

50,000 francs. Dans l'obligation pénale, le débiteur n'a pas le droit d'offrir au créancier les 50,000 francs que celui-ci a stipulés à titre de peine; le créancier a droit à l'exécution de l'obligation principale; alors même que la peine est encourue il peut demander l'exécution forcée de l'obligation principale. Il se peut même qu'il ait droit à la chose principale et à la peine (art. 1229); tandis que le créancier d'une obligation facultative ne peut jamais réclamer que ce qui fait l'objet de l'obligation; il n'a point le droit de demander ce que le débiteur s'est réservé la faculté de payer (1).

§ II. Quand la peine est-elle encourue?

434. L'article 1230 porte : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à *prendre*, soit à faire, est en demeure. » Les auteurs remarquent que l'expression *obligation de prendre* se trouve pour la première fois dans l'article 1230; la loi entend par là l'obligation de *prendre livraison*. En cas de vente, le vendeur stipule parfois que l'acheteur devra enlever la chose dans un délai déterminé, parce qu'il a intérêt à ce que les lieux soient vidés. L'article 1657 prévoit cette clause et il y attache un effet très-important, c'est que la résolution de la vente aura lieu de plein droit, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le *retirement*. Ce que l'article 1657 appelle *retirement*, l'article 1230 l'appelle *obligation de prendre*. Le vendeur peut stipuler une peine pour le cas où l'acheteur ne retirera pas la chose. Il était inutile de le dire, puisque l'obligation de prendre livraison est une variété de l'obligation de faire (2).

435. L'article 1230 établit le principe que la peine est encourue par la mise en demeure du débiteur. C'est l'ap-

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 289, n° 162 bis II.

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 295, n° 167 bis II.

plication de l'article 1146, aux termes duquel les dommages-intérêts ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure de remplir son obligation. En effet, la peine tient lieu des dommages-intérêts auxquels le créancier a droit en cas d'inexécution de l'obligation principale; les principes qui régissent les dommages-intérêts s'appliquent donc à la peine. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur l'article 1146.

436. Quand le débiteur est-il en demeure? Sur ce point encore, il faut appliquer les principes généraux, puisque la loi n'y déroge point. Cela résulte d'ailleurs du texte même de l'article 1230; il porte : « Soit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doit être accomplie. » Cette partie de l'article déroge au droit romain. Lorsque la convention contenait un terme dans lequel le débiteur devait donner ou faire ce qui avait été convenu, la peine était due de plein droit aussitôt que le terme était échu, sans qu'il fût besoin d'une interpellation; on disait, dans ce cas, que l'échéance du terme servait d'interpellation. Quand aucun terme n'était stipulé, il fallait une demande du créancier pour faire encourir la peine. Ces principes n'étaient pas suivis dans l'ancien droit. « Selon nos usages, dit Pothier, soit que l'obligation primitive contienne un terme dans lequel elle doit être accomplie, soit qu'elle n'en contienne aucun, il faut ordinairement une interpellation judiciaire pour mettre le débiteur en demeure et pour donner en conséquence ouverture à la peine (1). » Le code a reproduit cette doctrine presque textuellement dans l'article 1230, c'est l'application des principes généraux sur la demeure. D'après l'article 1139, le débiteur n'est pas constitué en demeure par la seule échéance du terme, il faut une clause spéciale qui porte que le débiteur sera en demeure par la seule échéance du terme et sans qu'il soit besoin d'une interpellation. En définitive, l'article 1230 n'est qu'une application des principes généraux qui dans notre droit régissent la demeure.

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 349. Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 108 (Loché, t. VI, p. 167).

Il faut donc suppléer par les principes généraux à une lacune qui se trouve dans l'article 1230; il ne parle que de l'obligation de livrer et de faire, il ne dit rien de l'obligation de ne pas faire. L'article 1145 prévoit le cas et dispose que si l'obligation est de ne pas faire, celui qui y contrevient doit les dommages et intérêts par le seul fait de la contravention. Si une peine a été stipulée, le débiteur devra la peine par cela seul qu'il aura fait ce qu'il s'était obligé à ne pas faire, la peine tenant lieu des dommages-intérêts.

437. La jurisprudence est un peu hésitante; elle semble parfois admettre des dérogations au principe établi par l'article 1230, alors qu'elle ne fait qu'appliquer les principes généraux sur la demeure, que cet article maintient. La cour de cassation a jugé que la nécessité de la mise en demeure cesse à l'égard de la partie qui a renoncé à remplir ses engagements. Ainsi formulée, la décision est contestable. Ceux qui ne remplissent pas leurs obligations ne le peuvent pas, ou ne le veulent pas; dans ce dernier cas, il y a refus, ce qui n'empêche pas qu'ils ne doivent être mis en demeure. Dans l'espèce, il y avait refus exprès de remplir les engagements contractés par la convention; c'était donc une constatation de la demeure par le débiteur lui-même. Sa reconnaissance équivaut à une sommation; or, son refus exprès est une reconnaissance de l'inexécution, et de l'inexécution imputable, puisque le débiteur déclare ne pas vouloir remplir son obligation. C'est donc sur l'article 1139 que la cour de cassation aurait dû fonder sa décision (1).

Un contrat d'entreprise porte que les travaux doivent être terminés au plus tard le 1^{er} août 1853; l'entrepreneur se soumet à une peine par chaque jour de retard. Les travaux ne sont pas achevés, mais l'entrepreneur soutient que le retard provient de la faute du créancier qui n'a

(1) Rejet, 28 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 420). Comparez Rejet, 28 janvier 1874 (Dalloz, 1874, 1, 387). La cour dit que l'article 1230 est sans application au cas où le créancier se plaint, non du retard dans l'exécution, mais de l'impossibilité de l'exécution. Cela est très-contestable. Dans l'espèce, le débiteur avait aussi rompu son engagement.

pas mis les terrains à sa disposition. Il est certain que le créancier ne peut pas se plaindre de ce que les travaux n'ont pas été poursuivis quand lui-même a mis le débiteur dans l'impossibilité de les continuer. La demeure implique un fait imputable au débiteur; or, dans l'espèce, ce n'est pas le débiteur qui était en demeure, c'était le créancier. De là une nouvelle difficulté. L'entrepreneur réclama des dommages-intérêts: y avait-il droit sans avoir mis le créancier en demeure? Celui qui ne livre pas les terrains nécessaires aux travaux est en demeure par le fait seul que les terrains ne sont pas livrés; c'est le cas d'appliquer l'article 1146: les travaux devant être achevés dans un délai fixé, les terrains devaient être mis à la disposition de l'entrepreneur dans ce même délai, donc il y avait demeure par le fait seul de n'avoir pas livré les terrains dans le délai utile (1).

Il a été jugé que la mise en demeure peut résulter de la correspondance des parties contractantes (2). Ceci n'est que l'application de l'article 1139; le débiteur est constitué en demeure par une sommation ou, dit la loi, par autre acte équivalent. Une reconnaissance émanée du débiteur suffit pour constater sa demeure, et cette reconnaissance peut résulter des lettres que les parties ont échangées.

438. Y a-t-il des cas dans lesquels la peine n'est pas due, quoiqu'elle soit encourue d'après la lettre du contrat? Posée dans ces termes absolus, la question devrait être décidée négativement. Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites (art. 1134); il en résulte que le juge ne peut pas se dispenser d'appliquer la peine. Toutefois il y a des arrêts qui semblent conçus en sens contraire. Il importe de constater les vrais motifs de décider, parce qu'en cette matière plus qu'en toute autre les juges sont disposés à juger d'après l'équité, ce qui aboutit presque toujours à violer la loi du contrat.

Un mandat porte que le mandant payera un dédit ou

(1) Liège, 16 avril 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 146).

(2) Jugement du tribunal de Namur, 3 avril 1873 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 144).

une peine au mandataire en cas de révocation. La peine sera-t-elle encourue si la révocation est motivée sur l'abus que le mandataire a fait de ses pouvoirs? Il s'agissait d'un mandat donné pour vendre des biens et en toucher le prix. Le mandataire avait touché des divers acquéreurs des sommes formant des suppléments aux prix portés dans les actes de vente, et il avait essayé de détourner à son profit ces prix supplémentaires. C'est à raison de ces abus constatés que le mandat avait été révoqué. Le mandataire réclama la peine. Il avait pour lui la lettre du contrat, mais certes l'intention des parties était contraire. Elles avaient voulu indemniser le mandataire de la perte qu'il éprouverait par une révocation arbitraire du mandat. Or, le mandant avait révoqué le mandat pour les causes les plus graves : le mandataire pouvait-il réclamer une peine, c'est-à-dire des dommages et intérêts pour avoir tenté de voler le mandant par des abus de confiance pires qu'un vol (1)?

439. La force majeure affranchit-elle le débiteur de la peine? Quand la force majeure survient après que le débiteur est constitué en demeure, c'est lui qui répond du cas fortuit : c'est là un des effets de la demeure (article 1302).

Il est dit, dans un contrat d'entreprise, que l'entrepreneur sera tenu d'une peine en cas de retard dans la livraison. La peine est encourue, mais pendant qu'elle court, il survient un cas de force majeure qui empêche l'entrepreneur de continuer ses travaux. La cour d'appel décida que l'entrepreneur serait tenu de la peine encourue par le retard, mais que la peine avait cessé d'être due aussi longtemps qu'avait duré la force majeure, puisque le retard n'était plus imputable au débiteur. Pourvoi en cassation. Le demandeur prétend que la cour de Nîmes a affranchi l'entrepreneur de son obligation à raison de faits de force majeure survenus depuis sa mise en demeure. Non, dit la cour de cassation; l'arrêt attaqué n'a fait qu'interpréter la convention intervenue entre les parties. Dire que l'en-

(1) Bordeaux, 14 février 1840 (Dalloz, au mot *Mandat*, n° 445, 2°).

trepreneur sera tenu d'une peine de tant par chaque jour de retard, cela suppose que le retard est imputable à l'entrepreneur; mais quand l'obstacle provient d'un cas de force majeure, on ne peut plus dire que le débiteur soit en demeure; ce n'est pas lui qui cause le dommage, c'est le cas fortuit (1). Nous doutons que cette décision soit conforme aux principes sur les effets de la demeure. Pourquoi le débiteur supporte-t-il le risque quand il est en demeure? On suppose que s'il avait rempli son obligation dans le délai prescrit, le cas fortuit ne se serait pas présenté. Telle est bien la position de l'entrepreneur qui ne livre pas les ouvrages en temps convenu; s'il les avait livrés, évidemment il aurait été à l'abri du cas fortuit; il est en faute pour n'avoir pas travaillé alors qu'il pouvait le faire; le cas fortuit ne peut l'excuser, car ce cas fortuit ne le frappe que parce qu'il n'a pas travaillé en temps utile.

440. Autre est la question de savoir si le débiteur peut invoquer le cas fortuit qui l'a empêché d'exécuter ses engagements. Nous croyons que le débiteur n'encourt pas la peine lorsque l'inexécution du contrat ne lui est pas imputable. Quand il s'agit de dommages-intérêts prononcés par le juge, il y a un texte formel; le débiteur n'est point condamné au paiement de dommages-intérêts à raison de l'inexécution de l'obligation, ou à raison du retard dans l'exécution, quand il justifie que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée (art. 1147). Il n'y a d'exception à ce principe élémentaire que lorsque le débiteur, par une clause formelle, s'est chargé des cas fortuits. On doit appliquer le même principe à la clause pénale, car la peine tient lieu des dommages-intérêts qui résultent de l'inexécution de l'obligation (art. 1229); donc il ne peut pas y avoir de peine pour un fait qui n'est pas imputable au débiteur.

Un acte de vente stipule que l'acheteur payera son prix par tiers, d'année en année, à peine d'être contraint pour

(1) Rejet, chambre civile, 29 juin 1853 (Dalloz, 1854, 1, 288).

le tout faute de paiement du premier ou du second terme; il est ajouté que cette clause est de rigueur, et non comminatoire. Le premier terme, échu le 13 janvier 1814, n'est pas payé : la peine était-elle encourue? Cela n'était pas douteux, d'après le contrat; mais l'acheteur invoquait les circonstances exceptionnelles où il s'était trouvé, l'invasion de la France, le blocus de Strasbourg, les pertes qu'il avait éprouvées; il demandait en conséquence un délai de grâce en vertu de l'article 1244. La cour de Colmar accueillit cette demande (1). En droit, la décision nous paraît juste. Les événements de la guerre constituaient-ils un cas de force majeure? C'est là une question de fait qui est abandonnée à l'appréciation du juge.

441. La convention qui établit une peine peut être résiliée. Il va sans dire que, dans ce cas, il ne peut plus s'agir d'appliquer la peine. Un huissier convient avec un autre huissier de tenir le cabinet de ce dernier, sous clause pénale contre celui qui résilierait le traité. Le premier change de domicile, l'autre refuse de l'y suivre et demande la nullité du contrat avec dommages-intérêts; le défendeur réclame le paiement de la peine. La cour, se fondant sur les circonstances de la cause, décida que le traité était résilié par le concours de consentement des parties contractantes. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet. Le juge du fait ayant décidé que le contrat était résilié par le consentement des parties, il ne pouvait être question de donner suite à la clause pénale (2).

442. Celui qui a droit à la peine peut y renoncer; cela n'est pas douteux. Les questions de renonciation soulèvent toujours une difficulté de fait. Les renonciations sont de stricte interprétation; tel est le principe; le juge doit donc maintenir la clause pénale et restreindre la renonciation au fait que le débiteur invoque pour être déchargé de la peine qu'il a encourue en vertu du contrat. L'entrepreneur d'un service de diligence vend son entreprise, en

(1) Colmar, 10 novembre 1815 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1616).

(2) Rejet, 10 février 1825 (Daloz, au mot *Obligations*, n° 1618, 2°).

se réservant exclusivement le transport de l'argent et le commerce de banque qui se faisait entre Marseille et Toulon. Le cessionnaire s'engageait à ne pas opérer ce genre de transport, sous peine de 10,000 francs de dommages-intérêts. Néanmoins le vendeur remit à l'acheteur un traité qu'il avait fait avec le receveur général du département pour le transport des espèces provenant de la recette, et pendant cinq ans le cessionnaire exécuta ce traité pour son propre compte sans réclamation du cédant. Après ce long délai, le vendeur demanda l'application de la clause pénale. La cour d'Aix jugea qu'il y avait renonciation au bénéfice de la clause pénale. Sur le pourvoi, la décision fut maintenue en ce sens que la clause pénale subsistait, mais que le créancier ne pouvait pas l'invoquer pour un fait de contravention qu'il avait non-seulement toléré, mais auquel il avait consenti, puisqu'il avait remis à l'entrepreneur des messageries son traité avec le receveur général pour qu'il eût à l'exécuter : il y avait renonciation partielle pour le fait consommé (1).

§ III. Droits du créancier.

N° 1. PRINCIPE.

443. Quand la peine est encourue, le créancier peut en réclamer le paiement; mais est-ce là son seul droit? Pothier pose en principe que la clause pénale ne modifie en rien les droits que le créancier tient de la convention, il a un droit de plus, celui d'exiger le paiement de la peine que le débiteur a encourue; mais une clause stipulée pour son avantage ne peut certes amoindrir les droits du créancier. Cela résulte du but même de la clause pénale tel que la loi le formule; elle a pour objet, dit l'article 1226, d'assurer l'exécution de la convention; de là on doit conclure, dit Pothier, que la vue des contractants n'a été ni d'éteindre ni de résoudre par la clause pénale l'obligation principale, ni de la fondre dans celle-ci; l'ac-

(1) Rejet, 10 novembre 1856 (Daloz, 1857, 1, 61).