

en est autrement de l'interpellation adressée à l'un des héritiers du débiteur d'une obligation indivisible (art. 2249 al. 2).

4^o La solidarité suppose entre les divers codébiteurs solidaires l'existence d'un mandat, dont nous avons déterminé la nature et l'étendue. Ce mandat n'existe pas entre ceux qui ont contracté conjointement une même obligation indivisible. On s'explique ainsi, d'une part que la mise en demeure de l'un des codébiteurs solidaires produise effet à l'égard des autres (art. 1207), tandis qu'il en est autrement entre les divers débiteurs d'une même obligation indivisible, et d'autre part que la perte de la chose, survenue par la faute de l'un des débiteurs solidaires, laisse subsister l'obligation à l'égard des autres, qui n'en sont pas moins tenus solidairement du prix de la chose (art. 1205), tandis que la perte de l'objet d'une obligation indivisible, survenue par la faute de l'un des débiteurs tenus de cette obligation, est considérée comme un cas fortuit par rapport aux autres et entraîne leur libération.

Il existe encore plusieurs autres différences entre la solidarité et l'indivisibilité; mais celles que nous venons d'indiquer suffisent pour nous montrer que ce sont choses qu'il ne faut pas confondre. La confusion cependant se rencontre fréquemment dans les décisions judiciaires, et la doctrine elle-même, à laquelle on est en droit de demander plus de précision dans le langage juridique, n'a pas toujours su l'éviter.

SECTION VI

DES OBLIGATIONS AVEC CLAUSES PÉNALES

960. *Dommages et intérêts conventionnels* et *clause pénale* sont une seule et même chose sous des noms différents. La clause pénale en effet n'est pas autre chose que l'évaluation, faite par les parties, des dommages et intérêts auxquels pourra donner lieu l'inexécution (dommages et intérêts *compensatoires*) ou le retard dans l'exécution de l'obligation (dommages et intérêts *moratoires*). La section qui va nous occuper aurait donc pu faire un appendice de celle où la loi traite des dommages et intérêts.

961. La clause pénale a un double but : 1^o assurer l'exécution de la convention à laquelle elle se rattache; 2^o au cas où ce résultat ne pourrait être atteint, soustraire à l'arbitraire du juge la fixation des dommages et intérêts.

962. Nous disons que le premier but de la clause pénale est d'assurer l'exécution de la convention. Le débiteur exécutera probablement son obligation pour ne pas encourir la peine. « *La clause pénale* », dit l'art. 1226, « est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution ».

De là il suit que la stipulation d'une clause pénale n'empêche pas le créancier d'exiger par les voies de droit l'exécution de l'obligation : « *Le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale* », dit l'art. 1228. Le débiteur qui n'exécute pas son obligation ne pourra donc pas forcer le créancier à se contenter de la peine. Destinée

à assurer l'exécution de la convention, la clause pénale ne saurait être invoquée par le débiteur comme un moyen de s'y soustraire; elle a pour but de fortifier le lien de l'obligation, et non de le relâcher en permettant au débiteur de le rompre.

La clause pénale, étant destinée à assurer l'exécution d'une convention, se rattache nécessairement à cette convention par le lien qui unit l'accessoire au principal. L'art. 1227 ne fait que déduire une double conséquence de ce principe, lorsqu'il dispose : « *La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale. — La nullité de celle-ci n'entraîne point celle de l'obligation principale* ».

Le principal pouvant subsister sans l'accessoire, il allait de soi que la nullité de la clause pénale ne devait pas entraîner celle de l'obligation principale à laquelle elle se rattache. En pareil cas, la clause pénale sera réputée non écrite, et les dommages et intérêts, auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation, seront réglés conformément au droit commun.

Au contraire, l'accessoire ne pouvant pas subsister sans le principal, il s'ensuivait que la nullité de l'obligation principale devait entraîner celle de la clause pénale. Ainsi serait nulle la clause pénale destinée à assurer l'exécution d'une promesse de mariage (débit de mariage); car une semblable promesse n'est pas obligatoire.

Toutefois le principe, que la nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale, souffre trois exceptions.

La première a lieu, lorsque la nullité de l'obligation principale, à laquelle se rattache la clause pénale, est fondée sur le défaut d'intérêt du créancier; car alors la clause pénale purge le vice dont l'obligation est atteinte en faisant apparaître cet intérêt, de sorte que, par une inversion des règles ordinaires, c'est la clause pénale qui donne la vie à l'obligation principale au lieu de la recevoir d'elle. Ainsi la stipulation pour autrui, que l'art. 1119 déclare nulle pour défaut d'intérêt du créancier, devient valable lorsqu'elle est accompagnée d'une clause pénale (*supra* n^o 791 *in fine*).

La deuxième exception a lieu, lorsque la nullité de l'obligation principale tient au défaut de lien. Nous songeons aux promesses pour autrui : une semblable promesse, que l'art. 1119 déclare nulle parce qu'elle n'oblige personne, devient valable, quand celui qui l'a faite s'est engagé par une clause pénale à quelque chose en cas d'inexécution.

Enfin la dernière exception a trait au cas où la nullité de l'obligation principale donne lieu à des dommages et intérêts. Ainsi la vente de la chose d'autrui, quoique nulle et précisément parce qu'elle est nulle, peut donner lieu à des dommages et intérêts au profit de l'acheteur (art. 1599). Rien n'empêche les parties de fixer le montant de ces dommages et intérêts au moyen d'une clause pénale.

963. Le deuxième but de la clause pénale est de soustraire à l'arbitraire du juge, et aussi aux lenteurs et aux frais qu'entraîne toujours une décision judiciaire, la fixation des dommages et intérêts, auxquels pourra donner lieu l'inexécution ou le retard dans l'exécution de l'obligation. Ce but ne serait pas atteint, si le tarif établi d'un commun accord par les parties pouvait être critiqué, soit par le créancier qui viendrait soutenir que les dommages et intérêts fixés par la clause pénale sont insuffisants, soit par le débiteur qui prétendrait qu'ils sont exagérés. Aussi avons-nous vu que l'art. 1152, s'écartant avec raison sur ce point des traditions de notre ancien Droit, ne permet pas au juge de modifier, soit en plus soit en moins, le taux des dommages et intérêts conventionnels. La clause pénale est une loi que les parties se sont imposée et qu'elles doivent subir.

Il y a cependant un cas dans lequel le juge est autorisé à diminuer le montant de la clause pénale; il est indiqué par l'art. 1231 : « *La peine peut être modifiée par le juge lorsque l'obligation principale a été exécutée en partie* ». Ce texte suppose sans le dire que l'exécution partielle a procuré quelque utilité au créancier. Ainsi un vigneron s'est engagé à façonner deux hectares de vignes à peine de 2,000 francs de dommages et intérêts; s'il n'a façonné qu'un hectare, il est juste que la peine soit diminuée proportionnellement, par conséquent de moitié, puisqu'il y a inexécution pour moitié seulement, car l'exécution partielle m'a été profitable. Mais on conçoit qu'il n'y aurait plus lieu de diminuer la peine à raison de l'exécution partielle, si cette exécution n'a procuré aucun profit au créancier, par exemple s'il s'agit d'un peintre qui a promis sous une peine de peindre un tableau et qui a laissé son travail inachevé.

Aux termes de l'art. 1229 al. 1 : « *La clause pénale est la compensation [c'est-à-dire la représentation, l'estimation] des dommages et intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* ».

De là résultent plusieurs conséquences :

a. — La première est déduite par l'al. 2 de l'art. 1229 : « *Il [le créancier] ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard* ».

Lorsque la peine a été stipulée à raison de l'inexécution, le créancier ne peut pas demander le principal et la peine tout à la fois : ce serait demander deux fois la même chose, puisque la peine est l'équivalent de l'exécution. Il en est autrement, lorsque la peine a été stipulée pour le simple retard; car alors elle est la compensation du préjudice causé par le retard, et elle doit, pour remplir son but, être allouée sans préjudice du principal. Il y a donc grand intérêt à savoir si la peine a été stipulée à raison de l'inexécution ou à raison du retard : c'est une ques-

tion de fait, dont la solution, en cas de difficulté, rentre dans le domaine du juge. La plupart du temps la comparaison de l'importance relative de la peine et du principal ne permettra guère de doute. La peine, dont le montant est égal ou à plus forte raison supérieur à la valeur du principal, aura presque toujours été stipulée à raison de l'inexécution; celle dont le montant est très minime par rapport à celui de l'obligation principale l'aura certainement été à raison du simple retard.

b. — Le créancier doit mettre le débiteur en demeure pour lui faire encourir la peine; car les dommages et intérêts soit compensatoires soit moratoires ne sont dus que lorsque le débiteur est en demeure (art. 1146). C'est ce que dit l'art. 1230 : « *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* ».

L'obligation de prendre, dont la loi nous parle ici pour la première fois, est celle de prendre livraison de la chose. On conçoit que le débiteur puisse avoir intérêt à ce que le créancier prenne livraison de la chose à l'époque convenue, et qu'il ait stipulé une peine pour le cas où le créancier ne satisferait pas à cette obligation.

Hypothèses particulières.

964. « *Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est d'une chose indivisible, la peine est encourue par la contravention d'un seul des héritiers du débiteur, et elle peut être demandée, soit en totalité contre celui qui a fait la contravention, soit contre chacun des cohéritiers pour leur part et portion, et hypothécairement pour le tout, sauf leur recours contre celui qui a fait encourir la peine* » (art. 1232).

Lorsque l'obligation primitive contractée avec une clause pénale est indivisible, elle n'est pas susceptible d'exécution partielle ni par suite de contravention partielle. On s'explique ainsi facilement que la contravention d'un seul des héritiers du débiteur fasse encourir la peine pour le tout. Reste à savoir contre qui la peine pourra être demandée. La loi répond : pour le total contre celui par le fait duquel la peine a été encourue, et contre les autres pour leur part seulement, en supposant que la peine soit divisible; car, du moment que l'obligation indivisible se trouve convertie en une obligation divisible, elle se divise entre les divers débiteurs.

Aux termes de l'art. 1233 al. 1 : « *Lorsque l'obligation primitive contractée sous une peine est divisible, la peine n'est encourue que par celui des héritiers du débiteur qui contrevient à cette obligation, et pour la part seulement dont il était tenu dans l'obligation principale, sans qu'il y ait d'action contre ceux qui l'ont exécutée* ».

Ainsi j'ai stipulé de Paul qu'il me livrerait trente mesures de blé, sous peine de 900 fr. en cas d'inexécution; il meurt laissant trois héritiers; sa dette se divise, chacun me doit dix mesures de blé. Si l'un d'eux ne me les donne pas, il me devra 300 fr. en vertu de la clause pénale.

L'al. 2 de l'article ajoute : « *Cette règle reçoit exception lorsque la clause pénale ayant été ajoutée dans l'intention que le paiement ne pût se faire partiellement, un cohéritier a empêché l'exécution de l'obligation pour la totalité. En ce cas, la peine entière peut être exigée contre lui, et contre les autres cohéritiers pour leur portion seulement, sauf leur recours* ».

Cette exception est fondée sur l'intention présumée des parties contractantes.