

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 fonder dans celle-ci; l'ac-

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

cessoire destiné à garantir le principal ne saurait porter la moindre atteinte au principal.

444. C'est pourquoi, dit Pothier, quoiqu'il y ait ouverture à l'obligation pénale par la demeure en laquelle a été le débiteur d'exécuter l'obligation principale, le créancier peut, au lieu de demander la peine stipulée, poursuivre l'exécution de l'obligation principale. L'article 1228 reproduit littéralement cette conséquence. C'est l'application des principes qui régissent l'inexécution des obligations : le créancier peut toujours demander l'exécution si elle est possible, c'est là son droit essentiel, le but dans lequel il a contracté. Il peut aussi demander des dommages-intérêts pour inexécution du contrat; la peine tient lieu de dommages-intérêts, mais le créancier y peut renoncer et poursuivre l'exécution de l'obligation, ce qui est toujours possible quand il s'agit d'une obligation de donner; si l'exécution directe n'est pas possible, le créancier devra se contenter des dommages-intérêts, c'est-à-dire de la peine qui les évalue (1).

445. Il suit de là que le débiteur ne peut se dispenser d'exécuter son engagement en offrant la peine; la clause pénale qui doit assurer l'exécution de l'obligation ne peut pas devenir pour le débiteur un moyen de s'y soustraire. Il y aurait exception si les parties, en stipulant la peine, avaient entendu faire novation, c'est-à-dire si elles avaient éteint la première obligation en la remplaçant par la peine. Si l'intention des parties est que le débiteur, après avoir été mis en demeure, ne doive plus autre chose que la peine convenue, cette stipulation est certes valable, c'est une novation conditionnelle; mais Pothier a raison de dire que ce n'est pas là une obligation pénale; la peine est, dans ce cas, une nouvelle obligation, aussi principale que la première, dont elle prend la place. On peut difficilement admettre que telle soit l'intention du créancier; la novation ne se présume jamais, elle doit résulter clairement de ce qui s'est passé entre les parties (art. 1273);

(1) Pothier, *Des obligations*, n° 341. Duranton, t. XI, p. 455, n° 335 et p. 457, n° 337.

dans l'espèce, il y a un motif de plus pour le décider ainsi, c'est que la peine est stipulée pour assurer l'exécution de l'obligation principale et non pour l'éteindre (1).

Un contrat de société charbonnière stipule que les comptes se rendront le premier mardi de chaque mois, à une heure après midi, à la fosse en activité, auxquels jour et heure tous les associés devront se trouver pour, après les comptes rendus, partager le boni ou profit s'il s'en trouve, « ou satisfaire à la courtresse, si toutefois il en survenait. S'il arrivait, continue le contrat, que ledit jour l'un des associés ne pourrait satisfaire à sa quote-part, il en sera exclu et déchu, huit jours échus du compte rendu. » Quel est le sens de cette clause? En apparence, elle résout le contrat à titre de peine. Il a été jugé néanmoins qu'il ne fallait y voir qu'une obligation pénale (2). En l'appliquant à la lettre, la clause qui avait pour objet de garantir les droits des associés aurait tourné à leur préjudice. La résolution d'un contrat n'est pas le moyen d'en assurer l'exécution.

446. Ce n'est pas à dire que l'inexécution du contrat, qui donne ouverture à la peine, ne donne aussi à celui qui a droit à la peine le droit de demander la résolution du contrat. Une rente viagère est constituée moyennant la cession d'une créance. Il est dit que, dans le cas où les sûretés promises ne seraient pas fournies, le créancier pourrait réclamer une somme d'argent à titre de dommages-intérêts; cette somme, d'après l'acte, était fixée à forfait comme clause pénale attachée à l'inexécution de la convention. Au lieu de demander la peine, le créancier demanda la résolution du contrat en vertu de l'article 1977 qui est ainsi conçu : « Celui au profit duquel la rente viagère a été constituée moyennant un prix peut demander la résiliation du contrat si le constituant ne lui donne pas les sûretés stipulées pour son exécution. » La cour de Paris refusa de prononcer la résolution par le motif que le créancier, en stipulant une peine pour tous dom-

(1) Pothier, n° 341. Colmet de Santerre, t. V, p. 291, n° 164 bis.

(2) Bruxelles, 5 juillet 1843 (*Pasicriste*, 1844, 2, 29).

mages-intérêts, avait renoncé au droit que lui donne l'article 1977. Cette décision fut cassée, et elle devait l'être; comme le dit très-bien la cour de cassation, la stipulation d'une clause pénale n'emporte pas la renonciation au droit de poursuivre l'exécution ou, s'il y a lieu, la résolution d'une convention; la renonciation à un droit ne se présumant pas, doit être expresse; or, la peine, loin d'amoindrir les droits du créancier, tend à les fortifier; il faut donc décider que le créancier conserve tous les droits qu'il avait en vertu de son contrat (1). C'est l'application de la doctrine de Pothier (2).

447. La clause pénale donne au créancier le droit de demander la peine à titre de dommages-intérêts. Est-ce à dire que c'est la seule indemnité à laquelle il a droit? On pourrait le croire en s'attachant au mot de *peine*, qui rappelle le vieil adage qu'il n'y a pas de peine sans loi pénale, ni, en matière civile, de peine sans clause pénale. Mais le mot de *peine* est impropre; c'est la compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation, et ces dommages-intérêts sont la réparation d'un préjudice. Or, le créancier a droit à la réparation de tout le préjudice qu'il éprouve, que le dommage ait été ou non prévu et évalué au contrat. Il suit de là que la stipulation d'une peine ne limite pas à cette peine l'indemnité à laquelle le créancier a droit pour les divers préjudices qu'il souffre. Il y a seulement ceci de restrictif dans la clause pénale, c'est que l'évaluation qu'elle fait du dommage que le créancier éprouvera du fait prévu ne peut pas s'étendre à une autre cause de dommage qui n'a pas été prévue. Cette interprétation restrictive résulte, non pas du caractère pénal de la clause, mais des principes élémentaires qui régissent les contrats; les conventions sont des lois, seulement quant à l'objet sur lequel elles ont disposé; la peine ne prévoit que telle cause de dommage, elle n'est due que pour ce dommage, elle n'est pas due pour une autre cause que les parties n'ont pas

(1) Cassation, 2 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 443).

(2) Pothier, *Des obligations*, n° 343.

prévue. Est-ce à dire que le créancier n'ait droit à aucune indemnité si, outre le dommage prévu, il y a une cause de dommage qui n'a pas été prévue? Son droit est incontestable, mais les dommages-intérêts seront demandés et prononcés d'après le droit commun, c'est-à-dire par jugement.

448. La cour de cassation a fait l'application de ce principe dans l'espèce suivante. Le propriétaire d'une maison promet à une personne de lui passer bail d'un appartement à première réquisition, à peine de 5 francs de dommages-intérêts pour chaque jour de retard. Il n'exécuta pas sa promesse; de là action en réalisation du bail ou en condamnation à 5 francs de dommages-intérêts par jour pour toute la durée que le bail devait avoir en vertu de la convention. La cour alloua une somme fixe à titre de dommages-intérêts pour inexécution de la convention. Pourvoi en cassation pour violation de l'article 1134, qui ordonne aux cours de respecter les conventions et de les exécuter, tandis que la cour avait remplacé les dommages-intérêts conventionnels par d'autres dommages-intérêts. La cour de cassation explique et justifie très-bien la décision de la cour de Douai. Le débiteur peut contrevenir à son obligation soit en n'exécutant pas l'obligation, soit en l'exécutant tardivement. Pour le cas de retard, comme pour le cas d'inexécution, les parties peuvent, par une clause expresse et à titre de peine, régler la somme des dommages-intérêts qui sera due au créancier. Que si la stipulation a en vue le simple retard et se tait sur l'inexécution, ou réciproquement, le préjudice résultant de celle des deux causes qui n'a pas été prévue n'ayant pas été réglé par la convention, il appartient au juge de l'apprécier et d'arbitrer la somme des dommages-intérêts. Dans l'espèce, la clause pénale avait pour unique objet le retard dans l'exécution, tandis que l'action du demandeur, telle qu'elle était formulée dans ses conclusions, tendait exclusivement à la réparation du préjudice résultant de l'inexécution. La cour ne pouvait pas appliquer à cette dernière hypothèse une peine qui avait été stipulée pour une hypothèse différente; elle a dû, comme

elle l'a fait, apprécier le dommage éprouvé par le demandeur à raison de l'inexécution d'après le droit commun (1).

Il y a un arrêt en ce sens de la cour de cassation de Belgique. Un contrat de remplacement portait que celui qui s'engageait à fournir un remplaçant serait tenu de payer au milicien obligé de servir cinq francs par chaque jour de service actif nécessaire. Le remplaçant n'ayant pas été fourni, le milicien fut incorporé et fit quelques jours de service au dépôt, puis il obtint la permission de retourner chez lui en restant à la disposition de l'autorité militaire. Sur la demande du milicien, l'agent de remplacement fut condamné à fournir un remplaçant à peine de vingt-cinq francs de dommages-intérêts par jour et à payer cinq francs de dommages-intérêts pour chaque jour de service que le milicien avait dû faire au dépôt de son régiment. Pourvoi en cassation et arrêt de rejet. Le réquisitoire de l'avocat général établit très-bien les principes. Un même fait peut occasionner plus d'un dommage; il arrive que les contractants prévoient une cause de préjudice et ne prévoient pas les autres; elles stipulent une peine pour le dommage prévu, l'inexécution du contrat produit un autre dommage. Quel sera le droit de la partie lésée? Elle pourra demander la peine pour le dommage prévu et des dommages-intérêts pour le préjudice non prévu. Le juge, en les allouant, ne violera pas la clause pénale. Dans l'espèce, le contrat ne prévoyait qu'une cause de dommage, le service actif du milicien. Le milicien, tout en n'étant pas au dépôt, souffrait un autre préjudice: il perdait sa liberté et pouvait être appelé d'un jour à l'autre à servir dans son régiment. Pour deux causes de dommages le juge alloua deux espèces de dommages-intérêts; c'était son devoir. Les dommages-intérêts judiciaires n'avaient rien de commun avec la peine, il ne pouvait donc pas y avoir de violation de la clause pénale (2).

449. On voit par cet arrêt que le juge n'est point lié

(1) Rejet, chambre civile, 27 juin 1859 (Dalloz, 1859, 1, 259).

(2) Rejet, 13 avril 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 1, 113).

par la clause pénale pour l'évaluation du dommage que la clause ne prévoit point, ce qui est d'évidence; il méconnaîtrait, au contraire, la loi du contrat en l'appliquant à un cas que le contrat ne prévoit point. Dès qu'il n'y a pas de clause qui établisse une peine pour le dommage à raison duquel le juge accorde une réparation, il jouit d'une entière liberté pour l'apprécier; les dommages-intérêts pourront donc être plus élevés ou moindres que la peine, sans que l'on puisse dire que le jugement viole la loi qui lui défend de modifier la peine (art. 1152); il ne modifie pas la peine, puisque la clause pénale est étrangère à l'objet du litige. Un fermier de mines se soumet à payer une somme déterminée dans le cas où il viendrait à contester la validité de la concession. Il se trouva en retard de rendre compte du produit des mines, et il fut condamné de ce chef à une somme moindre que celle stipulée dans l'acte. La cour de cassation approuva la décision. Le retard à raison duquel le fermier était condamné n'était pas prévu par le contrat et n'avait rien de commun avec la clause pénale; donc le juge devait en faire abstraction et décider la question qui lui était soumise d'après les principes généraux de droit (1).

450. Quand un contrat prévoit les divers dommages qui pourront résulter de l'inexécution, le juge peut-il encore en admettre d'autres? Oui, en principe. Se prévaloir de ce qui a été prévu pour en induire qu'il n'est pas dû de réparation pour le dommage qui n'aurait pas été prévu, ce serait argumenter à *contrario*; mauvaise argumentation dans les conventions aussi bien que dans les lois. Tout dommage causé par le débiteur doit être réparé, prévu ou non; s'il est prévu, on applique la peine; s'il n'est pas prévu, on applique le droit commun. Il n'en serait autrement que si les parties avaient déclaré d'une manière bien positive que le débiteur ne sera tenu à d'autres dommages-intérêts que ceux qui sont stipulés dans le contrat. Il est dit, dans un contrat d'éclairage au gaz d'une ville, que les entrepreneurs payeront à la ville

(1) Rejet, 17 février 1820 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 1618, 1°).

pour chaque jet de lumière qui ne sera pas allumé un quart d'heure après l'heure fixée, ou éteint une demi-heure avant la fin de la nuit la somme de dix centimes, et pour chaque jet de lumière qui n'aura pas été allumé, ou qui n'aura pas brûlé de toute la soirée ou de toute la nuit, il sera fait une retenue de vingt centimes. L'autorité communale fit des retenues pour réverbères *brûlant mal* aux termes des procès-verbaux. Protestation de l'entrepreneur; il invoque son contrat, où il n'était pas question de réverbères brûlant mal. La cour admit cette réclamation. Sans doute, on ne pouvait pas appliquer la peine stipulée pour le cas où un réverbère ne serait pas allumé à un cas où le réverbère brûlerait mal. Est-ce à dire que de ce dernier chef l'entrepreneur ne fut tenu à aucune indemnité? Non, certes; c'eût été dire que l'entrepreneur était libre de laisser la ville dans une obscurité relative, en ne donnant pas la lumière nécessaire pour l'éclairer suffisamment. Le mauvais éclairage était un préjudice non prévu; tout ce qui en résultait, c'est que le juge devait l'apprécier d'après le droit commun, sans être lié par la clause prévue. Il paraît que cette question ne fut point soulevée (1).

N° 2. DOMMAGES-INTÉRÊTS.

I. *Le juge peut-il modifier la peine?*

451. « La clause pénale est la compensation des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale » (art. 1229). C'est une conséquence de la définition que l'article 1226 donne de la clause pénale : le débiteur s'engage à *quelque chose* en cas d'inexécution, ce *quelque chose* est la réparation du dommage que le créancier souffre de l'inexécution. En ce sens, la peine est *compensatoire* des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale. C'est l'expression de Pothier que l'article 1229

(1) Bruxelles, 10 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 199).

reproduit. Mais Pothier entendait la compensation en un sens que le code n'a pas admis. Si la compensation de la peine n'est point suffisante, le créancier pourra-t-il demander, outre la peine, des dommages-intérêts qui l'indemnisent complètement, ce qui revient à majorer la peine? Par contre, si la peine est excessive, le débiteur peut-il demander qu'elle soit diminuée? Si l'on s'en tenait à l'idée de compensation, il faudrait répondre affirmativement, comme le fait Pothier. Mais les auteurs du code se sont écartés, en ce point, de la doctrine de leur guide habituel; l'article 1152 est formel : « 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. » Il est vrai que cette disposition n'est pas reproduite dans la section qui traite de la clause pénale; mais cela était tout à fait inutile, car la peine n'est pas autre chose que l'évaluation des dommages-intérêts par convention : la clause pénale et les dommages-intérêts conventionnels sont une seule et même clause sous des noms différents. Il faut donc dire de la peine ce que l'article 1152 dit des dommages-intérêts conventionnels : le juge ne peut la modifier ni en faveur du créancier ni en faveur du débiteur.

L'orateur du gouvernement s'est exprimé en ce sens : « La peine stipulée par les contractants fait la loi entre eux. Le créancier ne doit pas être admis à dire que cette peine est insuffisante, ni le débiteur à prétendre qu'elle est excessive. Quel serait le juge qui mieux que les parties pourrait connaître les circonstances et les intérêts respectifs qui ont déterminé la fixation de la peine? » La raison que donne Bigot-Préameneu n'est pas déterminante; les parties peuvent se tromper; l'une d'elles peut abuser de la nécessité où se trouve l'autre de contracter; il se peut donc que la peine soit excessive ou insuffisante. Même dans ce cas l'on doit maintenir la loi du contrat, sinon il faudra toujours tout abandonner à l'arbitraire du juge. Il y a d'ailleurs un motif spécial de s'en tenir à la peine telle qu'elle est stipulée au contrat. Pourquoi les