en cas d'inexécution de l'obligation principale. Tant en common law, qu'en droit civil, le juge dispose du monopole du pouvoir de sanction si une partie ne respecte pas ses obligations contractuelles (institution de la résolution en droit

¹⁸⁷ Pour un exemple concret d'utilisation (normale) de ces clauses voir S. C. Tyler, « *No (Easy) Way Out : -Liquidating-Stipulated Damages for Contractor Delay in Public Construction Contracts* » (1994) 44 Duke L.R. 357, aux pp. 365-367.

¹⁸⁸ Voir D. Mazeaud, *supra* note 107, aux pp. 87 et s.

¹⁸⁹ Très fréquentes dans les contrats de construction.

français / action for damages en common law) ; dans l'exercice de cette prérogative, les deux traditions juridiques imposent au juge de respecter le principe du compensatoire¹⁹¹, c'est à dire que le juge sera tenu de réparer exactement le préjudice résultant de l'inexécution du contrat, de telle sorte que la victime n'en retire ni profit, ni perte.

Or la clause pénale déroge par deux fois à cette règle : elle ôte au juge son pouvoir d'appréciation du préjudice, et ce faisant elle permet aux parties d'écarter le principe du compensatoire, en fixant un montant qui pourra être supérieur au préjudice. Si les deux traditions juridiques ont admis que la clause pénale puisse déroger au principe du monopole de la sanction par le juge, en revanche la common law a, depuis le 16^{ème} siècle, refusé que ces clauses puissent permettre au créancier de retirer un bénéfice supérieur à l'exécution du contrat, forçant ainsi le débiteur à préférer exécuter son obligation principale¹⁹². Ceci explique la distinction que la common law opère entre les « liquidated damages », qui ayant une fonction indemnitaire sont valables, et les « penalty clause », qui ayant une fonction punitive sont « inapplicables » (« non enforceable »). Alors que le droit français, par respect de la volonté des parties leur permet de stipuler une clause pénale à visée comminatoire. La clause pénale en droit français a donc un double caractère : indemnitaire et comminatoire¹⁹³.

Cette différence explique que la clause pénale en droit français dispose d'une caractéristique supplémentaire : elle est censée inciter le débiteur à exécuter ses obligations, pour reprendre la métaphore de M. Mazeaud « la clause pénale (en droit français)¹⁹⁴ se présente comme une arme de dissuasion destinée à conjurer l'infidélité contractuelle »¹⁹⁵.

L'explication traditionnelle de la clause pénale que nous venons de présenter n'est pas pleinement satisfaisante, en effet, si le régime sévère auquel est soumis la clause pénale à la fois en common law et en droit civil français s'explique par le

¹⁹⁰ par exemple, en cas de retard dans l'exécution, la clause peut astreindre de le débiteur à livrer des marchandises en sus gratuitement.

¹⁹¹ Voir pour la common law, P. S. Atiyah., *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd ed. Clarendon Law Series, 1981, à la p. 307 ,et pour le droit civil français M. De Juglart, A. Piedelièvre & S. Piedelièvre, *Cours de droit civil : biens, obligations*, 13^{ème} ed Montchrétien, 1997, à la p. 453.

¹⁹² A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract : the Rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon Press Oxford, 1987, à la p. 123.

¹⁹³ Cf. titre I évolution historique de la clause pénale en droit français.

¹⁹⁴ c'est nous qui précisons.

¹⁹⁵ D. Mazeaud, *supra* note 107, à la p. 397.

respect du principe compensatoire, pourquoi ces deux traditions juridiques ne soumettent-elles pas à un régime aussi strict la clause de dédit qui comme nous l'avons vu peut aussi être attentatoire à ce principe ?

Une explication alternative convaincante a été proposée par M. Smith dans son article *Future Freedom and Freedom of Contract*¹⁹⁶, où il démontre que le régime sévère auquel sont soumises les « penalty clauses » est justifié par leur caractère particulièrement attentatoire à la liberté future du débiteur de cette obligation.

En effet la clause pénale grève la liberté verticale du débiteur, en l'incitant à exécuter ses obligations, de façon inutile car elle permet au créancier de recevoir une compensation pour sa perte « psychique » (perte de confiance), ce que refusait la common law, jusqu'à l'arrêt *Ruxley Electronic*¹⁹⁷. Même si l'arrêt *Ruxley Electronic* remet en question une partie des arguments de M. Smith puisque la common law semble désormais accorder une valeur à cette perte psychique qu'elle qualifie de « loss of amenity », la dangerosité du caractère privatif de la liberté future du débiteur est toujours présente. L'étude psychologique du contrat de clause pénale démontrant que les individus éprouvent des difficultés majeures à se projeter dans le futur pour diverses raisons¹⁹⁸ (notamment l'excès de confiance dans leur capacité à exécuter les obligations), cette constatation légitimerait la distinction de régime existant entre la clause de dédit et la clause pénale. La première n'ayant pas besoin d'un régime aussi strict puisque l'attention du débiteur est attirée dès la formation du contrat par le dépôt qu'il doit effectuer, alors que le débiteur d'une clause pénale n'est confronté aux conséquences de son engagement que lors de l'inexécution.

¹⁹⁶ S. A. Smith, *Future Freedom and Freedom of Contract*, (1996) 59 Mod. L. R. 167.

¹⁹⁷ *Ruxley Electronics & Construction Ltd. v. Forsyth* (1996) A.C. 344

En conclusion de cette partie, nous pouvons observer que la notion de clause pénale présente un tronc commun aux deux traditions juridiques : c'est une stipulation *accessoire* à une obligation principale en vertu de laquelle les contractants *prévoient de façon anticipée* la somme forfaitaire que le débiteur devra verser au créancier en cas *d'inexécution* de cette obligation. Ce tronc commun se sépare en deux voies propres à chacune des traditions juridiques sur la fonction de cette somme, la common law ne validant cette clause que si le montant stipulé a un *caractère indemnitaire au moment de la formation du contrat* ; alors qu'en droit civil, l'essence de la clause pénale est *comminatoire* : elle a pour fonction *d'inciter le débiteur à exécuter son obligation*, même si la réforme de 1975 permet au juge de ramener cette incitation dans des limites raisonnables.

¹⁹⁸ Voir la très intéressante étude de M. A. Eisenberg, « The Limits of Cognition and the Limits of Contract » (1995) 47 *Stan. L.R.* 211, 225-236.

TITRE 3 EVALUATION COMPARATIVE DE LA CLAUSE PENALE

En matière de clause pénale, le droit civil français et la common law ont, selon une analyse traditionnelle, deux divergences : la première de ces divergences est relative au repère temporel choisi pour apprécier le caractère raisonnable de la clause pénale, la common law se situe au moment de la formation du contrat, alors que le droit civil français se place au jour du jugement ; la deuxième divergence, beaucoup plus profonde, a trait au refus systématique de la common law de valider les clauses pénales dont le montant est supérieur à une estimation raisonnable des dommages effectués lors de la formation du contrat, alors que le droit civil ne s'oppose pas à ce que le montant de la clause pénale dépasse le simple préjudice subi par le créancier, sauf si ce montant est « manifestement excessif ».

Dans cette dernière partie, nous examinerons de façon critique les arguments qui sont censés justifier la censure des clauses pénales par les deux traditions juridiques (Chap I). Cet examen permettra de mieux anticiper l'avenir des clauses pénales dans ces deux traditions juridiques (Chap II).

Chapitre I Examen critique de la fonction répressive de la clause pénale

Dans ce premier chapitre, nous concentrerons notre réflexion sur les arguments généralement avancés par la doctrine en common law pour justifier le défaut de force obligatoire des stipulations qualifiées de « penalty clauses ». Ce choix étant dicté par le rejet plus vif de cette tradition juridique envers la fonction répressive de la clause pénale. Nous démontrerons que les trois principaux arguments invoqués pour légitimer le rejet de la fonction répressive de la clause pénale par cette tradition juridique : l'ordre public (1), la volonté d'éviter des contrats iniques (2) et des raisons économiques (3) sont critiquables. Puis nous verrons que la solution intermédiaire proposée par le droit civil français qui accepte que la clause pénale ait une certaine fonction répressive est à notre avis, préférable, au rejet systématique de cette fonction par la common law (4).

(1) *Ordre public*

Le Professeur Simpson dans son remarquable ouvrage, *A History of Common Law of Contract*,¹⁹⁹ explique que l'une des raisons soutenant la prohibition des « penalty clauses » réside dans le développement des pouvoirs de l'Etat, plus particulièrement dans son acquisition progressive du « monopole de la violence »²⁰⁰. Ainsi un transfert de pouvoir se serait effectué : les parties perdant le pouvoir de stipuler une peine « in terrorem », mais gagnant en échange le pouvoir de faire appel à l'Etat, par l'intermédiaire des tribunaux, en cas de violation des obligations contractuelles. De plus, l'Etat en concentrant le monopole du pouvoir coercitif entre ses mains aurait épousé les théories élaborées par les canonistes à savoir que la clause pénale ne peut avoir qu'une nature réparatrice.

La common law ne ferait donc que suivre ces principes à travers la distinction qu'elle établit entre les « liquidated damages » qui ayant une fonction réparatrice sont revêtues de la force obligatoire, et les « penalty clauses » qui ayant une fonction punitive en sont dépourvues.

Cette hostilité, cette méfiance envers les peines privées, telle que la clause pénale, n'est pas un phénomène exclusif à la common law. Le droit civil français connaît également ce « phénomène de rejet »²⁰¹ envers les peines privées, phénomène concomitant à l'essor de « deux puissances d'égale force et d'égale naissance : l'une plus bienveillante et l'autre plus farouche : la réparation..., et la peine publique...c'est ainsi que lentement par degrés la peine privée s'est vue dépouillée de son ancienne splendeur... »²⁰².

¹⁹⁹ A. W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract : The rise of the Action of Assumpsit*, Clarendon Press Oxford, 1987.

²⁰⁰ Voir U. Mattei, « *The comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts* » (1995) 43 Am J Comp Law 428, à la p. 443 « Courts, in general, are reluctant to surrender their decision-making power. They are after all, organs of the state. They believe that punishment is a prerogative of the state and that this prerogative should be safeguarded against private parties seeking private justice. In other words, courts are jealous of their jurisdiction, and they are traditionally loath to accept alternative dispute resolution schemes removed from their control. ».

²⁰¹ L. Cremieux, « *Réflexions sur la peine privée moderne* » Etudes offertes à P. Kayser, 1979, t 1, à la p. 263.

²⁰² L. Huguency, *L'idée de peine privée*, thèse, Paris, 1904, à la p. 1.

La clause pénale qui s'avère supérieure au montant du préjudice subi par le créancier est-elle un archaïsme n'ayant pas sa place dans le droit des contrats comme le veut la common law ?

L'exemple du droit civil français apporte la preuve du contraire. Comme le note à juste titre M. Crémieux, « une confusion s'est établie dans les esprits entre la peine privée antique et la peine privée moderne comme si rien n'était changé depuis des millénaires ».

Pour schématiser, le juriste élevé dans la tradition de common law fait appel consciemment ou non à des réminiscences littéraires pour refuser d'appliquer la « penalty clause », associant cette clause aux intentions malicieuses de Shylock²⁰³, alors que l'idée de peine privée rappellera au juriste français, l'obscurantisme de la période franque, où les victimes réclamaient le prix du sang²⁰⁴.

Cette réticence envers les peines privées, qui s'écartent du principe compensatoire, s'explique également par la sévérité de la sanction qui était attachée au défaut de paiement des dettes : la prison. La prison pour dettes a existé tant en common law qu'en droit civil français²⁰⁵, la common law permettait ainsi au créancier, par le biais d'une action en justice connue sous le nom de « *capias ad satisfaciendum* »²⁰⁶, de jeter son débiteur impécunieux en prison jusqu'à ce qu'il paye son dû²⁰⁷. La clause pénale était donc doublement dangereuse : elle faisait peser sur le débiteur un fardeau plus lourd que la seule réparation du préjudice et, elle pouvait le conduire aux oubliettes de la société si il n'avait pas les moyens de s'en acquitter.

Fort heureusement cet argument a perdu de sa force puisque la prison pour dettes a disparu dans les deux traditions juridiques. Les conséquences attachées à la mise en œuvre de la clause pénale sont donc devenues exclusivement d'ordre pécuniaire, le débiteur bénéficiant même le cas échéant de mesure de sauvegarde de son patrimoine (protection relative au surendettement, délai de grâce...).

²⁰³ *Supra* note 4.

²⁰⁴ L. Huguency, *supra* note 202, à la p. 33.

²⁰⁵ La contrainte par corps (prison pour dette) a été supprimée en droit français, en matière civile en 1867.

²⁰⁶ A. W. B. Simpson, *supra* note 199, aux pp. 590 et s.

²⁰⁷ Voir J.R. Spencer, *Jackson's Machinery of Justice*, 8th ed. Cambridge University Press, 1989 à la p. 86 : « In the days of Charles Dickens this type of judgement was also enforceable by having the defendant committed to prison, where he stayed until he paid. Originally he could be imprisoned whether or not he had the money to pay, and many a penniless judgment debtor spent long years in prison at the hands of creditors who were vindictive, or who hoped to blackmail the debtor's friends or relations to pay the debt and so secure his release ».

Une autre raison pourrait être avancée pour légitimer la prohibition des « penalty clauses » par la common law : le refus de cette tradition juridique de punir le débiteur lorsqu'il n'exécute pas ses obligations. Comme l'a résumé Justice Holmes : the duty to keep a contract at common law means a prédiction that you must pay damages if you do not keep it,- and nothing else »²⁰⁸. Pour autant les « penalty clauses » ne constituent pas une « peine » au sens strict du terme puisque lui font défaut deux des caractéristiques essentielles de cette notion : sa dimension afflictive et infamante. Les « penalty clauses » ont une dimension afflictive réduite puisque le châtement, la souffrance qui sont infligés à leur débiteur ne touchent que son patrimoine. Quant au caractère infamant des « penalty clauses », il est à notre avis inexistant, ces clauses étant d'ordre privé, le débiteur n'est en aucun cas soumis à une quelconque réprobation publique.

De plus en refusant de valider les « penalty clauses » la common law se prive d'une peine privée « utile » pour l'ensemble de la société. Elle prévient et réprime « les comportements anti contractuels »²⁰⁹ : pendant l'exécution du contrat elle incite le débiteur à s'acquitter de ses obligations, celui ci étant conscient qu'une « épée de Damoclès » pèse sur sa tête. En cas de défaut de ce dernier, il doit payer un montant supérieur aux dommages qu'il a infligés au créancier. « Finalement, par le biais d'une clause pénale, le créancier joue donc alternativement sur la peur et la douleur de l'inexécution ressentie ou supportée par le débiteur ».²¹⁰

En incitant le débiteur à exécuter ses obligations, la « penalty clause » a donc une assise morale : le respect de la parole donnée, ce respect étant la clef de voûte du droit des contrats²¹¹. La clause pénale, ayant une fonction punitive, se révèle utile à coté des autres moyens coercitifs, qui restent l'apanage du pouvoir judiciaire (par exemple l'exécution forcée).

Un autre argument d'ordre public peut également expliquer la mise au banc des « penalty clauses » en common law : ces clauses en s'écartant de l'authentique pré estimation du dommage au moment de la formation du contrat auraient la même nature qu'un pari (Wager). Or la common law se refuse de valider²¹² les paris car cette institution serait immorale, encouragerait des manœuvres malicieuses pour

²⁰⁸ O. W. Holmes, « *The Path of the Law* » 1897 10 Harv. L. R. 457, à la p. 462.

²⁰⁹ D. Mazeaud, *supra* note 107, à la p. 398.

²¹⁰ *Ibid.*

²¹¹ Voir l'adage *pacta sunt servanda*, H. Roland, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, t 2, éd L'Hermès, 1977, à la p. 225.

influencer le résultat et serait improductive économiquement²¹³. Cependant cette assimilation des « penalty clauses » aux paris est inexacte car dans le bénéficiaire des les « penalty clauses », contrairement à la personne qui parie, dispose d'un intérêt autre que la simple réalisation de l'événement, il est intéressé dans l'exécution de l'obligation par la débiteur²¹⁴. De plus le caractère aléatoire du pari n'est pas présent en matière de clause pénale. L'éventuelle réalisation de l'événement appartient au débiteur²¹⁵. La prohibition des « penalty clauses » ne peut donc être justifiée par la transposition des règles relatives aux paris.

Après avoir démontré que les arguments relatifs à l'ordre public sont peu convaincants pour refuser l'application des « penalty clauses », examinons à présent l'argument le plus couramment employé pour les priver de force obligatoire : le caractère inique de ces clauses.

(2) *La volonté d'éviter les contrats iniques*

Un des arguments le plus souvent avancé pour dénier toute force obligatoire aux « penalty clauses » est leur caractère inique (« unfair / unconscionable »)²¹⁶. La doctrine anglo américaine distingue deux catégories de contrats « injustes » : les contrats iniques lorsque l'étude de leurs termes révèle qu'ils sont disproportionnés (la doctrine parle alors de « substantive unfairness ») et les contrats qui sont iniques en raison de l'inégalité des parties lors de la négociation du contrats (concept « d'unconscionability »)²¹⁷.

²¹² Voir E. McKendrick, *Contract Law*, 3rd ed Macmillan, 1997, à la p. 291.

²¹³ Voir Ph. R. Kaplan, « *A critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages* » (1977) 50 S. Cal L. Rev. 1055.

²¹⁴ Pour une définition du pari en common law, se référer à l'affaire *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1892) 2 QB 484 490, « A wagering contract is one by which two persons professing to hold opposite views touching the issue of a future uncertain event, mutually agree that dependent upon the determination of that event, one shall win from the other, and that other shall pay or hand over to him, a sum or money or other stake ; *neither of the contacting parties having any other interest in that contract than the sum or stake he will so win or lose, there being no other real consideration for the making of such contract by either parties* » (C'est nous qui soulignons).

²¹⁵ Voir notamment A. Ham, « *The Rule Against Penalties in Contracts : An Economic Perspective* » (1990) 17. Meib. U.L.R. 649.

²¹⁶ Voir par exemple Ph. R. Kaplan, *supra* note 213, à la p. 1070 ; A Ham, *supra* note 199 à la p. 666 ; K. W Clarkson, R. L. R. Miller & T. J. Murriss, « *Liquidated Damages v. Penalties : Sense or Nonsense* » (1978) Wisconsin L. R. 351 357.

²¹⁷ Pour une présentation plus détaillée de ces concepts, se référer à Epstein, « *Unconscionability : A Critical Reappraisal* » (1975) 18 J. Law & Econ. 293.

La censure des « penalty clauses » par la common law serait ainsi justifiée par ces deux concepts. Examinons alternativement la pertinence de ces deux concepts en matière de clause pénale.

Si on se réfère au concept de « substantive fairness », le refus d'appliquer les « penalty clauses » est légitimé par le caractère disproportionné de ces clauses dont le montant dépasse la « juste contrepartie » qu'est en droit de recevoir la victime de l'inexécution, c'est à dire la seule compensation de son préjudice. Nous retrouvons ici la même antienne utilisée par les partisans de la mise au banc de la « penalty clause » : son incompatibilité avec le principe du compensatoire, étalon de la justesse d'une stipulation conventionnelle de dommages et intérêts. Or ce principe comme nous l'avons déjà analysé²¹⁸ est d'une valeur morale incertaine puisqu'il permet aux « briseurs » de contrat de ne subir que les conséquences les plus minimales de leurs actes en n'ayant qu'à réparer le préjudice issu de l'inexécution.

De plus même si on considère cette prémisse comme exacte, le recours au concept de « substantive unfairness » étonne. Il est en complète contradiction avec la doctrine de la considération développée par la common law en droit des contrats. Théorie en vertu de laquelle les juges doivent s'assurer que chaque contractant effectue quelque chose (par exemple effectue une prestation, s'abstient ou subit une perte) en contrepartie de ce qu'il reçoit. En effet, si la considération en common law doit être quelque chose de réel, ayant une valeur (« valuable »), elle n'a pas à être équivalente (« adequate »)²¹⁹. Les juges ne vont donc pas s'intéresser à la proportionnalité du contrat passé, ainsi si une maison d'une valeur de \$ 160000 est vendue pour \$1, les juges estimeront que la considération est adéquate, en dépit de la disproportion entre la valeur réelle de la maison et le prix auquel elle a été vendue²²⁰.

Une autre critique vient saper la justification des « penalty clauses » par la doctrine de la « substantive unfairness » : l'absence de vision d'ensemble du contrat où est insérée la clause pénale. En se focalisant sur le respect du principe compensatoire par la clause pénale, le juge oublie que l'insertion d'une clause pénale peut²²¹ avoir fait l'objet d'une négociation entre les parties, la possible réalisation de

²¹⁸ Cf p 54-56 de ce mémoire.

²¹⁹ Contra, voir J Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press Oxford, 1991, aux pp. 147-158.

²²⁰ Pour plus de détails sur la doctrine de la considération, voir E. McKendrick, *supra* note 212, aux pp. 73-76.

²²¹ Cet argument n'est point valable pour les contrats d'adhésion, où le pouvoir de négociation est inexistant.

cette clause ayant été « capitalisée » dans le contrat, son débiteur bénéficiant en échange de contreparties²²². Le créancier qui a alourdi ses obligations pour bénéficier d'un montant supérieur à celui de son éventuel préjudice est donc lésé si le juge invalide la « penalty clause » et, la réduit au montant du préjudice réel (« actual damage »). En outre, même pour le cas où les juges tiendraient compte de l'ensemble du contrat pour évaluer la justesse de la clause pénale, la détermination de la portion du prix alloué spécifiquement pour l'insertion de cette clause serait extrêmement ardue, pour ne pas dire impossible²²³.

Examinons à présent, la justification du refus de force obligatoire de la « penalty clause » fondée sur le concept d'« unconscionability » (une traduction en français pourrait être « abus de position dominante »). L'idée d'abus de position dominante fut notamment développé par Lord Denning dans l'affaire *Lloyds Bank v. Bundy*²²⁴. Il déclare : « English law gives relief to one who without independent advice enters into a contract upon terms which are very unfair or transfer property for a consideration which is grossly inadequate, when his bargaining power is grievously impaired by reason of his own needs and desires, or by his own ignorance or infirmity, coupled with the undue influence or pressures brought to bear on him by or for the benefit of the other ». Cette théorie expliquerait la censure des « penalty clause » par la common law : la clause pénale dont le montant est supérieur à une authentique pré estimation du préjudice lors de la formation du contrat étant le résultat d'un déséquilibre lors de la négociation du contrat par les parties. L'une des parties ayant usé de sa position dominante pour imposer à l'autre une clause pénale excessive. Cette justification semble de prime abord convaincante, notamment pour les contrats d'adhésion où l'inégalité entre les contractants est souvent présente. Toutefois le concept d'« unconscionability » ne permet pas de justifier la sévérité de la common law envers les « penalty clauses ». Il n'explique pas en quoi une clause pénale dont le montant dépasse « l'authentique pré estimation des dommages lors de la formation du contrat » devrait être considérée comme injuste. Cette explication, même si elle introduit un intéressant élément de réflexion : -l'inégalité entre les parties contractantes - repose sur le dogme de la « justesse » du principe compensatoire. La common law censurant les clauses ayant les « caractéristiques

²²² Voir Ph. R. Kaplan, *supra* note 213, à la p. 1072.

²²³ Voir A. Schwartz, « *Seller Unequal Bargaining Power and the Judicial Process* » (1974) 49 *Ind. L.J.* 367, à la p. 375.

d'une « penalty clauses » même si les parties disposaient d'un pouvoir de négociation comparable²²⁵.

De plus le principe développé par Lord Denning a été rejeté par des décisions ultérieures émanant du « Privy Council »²²⁶ et de la Chambre des Lords²²⁷.

Étudions à présent les justifications du régime des « penalty clauses » en common law fondée sur leur inefficacité économique.

(3) *Efficacité économique des « penalty clauses »*

L'ensemble des règles relatives à la clause pénale en common law n'a pas échappé à la fièvre de l'analyse économique des différentes institutions juridiques en Amérique du nord. C'est aux États Unis que ce courant doctrinal est apparu vers le milieu des années 1950²²⁸. Il a pour visée d'examiner le droit positif en utilisant tous les instruments des sciences économiques afin de vérifier si les institutions juridiques sont « efficaces » économiquement, et en cas de réponse négative, de fournir des solutions pour améliorer leur « efficacité »²²⁹.

Le régime juridique des « penalty clauses » a suscité de nombreuses analyses économiques. L'intérêt de la doctrine pour cette institution étant certainement aiguë par l'absence ou du moins la faiblesse des arguments avancés pour justifier cette dérogation au droit commun des contrats (plus précisément au respect de la volonté des parties).

Deux analyses économiques divergentes des « penalty clauses » ont été présentées : certains auteurs soutiennent que la position adoptée par la common law à l'égard de ces clauses est justifiée car elles sont inefficaces économiquement, mais la majorité de la doctrine critique cette position estimant que la sévérité du régime des « penalty clauses » n'est pas justifiée économiquement.

Les auteurs en faveur du régime actuel de la « penalty clause » ont estimé que la clause pénale est inefficace économiquement car elle empêche de maximiser

²²⁴ (1975) QB 326.

²²⁵ Voir K. W. Clarkson, R. L. R. Miller & T. J. Murriss, *supra* note 216. à la p. 358.

²²⁶ Voir l'affaire *Pao On v. Lau Yiu Long* (1980) AC 614 634.

²²⁷ *National Westminster Bank plc v. Morgan* (1985) AC 686 707-708.

²²⁸ Voir D. Poirier, *Introduction générale à la common law*, éd Yvon Blais, 1994, à la p. 36.

²²⁹ R. A. Postner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed Little, Brown and Compagny, 1992, aux pp. 23-25 ; Voir également, R. Janda, « *Etat des réflexions sur l'analyse économique du droit, à travers deux ouvrages américains récents* » T 37 Archive de philosophie du droit, droit et économie 1992, à la page 173.

l'allocation des ressources entre les parties : le montant de ces clauses dépassant le préjudice réel, leur application augmente le prix de l'inexécution pour le débiteur, et ainsi le dissuade de rompre des contrats inefficaces économiquement²³⁰. Un exemple²³¹ permet de mieux comprendre ce raisonnement. Imaginons que le 1^{er} janvier X passe un contrat avec Y dans lequel X s'engage à lui livrer une quantité (Q) de rouleaux de papiers peints le 1^{er} mars. Le prix unitaire des rouleaux est de \$10 et une clause pénale insérée dans ce contrat stipule que pour chaque rouleau non livré, il devra verser à Y une somme de \$5. Le 1^{er} février Z, ayant un besoin pressant de papiers peints prend contact avec X. Bien que le prix du marché soit de \$12 au 1^{er} février, X est le seul qui puisse le livrer rapidement, Z propose donc à X, une somme de \$13 dollars par rouleau. Supposons que le prix du marché soit toujours de \$12 par rouleau au 1^{er} mars.

Dans cette espèce la clause pénale serait « contre productive » économiquement, puisque les rouleaux seront vendus à Y, alors qu'ils auraient eu une plus grande utilité dans les mains de Z. La clause pénale stipulée impose à X de respecter son contrat avec Y, car si il n'exécute pas son contrat et vend ses rouleaux à Z pour la somme de \$13 par unité, cette vente ne lui rapporterait que \$8 par rouleau (\$13 - \$5 de clause pénale), alors que si il respecte ses engagements, la vente lui rapportera \$10 par article.

Ainsi pour certains auteurs cet exemple illustre que l'application d'une « penalty clause » produit un résultat inefficace économiquement : Y étant un utilisateur « inefficace » des rouleaux puisque Z aurait payé plus pour obtenir la marchandise²³². La clause pénale lorsqu'elle excède les dommages et intérêts compensatoires empêche donc la mise en œuvre de la théorie de « l'efficient breach »²³³ par le débiteur.

²³⁰ Voir R.L. Birmingham, « *Breach of Contract, Damage Measures and Economic Efficiency* » (1970) 24 Rutgers L.R 273, à la p. 284 « to penalize (market) adjustments through overcompensation of the innocent party is to discourage efficient reallocation of community resources... Rigidity resulting from thus binding a party to his undertaking limits the factor and product mobility essential to proper functioning of the market mechanism »

²³¹ Nous repreneons ici l'exemple très explicite donné par Ph. R. Kaplan, *supra* note 213, à la p. 1083 / pour un exemple plus élaboré voir C. J. Goetz & R. E. Scott, « *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle : Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach* » (1977) 77 Colum. L. R. 554, à la p. 563.

²³² *Ibid.*

²³³ Notons que cette théorie de « l'efficient breach » (violation efficace) est utilisée pour justifier d'autres caractères particuliers de la common law, notamment la grande réticence des tribunaux à accorder « l'exécution forcée » (specific performance). Voir G. Jones & W. Goodhart, *Specific Performance*, 2nd ed., Butterworths, 1996, aux pp. 2-3 ; Voir également P. S. Atiyah, *An Introduction*

Cette analyse n'est pas partagée par la majorité de la doctrine, qui élève deux objections majeures à la justification du régime des clauses pénales par la théorie de « l'efficient breach ». La première de ces objections est relative au caractère binaire du choix du débiteur confronté à un contrat « improductif » assorti d'une « penalty clause » : soit exécuter ses engagements, soit rompre le contrat et s'acquitter du montant de la pénalité. Or le débiteur peut négocier avec le créancier pour obtenir des délais et ainsi transférer sa production vers un acheteur prêt à payer plus ; le créancier quant à lui peut revendre la marchandise une fois livrée à un tiers. Dans la première alternative, les parties pourraient renégocier la pénalité et aboutir à une solution efficace, tout en se répartissant les gains. Si nous reprenons l'exemple précédent Y pourrait diminuer le montant de la clause pénale à \$2 par rouleau en cas de retard. X serait donc libre de revendre à Z pour le prix de \$13 dollars, et réaliserait donc un bénéfice supplémentaire de \$1. De cette façon, les gains au lieu de bénéficier seulement à Y seraient répartis entre les contractants²³⁴. Toutefois cette alternative dépend de la bonne volonté de Y²³⁵. La deuxième alternative paraît vouée à plus de succès : Y peut revendre les marchandises à Z et donc faire un profit de \$3 par rouleau (Prix de revente \$13 – prix d'achat \$10), si Y a réellement besoin de cette marchandise son gain ne sera plus que de \$1 (prix de revente \$13 – prix d'achat sur le marché \$12).

L'autre objection soulevée notamment par les professeurs Goetz et Scott est relative à l'intérêt économique de la « penalty clause » qui permet au créancier de se protéger contre la sous évaluation de son préjudice par les tribunaux si il subit un préjudice subjectif (« idiosyncratic value to the performance »)²³⁶. Ces auteurs estiment que les parties sont plus compétentes que les tribunaux pour prévoir l'étendue de leur préjudice.

to the Law of Contract, 4th ed., Clarendon Press Oxford, 1989, à la page 445 ; pour une analyse comparatiste de l'exécution forcée en common law et droit civil français, se référer à l'ouvrage collectif sous la direction de D. Harris & D. Tallon, *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, Paris, L.G.D.J., 1987, aux pps 273-276, 304-314.84-99.

²³⁴ C. J. Goetz & R. E. Scott, « *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle : Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach* » (1977) 77 Colum. L. R. 554, à la p. 568.

²³⁵ A. Ham, *supra* note 198, à la p. 664.

²³⁶ C. J. Goetz & R. E. Scott, *supra* note 234, aux pp. 568 –576.

Pour justifier cette assertion, ils relèvent deux failles majeures dans l'évaluation du préjudice par les tribunaux²³⁷ : la référence au marché pour évaluer le préjudice et la règle relative à la prévisibilité du dommage. La critique de la référence au marché pour estimer le préjudice du créancier en cas d'inexécution de l'obligation principale semble a priori étrange de la part d'économistes. Pourtant les Professeurs Goetz et Scott considèrent que la référence au marché est inadéquate car elle ne permet pas d'apprécier le préjudice subjectif que subit le créancier. En effet le marché ne reflète que le préjudice matériel occasionné au créancier, il ignore de ce fait toute autre valeur (sentimentale, imaginaire) que le créancier peut accorder à l'exécution du contrat. Ainsi supposons que X va remettre chez le blanchisseur la chemise qu'il portait lors de sa première rencontre avec celle qui devint par la suite son épouse, X accordant à cette chemise une valeur égale à celle d'une relique. Si sa chemise est endommagée lors du blanchissage, les tribunaux vont apprécier au vu du marché sa valeur, le préjudice sentimental (immense ! ! !) de X ne sera donc pas pris en compte. Cet exemple, nous permet également d'illustrer la deuxième faille dans l'évaluation du préjudice par les tribunaux : la règle relative à la prévisibilité du dommage. Cette règle peut être résumée schématiquement de la façon suivante : le cocontractant n'engagera sa responsabilité que pour les conséquences « normales » qui peuvent découler de l'inexécution du contrat²³⁸, les conséquences inhabituelles, imprévisibles n'étant pas assumées par le contractant défaillant²³⁹. Si nous reprenons l'exemple précédent, la règle de la prévisibilité du dommage constitue une barrière supplémentaire²⁴⁰ qui empêche le créancier d'obtenir la réparation de son préjudice

²³⁷ Voir C. J. Goetz & R.E. Scott, *supra* note 234, à la page 572 « In assessing damages, two limiting assumptions – valuation and foreseeability – may operate to prevent the recovery of idiosyncratic value. ».

²³⁸ Pour plus de détail sur l'exigence de prévisibilité du dommage résultant de l'inexécution du contrat en common law se référer à G. H. Treitel, *An Outline of the Law of Contract*, 5th ed., Butterworth, 1995, aux pp. 371-374.

²³⁹ Voir l'arrêt *Hadley v. Baxendale* (1854) 9 Exch 341. où le juge Alderson B déclare à la page 354 : « Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be such as may fairly and reasonably be considered either as arising naturally, i.e. according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach ». Voir également les développements issus des arrêts *Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd.* (1949) 2 K.B. 528. Et *Koufos v. C. Czarnikow Ltd. (The Heron II)* (1969) 1 A.C. 350.

²⁴⁰ Toutefois les professeurs Goetz et Scott soulignent que cet obstacle peut être contourné par les parties, *supra* note 234, à la page 572 « The rule requiring the loss to be foreseeable, designed to control for causation and remoteness can be overcome in some circumstances by pre contract disclosure of the causal relation between the loss and the breach and of the parameters of reasonable foresight. ».

sentimental, puisque le blanchisseur n'était pas supposé connaître la grande valeur sentimentale de cette chemise pour X.

Ainsi les Professeurs Goetz et Scott estiment que le clause pénale constitue un instrument efficace pour éviter l'absence de prise en compte du préjudice subjectif de la victime de l'inexécution du contrat par les tribunaux²⁴¹. Cet argument peut être rattaché de façon plus générale, aux postulats du libéralisme économique selon lesquels : « permettre aux hommes d'aménager à leur gré leurs échanges de richesse et de service – en termes de droit : leur permettre de contracter comme ils l'entendent – est le meilleur moyen d'établir entre eux les rapports les plus justes et socialement les plus utiles »²⁴².

La justification du régime des « penalty clauses » en common law par la théorie de « l'efficient breach » n'est donc pas véritablement convaincante²⁴³.

Au terme de cet examen, les fondements théoriques censés servir d'assise à la censure systématique des « penalty clauses » en common law semblent bien fragiles. Examinons dès lors si la solution civiliste en matière de clause pénale est préférable à la position actuelle de la common law.

(4) Analyse de la solution civiliste

Le régime juridique des clauses pénales en droit français depuis la loi du 9 juillet 1975 est, à notre avis, moins fragile, et donc préférable à celui adopté par la common law. Les dispositions relatives aux clauses pénales en droit français respectent davantage la liberté contractuelle des parties que celles prévues par la common law, puisque le droit français ne rejette pas l'idée de peine privée. Il se contente d'intervenir seulement si la punition stipulée est « manifestement excessive ». Admettant ainsi, de facto, que la clause pénale ait une fonction comminatoire, alors que la common law rejette toute idée de fonction répressive de la

²⁴¹ Voir C. J. Goetz & R. E. Scott, *supra* note 234, à la page 574 « One method of covering in advance for this idiosyncratic value would be for the promisee to secure the performance to the extent necessary by proposing a liquidated damages clauses to the prospective promisor. ».

²⁴² Voir J. Flour & J. L. Aubert, *Les obligations, 1. L'acte juridique*, 6^{ème} éd., Armand Colin, 1994, à la p. 70.

²⁴³ Notons qu'un argument de type macro économique favorable au régime des « penalty clauses » en common law a été soulevé par R. A. Postner, *supra* note 229, p 130 : « A related argument against penalty and forfeiture clauses is that if they were common, this would increase the amplitude of the business cycle by making the number of bankruptcies in depressions and recessions even greater than it is ».

clause pénale, en ne revêtant de la force obligatoire que les clauses qui ont une fonction indemnitaire (qui sont qualifiées de « liquidated damages »).

De plus même lorsque la clause pénale est manifestement excessive, les conséquences de la révisions judiciaire sont théoriquement²⁴⁴ moins attentatoires à la volonté des parties en droit civil qu'en common law. Le droit civil confère au juge un pouvoir de révision discrétionnaire, sans qu'il puisse toutefois allouer une somme inférieure au montant du préjudice. Ce pouvoir rend ainsi plus vraisemblable la survie partielle de la volonté des parties. Alors que la common law nie la volonté des parties en imposant aux tribunaux de revenir à la solution de droit commun si la stipulation est qualifiée de « penalty clauses », c'est à dire de réduire la somme stipulée au montant du préjudice subi par le créancier (actual damages).

Ce plus grand respect accordé à la volonté des parties permet également à la loi française en matières de clause pénale d'être « moins inefficace économiquement »²⁴⁵ que la solution adoptée par la common law. Contrairement à la common law, les parties peuvent se servir de ce mécanisme pour éviter la sous compensation judiciaire de leur préjudice subjectif²⁴⁶.

Il nous faut cependant reconnaître, que comme la common law, le droit civil français confère au juge, le pouvoir de s'immiscer dans le contrat de clause pénale, et d'en réduire son montant. Si nous suivons un cheminement intellectuel « logique », les arguments précédemment employés pour critiquer l'intervention judiciaire en matière de clause pénale dans la tradition juridique de common law devraient être également pertinents en droit civil français. Nous estimons que ce serait faire fausse route que d'employer ce raisonnement par analogie. En effet, comme nous l'avons déjà observé, le pouvoir d'immixtion du juge français dans le contrat est sensiblement réduit par rapport aux pouvoirs dont dispose le juge en common law. Le droit français exige ainsi que le montant de la clause soit manifestement excessif par rapport au préjudice subi. Ce décalage dans le seuil à partir duquel le juge peut intervenir est

²⁴⁴ *Supra* note 134.

²⁴⁵ Voir U. Mattei, « *The Comparative Law and Economic of Penalty Clauses in Contracts* » (1995) 43 *Am. J.Comp. L.* 427, à la p. 430 « The area of penalty clauses in contract law seems to be one in which all legal systems converge towards inefficiency, although the civil law countries may be considered from this perspective, more efficient (or less inefficient) than their common law counterparts ».

²⁴⁶ Voir C. J Goetz & R. E. Scott, *supra* note 228., Voir également U. Mattei, *supra* note 245, à la p. 442, « Civil law judges allow penalties to stand when it is not possible to quantify the damage. This is possibly the most important difference between the two families of legal systems, because the civilian approach allows penalties to cover a large area of problems that lie beyond the scope of the doctrine of liquidated damages. These problems include those faced by the anxious father as well as aesthetic, environmental or other non pecuniary interest that call for contractual protection ».

essentiel car il manifeste la reconnaissance implicite en droit français de la relativité du principe compensatoire. Comme nous l'avons démontré les deux arguments principaux justifiant la censure des « penalty clauses » en common law : la volonté d'éviter des contrats iniques et leur inefficacité économique, reposaient sur la nécessité de respecter ce principe ; nos critiques de ces deux affirmations ne sont donc pas complètement transposables à la solution civiliste en matière de clause pénale.

Néanmoins, le fondement de l'intervention du juge en droit civil reste fragile, même si il ne repose pas sur le postulat du principe compensatoire. Lors de la promulgation de la loi de 1975 qui octroie au juge la faculté de s'immiscer dans le contrat de clause pénale, en réduisant les clauses qui lui paraissent manifestement excessives, un auteur a très lucidement salué « encore que les mots n'aient pas été prononcés, cette rentrée en force du juste prix et de l'équité ». Ce bref commentaire souligne le caractère dérogoire du pouvoir octroyé au juge en matière de clause pénale, en effet le Code civil français a refusé au juge le pouvoir d'intervenir en équité et a strictement délimité son intervention en cas de lésion²⁴⁷. Si l'intervention du juge est guidé par des soucis d'équité, pourquoi a-t-on cantonné cette intervention aux seules clauses pénales ? Pourquoi n'a-t-on pas accordé le même pouvoir au juge en matière de prix du contrat ?

Deux réponses peuvent être apportées à ces interrogations. Portalis lors des travaux préparatoires du Code civil avait déclaré « qu'une loi naît ordinairement d'un abus qui se manifeste, et qu'il importe à la société de réprimer »²⁴⁸, or la genèse de la loi du 9 juillet 1975, qui confère au juge un pouvoir de modifier le montant de la clause pénale si celle-ci est « manifestement excessive », reflète exactement l'affirmation de Portalis.

²⁴⁷ L'article 1118 du Code civil disposant que « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes » Portalis lors des travaux préparatoires du Code civil avait justifié le caractère exceptionnel de la lésion de la manière suivante : « On conçoit l'extrême variation dans le prix de ces effets, rendraient impossible un système rescisoire pour cause de lésion dans la vente et l'achat de pareils objets, à moins qu'on ne voulut jeter un trouble universel dans toutes les relations commerciales, et qu'on ne voulut arrêter le cours des opérations journalières dans la vie, dans ces matières, il faut faire plus de cas de la liberté publique et du commerce que de l'intérêt particulier de quelques citoyens. » Voir P.A. Fenet, *Naissance du Code civil*, Flammarion, 1989, à la page 397.

²⁴⁸ Ibid.

C'est en raison de la multiplication des utilisations abusives de la clauses pénales dans certains contrats d'adhésion (notamment dans les contrats d'adhésion tels que le crédit-bail ou la vente à crédit) que la majorité de la doctrine française²⁴⁹ et la Cour de cassation²⁵⁰ ont au début des années 1970 exprimé le souhait d'une intervention législative pour faire échec à ces pratiques.

Une proposition de loi fut déposée à cet effet par M. Foyer²⁵¹, tendant à permettre aux magistrats de modifier la peine lorsqu'elle était soit manifestement excessive, soit à l'inverse, dérisoire. Ce texte fut adopté par le Parlement, et promulgué le 9 juillet 1975. Cette explication très pragmatique n'est pas satisfaisante d'un point de vue théorique, car d'autres institutions sont susceptibles d'abus (par exemple la clause de dédit²⁵²) ; il faut donc rechercher en quoi consiste la spécificité de cet abus qui a poussé le législateur à intervenir. Cette analyse n'a curieusement pas été faite par la doctrine française qui est restée au « premier niveau » d'explication de l'intervention du législateur : l'abus de l'utilisation des clauses pénales. Cependant, un deuxième « niveau » de lecture de l'intervention du législateur est possible. Le législateur aurait dérogé au principe du respect de la volonté en matière de clause pénale, en permettant au juge de les réduire si elles sont « manifestement excessives », car ces clauses seraient intrinsèquement dangereuses pour leur débiteur. Le danger de ces clauses réside dans le fait qu'elles sont pour la majorité des cas stipulées dans des contrats dont l'exécution finale est éloignée du moment où l'accord des volontés entre les parties s'est formé. Or cet écart est potentiellement dangereux pour plusieurs raisons. Tout d'abord l'optimisme de l'homme semble l'emporter sur le principe de réalité, des études ont ainsi démontré²⁵³ que lors de la formation d'un contrat le débiteur est souvent persuadé de pouvoir exécuter ses obligations, cette certitude peut le rendre moins attentif au montant de la clause pénale. En d'autres

²⁴⁹ Voir J. Chevallier, RTDC 1969 118 ; B. Boccara ; E. Alphanteri, « *Le contrôle des clauses pénales par le juge* » J.C.P. 1971. I. 2395, n° 22 ; G. Cornu, R.T.D. civ. 1971, à la p. 169, et 1973, à la p. 368 ; Ph Malaurie, notes D. 1972. 583 et 733 ; *Contra* : E. M. Bey, notes J.C.P 1970. II. 16481 et J.C.P. 1971. II. 16860.

²⁵⁰ Rapport au garde des Sceaux (Année 1972-1973).

²⁵¹ J. Foyer, Exposé des motifs de la proposition de la loi tendant à modifier les art. 1152 et 1231 c. civ., Doc. Ass. Nat., n° 1365, 1^{ère} sess. ord. 1974-1975, p2.

²⁵² Voir Com., 2 avril 1996 ; D. 96, som., 329, note D. Mazeaud.

²⁵³ Se référer au remarquable article de M. A. Eisenberg, « *The Limits of Cognition and the Limits of Contract* » (1995) 47 Stan. L. R. 211, aux pp. 225-236.

termes, peu lui importe son montant puisque lors de la conclusion du contrat il estime qu'elle ne s'appliquera pas.

Cet excès de confiance serait aggravé par la difficulté des individus à percevoir les risques potentiels, l'être humain semblant sous estimer, voire ignorer les risques qui ont une faible probabilité de se réaliser²⁵⁴. L'analyse de la clause pénale sous l'angle des facultés cognitives des contractants permet ainsi d'expliquer pourquoi des règles dérogatoires au principes du respect de la volonté des parties existent dans les deux traditions juridiques. Suivant le raisonnement de Mill selon lequel: « An exception to the doctrine that individuals are the best judges of their own interest is when an individual attempt to decide irrevocably now what will be the best for his interest at some future and distant time »²⁵⁵, les deux traditions juridiques ont donc permis au juge de s'immiscer dans le contrat de clause pénale en raison de sa dangerosité. Se pose alors la double question du seuil d'intervention et de l'étendue du pouvoir modérateur du juge en matière de clause pénale. La solution française nous paraît, à l'aune des éléments précédemment examinés, préférable à la solution apportée par common law. Comme nous l'avons démontré elle est moins attentatoire au principe du respect de la volonté des parties et, par la même, moins inefficace économiquement. En effet, le juge français ne peut intervenir que si il existe des preuves très convaincantes (excès manifeste de leur montant) que le débiteur ait été abusé par son créancier lors de la stipulation de ces clauses, de plus le juge français dispose d'un pouvoir de modération très flexible qui lui donne la faculté de laisser survivre partiellement cette volonté. Le droit français réalise ainsi selon nous un meilleur compromis entre le principe de l'autonomie de la volonté et la nécessité de protéger le débiteur contre des clauses pénales trop sévères.

Nous pourrions donc conclure au vu de cette analyse et des récentes évolutions jurisprudentielles²⁵⁶ que la common law sera inéluctablement attiré par la vision civiliste de la clause pénale, toutefois l'évolution actuelle du droit des contrats

²⁵⁴ Ibid. à la p. 223 « In fact, empirical evidence shows that people often not only underestimate but ignore low-probability risks.... laboratory results consistently demonstrate that even when offered subsidized premiums, people prefer to insure only against high probability, low-loss hazards and tend to reject insurance against low probability, high-loss hazards. When asked about their insurance decisions subjects in both the survey and laboratory studies indicated a disinclination to worry about low-probability hazards.

²⁵⁵ J. S. Mill, *Principles of Political Economy*, Collected Works VIII, University of Toronto Press, 1965 à la p. 953.

²⁵⁶ *Supra* note 90.

dans ces deux traditions juridiques laisse présager une interpénétration des solutions avancées par ces deux systèmes en matière de clause pénale.

Chapitre II Amélioration du régime de la clause pénale

Comme nous l'avons précédemment démontré le régime juridique de la clause pénale en droit français semble préférable à celui de la common law. Toutefois la « solution » française en matière de clause pénale n'est pas pour autant parfaite. Le droit civil français ne fait théoriquement pas de différences selon la qualité des parties contractantes, il se base sur le seul critère de l'excès manifeste du montant de la clause pénale pour permettre au juge de réduire le montant de ces clauses.

Ce faisant, il ignore toute inégalité de puissance économique entre les parties, or cette ignorance est déplorable en matière de clause pénale. La partie économiquement supérieure peut plus facilement imposer à son cocontractant la stipulation d'une clause pénale abusive, voire simplement excessive sans que celui-ci puisse s'y opposer. Ce danger est renforcé par le développement sans précédent des contrats dit « d'adhésions »²⁵⁷ ou « l'une des parties accepte en bloc sans possibilité de réelle discussion, les clauses du contrat qui lui est proposé par l'autre »²⁵⁸. Ainsi le choix de l'adhérent se réduit à conclure ou ne pas conclure le contrat ; son contenu, notamment la clause pénale qui peut être insérée, échappant à sa volonté. Les risques d'insertion d'une clause pénale abusive dans ce type de contrat sont donc évidents.

D'autre part, les facultés cognitives des consommateurs peuvent être plus facilement prises en défaut que celle des professionnels. Comme nous l'avons déjà examiné²⁵⁹, l'être humain est excessivement optimiste et tend à sous estimer de façon systématique les risques qui ont une faible probabilité de se réaliser²⁶⁰. La clause pénale constitue ainsi un dangereux piège pour le consommateur, qui si il n'ignore pas complètement le sens de cette clause et la portée de son engagement, va au mieux

²⁵⁷ Voir J. Dollat, *Les contrats d'adhésion*, th. 1905 ; G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, th. Paris, 2^{ème} éd., 1976.

²⁵⁸ Définition proposée par J. Ghestin et I. Machessaux-Van Melle dans, *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels : Comparaisons Franco-Belges*, L.G.D.J., 1996, à la page 3.

²⁵⁹ Cf p 63.

²⁶⁰ Voir M. A. Eisenberg, « *The Limits of Cognition and the Limits of Contract* » (1995) 47 *Stan. L. R.* 211.

minimiser les risques qu'elle lui fait courir. Tandis, que le professionnel est théoriquement plus averti des pratiques contractuelles, notamment des clauses particulièrement dangereuses telles la clause pénale. Il est donc plus vraisemblable que son attention soit davantage attirée par l'insertion d'une clause pénale et qu'il examine avec plus de soin si il pourra respecter ses engagements.

A notre avis, il est nécessaire en matière de clause pénale d'appliquer des règles différentes suivant la qualité du débiteur de cette clause, le débiteur en situation de faiblesse par rapport au créancier ayant besoin d'une protection renforcée. Se pose alors le problème de la définition de la partie faible au contrat. Cette définition est particulièrement ardue, car l'infériorité dans les rapports contractuels procède de sources très diverses, de plus elle peut se manifester à des degrés ou des moments divers²⁶¹.

Une étude au cas par cas de la situation respective des parties au moment de la formation du contrat est impossible tant pour des raisons matérielles, que des raisons de politique juridique (absence de sécurité juridique). Si une étude individuelle des rapports de forces entre créanciers et débiteurs de la clause pénale n'est pas réaliste, en revanche il semble plus facile d'isoler des catégories de débiteurs qui, du fait de leur potentiel état d'infériorité économique, seraient plus susceptibles de se voir imposer des clauses pénales sans y consentir réellement. Ces « victimes » potentielles sont de toute évidence les consommateurs qui lorsqu'ils contractent avec un professionnel sont souvent en situation d'infériorité par rapport à celui ci, de plus aujourd'hui la plupart des contrats de quelque importance passés par les consommateurs sont des contrats d'adhésion.

Au vue de ces observations, nous examinerons dans ce dernier chapitre, comment le droit civil français (1) et la common law (2) pourraient améliorer le régime juridique des clauses pénales, afin de maximiser les bénéfices de cette clause et de contrôler les éventuels abus dans son utilisation.

²⁶¹ *Supra* note 258, Rapport de synthèse par M. Fontaine, aux pp 616-625.

(1) Amélioration de la solution civiliste

La solution civiliste en matière de clause pénale, comme nous l'avons déjà exposé nous semble être un compromis acceptable entre le principe du respect de la volonté des parties et la nécessité de protéger le débiteur contre des clauses pénales trop sévères.

Ce compromis pourrait être amélioré si le droit civil français accordait aux consommateurs, catégorie de débiteurs particulièrement vulnérable, une plus grande protection. Le juge devrait disposer de plus grand pouvoir d'intervention puisque l'insertion d'une clause pénale dans un contrat entre consommateur et professionnel est rarement négociée. En d'autres termes, la ou la volonté est absente, il n'y a point de raison pour le juge de la respecter.

Il reste à déterminer quel est le degré de protection que le droit civil français devrait accorder aux consommateurs. Face aux dangers inhérents à cette clause, même si elle est réellement négociée entre le consommateur et le professionnel²⁶², il est à notre avis préférable que le droit civil français adopte une solution semblable à la common law, en n'accordant de force obligatoire qu'aux clauses qui ont pour but de réparer le créancier et non de punir le débiteur.

Il est cependant peu probable que le droit civil français se dirige vers cette approche extrêmement protectrice, voire infantilisante à l'égard du consommateur. Toutefois, le droit français sous l'influence de la législation européenne, plus précisément de la directive n° 93-13 du 5 avril 1993, a été amené à protéger un peu plus le consommateur. En effet la transposition de cette directive en droit français par la loi du 1^{er} février 1995, en modifiant l'article L.132-1 du Code de la consommation français²⁶³ octroie au consommateur ou non professionnel, débiteur d'une clause pénale, un régime de protection qui se rapproche timidement de celui de la common law. Bien que l'intervention du juge soit soumis à un critère beaucoup plus strict qu'en common law, l'article L.132-1 du Code de la consommation exigeant un

²⁶² Reste le danger de l'excès de confiance.

²⁶³ L'article L 132-1 du Code de la consommation disposant que « Dans les contrats conclu entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat... Les clauses abusives sont réputées nulles. ».

« déséquilibre significatif », la sanction de ce déséquilibre est identique. Les clauses pénales déclarées abusives par le juge sur le fondement de l'article L.132-1 du Code de la consommation étant « réputées non écrites ». Ainsi comme en common law, le créancier de ces clauses ne pourra obtenir, conformément au droit commun, que la réparation de son préjudice effectif (actual damages).

Le pouvoir discrétionnaire de réduction de la clause pénale qui appartenait au juge en vertu de l'article 1152 al 2 du Code civil disparaît lorsque la clause pénale a été stipulée dans un contrat « conclu entre professionnels et non professionnel ou consommateur ».

Cette solution peut s'expliquer par la volonté de sanctionner plus sévèrement le professionnel qui a abusé de sa position dominante pour insérer une clause pénale disproportionnée. L'article L.132-1 du Code de la consommation en ne permettant en aucune façon au juge de laisser survivre une quelconque fonction répressive semble avoir une visée « éducative ». Ce type de sanction « couperet » incitant le professionnel à être plus modéré dans le montant de la clause pénale sous peine qu'elle soit complètement écartée par le juge. Le consommateur ou le non professionnel bénéficie d'un intérêt supplémentaire à agir en justice si il estime que la clause pénale est disproportionnée, sa libération étant totale si le juge estime que la clause pénale « crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».

Observons à présent les améliorations qui peuvent être apportées au régime de la clause pénale en common law.

(2) Amélioration de la solution adoptée par la common law

Contrairement au droit civil la common law n'a pas besoin d'adopter de nouvelles dispositions visant à protéger les consommateurs en matière de clause pénale, puisque le régime actuel de ces clauses est suffisamment protecteur. Cependant le droit anglais

Par contre, la common law pêche par « générosité » en accordant à tous les débiteurs quelles que soient leurs qualités (consommateurs, professionnels, non professionnels), le même niveau de protection. Or selon nous un tel niveau de protection est injustifié lorsque les parties contractantes sont des professionnels. Dans ce cas la dangerosité

des clauses pénales est moindre puisque les professionnels disposent de connaissances juridiques, de capacités financières et de pouvoirs de négociation largement supérieurs à ceux des consommateurs. Mais un autre argument plus puissant plaide, selon nous, en faveur d'un plus grand respect de la volonté des parties « professionnelles » en matière de clause pénale : le besoin de sécurité juridique de ces acteurs important de la vie économique. L'inexécution du contrat étant, à notre sens, plus gravement préjudiciable à ces acteurs car elle constitue « un coup d'arrêt » dans le fonctionnement économique de l'entreprise victime de l'inexécution : ce coup d'arrêt pouvant l'amener elle aussi à ne pas pouvoir respecter son engagement (effet « domino » du non respect des engagements).

Le caractère comminatoire de la clause pénale constitue donc un précieux instrument pour répondre à ce besoin de sécurité juridique : par son caractère préventif de l'inexécution et par « les perspectives financières plus intéressantes »²⁶⁴ qu'il offre à l'entreprise victime de l'inexécution. Ainsi lorsqu'une clause pénale a été insérée dans un contrat conclu entre professionnel, la common law devrait permettre un plus grand libre jeu de la volonté des parties, en ne censurant cette volonté que si il existe des preuves convaincantes que le débiteur ait été abusé par son créancier (en utilisant par exemple comme en droit français le critère de l'excès manifeste).

Une telle évolution paraît éloignée de la position traditionnelle de la common law. Pourtant en 1993, un arrêt du Privy Council, *Philips Hong Kong Ltd v. Attorney-General of Hong Kong*, semble constituer un pas important en direction d'un changement des règles relatives aux clauses pénales lorsque les parties contractantes sont des commerçants (commercial party). Dans cet arrêt, Lord Woolf a déclaré que « the fact that two parties who should be well capable of protecting their respective commercial interests suggest that the formula for calculating liquidated damages is unlikely to be oppressive »²⁶⁵. Ainsi l'emploi de l'adjectif « unlikely » (peu probable) laisse penser que la clause pénale conclue entre professionnels disposerait d'une présomption de validité. La suite du raisonnement de Lord Woolf confirme cette analyse puisqu'il repousse les tests « classiques » permettant de distinguer les « penalty clauses » et « liquidated damages » pour ne retenir comme unique critère que le caractère disproportionné de la clause pénale par rapport au préjudice pouvant

²⁶⁴ Voir D. Mazeaud, *supra* note 107, à la p. 398.

²⁶⁵ *Supra* note 92.

être raisonnablement anticipé lors de la formation du contrat²⁶⁶. Cependant même si cet arrêt a été très bien reçu par la doctrine anglaise, sa portée reste encore incertaine, car cette décision est isolée et ne dispose pas de la même autorité qu'un arrêt rendu par la Chambre des Lords.

Un autre élément, extrinsèque à la common law, vient également plaider pour une plus grande souplesse de cette tradition juridique en matière de clause pénale. En effet lors de la récente rédaction par l'Institut international pour l'unification du droit privé des « principes relatifs aux contrats du commerce international »²⁶⁷, les rédacteurs appartenant aux deux grandes traditions juridiques occidentales ont adopté en matière de clause pénale, une solution analogue à celle existant en droit civil français. L'article 7.4.13 de ces « principes » admet que cette clause soit supérieure au préjudice subi tout en permettant de réduire son montant si « elle est manifestement excessive par rapport au préjudices découlant de l'inexécution et aux autres circonstances ». Cette solution complètement civiliste n'a apparemment pas rencontré d'opposition de la part des rédacteurs appartenant à la tradition juridique de la common law²⁶⁸.

Le fait qu'une institution transnationale, telle que l'Unidroit, fasse triompher la conception civiliste de la clause pénales lorsque les parties sont des commerçants devrait encourager la common law à améliorer, à amender le régime actuel des clauses pénales.

²⁶⁶ « Except possibly in the case of situations where one of the parties to the contract is able to dominate the other as to the choice of the terms of a contract, it will normally be insufficient to establish that a provision is objectionably pénal to identify situations where the application of the provision could result in a larger sum being recovered by the injured party than his actual loss. Even in such situations so long as the sum payable in the event of non compliance with the contract is not extravagant, having regard to the range of losses that it could reasonably be anticipated it would have to cover at the time the contract was made, it can still be a genuine pre-estimate of the loss that would be suffered and so a perfectly valid liquidated damage provision. The use in argument of unlikely illustrations should therefore not assist a party to defeat a provision as to liquidated damages »

²⁶⁷ Unidroit, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome (1994). Pour une appréciation de ces travaux, voir notamment G. Baron, « *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria* » (1999) 15 *Arbitration International* 115 ; et B. Fauvarque-Cosson, *Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, R.I.D.C. 2, 1998, à la p. 463.

²⁶⁸ Les professeurs E.A. Farnsworth et M. P. Furmston.

CONCLUSION

Au terme de cette étude comparative du mécanisme de la clause pénale en droit civil français et en common law, il convient de rappeler brièvement les étapes essentielles de notre réflexion.

Tout d'abord l'étude historique de ce mécanisme en droit civil français et en common law a permis de démontrer que cette peine privée contractuelle issue de la pratique a très vite (dès le Moyen âge) été l'objet de l'intérêt des juges et du législateur. Dans un premier temps cette institution fut étroitement surveillée par les tribunaux des deux traditions juridiques pour éviter que la stipulation d'une clause pénale ne soit qu'une mystification destinée à contourner la prohibition du prêt à intérêt et de l'usure imposé par les écritures. Les travaux des canonistes sur la clause pénale imprégnèrent profondément la conception de ce mécanisme, si bien, qu'avant la révolution la clause pénale n'était valable que si elle constituait une variante conventionnelle de la réparation du préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution du contrat. La common law suivant un chemin différent, tracé par les idéaux de justice contractuelle et d'équité, arriva à la même conclusion.

Le partage de la même vision de la clause pénale par les deux traditions juridiques fut rompu lors de la codification du droit civil français, le Code civil (1804) rejetant en vertu du principe général de l'immutabilité de la volonté des parties en matière contractuelle (Article 1134 du Code civil) toute possibilité pour le juge de s'immiscer dans le contrat de clause pénale. La soumission de la clause pénale à ce principe fut même rappelée à l'article 1152 du Code civil qui précise que « lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte ni moindre ».

Pendant plus de 150 ans, le régime juridique de la clause pénale en common law et en droit civil français fut diamétralement opposé. La common law imposant au juge d'interpréter ces clauses et de distinguer entre celles qui sont le reflet d'une « authentique » pré-estimation des dommages au moment de la formation du contrat, et les autres. Les premières, qualifiées de « liquidated damages », sont valables, les autres, les « penalty clauses », n'ont pas de force obligatoire (unenforceable). Tandis

que le droit civil français prohibait toute intervention du juge en matière de clause pénale, respectant ainsi pleinement la volonté des parties quelle qu'elle fut.

Cependant, la multiplication de l'utilisation abusive des clauses pénales dans certains contrats (notamment au sein des contrats d'adhésion) associée à la « désacralisation » de la théorie de l'autonomie de la volonté, incita le législateur français à réformer cette institution. La loi du 9 juillet 1975 accorda au juge le pouvoir de modifier ou augmenter la peine convenue entre les parties si elle est « manifestement excessive ou dérisoire ».

Depuis plus de vingt ans, la common law et le droit civil s'accordent donc de nouveau pour placer la clause pénale sous une étroite surveillance judiciaire, en octroyant au juge sous certaines conditions le pouvoir de refuser d'appliquer cette clause.

L'étude comparative du mécanisme de contrôle des clauses pénales employé par la common law et le droit civil permet de découvrir que ces traditions juridiques ont une conception différente sur le rôle que doivent et / ou peuvent jouer les clauses pénales. Il existe trois différences fondamentales dans le processus de contrôle des clauses pénales par les juges des deux traditions juridiques.

La première différence est relative aux conditions permettant au juge de censurer la clause pénale. Le seuil permettant au juge de s'immiscer dans le contrat de clause pénale est beaucoup plus élevé en droit français qu'en common law. Le droit français exige que la clause pénale soit « manifestement excessive » par rapport au préjudice subi, alors que la common law autorise le juge à s'immiscer dans le contrat de clause pénale dès que son montant ne reflète pas une authentique pré-estimation du préjudice éventuel au moment de la formation du contrat.

La deuxième différence est relative au repère temporel choisi pour déterminer si la clause est raisonnable ou non. La common law se place au moment de la formation du contrat, alors que le droit civil français impose au juge de se placer au jour du jugement.

Enfin, les pouvoirs de révisions octroyés au juge ne sont pas les mêmes si la clause pénale dépasse les seuils précédemment évoqués. Le droit civil français accorde au juge un pouvoir de révision discrétionnaire pour réduire le montant de la clause pénale, sous réserve qu'il ne descende pas en dessous du préjudice réel subi par le créancier. La common law a préféré imposer au juge de réduire le montant de cette clause au préjudice subi (« actual damage »).

Nous avons observé que si les conditions et les modalités de la révisions judiciaire ne posent pas de problèmes juridiques particulièrement épineux dans les deux traditions juridiques ; en revanche la common law et le droit civil français peinent à définir la notion de clause pénale. La clause pénale présentant de nombreuses caractéristiques et effets communs avec certaines institutions voisines telles que la clause de dédit, l'indemnité d'immobilisation.

Ce problème de définition est capital. La mise en œuvre du pouvoir de révision judiciaire dans les deux traditions juridiques est subordonnée à la qualification de clause pénale. Nous espérons avoir démontré l'incohérence des frontières tracées entre ces différentes institutions et le danger de détournement de ces institutions par des créanciers voulant éviter une éventuelle ingérence du juge dans leur contrat.

Enfin nous avons choisi d'évaluer de façon comparative, le régime juridique des clauses pénales dans les deux traditions juridiques. Cette étude a permis de constater que le rejet systématique de la fonction répressive de la clause pénale par la common law prive les contractants d'un instrument précieux qui leur permet notamment de réprimer les comportements anti contractuels et d'éviter la sous compensation de leur préjudice par les tribunaux. La solution retenue par le droit civil français en matière de clause pénale est à notre avis préférable puisqu'elle permet aux contractants de recueillir les bénéfices de cette clause tout en veillant à ce qu'elle ne devienne un fardeau trop lourd sur les épaules du débiteur (en octroyant au juge le pouvoir de réduire les clauses qui sont manifestement excessives).

Nous aurions pu ainsi conclure que la common law devrait adopter une position identique à celle du droit civil, pourtant chacune des deux traditions juridiques pourraient s'enrichir mutuellement. Puisque comme nous l'avons démontré, la possibilité de « punir » son débiteur comporte d'importants dangers, notamment par sa faculté de prendre en défaut les facultés cognitives du débiteur. Il serait donc peut être préférable d'éliminer totalement ces dangers lorsque le débiteur de cette clause est dans une situation d'infériorité manifeste par rapport à son créancier. Pour éviter toute casuistique trop difficile à gérer et contraire au besoin de sécurité juridique, il est nécessaire de protéger une catégorie de contractant qui est censée être plus « vulnérables » aux dangers de la clauses pénale : les consommateurs. En raison de la vulnérabilité des consommateurs, le droit civil français devrait adopter une solution similaire à celle de la common law en prohibant

toute fonction répressive de la clause pénale lorsque son débiteur est un consommateur et son créancier un professionnel.

En revanche, la solution « civiliste » en matière de clause pénale serait préférable lorsque les parties contractantes sont des professionnels. Les professionnels étant théoriquement mieux à même de négocier cette clause que les consommateurs, d'autre part, en plus des avantages précédemment énumérés, sa fonction comminatoire est utile car elle ravive la confiance du créancier envers le débiteur. Elle permet au créancier d'accorder plus de poids à la parole du débiteur. Débarrassée de ces éventuels excès par l'intervention du juge, elle constitue entre parties « averties » de son danger, tels que les professionnels, un outil qui favorise la conclusion du contrat. Le créancier rassuré par cette clause retrouvant la foi, la confiance envers son débiteur.

INDICATIONS BIBLIOGRAPHIQUES

DROIT FRANÇAIS

I Ouvrages généraux, traités et manuels

- J. Bart, *Histoire du droit privé : de la chute de l'empire romain au 19^{ème} siècle*, Montchrétien, 1998.
- J. Calais-Auloy & F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 4^{ème} éd., Précis Dalloz, 1996.
- J. Carbonnier, *Droit civil Introduction*, 22^{ème} éd., P.U.F., coll. Thémis 1994.
Droit civil Les obligations, t. 4, 6^{ème} éd., Thémis, 1969.
Droit civil Les obligations, t.4, 20^{ème} éd., P.U.F., coll. Thémis 1996.
- G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 2^{ème} éd. P.U.F., 1990.
- G. Couturier, *Droit du travail : I/ les relations individuelles de travail*, 3^{ème} éd., P.U.F, 1996.
- E. Cuq, *Les institutions juridiques des romains*, 2nd éd., Librairie Plon et Librairie Générale, 1904.
- P. A. Fenet, *Pothier analysé dans ses rapports avec le Code civil*, 2nd éd., Paris, 1829.
- J. Flour & J. L. Aubert, *Les obligations, I L'acte juridique*, 8^{ème} éd., Armand Colin, 1998.
- M. Fontaine, *Droit des contrats internationaux : Analyse et rédaction de clauses*, F.E.C., 1989.
- G. Lepointe & R. Monier, *Les obligations en droit romain dans l'ancien droit français*, Librairie du Recueil, 1954.
- J. Ghestin, *Traité de droit civil, Le contrat : formation*, 3^{ème} éd., L.G.D.J., 1993.
- J. Ghestin, C. Jamin & M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, 2^{ème} éd., L.G.D.J. 1994.
- P. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1911.
- Glasson, *Histoire du droit français et des institutions de la France*, t 3, Paris, 1902.
- J. L. Halperin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, P.U.F, 1996.
- Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, éd., Cujas, 1996.

Ph. Malaurie & L. Aynes, *Droit civil Les obligations*, 6^{ème} éd., Cujas, 1995.

H., L et J. Mazeaud & F. Chabas, *Leçons de droit civil : Obligation théorie générale*, t. 1, vol.1, 8^{ème} éd., Montchrétien. 1991.

R. Monier, *Manuel de droit romain : les obligations*, 5^{ème} éd., 1954.

N. Rouland, *Introduction historique au droit*, P.U.F. 1998.

B. Starck, H. Roland & L. Boyer, *Droit civil Les obligations 2. Contrat*, 6^{ème} éd., Litec, 1998.

F. Terré, P. Simler & Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz 1996.

II Ouvrages Spéciaux, Thèses et Monographies

G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, 2^{ème} éd., L.G.D.J., 1975.

J. Carbonnier, *Flexible droit*, 6^{ème} éd., L.G.D.J., 1988.

J. Ghestin (Centre de droit des obligations de l'Université de Paris I) & M. Fontaine (Centre de droit des obligations de l' Université catholique de Louvain), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels – Comparaison Franco-Belges*, L.G.D.J., 1996.

E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé, contributions à l'étude critique de l'individualisme juridique*, thèse, Dijon, 1912.

L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse, Dijon, 1904.

C. Maruani, *La clause pénale*. Thèse, Paris, 1935

D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*. Thèse, L.G.D.J., 1992.

G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, 3^{ème} éd., 1936.

IV Articles, Chroniques, Rapports

E. Agostini, « *De l'autonomie de la volonté à la sauvegarde de justice* » D. 1994 Chron. 235.

E. Alfandarie, « *Le contrôle des clauses pénales par le juge* » J.C.P 1971.I.2395.

- J. Beguin, « *Rapport sur l'adage « Nul ne peut se faire justice à soi-même » en droit français*, Travaux de l'association Henri Capitant, 1966, p.41.
- J.-P. Bocarra, « *La liquidation de la clause pénale et la querelle séculaire de l'article 1231 du Code civil* » *J.C.P* 1970 .I 2294.
« *La réforme de la clause pénale : conditions et limites de l'intervention judiciaire* » *J.C.P.* 1975. I 2742.
- B. Boubli, « *La mort de la clause pénale ou le déclin du principe de l'autonomie de la volonté* » *J. not.* 1976, 1, 945.
- F. Chabas, « *La réforme de la clause pénale* » *D.* 1976 . chron. 229.
- L. Crémieux, « *Réflexions sur la peine privée moderne* » Etudes offertes à P. Kayser, 1979,t. I, p.261.
- J.-L. Evade, « *La réduction des clauses pénales excessives* » *Gaz. Pal.* 1976.2.doc.449.
- B. Fauvarque-Cosson, « *Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international*, R.I.D.C. 2 1998.
- A. Fliniaux, « *L'évolution du concept de clause pénale chez les canonistes du Moyen Age (origine des articles 1152 et 1226 et suivant du Code civil français)* » Mélanges P. Fournier, 1929, p.233.
- P. Garello, « *Les économistes et le contrat* » Mélanges C. Mouly, 1998, p 38.
- M.-J. Gebbler, « *Les obligations alternatives* » *Rev. Trim. dr. civ.* 1969,1.
- Geisenberger, « *Prêt d'argent, clause pénale et usure* » *Rev. trim. dr.com.* 1966,297.
- Ph. Gerbay, « *Les clauses de remboursement forfaitaire des frais de recouvrement judiciaire* » *D.* 1978, chron. p. 93.
- J. Ghestin & I. Marchessaux-Van Melle, « *L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995* » *J.C.P* 1995 I. 3854.
- Hubrecht, « *La révisibilité judiciaire des clauses pénales* » *Gaz. Pal.*, 1972.2.373
- B. Hugon, « *Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat* » *J.C.P* 1994.I. 3790.
- R. Janda, « *Etat des réflexions sur l'analyse économique du droit à travers deux ouvrages américains récent* » T 37 Archives de Philosophie du droit, droit et économie, 1992 173.
- P. Legrand, « *Pour le common law (bis)* » Mélanges Christian Mouly, 1998, p 85.

- Y. Letartre, « *Requiem pour une clause pénale* » *Rev. jur. com.* 1978, p.101.
- J.-M. Mousseron, « *La gestion des risques par le contrat* » *Rev. trim. dr. civ.* 1988, p.481
 « *Responsable mais pas coupable – La gestion des risques d'inexécution parle contrat* » *Mélanges Christian Mouly*, 1998, p 140.
- P. Nectoux, « *La révision judiciaire des clauses pénales. Bilan des premières années d'applications de la loi du 9 juillet 1975 par l'informatique juridique* » *J.C.P.* 1978. I.2913
- G. Paisant, « *Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale*, *Rev. trim. dr. civ.* 1985, 647 .
 « *Les clauses pénales sont elles encore licites dans les contrats de bail et de travail* » *J.C.P.* 1986.I. 3238.
 « *Les clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995* » *D.* 1995. Chron. 223.
- C. Rudden & P. Julliard, « *Théorie de la violation efficace* » *Rev. Int'l Droit Comp.* 1015 (1986).
- M. Saluden, « *L'étendue du contrôle exercé par la Cour de cassation sur les juges du fond en matière de clause pénale* » *Gaz. Pal.* 1984.doctr.262.
- S. Sanz, *La consécration du pouvoir judiciaire par la loi du 9 juillet 1975 et ses incidences sur la théorie générale de la clause pénale*, *Rev. trim. dr. civ.* 1977.268.
- C. Stora et A. Hinfrey, *La clause pénale dans les contrats immobiliers*, *Gaz. Pal.* 1988.I doct.38.
- J. Thimany, *Fonctions et révisibilité des clauses pénales en droit comparé*, *Rev. int. dr. comp.* 1980, p17.

V Notes, Observations

- B. Boccara - Note sous Rouen, 3 juill. 1970 : *J.C.P* 1971.II.16581.
- F. Chabas – Obs. sous Cass. com., 21 juill. 1980 : *R.T.D. civ.* 1981, 400.
 - Obs. sous Cass. civ. 1^{ère} 23 févr. 1982 : *R.T.D. civ.* 1982, 603.
 -
- G. Cornu - Obs. sous Chambre mixte, 20 janv. 1978 : *R.T.D. civ.* 1978, 379.
 - Obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 juill. 1978 : *R.T.D. civ.* 1978, 150.
- D. Delbecque – Obs. Cass. Com. 11 févr. 1997 : *Defrenois* 1997, 740.
- Gain – Obs. sous Cass com. 26 févr. 1991 : *J.C.P. éd. N* 1992.II.185.

D. Mazeaud - Defrenois 328, 1998.

- Obs. sous Cass. com. 16 juill. 1991 : D. 1992, 365.

J. Mestre, Obs R.T.D.civ. 1985, 373.

- Obs Cass. civ. 1^{ère} 10 mars 1998 : R.T.D. civ. 1999, 97.

F. Zenatti – Note sous Loi n°85-1097 du 11 octobre 1985 : R.T.D. civ. 1986, 212.

COMMON LAW

I Ouvrages généraux, traités et manuels

P. S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 3rd ed., Clarendon Press Oxford, 1981.

J. Beatson, *Anson's Law of Contract*, 27th ed., Oxford University Press, 1998.

S. H. Bailey & M. J. Gunn, *Smith & Bailey on the Modern English Legal System*, 2nd ed., Sweet & Maxwell, 1991.

P. Birks, *Wrongs and Remedies in the Twenty-First Century*, S.P.T.L., Clarendon Press Oxford, 1996.

Cheshire, Fifoot and Furmston's, *Law of Contract*, 13th ed., Butterworths, 1996.

Chitty on Contracts, Vol I : General Principles, 26th ed London Sweet and Maxwell, 1989.

R. Cooter & T. Ulen, *Law and Economics*, 55 ff., 1987.

J. P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor, 1968.

J. Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press Oxford, 1991.

B. W. Harvey & D. L. Parry, *The Law of Consumer Protection and Fair Trading*, 5th ed., Butterworths, 1996.

P. D. V. Marsh, *Comparative Contract Law England, France, Germany*, Gower, 1994.

U. Mattei, *Comparative Law and Economics*, The University of Michigan Press, 1996.

McGregor, *McGregor on Damages*, 16th ed., Sweet & Maxwell, 1997.

A. I. Ogus, *The Law of Damages*, Butterworths, 1973.

- R. A. Postner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed., Little, Brown and Compagny, 1992.
- F. D. Rose, *Failure of Contracts : Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, Oxford, 1997.
- R. B. Schlesinger, H. W. Baade, M. R. Damaska & P. E. Herzog, *Comparative Law : Cases, Test, Materials*, 5th ed., The Foundation Press, 1988.
- J. R. Spencer, *Jackson's Machinery of Justice*, 8th ed., Cambridge University Press, 1989.
- A.W. B. Simpson, *A History of the Common Law of Contract : The rise of the Action of Assumpsit*, Clarenton Press Oxford, 1987.
- M. Trebilcock, *The Limit of Freedom of Contract*, Harvard University Press, 1993.
- G.H. Treitel, *The Law of Contract*, 8th ed. London Sweet & Maxwell/Steven & Sons, 1991.
- Williston, *A Treatise on the Law of Contracts*, 1961.
- M. H. Whincup, *Contract Law and Practice : The English System and Continental Comparisons*, 3rd ed., Kluwer Law International, 1996.
- R. Youngs, *English, French & German Comparative Law*, Cavendish Publishing Limited, 1998.

II Articles

- A. Axelrod, « *A Pragmatic Scrutiny of Liquidated Damages* » (1991) 19 Lincoln L. Rev.79.
- F. Baron, « *Do the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts Form a New Lex Mercatoria* » (1999) 15 Arbitration International 115.
- J. L. Barton, « *Penalties and Damages* » (1976) 92 L.Q. Rev. 20.
- H. Beale, « *Unreasonable Deposit* » 109 L.Q. Rev. 524.
- R. L. Birmingham, « *Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency* » (1970) 24 Rutgers L. Rev. 273.
- E. Brizzee, « *Liquidated Damages and the Penalty Rule : A Reassessment* » (1991) B.Y.U. Law Rev. 1613.
- K. W. Clarkson, R. Miller and T. J. Muris, « *Liquidated Damages v. Penalties : Sense or Nonsense* » (1978) Wisconsin L. Rev. 351.

- J. B. Copersmith, « *Refocusing Liquidated Damages Law for Real Estate Contracts : Returning to the Historical Roots of the Penalty Doctrine* » (1990) 39 Emory L. J. 267.
- M. A. Eisenberg, « *The Bargain Principle and Its Limits* » (1982) 95 Harv. L. Rev. 741.
 « *The Limit of Cognition and Limits of Contract* » (1995) 47 Stan. L. Rev. 211.
- E. A. Farber, « *Contract Law and Modern Economic Theory* » (1983) 78 Nw. U.L. Rev. 303.
- J. P. Fenton, « *Liquidated Damages as Prima Facie Evidence* » (1975) 51 Ind. L. J. 189.
- S. V. Ferris, « *Liquidated Damages Recovery Under the Restatement (Second) of Contracts* » (1982) 67 Cornell L. Rev. 362.
- M. T. Furton, « *The Use of Penalty Clauses in Location Incentive Agreement* » (1995) 70 Indiana L. J. 1009.
- C. J. Goetz & R. E. Scott, « *Liquidated Damages, Penalties and the Just Compensation Principle : Some Notes on an Enforcement Model and a Theory of Efficient Breach* » (1977) 77 Colum. L. Rev. 554.
- J. Gordley, « *Myths of the French Civil Code* » (1994) 42 Am. J. Comp. L. 439.
- A. Ham, « *The Rule Against Penalties in Contracts : An Economic Perspective* » (1990) 17 Melb ULR 649.
- W. S. Harwood, « *Liquidated Damages : a Comparison of the Common Law and the Uniform Commercial Code* » (1977) 45 Fordham L. Rev. 1349.
- O.W. Holmes, « *The Path of the Law* (1897) 10 Harv. L. Rev. 457.
- M. J. Horwitz, « *The Historical Foundations of Modern Contract Law* » (1974) 87 Harv. L. Rev. 917.
- D.L. Jaffe & K. D.Jaffe, « *Stipulated Damages Provisions in France and the United States* » (1985) 33 Am. J. Comp. L. 637.
- P. R. Kaplan, « *A Critique of the Penalty Limitation on Liquidated Damages* » (1977) 50 S Cal. L. Rev. 1055.
- M. B. Kelly, « *Living Without the Avoidable Consequences Doctrine in Contract Remedies* » (1996) 33 San Diego L. Rev 175.
- H. Latin, « *Good » Warnings, Bad Products, and Cognitive Limitations*, (1994) 41 UCLA L. Rev. 1193.

- P. Legrand, « *The Case for Judicial Revision of Contracts in French Law (and Beyond)* » (1989) 34 McGill L. J. 909.
- W.H. Loyd, « *Penalties and Forfeitures Before Peachy v The Duke of Somerset* » (1915) 29 Harv. L. Rev. 117.
- I. R. Macneil, « *Power of contract and Agreed Remedies* » (1962) 47 Cornell L.Q. 495.
- U. Mattei, « *Efficiency as Equity : Insights from Comparative Law and Economics* » (1994) Hastings Int'l & Comp. L. Rev. 157.
 « *The Comparative Law and Economics of Penalty Clauses in Contracts* » (1995) 43 Am. J. Comp. L. 427.
- R. A. Posner, « *Some Uses and Abuses of Economics in Law* » (1979) 46 U. Chi. L. Rev. 281.
- Jr. Rea, « *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages* » (1984) 13 J. Legal Studies 147.
- Rubin, « *Unenforceable Contracts : Penalty Clauses and Specific Performance* » (1981) 10 J. Legal Studies 237.
- A.R. Samuel, « *Efficiency Implications of Penalties and Liquidated Damages* » (1983) 13 J. of Legal Studies 147.
- A. Schwartz, « *The Myth that Promisees Prefer Supracompensatory Remedies : An Analysis of Contracting for Damage Measures* » (1990) 100 Yale L. J. 369.
- A. W. B. Simpson, « *The Penal Bond with Conditional Defeasance* » (1966) 82 L.Q. Rev. 392.
- J. Sweet, « *Liquidated Damages in California* » (1972) 60 Cal. L. Rev. 84.
- S. A. Smith, « *Future Freedom and Freedom of Contract* » (1996) 59 Mod. L. Rev. 167.
- T. A. Swett, « *Merger Terminations After Bell Atlantic : Applying a Liquidated Damages Analysis to Termination Fee Provisio* », (1999) 70 Un. Col. L. Rev. 341.
- S. M. Tyler, « *No (Easy) Way Out : « Liquidating » Stipulated Damages for Contractor Delay in Public Construction Contracts* » (1994) 44 Duke L. J. 357.
- S. Waddams, « *Unconscionability in contracts* » (1976) 39 Mod. L. Rev. 369.
- N. D. Weinstein, « *Unrealistic Optimism About Future Life Events* » (1980) 39 J. Personality & Soc. Psychol. 806.

III Cases

Astley v. Weldon 2 Bos & P. 346.

Hadley v. Baxendale (1854) 9 Exch 341.

Protector Endowment loan Co. v. Grice (1880) 5 Q.B.D. 592.

Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co. (1892) 2 QB 484.

Clydebank Engineering and Shipbuilding Co. Ltd. v Don Jose Ramos Yzquierdo y Castaneda (1905) A.C. 6, 11.

Commissioner of Public Works v. Hills (1906) AC 368.

Diestal v. Steveston (1906) 2 KB 345.

Dunlop Pneumatic Tyre Co. Ltd. v. New Garage and Motor Co. Ltd. (1915) A.C. 79
86-88.

Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd (1949) 2 K.B. 528.

Ford Motor Co. v. Armstrong (1915) 31 T.L.R. 267.

Victoria Laundry (Windsor) Ltd. v. Newman Industries Ltd (1949) 2 K.B. 528.

Stockloser v. Johnson (1954) 1 QB 476.

Campbell v. Discount Co. Ltd v Bridge (1961) 1 Q.B.445.

Robophone Facilities Ltd v Blank (1966) 3 All ER 128.

Koufos v. C. Czarnikov Ltd. (The Heron II) (1969) 1. A.C. 350.

Linggi Plantation Ltd. v. Jagatheesan (1972) 1 M.L.J 89.

Pao On v. Lau Yiu Long (1980) AC 614.

Export Credit Garantie Departement v. Universal Oil Products Co. (1983) 1 W.L.R.
399.

O'Dea v. Allstates Leasing System (W.A) Pty. Ltd. (1983) 152 C.L.R. 170.

Scandinavian Trading Tanker Co. A.B. v. Flota Petrolera Ecuatoria (The Scaptrade)
(1983) 2 A.C. 694.

National Westminster Bank plc v. Morgan (1985) AC 686.

Philips Hong Kong Ltd v. Attorney-General of Hong Kong (1993) 61 Build L.R. 41.

Workers Trust and Merchant Bank Ltd v. Dojap Investments Ltd (1993) AC 573.

Ruxley Electronics & Construction Ltd. v. Forsyth (1996) AC 344.