

excède manifestement ce que les parties pouvaient fixer pour indemniser le dommage résultant de l'inexécution du contrat;

Que, selon le deuxième alinéa de cette disposition, le juge ne peut condamner à une somme inférieure à celle qui aurait été due en l'absence de clause pénale;

Que le juge ne peut dès lors annuler une clause pénale parce que son montant est plus haut que celui du dommage potentiel;

Attendu que l'article 1231 précité a été introduit par la loi du 23 novembre 1998 qui est entrée en vigueur le 23 janvier 1999, que cette loi qui est impérative, est aussi applicable aux contrats conclus avant son entrée en vigueur;

Attendu qu'en jugeant que la clause pénale stipulée dans l'article 5 du contrat de cession de fonds de commerce «est nulle étant donné qu'elle couvre plus que le dommage potentiel», les juges d'appel violent l'article 1231, paragraphe premier, alinéa premier, du code civil;

2. Autres griefs

Attendu que les autres griefs ne peuvent conduire à une cassation plus étendue.

Par ces motifs, ...

Casse l'arrêt attaqué, dans la mesure où ils s'est prononcé sur l'action en dommages et intérêts de la demanderesse à l'encontre du premier défendeur.

Siég. : MM. **E. Waûters** (prés.), **Ch. Londers**, **E. Dirix** (rapp.), **E. Stassyns** et **A. Fettweis**. Greffier : **M. L. De Prins**.

M.P. : **M. G. Besseleers**.

Plaid. : M^e **A. Houtekier**.

J.L.M.B. 03/915

Observations

La sanction des clauses pénales comminatoires

1. L'arrêt de la Cour de cassation du 6 décembre 2002¹ apporte une contribution importante au régime des clauses pénales.

Les faits qui sont à l'origine de la décision sont simples. Dans une convention de cession de fonds de commerce pour un prix de deux millions de francs figure une clause garantissant l'acheteur contre tout risque d'éviction. Les parties conviennent d'une clause pénale d'un montant de cinq cent mille francs en cas d'inexécution de cette obligation, sans préjudice toutefois, ajoutent-elles, du droit, pour l'acheteur, de réclamer une indemnisation plus importante, s'il peut établir un dommage supérieur². Ayant subi une éviction, l'acheteur réclame en justice le montant intégral de la clause pénale. Il se voit débouté aussi bien en première instance qu'en degré d'appel, au motif que ce montant couvre plus que le préjudice potentiel que les parties pouvaient prendre en considération au moment de la conclusion du contrat. Dans son arrêt du 26 octobre 1999, la cour d'appel d'Anvers prononce en conséquence la nullité de la clause.

1. R.A.B.G., 2003/12, p. 645, note J. BAECK.

2. Sur la question de savoir s'il est possible, pour le créancier, de réclamer une indemnisation supérieure au forfait conventionnel, voy. P. WÉRY, "La clause pénale", in *Les clauses applicables en cas d'inexécution des obligations contractuelles*, Bruxelles, La Chartre, 2001, p. 282-283.

Pourvoi est pris notamment de la violation des articles 1226, 1229 et 1231 du code civil, compte tenu des modifications que la loi du 23 novembre 1998 a apportées aux premier et troisième de ces textes. Le demandeur en cassation fait grief au juge du fond d'avoir prononcé la nullité de la clause pénale, alors que l'article 1231, paragraphe premier, en prescrit seulement la réduction.

La Cour de cassation se voit ainsi offrir l'occasion de prendre position dans une controverse doctrinale portant sur les pouvoirs du juge en cette matière (B). Incidemment, la haute juridiction prend parti dans un autre débat, concernant le caractère non supplétif de la nouvelle loi (A).

A. Une loi impérative originale

2. Les auteurs sont divisés sur le caractère de la nouvelle législation : alors que certains lui prêtent un caractère d'ordre public, d'autres estiment qu'elle est seulement impérative³.

L'importance pratique de la controverse est, à vrai dire, ténue⁴. Elle est même inexistante sur le plan du droit transitoire, puisque, selon la doctrine dominante, les lois impératives tout comme les lois d'ordre public s'appliquent immédiatement aux conventions en cours⁵. Bien que le pourvoi ne l'y invitât point, la Cour de cassation n'en prend pas moins position, de manière incidente, sur cette question : la nouvelle loi étant impérative, déclare la Cour, elle s'applique aussi aux conventions conclues, comme en l'espèce, avant le 23 janvier 1999, date de son entrée en vigueur.

Ce caractère impératif doit être reconnu à l'article 1231, paragraphe premier, qui était au cœur du litige, mais aussi aux autres dispositions de la nouvelle loi, que sont les articles 1153, alinéa 5, et 1231, paragraphe 2.

3. Tel qu'il est interprété par la Cour de cassation, l'article 1231, paragraphe premier, présente, sur le plan théorique, une originalité qui mérite d'être relevée : bien que ce texte n'intéresse pas l'ordre public, le juge n'en est pas moins habilité par le législateur à réduire d'office la clause manifestement excessive. Or, l'on sait que, selon la doctrine dominante, le pouvoir, pour un tribunal, d'appliquer d'office une disposition légale ne s'attache qu'aux textes touchant à l'intérêt général, les lois impératives, visant à protéger des intérêts individuels, ne permettant pas aux juges de les soulever *proprio motu*. C'est, au demeurant, un des intérêts majeurs que les auteurs voient traditionnellement à la distinction entre nullité absolue et nullité relative⁶.

3. Pour une présentation de la controverse, voy. C. DELFORGE, "Entre prudence et audace... Réflexions sur la récente modification des dispositions du code civil relatives à la clause pénale et aux intérêts moratoires", *Rev. not. b.*, 1999, p. 614-615; A. VAN OEVELEN, "Recente ontwikkelingen in de wetgeving en de rechtspraak inzake de sancties bij contractuele wanprestatie", in *Overeenkomstenrecht 1999-2000*, Anvers, Kluwer, 2000, p. 188.

4. Le seul intérêt réside dans la question de savoir si est valide la renonciation, par le débiteur, en pleine connaissance de cause, à la protection que lui accorde la loi, après que s'est produit le manquement contractuel (I. MOREAU-MARGRÈVE, "La clause pénale. Flashes", *Chronique de droit à l'usage des juges de paix*, 1999, p. 124; P. WÉRY, "La clause pénale", in *Les clauses applicables*, op. cit., 2001, p. 286).

5. Sur ce point, voy. P. WÉRY, "Les pouvoirs du juge dans la nouvelle loi relative aux clauses pénales", *J.T.*, 2000, p. 616.

6. Pour une présentation fouillée et critique de la question, voy. C. RENARD et E. VIEUJEAN, "Nullité, inexistence et annulabilité en droit civil belge", *Ann. dr. Liège*, 1962, p. 268 et suivantes; S. STIJNS, "Nietigheid van het contract als sanctie bij zijn totstandkoming", in *Totstandkoming van de overeenkomst naar Belgisch en Nederlands recht*, ouvrage collectif sous la direction de J. SMITS et S. STIJNS, Groningen, Intersentia, 2002, p. 229 et suivantes.

Dans leur étude fondamentale publiée en 1962, les professeurs C. RENARD et E. VIEUJEAN ont toutefois montré à quel point la matière des nullités ne peut, en réalité, être appréhendée de manière dogmatique et rigide. Elle appelle, au contraire, des solutions nuancées. Il apparaît ainsi que «la nullité doit être adaptée à la nature et au but de la règle sanctionnée»⁷ et qu'en raison de situations intermédiaires, la distinction entre nullité absolue et nullité relative est nettement moins tranchée qu'on le prétend d'ordinaire⁸.

L'arrêt de la Cour de cassation vient confirmer, si besoin en était, la justesse de ces propos. Le but du législateur étant de protéger le débiteur contre les clauses pénales manifestement excessives, c'est un caractère impératif qui s'attache à la loi de 1998. Cette protection serait toutefois incomplète, si le juge ne pouvait réduire *ex officio* la clause exorbitante : trop de débiteurs ignorent l'existence de ce pouvoir de réduction ou, tout simplement, se font juger par défaut⁹.

Cette approche plus nuancée du régime des nullités fait, par ailleurs, son chemin dans d'autres domaines, singulièrement dans celui qui a trait à la protection des consommateurs. Ainsi notre collègue S. STIJNS vient-elle de démontrer, à la lumière des travaux d'I. DEMUYNCK¹⁰ et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes¹¹, que si la législation relative aux clauses abusives (essentiellement la loi du 14 juillet 1991 et celle du 2 août 2002, qui transposent la directive européenne de 1993 sur les clauses abusives dont sont victimes les consommateurs) doit, dans la plupart de ses dispositions, être considérée comme étant impérative, la protection effective à laquelle le consommateur peut prétendre impose toutefois de reconnaître aux juges le pouvoir de prononcer d'office la nullité des clauses litigieuses¹².

Par ailleurs, le projet de loi complétant les dispositions du code civil relatives à la vente en vue de protéger les consommateurs, du 19 février 2003¹³, qui n'a pu être adopté en raison de la dissolution des Chambres, contient, lui aussi, une disposition intéressante qui milite en faveur de cette thèse. Selon le projet d'article 1649octies du code civil, «sont nuls les clauses contractuelles ou les accords conclus avant que le défaut de conformité ne soit porté à l'attention du vendeur par le consommateur et qui, directement ou indirectement, écartent ou limitent les droits accordés au consommateur par la présente section». Le commentaire qui accompagne ce texte précise que «la nullité ainsi établie est une nullité relative : il en résulte notamment qu'elle ne peut être demandée que par la personne protégée par la règle violée et que cette dernière peut renoncer à s'en prévaloir et confirmer ainsi l'acte susceptible d'annulation... Par contre, contrairement à la règle généralement admise selon laquelle une nullité relative

7. C. RENARD et E. VIEUJEAN, *op. cit.*, *Ann. dr. Liège*, 1962, p. 264 et suivantes.

8. *Id.*, p. 270 et suivantes.

9. C'est le raisonnement que défendait, déjà en 1999, I. MOREAU-MARGRÈVE, *op. cit.*, p. 124.

10. De inhoudelijke controle van onrechtmatige bedingen. Onderzoek van de Wet van 14 juli 1991 op de handelspraktijken en de voorlichting en de bescherming van de consument en van de Wet van 3 april 1997 betreffende oneerlijke bedingen in overeenkomsten gesloten tussen titularissen van vrije beroepen en hun cliënten getoetst aan het gemeen verbintenissenrecht, aan de Richtlijn van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten en aan het Duitse, het Nederlandse en het Franse recht, thèse de doctorat défendue à la Faculté de droit de Gand, année académique 1999-2000, p. 707.

11. L'arrêt Océano du 27 juin 2000 (*J.C.P.*, édition générale, 11 avril 2001, II, 10513, p. 768, note M. CARBALLO FIDALGO et G. PAISANT) auquel on peut ajouter l'arrêt Cofidis S.A. du 21 novembre 2002 (*J.C.P.*, 21 mai 2003, p. 947, note G. PAISANT).

12. S. STIJNS, *op. cit.*, 2002, p. 235-236.

13. *Ch. repr.*, 2002-2003, Doc 502319/001.

ne peut jamais être soulevée d'office par le juge, il y a lieu de tenir compte, en cette matière, de la jurisprudence résultant de l'arrêt dit Océano... Cette jurisprudence semble applicable à la directive transposée par le présent projet et il faut donc en conclure que le juge pourra soulever d'office la nullité ...»¹⁴.

4. L'article 1153, alinéa 5, du code civil présente la même originalité : bien que cette disposition soit impérative, le juge peut, comme le porte expressément le texte légal, «d'office... réduire» l'intérêt moratoire conventionnel manifestement excessif.

Le même raisonnement ne peut, en revanche, être tenu pour l'article 1231, paragraphe 2, applicable en cas d'exécution partielle de l'obligation, car le prescrit légal ne prévoit pas *expressis verbis* que le tribunal peut adapter d'office la clause pénale.

B. La réduction des clauses pénales exorbitantes

5. Les auteurs sont partagés sur les pouvoirs qui sont reconnus aux tribunaux face à une clause pénale manifestement excessive. Si la majorité de la doctrine enseigne que les clauses pénales exorbitantes ne peuvent faire l'objet que d'une réduction¹⁵, il n'en reste pas moins que des voix dissidentes se font entendre, surtout en doctrine flamande.

Quelques interprètes¹⁶ estiment ainsi que s'ils disposent d'un pouvoir de réduction, les tribunaux n'en conservent pas moins aussi celui de les annuler, comme par le passé, sur le pied des articles 6, 1131 et 1133 du code civil.

Se fondant sur les termes de l'article 1226 du code civil qui définit la clause pénale («... une compensation forfaitaire pour le dommage éventuellement subi...»), d'autres auteurs défendent une thèse¹⁷ moins radicale, qui confine le pouvoir de réduction prévu par l'article 1231, paragraphe premier, aux seules clauses pénales «mixtes», caractérisées par une fonction indemnitaire et un rôle comminatoire («gemengde schadebedingen»). A leur estime, les clauses pénales qui sont exclusivement punitives, constituant ainsi une sorte d'astreinte privée («zuiver punitieve bedingen of zuivere strafbedingen [een soort private dwang-sommen]»¹⁸) échapperaient ainsi au champ d'application de l'article 1226 et donc au pouvoir de réduction. Le seul contrôle judiciaire dont ces clauses pourraient faire l'objet resterait fondé sur les articles 6, 1131 et 1133 du code civil, avec pour conséquence leur nullité.

14. *Id.*, p. 22-23.

15. Ce pouvoir de réduction des clauses pénales exorbitantes, qui est fondé sur l'article 1231, paragraphe premier, ne doit pas être confondu avec celui que prévoit l'article 1231, paragraphe 2 (sur ce texte, voy. P. WÉRY, "L'adaptation judiciaire de la clause pénale, en cas d'exécution partielle de l'obligation", note sous Cass., 10 avril 1997, *R.C.J.B.*, 1998, p. 614 et suivantes; Liège, 7 octobre 1999, *J.T.*, 2000, p. 87, *R.R.D.*, 1999, p. 372; Comm. Huy, 6 septembre 2000, *R.R.D.*, 2001, p. 25) ni avec celui tiré de l'interdiction pour le créancier d'abuser de son droit (sur les sanctions de la mise en œuvre abusive d'une clause pénale, voy. A. VAN OEVELEN, "De sanctie van het misbruik van contractuele rechten", note sous Cass., 8 février 2001, *R.W.*, 2001-2002, p. 778 et suivantes; S. STIJNS, "Contractualisering van sancties in het privaatrecht, inzonderheid bij contractuele wanprestatie", *R.W.*, 2001-2002, p. 1281-1284; P. WÉRY, "Les sanctions de l'abus de droit dans la mise en œuvre des clauses relatives à l'inexécution des obligations contractuelles", in *Mélanges Philippe Gérard*, Bruxelles, Larcier, 2002, p. 126 et suivantes).

16. Voy. ainsi I. DEMUYNCK, "De nieuwe wet op de strafbedingen : het matigingsrecht gelegaliseerd", *R.W.*, 1999-2000, p. 108; C. DELFORGE, *op. cit.*, *Rev. not. b.*, 1999, p. 612.

17. I. SAMOY, "De geoorlooftheid van schadebedingen na de wet van 23 november 1998 : de figurantenrol van de werkelijk geleden schade en van de nietigheidssanctie", *Rec. cass.*, 2001, p. 350 et suivantes; S. STIJNS, *op. cit.*, 2002, p. 248; K. VANDERSCHOT, "De sanctionering van ongeoorloofde schadebedingen", *R.G.D.C.*, 2003 (à paraître).

18. S. STIJNS, *op. cit.*, 2002, p. 248.

6. Dans l'arrêt présentement commenté, la Cour estime que les juges du fond ont violé l'article 1231, paragraphe premier, alinéa premier, en annulant la clause pénale au motif qu'elle couvre plus que le dommage potentiel. Après avoir rappelé les deux alinéas de l'article 1231, paragraphe premier, la Cour conclut : «dat de rechter derhalve een strafbeding niet kan vernietigen omdat het bedrag ervan hoger is dan dat van de potentiële schade».

Selon J. BAECK, la Cour fait ainsi justice des deux thèses précitées¹⁹. Comme le relève fort justement K. VANDERSCHOT, la portée de l'arrêt est, en réalité, plus étroite, la Cour n'ayant eu à se prononcer qu'à propos de la sanction d'une clause pénale «mixte», dont le montant excédait le préjudice potentiel²⁰. Elle n'a donc pas envisagé l'hypothèse de la clause purement punitive.

L'interprétation retenue par la juridiction suprême doit être approuvée²¹. Les travaux préparatoires ne laissent planer aucun doute sur la volonté des auteurs de la loi de substituer à la sanction de la nullité, qui frappait autrefois les clauses pénales comminatoires, celle de leur réduction à hauteur du dommage prévisible. Le législateur a considéré que l'annulation était une sanction trop lourde pour le créancier²², et a, de la sorte, privilégié «une vision plus moderne du contrat (*en*) permet(*tant*) au juge de rétablir l'équilibre entre les parties, qui est souvent illusoire au moment de la conclusion du contrat»²³. Il a surtout voulu «mettre un terme à l'insécurité juridique régnant en matière de clauses pénales»²⁴.

7. *Quid* de la seconde opinion dissidente, qui laisse encore une place, certes réduite, à la nullité en matière de clauses pénales ?

La question paraît essentiellement théorique, les partisans de cette thèse concédant que les clauses pénales exclusivement punitives ne sont pas légion en pratique²⁵. Nous doutons même que l'hypothèse puisse voir le jour : peut-on, en effet, imaginer que des parties estiment, *ex ante*, que l'éventuelle inexécution fautive de l'obligation ne soit susceptible de causer *aucun* préjudice ? Toute clause pénale ne comporte-t-elle pas nécessairement un aspect indemnitaire, si minime soit-il ?

Allons toutefois au bout du raisonnement, en examinant le sort d'une clause pénale exclusivement comminatoire, qui serait dépourvue de toute fonction indemnitaire. Il nous semble que, dans ce cas aussi, la sanction doit être la réduction, sur le pied de l'article 1231, paragraphe premier, quitte à ce que le

19. J. BAECK, *op. cit.*, R.A.B.G., 2003, p. 650.

20. K. VANDERSCHOT, *op. cit.*, R.G.D.C., 2003 (à paraître).

21. En ce sens aussi, voy. Chr. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, J.T., 1999, p. 711-712; W. GOOSSENS, "De kwalificatie van een makelaarsovereenkomst en van de vergoeding die verschuldigd is als gevolg van de verkoop door de opdrachtgever-Vragen van overgangsrecht m.b.t. de nieuwe wet op de schadebedingen", note sous Mons, 23 février 1999, R.G.D.C., 2000, p. 438-439; P. WÉRY, *op. cit.*, J.T., 2000, p. 616-617; Chr. BIQUET-MATHIEU, "Aspects de la réparation du dommage en matière contractuelle", in *Les obligations contractuelles*, ouvrage collectif sous la direction de P.A. FORIERS, Editions du Jeune barreau de Bruxelles, 2000, p. 504-505; W. VAN GERVEN et S. COVEMAEKER, *Verbindenissenrecht*, Louvain, Acco, 2001, p. 121; S. STIJNS, *op. cit.*, 2002, p. 248 et suivantes.

22. Comme le relève Chr. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, J.T., 1999, p. 712 avec la note 34 pour les références aux travaux préparatoires.

23. Extrait des travaux préparatoires cité par X. DIEUX, "Tendances générales du droit contemporain des obligations. Réforme et contre-réforme", in *Les obligations contractuelles*, 2000, p. 5.

24. Selon les termes du représentant du ministre de la Justice, qui constatait que, malgré la jurisprudence de la Cour de cassation, les juges du fond étaient divisés sur la sanction à appliquer (nullité ou réduction de la clause pénale comminatoire ?), *Doc. parl.*, Ch. Repr., n° 1373/4-97/98, p. 6.

25. I. SAMOY, *op. cit.*, *Rec. cass.*, 2001, p. 353; S. STIJNS, *op. cit.*, 2002, p. 248.

montant de la clause soit porté à zéro. Plutôt que nous attacher aux termes de l'article 1226, nous préférons, en effet, insister sur la *ratio legis* de la loi de 1998, qui est de faire table rase de la sanction de la nullité pour lui préférer, en toute hypothèse, celle de la réduction.

D'aucuns ne manqueront pas de voir dans ce débat une querelle purement académique, se demandant en quoi pareille réduction diffère, en fin de compte, d'une annulation fondée sur le droit commun des articles 6, 1131 et 1133. Les deux sanctions ne se rejoignent toutefois pas complètement dans leurs effets. La nullité laisse le créancier sans aucune indemnisation, sauf s'il a introduit subsidiairement une demande de réparation de son préjudice réel. Il en va différemment de la réduction, en raison du plancher que prévoit l'article 1231, paragraphe premier, alinéa 2, et qui interdit au juge de descendre en deçà du préjudice que le créancier a effectivement souffert.

8. Telle est donc la sanction qui, en droit commun²⁶, frappe les clauses pénales exorbitantes. Il n'en demeure pas moins que la nullité n'a pas complètement disparu du paysage juridique belge. Elle reste de mise dans certains régimes particuliers.

Ainsi l'article 32, 21°, de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur considère-t-il comme abusive et, partant, nulle (article 33, paragraphe premier), la clause figurant dans un contrat conclu entre un vendeur et un consommateur qui a pour objet de «fixer des dommages et intérêts réclamés en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur qui dépassent manifestement l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le vendeur». L'annexe de la loi du 2 août 2002²⁷ en fait de même pour les clauses stipulées par les titulaires de profession libérale au détriment de leur client non professionnel : sont abusives, et, partant, nulles, les clauses qui ont pour objet ou pour effet «d'imposer au client qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant disproportionnellement élevé»²⁸ (point 1, e, à combiner avec l'article 7, paragraphe premier de la loi). Enfin, la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation reconnaît au juge de paix des pouvoirs étendus allant au-delà de la simple réduction, puisqu'aux termes de l'article 90, alinéa 2, «si le juge estime que les pénalités ou les dommages-intérêts convenus ou appliqués, notamment sous la forme de clause pénale, en cas d'inexécution de la convention, sont excessifs ou injustifiés, il peut d'office les réduire ou en relever entièrement le consommateur».

PATRICK WÉRY,

Professeur à la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain

26. La situation changera toutefois radicalement, si la proposition de loi déposée le 28 juillet 2003 par la députée M. DE MEYER est adoptée : celle-ci souhaiterait que le juge puisse annuler ou réduire les clauses pénales exorbitantes (*Ch. repr.*, session extraordinaire 2003, Doc 51 0122/001). On risque avec ce texte de réduire à néant la sécurité juridique, sur laquelle insistent tant, et à juste titre, les travaux préparatoires de la loi de 1998.

27. *M. b.*, 20 novembre 2002, p. 51704 et suivantes.

28. Ce texte est à l'identique celui de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Cette directive avait, en ce qui concerne les clauses insérées par les titulaires de professions libérales, fait l'objet d'une première transposition avec la loi du 3 avril 1997. Sur la portée de ce point 1, e, voy. P. WÉRY, *op. cit.*, in *Les clauses applicables...*, 2001, p. 312-313.