



UNIDROIT 1991
Study L - Doc. 49
(English - French)

U n i d r o i t

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW

WORKING GROUP FOR THE PREPARATION OF PRINCIPLES
FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Chapter 6

NON-PERFORMANCE

Section 4: Damages and Exemption Clauses

(Draft and Comment prepared by Professor Denis Tallon,
Centre National de la Recherche Scientifique - Institut de Recherches
Comparatives sur les Institutions et le Droit, Paris - Ivry, pursuant to
the discussions during the meeting of the Working Group held in
Ivry-sur-Seine from 24 to 27 November 1986)

Rome, April 1991

OBSERVATIONS PRELIMINAIRES

La version de 1986 a été corrigée en fonction des discussions de la réunion de novembre 1986 à Paris.

Dans certains cas, le groupe n'a pu prendre parti, laissant au rapporteur le soin de faire de nouvelles propositions. Cela a été mentionné dans la présente version.

Les observations préliminaires de 1986 et les commentaires ont une valeur toute provisoire et devront être repris et harmonisés lorsque les textes auront reçu leur rédaction définitive.

Denis TALLON
Février 1989

SECTION I : REGLE DE DROIT COMMUN

- Article 1 : Droit aux dommages-intérêts
- Article 2 : Exigence d'une notification préalable
- Article 3 : Nominal damages - SUPPRIME
- Article 4 : Principe de réparation intégrale
- Article 5 : Certitude du préjudice
- Article 6 : Prévisibilité du préjudice
- Article 7 : SUPPRIME
- Article 8A : Preuve du préjudice en cas de remplacement
- Article 8B : Preuve du préjudice par référence au prix courant
- Article 9 : Inexécution partiellement imputable au créancier
- Article 10 : Atténuation du préjudice
- Article 11 : Réparation du préjudice non-pécuniaire
- Article 12 : Réparation du préjudice résultant du non paiement d'une somme d'argent
- Article 13 : Détermination par le juge des modalités de la réparation en argent
- Article 14 : Date d'évaluation du préjudice
- Article 15 : Préjudice évalué en monnaie étrangère
- Article 16 : Intérêts des dommages-intérêts

SECTION II : LES CLAUSES RELATIVES AUX DOMMAGES-INTERETS

- Article 17 : Clauses limitatives ou exclusives de responsabilité
- Article 18 : Clauses pénales et dommages-intérêts libératoires

SECTION I : REGLE DE DROIT COMMUN

Article 1er : Droit aux dommages-intérêts

En l'absence de l'exonération prévue à l'art. ..., l'inexécution de toute obligation donne au créancier le droit à des dommages-intérêts (soit à titre exclusif, soit en complément d'une autre sanction).

Article 1er : Right to damages

Any non-performance gives the aggrieved party a right to damages (either exclusively or in conjunction with other remedies) except where the non-performance is excused under art. ...

Textes de référence

Les solutions retenues sont celles qui sont exprimées dans différents codes :

CCF, art. 1142, 1147 et jurisprudence

NCCN, art. 6.1.8.1 et 6.1.9.9

CCP, art. 363

CCIT, art. 230

CVIM, art. 45 et 61

Corrélation

art. 4, 5 et 7

Commentaire

Ce texte a une valeur introductive. Il pose le principe d'un droit général à des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat, sauf lorsqu'il existe une cause d'exonération, ainsi l'impossibilité totale d'exécution (force majeure).

Il rappelle que, comme pour les autres remèdes, ce droit découle de la seule inexécution. Le créancier, à qui incombe

évidemment de prouver les conditions d'ouverture de son droit à dommages-intérêts, a seulement à prouver l'inexécution, c'est-à-dire qu'il n'a pas reçu ce qui avait été promis. Cette preuve sera plus ou moins facile selon le contenu de l'obligation (et notamment, d'après la terminologie employée par certains droits, selon qu'il s'agit d'une obligation de moyen ou d'une obligation de résultat). Mais il n'est pas besoin de prouver en plus que cette inexécution est due à une faute du débiteur.

Le droit à dommages-intérêts existe dès qu'il y a violation de l'une quelconque des obligations nées du contrat. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les obligations principales et les obligations accessoires (nebenpflichten).

Le texte rappelle enfin que le créancier peut demander des dommages-intérêts soit comme seul remède (par exemple des dommages-intérêts moratoires en cas d'exécution tardive ou des dommages-intérêts en cas d'exécution défectueuse) soit en combinaison avec d'autres remèdes : ainsi en cas de résolution du contrat, des dommages-intérêts pourront être demandés pour compenser le préjudice résultant de la disparition du contrat ; ou encore, en cas d'exécution forcée, pour défrayer le créancier des frais qu'il a dû engager et des conséquences du retard causé par la procédure d'exécution forcée.

Article 2 : Exigence d'une notification préalable

1 - Les dommages-intérêts moratoires ne sont dûs qu'au jour où le créancier a notifié par tout moyen raisonnable sa volonté d'obtenir l'exécution immédiate du contrat.

2 - Il n'est pas besoin de notification lorsqu'une date ferme a été fixée pour l'exécution ou lorsqu'il est certain que l'exécution ne pourra avoir lieu ou qu'elle n'aurait plus d'intérêt pour le créancier.

(3 - Si le débiteur a obtenu du créancier un délai supplémentaire raisonnable pour l'exécution de ses obligations en vertu de l'article X, il conserve néanmoins, conformément à l'alinéa 1 du présent article, le droit de demander des dommages-intérêts pour le retard dans l'exécution).

Article 2 : Formal notice of default

1 - The right to damages for delay accrues on the day where the aggrieved party has given notice by any reasonable means of his demand for the immediate performance of the contract.

2 - No notice is required where a mandatory date has been fixed for the performance, or where it is certain that the contract will not be performed or if its performance will no longer benefit the aggrieved party.

(3 - If the aggrieved party gives the defaulting party a reasonable extension for his performance of the contract in accordance with article X, he does not thereby waive his right to claim damages for such delay pursuant to subsection 1 of this article.)

Textes de référence

CCF, 1139 et 1146

BGB, paragraphe 284

NCCN, art. 6.1.8.6 et 6.1.8.7

CCP, art. 476-477
CCIT, art. 229

Sc.S.G.A 27
LUVI = 160
CVIM = 59

Corrélations

- avec l'art. 12
- avec la théorie des risques (responsabilité pour perte d'un corps certain par cas de force majeure)

- avec le système du "nachfrist".

Remarque

Ce texte pourrait être placé dans une section générale consacrée à l'exécution.

Commentaire

La solution adoptée est un compromis, utilisé par le BGB et le C.civ. polonais, entre l'application du principe Dies interpellat pro homine (que l'on trouve notamment dans la CVIM) et l'exigence formelle d'une mise en demeure (système français). Il est apparu que l'exigence d'une mise en demeure n'est pas nécessaire lorsqu'un délai a été fixé de façon ferme et que les parties ne peuvent avoir de doute sur l'exigence de son respect strict. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, l'exigence de la bonne foi contractuelle, la nécessité d'avoir une preuve certaine de l'inexécution imposent que le créancier manifeste sans équivoque qu'il entend obtenir satisfaction. La manifestation de sa volonté est exempte de toute forme. Cependant, la mise en demeure n'est pas nécessaire lorsque son but principal - obtenir l'exécution de l'obligation - ne peut plus être atteint : cas de l'impossibilité totale d'exécution (par exemple le corps certain qui devait être donné en location a été détruit du fait du débiteur) ou de l'exécution devenue sans intérêt pour le créancier (robe de mariée livrée après le mariage).

2 - Il a été jugé utile de combiner le système ainsi prévu avec le système du "nachfrist", s'il est adopté par ailleurs.

Article 3 : Nominal damages

supprimé

Article 4 : Principe de réparation intégrale

1 - Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie et le bénéfice dont il a été privé, déduction faite de tout gain résultant pour le créancier d'une dépense ou d'une perte évitées.

(2 - Le préjudice peut être non pécuniaire et résulter notamment de la souffrance physique ou morale.)

Article 4 : Full compensation

1 - The aggrieved party is entitled to full compensation for harm sustained as a result of the non-performance. This harm includes both any loss which he suffered and any gain of which he was deprived, with the deduction of any cost or loss avoided by the aggrieved party.

(2 - Such loss may be non-pecuniary and includes for instance physical suffering or emotional distress.)

Textes consultés

art. 1149 CCF

art. 249 et 252 BGB

art. 6.1.9.2, 6.1.9.5, 6.1.9.7 et 6.1.9.10 NCCN

Ogus p. 290 et suivantes (droit anglais)

paragraphes 2714 et 2715 UCC

paragraphes 344, 347 et 349 R2C

art. 361, paragraphe 2, 440, 444 et 446 CCP

art. 44.2 C.O. suisse

art. 134 al. 1, CO sénégalais

art. 182 al. 2, CCA

art. 82 LUVI

art. 74 CVIM

Corrélations

- art. 5 certitude du dommage
- art. 6 prévisibilité du dommage
- art. 9 incidence du non-respect par le créancier de ses propres obligations
- art. 11 réparation du préjudice non matériel
- art. 13 libre choix par le juge des modalités de la réparation

Commentaire

- 1 - L'article 4 pose le principe de la réparation intégrale du dommage causé au créancier par l'inexécution du contrat. Le créancier doit recevoir pleine compensation : l'inexécution du contrat ne doit lui apporter ni perte ni gain.
Il n'a pas été jugé utile de suivre la solution de certains droits (art. 44.2 CO suisse ; art. 6.19.7 et 6.19.10 NCCN ; art. 351 (3) R2C) qui accorde au juge le pouvoir de modérer le montant des dommages-intérêts compte tenu des circonstances. Il est en effet apparu que cette solution, transposée dans l'ordre international, risquait de créer une incertitude fâcheuse et qu'en outre elle pourrait être appliquée de façon très irrégulière selon le juge saisi.
- 2 - Parmi les différentes règles d'évaluation offertes par les droits nationaux, le texte proposé retient comme le mieux adapté aux contrats internationaux la plus simple, la plus traditionnelle et donc la mieux assise, à l'image de la solution retenue par l'art. 74 CVIM. Partant du principe de la réparation intégrale du préjudice résultant de l'inexécution (tel que précisé par les articles 5, 6, 9 et 12), le texte se réfère à la perte subie et au gain manqué par le créancier.
On notera cependant que la généralité des formules utilisées doit permettre au juge d'arriver à des résultats identiques à ceux obtenus par des théories plus sophistiquées (par exemple la distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif du droit allemand et du droit suisse ou de l'expectation interest et du reliance interest du droit américain).

La perte subie doit s'entendre de façon large : elle peut couvrir la diminution de l'actif du créancier (par exemple du fait qu'un objet ait été endommagé pendant un transport) et l'augmentation de son passif (non payé par son débiteur, le créancier doit, pour renflouer sa trésorerie, contracter un emprunt). Le gain manqué est le bénéfice qu'aurait normalement réalisé le créancier si le contrat avait été correctement exécuté. La plupart des droits réparent cet aspect du préjudice, même s'il l'appellent autrement (exemple : "consequential damages"). Le texte inclue la réparation du "financial losses". Certes, le gain est souvent aléatoire de sorte qu'il se présentera souvent comme la perte d'une chance de gain, selon l'article 5.

Mais il ne faut pas que l'inexécution enrichisse le créancier. C'est pourquoi le texte ajoute qu'il convient de tenir compte des gains qui peuvent résulter pour le créancier de l'inexécution : soit qu'une dépense lui soit ainsi évitée (il n'aura pas à payer l'hôtel de l'artiste défaillant), soit qu'il évite une perte : par exemple en cas d'inexécution d'un marché désavantageux pour le créancier (losing bargain). Le texte s'inspire de l'article 6.1.9.5 du projet de C.civ. néerlandais, mais la solution existe déjà dans les autres droits.

3 - Il est enfin précisé que le préjudice non matériel est réparable. Il peut s'agir de "pretium doloris", de la perte des aménités de la vie, du préjudice esthétique, etc... aussi bien que de l'atteinte à l'honneur, à la réputation.

Si dans certains droits, la réparation de ce genre de préjudice relève des règles de la responsabilité délictuelle, dans d'autres, elle peut aussi être contractuelle. La règle pourra avoir lieu de s'appliquer, en ce qui concerne le commerce international, aux contrats passés par des artistes, des sportifs de haut niveau, des consultants, pris en charge par une entreprise ou une organisation.

Il importera aussi dans ce cas que l'exigence de la certitude du dommage soit respectée (infra art. 5), de même que toutes les autres conditions d'ouverture du droit à dommages-intérêts.

Article 5 - Certitude du préjudice

(Question laissée ouverte lors de la réunion de Paris, 24-27 novembre 1986 ; les développements ci-dessous ne constituent donc que les suggestions du rapporteur, établies sur la base des tendances de la discussion)

1 - N'est réparable que le préjudice (même futur) établi avec un degré raisonnable de probabilité.

2 - La perte d'une chance peut être réparée dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.

3 - Lorsque le montant du préjudice ne peut être établi avec un degré suffisant de certitude, il sera évalué à la discrétion du juge.

Article 5 - Certainty of damage

1 - Compensation will be made only for harm (including future loss) that is established with a reasonable degree of probability.

2 - Compensation may be due for the loss of a chance insofar as it will probably occur.

3 - Where the amount cannot be established with a sufficient degree of probability, the assessment of damages will be at the discretion of the court.

Textes consultés

NCCN, 6.1.9.10 paragraphe 1

Droit anglais : Mc Gregor, paragraphe 260 et s.

UCC, 2.715

R2C, paragraphe 352

surtout CO sénégalais, art. 125 et 126

Corrélations

art. 7

art. 8

art. 9

art. 14

Commentaire

L'article 5 pose l'exigence - partout admise sous une forme ou une autre - de la certitude du préjudice. Il n'est pas possible d'imposer au débiteur la réparation d'un préjudice hypothétique ou éventuel.

La règle n'interdit pas la réparation future, dès lors qu'il est suffisamment certain. Elle couvre aussi la perte d'une chance (aliéna 2) étant bien entendu que la réparation ne sera pas la totalité de ce qui aurait pu être obtenu (le propriétaire du cheval arrivé trop tard du fait du transporteur pour courir ne peut réclamer l'intégralité du prix de la course, même si son cheval était le favori).

La certitude porte non seulement sur l'existence du préjudice, mais aussi sur son étendue. Il est des préjudices dont l'existence ne peut être contestée mais qu'il est difficile d'évaluer. Ce sera le cas pour la perte d'une chance (il n'y a pas toujours une "cote", comme pour le cheval : ex. : l'étudiant qui présente un concours) ou pour la réparation d'un préjudice non matériel : atteinte à la réputation (qui, comme chacun le sait, n'a pas de prix ...), prix de la souffrance, etc...

Plutôt que de refuser toute réparation, il a été préféré de faire confiance au juge en l'investissant d'un pouvoir de déterminer en équité le montant du préjudice (1).

Rappelons enfin les liens qui existent entre le caractère certain et le caractère direct du préjudice. Ce dernier n'est

(1) On rappelle que le groupe de travail a décidé qu'une règle sur les "nominal damages" était inutile

pas pris en compte directement par les Principes, mais il est impliqué par l'art. 4 alinéa 1 qui exige un lien de causalité suffisant entre l'exécution et le préjudice. Le préjudice trop éloigné est aussi en général un préjudice incertain.

En conséquence, le préjudice trop éloigné n'est pas pris en compte par les Principes.

Le préjudice trop éloigné est un préjudice qui n'est pas pris en compte par les Principes.

Le préjudice trop éloigné est un préjudice qui n'est pas pris en compte par les Principes.

Le préjudice trop éloigné est un préjudice qui n'est pas pris en compte par les Principes.

Le préjudice trop éloigné est un préjudice qui n'est pas pris en compte par les Principes.

Le préjudice trop éloigné est un préjudice qui n'est pas pris en compte par les Principes.

Le préjudice trop éloigné est un préjudice qui n'est pas pris en compte par les Principes.

Le préjudice trop éloigné est un préjudice qui n'est pas pris en compte par les Principes.

Article 6 - Prévisibilité du préjudice

1 - La partie en défaut est tenue du seul préjudice qu'elle a prévu ou qu'elle aurait pu prévoir au moment de la conclusion du contrat comme une conséquence possible de l'inexécution, lorsque ce n'est point par son dol ou sa faute lourde que l'obligation n'est pas exécutée.

Article 6 - Foreseeability of damage

1 - The defaulting party is liable only for loss which he foresaw or could reasonably have foreseen at the time of the conclusion of the contract would be likely to result from his non-performance, unless this non-performance is deliberate or reckless (grossly negligent).

Textes consultés

- art. 252, BGB
- art. 1150, CCF
- art. 6.1.9.4, NCCN
- 2715, UCC
- paragraphe 351, R2C
- paragraphe 297, GIW
- art. 361, paragraphe 1, CCIT
- art. 182, aliéna 3, CCA
- art. 82 et 86, LUVI
- art. 74, CVIM
- (v. 2603, CEE)

Corrélations

- art. 1
- art. 4 et 5

Commentaire

1 - La limitation du préjudice réparable existe dans beaucoup de droits et elle a été reprise dans la CVIM (art. 74). Elle

procède de deux idées. Tout d'abord, c'est une autre façon d'exprimer l'exigence d'un lien de causalité entre l'inexécution du contrat et le préjudice. Tout le mécanisme contractuel repose sur la prévision. Il importe que la partie en défaut ne soit pas accablée par la réparation du préjudice qu'elle n'avait pu imaginer lors de la conclusion du contrat. Ensuite, elle constitue un moyen de moraliser le contrat. Seul bénéficie de la limitation de la réparation le débiteur de bonne foi. Si le contrat n'est pas exécuté du fait de son dol (inexécution intentionnelle) ou de sa faute lourde (2), la limite est écartée.

Restera toujours la limite de la certitude, posée par l'article précédent.

2 - Le principe : la prévisibilité s'apprécie en la personne du débiteur et il s'agit évidemment de la prévision raisonnable de l'homme normalement diligent (3) sur les conséquences d'une éventuelle inexécution, telle qu'elle résulte du cours ordinaire des choses et des circonstances particulières du contrat, telles que les précisions fournies par le co-contractant.

Et selon la solution généralement admise, la prévisibilité s'apprécie au moment de la conclusion du contrat.

3 - L'exception consiste à imposer la réparation intégrale de tout le préjudice certain - quoiqu'imprévisible - lorsque le contractant défaillant a agi de mauvaise foi.

N.B. : Il faut aussi se poser la question de l'équivalence dol-faute lourde et deliberate reckless (ou grossly negligent). Peut-être faudrait-il ici encore un texte général pour fixer la terminologie et le contenu des notions.

(2) Sauf à préciser, tant selon la terminologie française que selon la terminologie anglaise, ce qu'il faut entendre par là, non seulement à ce sujet mais aussi dans d'autres textes (clause de non responsabilité, clause pénale)

(3) Il s'agit de la prévision du débiteur lui-même ou de ses "collaborateurs". Peut-être serait-il bon de le préciser dans un texte général, comme cela a été fait dans les Principes CEE.

Article 7 : (supprimé)

Article 8 A - Preuve du préjudice en cas de remplacement

Lorsqu'à la suite de l'inexécution il y a eu prestation de remplacement obtenue de façon raisonnable, le préjudice est présumé être de la différence entre le prix prévu au contrat et celui de la prestation de remplacement, sauf à prouver un préjudice supérieur ou inférieur.

Article 8 A - Proof of loss in cas of cover

When as a result of the breach, there has been a reasonable cover (transaction), the loss is presumed to be the difference between the price fixed by the contract and that of the cover. A greater or lesser loss has to be proved.

Textes consultés

HGB, paragraphe 376 - II

UCC, 2.708

SGA, 1979 paragraphe 51 (3)

LUVI, art. 85

CVIM, art. 75

Corrélations

art. 8B

art. 6

art. 10

art. 14

Commentaire

Aux règles générales qui s'appliquent à la preuve de l'existence et du montant du préjudice, il a été jugé utile, à l'exemple de certains droits et de certains textes internationaux, de créer des présomptions qui peuvent faciliter la tâche du créancier.

La première de celles-ci, posée par le présent article, concerne le cas où il y a eu lieu à remplacement (ce qui peut

être notamment imposé par l'obligation de limiter le préjudice ou autorisé par le juge). Dans ce cas, le préjudice est présumé être de la différence entre le prix du contrat et le prix du remplacement.

Cette présomption joue seulement lorsqu'il y a remplacement et non lorsque la partie déçue a accompli elle-même la prestation non effectuée par le débiteur (par ex. : l'armateur qui répare par ses propres moyens son navire à la suite de la carence du chantier auquel avait été commandée la réparation), auquel cas seront appliquées les règles générales de preuve.

il faut aussi que la prestation de remplacement ait été effectuée de façon raisonnable, pour éviter qu'une action inconsidérée ou malicieuse ne surcharge la partie en défaut. Enfin, il s'agit d'une présomption simple, qui peut être renversée par la preuve contraire, dans les deux sens.

(Article 8 B - Preuve du préjudice par référence au prix courant)

N.B. : - Simple projet, à la suite de l'absence d'accord du groupe de travail lors de la première lecture.

- Dans le texte anglais, la distinction entre prix courant et prix de marché a été mieux précisée.

- On peut enfin se demander (ce qui n'a pas été fait à la réunion de Paris) si le plus simple ne serait pas de supprimer ce texte, en laissant au juge saisi le soin de calculer les dommages -intérêts selon ses propres règles.

1 - Lorsque la prestation non exécutée n'a pas été remplacée et possède un prix courant, le préjudice est présumé être de la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au jour où le contrat aurait pu être résolu.

2 - Par prix courant selon la présente loi, il faut entendre le prix généralement pratiqué pour des prestations effectuées dans des circonstances comparables.

3 - Le prix courant est celui du lieu où la prestation aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît raisonnable de prendre comme lieu de référence, en tenant compte des différences dans les frais de transport affectant la prestation à effectuer.

4 - Tout préjudice supérieur ou inférieur doit être prouvé.

(Article 8 B - Proof of loss by current price)

1 - When there has been no cover and the performance for which the defaulting party is liable has a current price, the loss is presumed to be the difference between the contract price and the current price, as of the time the contract could have been terminated.

2 - Current price under these Principles is the price generally charged for goods or services rendered and delivered in comparable circumstances.

3 - The current price is that of the place where the contract should have been performed or, for lack of a current price there, the current price of another place that appears reasonable to take as a reference, taking into account of the difference in transport charges for the performance.

4 - A greater or lesser loss has to be proved.

Textes consultés

HGB, paragraphe 376 - II

Jurisprudence allemande (Palandt : commentaire paragraphe 252 BGB)

UCC, 2.713

SGA, 1979 paragraphe 51 (3)

LUVI, art. 12, 84

CVIM, art. 76, 1 et 2

Corrélation

art. 8A

art. 6

art. 10

art. 14

Commentaire

Cette présomption est établie pour faciliter la preuve du préjudice lorsque d'une part la présomption de l'article précédent ne peut jouer et que d'autre part la prestation inexécutée et non remplacée possède un prix courant. Le préjudice est alors présumé être de la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant.

Cette présomption est également réfragable, à la fois par le créancier, qui pourrait prouver un préjudice supplémentaire et par le débiteur, qui pourra prouver qu'en réalité le préjudice est moindre.

Ces solutions sont, à peu de choses près, celles qui ont été retenues par la LUVI (art. 84 et 85) et dans la CVIM (art. 75 et 76).

La définition donnée du prix courant suppose qu'il existe un prix normal pour la prestation contractuelle (ou pour une prestation analogue, car il n'est pas toujours possible de trouver des prestations exactement semblables). Le prix sera établi par comparaison avec le prix raisonnablement pratiqué pour des prestations analogues (mais non nécessairement exactement les mêmes). Ce sera souvent le prix établi sur un marché organisé, mais non nécessairement. La preuve du prix courant peut être établie par les organisations professionnelles, les chambres de commerce, etc...

Le lieu qui permet de déterminer le prix courant est le même que celui de l'art. 72-2 CVIM.

Pour ce qui est du moment auquel il faut se référer pour déterminer le prix courant, l'hésitation est permise : date de l'inexécution, de la connaissance de cette inexécution, de la résolution du contrat, de la réparation volontaire ou du jugement de condamnation.

Il semble que la solution la plus conforme aux exigences du commerce international est la date à laquelle le créancier aurait pu demander la résolution du contrat (même s'il ne l'a pas fait à ce moment).

N.B. : Cette solution n'a pas été définitivement adoptée par le groupe de travail.

Article 9 - Inexécution partiellement imputable au créancier

Lorsque le préjudice est partiellement imputable à un acte ou à une omission du créancier, son droit à réparation est réduit dans la mesure où cet acte ou cette omission a contribué à la réalisation du dommage et compte tenu du comportement respectif des parties.

Article 9 - Non-performance due in part to the aggrieved party

When the loss is due in part to the aggrieved party's act or omission, his award may be reduced to the extent this act or omission has contributed to the loss, taking into account the respective behaviour of the parties.

Textes de référence

- France, Encyclopédie Dalloz III, Dommages-intérêts, paragraphe 19
- BGB, paragraphe 254
- NCCN, art. 6.1.9.6
- Law Reform (Contributory Negligence) act 1945, section 1 (1)
- CCP, art. 362
- CCA, art. 177
- C.civ. italien, 1227
- LUVI, art. 74
- CVIM, art. 80

Corrélation

Cause étrangère
art. 10

Commentaire

Le principe existe dans tous les systèmes juridiques, de façon plus ou moins explicite.

Il se distingue de la règle concernant la limitation de préjudice (art. 10) en ce qu'il s'applique au comportement du créancier dans la réalisation du préjudice et non postérieurement à l'apparition de celui-ci.

On notera que le comportement imputable au créancier n'est pas nécessairement l'inexécution d'une obligation née du contrat. Ce peut être un comportement d'ordre délictuel (selon la classification souvent variable des ordres juridiques nationaux).

Pour déterminer la proportion dans laquelle le droit à réparation est réduit, on fait référence au comportement des parties - qu'il soit ou non fautif - et en vertu des instances de l'espèce que le juge déterminera la mesure dans laquelle l'obligation de réparer sera réduite.

On relèvera que l'incidence du comportement du créancier jouera principalement au regard de l'attribution des dommages - intérêts, mais il peut aussi jouer dans le fonctionnement d'autres remèdes (réfaction par exemple). Dans certains cas, ce sera tout ou rien (notamment pour l'exception d'inexécution et la résolution). Il conviendra de préciser les effets du fait du créancier à propos de chacun de ces "remèdes".

Article 10 - Atténuation du préjudice

Le débiteur ne répond pas de l'aggravation du préjudice que le créancier pouvait éviter par des moyens raisonnables.

Article 10 - Mitigation of damage

The defaulting party is not responsible for any increased damage if the aggrieved party could have avoided it by reasonable means.

Textes de référence

BGB, paragraphe 254, II.

NCCN, art. 6.1.1.2, paragraphe 1.

Mc Gregor, On damages, paragraphe 208 et s.

jsp : Dunkirk Colliery Co v. V. Lever (1878) 9 Ch. D. 20

R2C, paragraphe 350

CCIT, art. 257

LUVI, art. 88

CVIM, art. 77

C.civ. italien : 1227-2

Avant-projet C.civ. Québec

Corrélation

art. 9

Justifications

Le principe retenu dans cet article est surtout un principe de Common Law (mitigation of damage). On retrouve cette règle dans d'autres systèmes juridiques sous une forme différente et souvent sans être explicitement formulée. Ce que l'on veut obtenir, c'est que la victime de l'inexécution n'attende pas passivement d'être indemnisée pour une perte qu'elle aurait pu écarter ou diminuer ; à cette fin on lui refuse toute compensation pour les pertes qu'elle pouvait éviter par des mesures raisonnables.

La formule adoptée s'inspire de celle qui a été retenue dans le projet québécois.

Il est évident que les frais occasionnés par ces mesures conservatoires sont intégrés dans les dommages-intérêts.

Ex. : le 2 mai, Monsieur X demande à une agence de voyage de lui réserver une chambre d'hôtel pour le 1er juin, pour une somme de 50 Ecus. Le 15 mai, Monsieur X apprend que l'agence de voyage n'a pas effectué la réservation demandée. Monsieur X attend cependant le 25 mai pour faire une nouvelle réservation et il ne trouve plus qu'une chambre à 70 Ecus, alors qu'il aurait pu en trouver une à 60 Ecus s'il s'en était préoccupé dès le 15 mai. Les dommages-intérêts dus par l'agence de voyage à Monsieur X n'incluent pas les 20 Ecus supplémentaires par rapport au prix convenu initialement, Monsieur X ne peut réclamer que 10 Ecus à l'agence de voyage.

Article 11 - Réparation du préjudice non-pécuniaire

Le préjudice non-pécuniaire peut être réparé par l'attribution de dommages-intérêts ou par tout autre moyen.

Article 11 - Compensation for non-pecuniary loss

Non-pecuniary loss may be compensated by an award for damages or by any other means.

Textes de référence

BGB, paragraphe 253

NCCN, 6.1.9.1.

R2C, paragraphe 353

CCP, art. 444, 445

CO sénégalais, art. 124

Corrélation

Art. 5 (préjudice certain)

Justification

Les systèmes de référence offrent des modèles très différents, depuis l'admission très large du droit français jusqu'aux positions beaucoup plus restrictives du droit allemand. Et les évolutions ne sont pas toujours convergentes : on note une admission élargie de la réparation du préjudice non-pécuniaire en droit anglais (Mc Laughin v. O'Brian (1982) 2 WLR 982, H.L. ; v. aussi les propositions du rapport Pearson en vue d'indemniser les proches pour la souffrance découlant de la mort d'un proche), et une tendance à la limiter ailleurs. Enfin, il faut tenir compte du fait que la question se pose aussi en matière délictuelle.

Deux attitudes se dégagent cependant : soit un principe d'interdiction, assorti d'exceptions (dont certaines sont si

importantes (ce, comme dans le projet néerlandais, on peut se demander ce qui reste de ce principe), soit une reconnaissance du principe de la réparation, en confiant au juge un pouvoir d'appréciation en équité. Car la difficulté d'évaluation reste l'obstacle majeur.

Le texte proposé adopte la seconde attitude, qui rejoint des préoccupations de notre temps (respect du droit à l'honneur, à la réputation, à la vie privée, etc...), même si elle rejette sur le juge la charge de mettre en oeuvre le principe général posé au texte.

Celui-ci peut non seulement attribuer des dommages-intérêts mais aussi ordonner d'autres formes de réparation, telles que la publication dans des journaux désignés par lui (par exemple en réparation de la violation d'une clause de non-concurrence ou de non-rétablissement, d'une atteinte à la réputation, etc...).

Il n'a pas semblé possible de donner des règles plus détaillées, notamment selon les différentes catégories de préjudice non-matériel. Ici, encore, la solution la plus simple consiste à s'en remettre au juge.

Article 12 - Réparation du préjudice résultant du non-paiement d'une somme d'argent

1 - Si une partie ne paye pas une somme d'argent à l'échéance, le créancier peut (sans avoir à justifier d'aucun préjudice) réclamer les intérêts de cette somme (du jour de l'échéance ou de la notification, par application de l'article 2).

2 - le taux sera le taux bancaire moyen de base à court terme moyen pratiqué pour la monnaie de paiement du contrat au lieu de paiement et à défaut d'un tel taux, le taux fixé par la loi de l'état dans la monnaie duquel le paiement doit avoir lieu.

3 - Le créancier peut néanmoins réclamer des dommages-intérêts complémentaires s'il prouve que le non-paiement lui cause un préjudice supplémentaire.

Article 12 - Damages for failure to pay off a monetary debt

1 - If a party does not pay off a monetary debt when it falls due, the aggrieved party may (without having to justify any loss) ask for interest upon that sum (from the date of maturity or notice, by application of article 2).

2 - The rate of interest shall be the average bank short term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the due place of payment ; in the absence of such a rate, the rate fixed by the law of the state in which money the payment has to be made.

3 - The aggrieved party may nevertheless ask for additional damages if he proves that the non-payment caused him a greater loss .

Textes de référence

CCF, art. 1153

BGB, art. 288.

NCCN, 6.1.8.9.

Mc Gregor, on Damages, p. 447 et s.

R2C, paragraphe 354

CCP, art. 481, 482

CCIT, art. 231

CO sénégalais, art. 8.2

LUVI, art. 83

CVIM, art. 78

Corrélations

art. 2

art. 4

art. 6

art. 7

Justifications

Il existe un consensus sur le principe de la réparation forfaitaire du préjudice résultant du non-paiement d'une somme d'argent. Cependant, les modalités d'application de ce principe varient considérablement selon les législations.

Il a semblé d'abord utile de soumettre le non-paiement d'une somme d'argent au principe général gouvernant la notification de l'inexécution en application de l'article 2. Le point de départ sera donc selon les cas soit le jour de l'échéance, soit le jour de la notification.

En ce qui concerne le taux, deux solutions se trouvent dans les textes de référence (lorsque ceux-ci déterminent ce taux) : le taux légal, fixé par voie impérative, le taux bancaire normal (parfois majoré : v. LUVI ou CCET).

La solution retenue en premier rang comme étant le plus conforme aux besoins du commerce international et comme correspondant le mieux à une réparation adéquate du préjudice est le taux bancaire normal, celui auquel devra emprunter le créancier non payé. Comme ce taux peut ne pas exister dans

certaines pays, une référence subsidiaire est faite à la "lex monetae".

Il appartient toujours au créancier de prouver qu'il subit un préjudice supplémentaire du fait du retard dans le paiement, notamment en raison de l'accélération de l'inflation ou d'une occasion ratée.

Article 13 - Détermination par le juge des modalités de la réparation en argent

1 - Le juge peut, selon les circonstances, décider que les dommages-intérêts seront versés en une seule fois ou feront l'objet de versements périodiques.

2 - Lorsque le juge condamne au versement d'une rente, il peut assortir celle-ci d'une indexation.

Article 13 - Judicial determination of the terms and conditions of monetary redress.

1 - The judge may order that damages be paid in lump sum or, according to circumstances, in installments.

2 - When the judge orders that damages be paid in installments, he may index the payments.

Textes de référence

France : jurisprudence constante et 2 arrêts de la Cour de cassation du 6 nov. 1974, Cass. Ch. mixte, D 1974, IR 256
Art. 848, 845 BGB par analogie, Palandt paragraphe 843
NCCN, 6.1.9.10
CCP, art. 447
CCIT, art. 253

Corrélations

Textes généraux sur les sanctions, notamment :

- choix par le juge entre la réparation en argent et les autres modes de réparation
- principe de la primauté de la réparation en argent

art. 2

art. 4

Justification

La question de la forme que peut revêtir l'allocation des dommages-intérêts est rarement prévue par les textes (v. cependant art. 61910 NCCPB, qui accorde une très grande liberté de choix au juge, incluant même un pouvoir modérateur). La pratique est variable. Dans les pays de Common Law, on ne connaît guère que l'attribution d'un capital, alors que dans d'autres pays, l'attribution d'une rente est fréquente (notamment en cas de réparation d'un préjudice corporel).

Il a semblé préférable de laisser une certaine latitude au juge. La réparation d'un préjudice sera normalement effectuée par le versement d'un capital mais les circonstances peuvent amener le juge à condamner à une rente, par exemple pour la réparation d'un préjudice continu.

Il a semblé utile de permettre l'indexation judiciaire directe de la rente, pour éviter le mécanisme trop lourd d'une action en révision du jugement pour prendre en compte l'évolution des coûts.

Article 14 - Date d'évaluation du préjudice

(Sous réserve des articles 8A et 8B), l'appréciation de l'étendue du préjudice ainsi que son évaluation en argent se font normalement au jour de la décision judiciaire définitive.

Article 14 - Time at which damages are determined

(Subject to articles 8A and 8B) the extent and the amount of damages are to be normally determined as of the date of the final judgment.

Textes de référence

Jurisprudence française depuis 1948 : civ. 16 fév. 1948, S. 49, p. 1

Jurisprudence allemande de RGZ 149, 137 citée par Palandt et BGB 10, 10 et 55, 331 citée par Larenz

CCP, art. 363 al. 2
GIW, art. 300 al. 2

CO sénégalais, art. 135

LUVI, art. 84

CVIM, art. 76

Corrélations

art. 9

art. 14

art. 15

Justification

Evaluer les dommages-intérêts au jour du jugement pour délimiter l'étendue du dommage, permet de prendre en considération l'aggravation ou la diminution du préjudice entre le jour de sa naissance et le jugement (élément intrinsèque du dommage). C'est la solution qui respecte le mieux le principe de réparation intégrale du dommage.

Ainsi l'appréciation au jour du jugement a-t-elle été retenue par la plupart des systèmes. On pourrait aussi, pour tenir compte de la dépréciation monétaire, se référer au jour du règlement des dommages-intérêts, comme c'est parfois le cas dans certains droits. Cependant, cette solution - qui peut rarement être appliquée à la lettre - peut inciter le débiteur à retarder le règlement de sa dette pour bénéficier de fluctuations de cours qui lui seraient favorables.

Des circonstances spéciales peuvent cependant conduire le juge à en décider autrement, par exemple lorsque le préjudice a été réparé avant la date du jugement. Ce sera le cas du remplacement, d'où la référence à l'article 8A.
(La référence à l'article 8B devra être réexaminée lorsque cet article aura été discuté).

Rien dans ce texte n'interdit au juge d'accorder des dommages - intérêts à titre de provision, en attendant la consolidation du préjudice.

Article 15 - Préjudice évalué en monnaie étrangère

Les dommages-intérêts peuvent être demandés soit dans la monnaie du contrat, soit dans la monnaie dans laquelle le préjudice a été souffert (à moins que des circonstances telles que la réglementation des changes ne s'y opposent).

Article 15 - Loss evaluated in foreign currency

A party is entitled to ask for damages either in the currency of the contract or in the currency in which the loss accrued (unless the circumstances, including exchange regulations, indicate otherwise).

Textes de référence

France : Encyclopédie Dalloz, Dommages-intérêts,

paragraphe 119

RFA : BGB, paragraphe 254

Grande-Bretagne : Mac Gregor, paragraphe 494 et s. Arrêt

Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd (1976) A.C. 443

USA : C.J.S. Damages, paragraphe 194; C.J.S. Payment,

paragraphe 20

Corrélations

art. 4

art. 14

(textes éventuels sur les obligations libellées en monnaie étrangère).

Justification

La fluctuation des taux de change, parfois très rapide et très importante, peut singulièrement compliquer l'allocation des dommages-intérêts en cas d'inexécution d'un contrat international. Les variations de change peuvent provoquer une réparation inadéquate ou exagérée selon la monnaie retenue pour l'évaluation et le paiement des dommages-intérêts.

C'est à la partie de choisir comme monnaie des dommages-intérêts la monnaie du contrat ou la monnaie dans laquelle le préjudice a été subi. Par exemple, le créancier qui a dû engager des frais dans une certaine monnaie pour réparer le dommage pourra réclamer le remboursement de ces frais dans cette monnaie, même si ce n'est pas la monnaie du contrat ou la monnaie du pays où est rendu le jugement.

Le tout, bien évidemment, sous réserve de la réglementation des changes et de toutes autres circonstances qui pourraient indiquer une solution plus conforme au principe de réparation intégrale qu'il appartient au juge de faire faire respecter.

S'il est nécessaire de convertir les dommages-intérêts en monnaie locale, c'est au taux du jour du jugement que cette conversion devra être faite, conformément à la règle de l'article 14.

N.B. : La Commission CEE a adopté une formulation un peu différente mais qui met mieux en relief le principe de réparation intégrale : elle est présentée comme une alternative au texte proposé supra ...

Solution alternative : article 2.608 CEE

Article 2.608 - Monnaie d'évaluation du dommage

1 - Une partie a droit à des dommages et intérêts dans la monnaie qui lui procure la compensation la plus adéquate ; cette monnaie est présumée être celle dans laquelle le préjudice a été souffert.

2 - Cependant, une partie a droit aux intérêts et peines convenues dans la monnaie du principal.

Article 2.608 - Currency of damages

1 - A party is entitled to damages in the currency in which he is most appropriately compensated; this is presumed to be the currency in which he suffered his loss.

2 - However, a party is entitled to interest, liquidated damages and penalties in the currency of the principal amount.

Article 16 - Intérêts des dommages-intérêts

Sauf clause contraire, les dommages-intérêts ne portent intérêts qu'à partir du jour où ils ont été réclamés en justice.

Article 16 - Interest of damages

Unless otherwise agreed, interest accrued on damages only after the suit is filed.

Textes de référence

- Jurisprudence française (à compter de la décision en justice)
- BGB, paragraphe 288 et s. par analogie
- NCCN, art. 6.1.8.9-4
- {Law Reform (Miscellaneous provisions) Act 1934, s. 3
- {The Administration of Justice Act 1969, s. 22
- CO sénégalais, art. 8-2

Corrélations

- art. 2
- art. 12

Justification

C'est la solution la plus largement admise et la plus raisonnable. Les intérêts seront calculés conformément à l'article 12. La réclamation en justice vaut mise en demeure (art. 2).

Le problème de la capitalisation des intérêts (anatocisme) n'a pas été retenu car il se pose pour toutes les dettes de sommes d'argent et non seulement pour les dommages-intérêts.

N.B. : La décision relative à ce texte a été réservée for "further consideration" lors de la réunion de novembre 1987.

SECTION II - LES CLAUSES RELATIVES AUX DOMMAGES-INTERETS

Observations générales

Il n'a été en définitive retenu que deux catégories de clauses relatives aux dommages-intérêts, les clauses qui limitent ou qui excluent toute responsabilité (qui sont traitées de façon unitaire) et les clauses pénales (au sens large). Ce sont en effet les plus usuelles et la réglementation proposée peut servir de modèle pour des clauses plus élaborées mais plus rares (par ex. : clauses relatives aux délais et aux formes des réclamations).

Il est cependant une catégorie de clauses voisines de la clause pénale et qui sont fréquentes (notamment en matière de promesse de vente d'immeuble). Le sort des clauses de dédit (arrhes) par lesquelles l'une des parties se réserve la faculté de "sortir" du contrat en payant ou en abandonnant une certaine somme. Cette somme ne constitue pas des dommages-intérêts, car il n'y a pas exécution du contrat, mais bien exécution d'une obligation alternative de somme d'argent prévue au contrat. L'interprétation d'une telle clause est délicate et ces réglementations nationales posent parfois des présomptions (v. par ex. : art. 158 C.O. suisse). En outre, le Common Law est, sur la question des "deposits" et des "forfeits", peu clair (cf. UCC 2.718 qui semble aussi ignorer la faculté de dédit). Il serait donc utile que nos principes contiennent un tel texte. Mais il ne peut prendre place dans une section relative aux clauses relatives aux dommages-intérêts puisque précisément il ne s'agit pas de dommages-intérêts.

Pour ce qui est des clauses relatives aux dommages-intérêts proprement dits, les solutions proposées ne peuvent être que provisoires. Elles devraient être revues lorsque le groupe aura pris parti sur l'introduction d'un principe général donnant au juge un pouvoir de contrôle sur toute clause abusive ou inconscionable.

Article 17 - Clauses limitatives ou exclusives de responsabilité

Les parties peuvent convenir à l'avance de limiter ou d'exclure leur responsabilité en cas d'inexécution de leurs obligations, à la condition que cette inexécution ne soit pas délibérée de la part de la partie en défaut ou des personnes dont elle doit répondre ou ne puisse être considérée par ailleurs comme abusive (déraisonnable).

Article 17 - Exemption clauses

The parties may agree in advance to limit or to exclude their liability for the non-performance of their obligations except where that clause relates to deliberate breach of the contract (by the defaulting party or by those for whom he is liable or is otherwise unconscionable (unreasonable)).

Textes de référence

France : jurisprudence constante (ex. Cass. Req. 24 oct. 1932, D.P. 32.1.176) ; art. 2 du décret n° 78.464 du 24 mars 1978

RFA : paragraphe 242 BGB - paragraphe 276 2° BGB ; loi du 9.12.76 portant réglementation du droit des conditions générales d'affaires

Royaume-Uni : Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd (1980) AC 827 ; Unfair contracts terms Act 1977

Etats-Unis : R2C paragraphe 208 ; pour la vente : UCC 2-719, 2-302, 2-316

GIW paragraphe 291

CO sénégalais, art. 132, 151 al. 1°, 152 al. 2

CO suisse : art. 100-1

CCP art. 473-2

C.civ. italien : art. 1229

Corrélations

art. 18

Article 18 - Clauses pénales et dommages-intérêts libératoires

1 - Les parties peuvent convenir à l'avance de la somme qui sera due en cas d'inexécution à titre de dommages-intérêts.

2 - Si cette somme est d'un montant manifestement excessif par rapport au préjudice réellement subi, le juge pourra la réduire à un montant convenable, nonobstant toute convention contraire.

3 - Si la somme convenue est inférieure au préjudice subi, la clause sera soumise aux règles relatives aux clauses limitatives de responsabilité.

Article 18 - Penalties and liquidated damages

1 - The parties may agree in advance to the amount which will be due once the aggrieved party has established his right to recover damages.

2 - If this amount is manifestly excessive with respect to the actual damage, the judge may reduce it ; notwithstanding all contrary agreements.

3 - If the agreed sum is less than the actual damage, the article relating to clauses limiting liability shall apply.

Textes de référence

CCF, art. 1152, 1126 à 1233

BGB, 339, 345

BGB, 348, 351

NCCN, 6.1.8.16 à 18

Droit anglais : Dunlop Pneumatic tyre C' Ltd v. New Garage and Motor C' Ltd (1915) AC 79

UCC, 2-718 (1)

R2C, 356, 361

CCP, 483 à 485

GIW, 304

CCIT, 33, 35 et s.

CO suisse, 160-163

CO sénégalais, 153-156

CCA, 183 et 184

C.civ. italien : 1382 à 1386

Corrélations

art. 17

Justification

La définition retenue est la plus large possible ; elle repose sur la volonté des parties de fixer à l'avance la somme due en cas d'inexécution, sans retenir comme élément essentiel le but poursuivi. Celui-ci peut être soit la simplification du processus de réparation, soit le rôle comminatoire que peut jouer la fixation à un montant élevé de la somme convenue, soit l'un et l'autre. Elle recouvre donc à la fois les liquidated damages proprement dits et les peines.

Il est précisé que la somme est due à titre de dommages-intérêts, ce qui implique que son exigibilité dépend de l'existence d'un droit à dommages-intérêts, c'est-à-dire en cas d'inexécution imputable au débiteur. Il faut donc soigneusement distinguer la clause pénale de la faculté de dédit ou des arrhes, qui permettent à un contractant de se départir légitimement d'un contrat en versant ou en abandonnant une certaine somme.

Constitue en revanche une clause pénale la clause par laquelle le créancier peut retenir à titre de dommages-intérêts les sommes déjà versées sur le prix.

Le régime de la clause pénale est très différent selon les systèmes juridiques. Dans les pays socialistes, la clause pénale est largement utilisée parce qu'elle est considérée comme incitant à l'exécution régulière du contrat. En revanche, la Common Law rejette toute idée de peine : la clause est contraire à l'ordre public dès lors qu'elle constitue une peine privée. Seule est valable la fixation de "liquidated damages"

(le terme de dommages-intérêts libératoires, utilisé par UNCITRAL et le Conseil de l'Europe, a été retenu malgré son imperfection). La plupart des pays d'Europe continentale utilise largement la clause pénale et en reconnaît sans réserve la validité. Les abus auxquels elle a donné lieu parfois ont conduit à organiser un contrôle judiciaire de celle-ci (BGB en matière civile, C.civ. italien, droit français depuis la loi du 9 juillet 1975, projet de C.civ. néerlandais, loi du Bénélux). Les points de vue opposés rendent difficiles le choix d'une solution uniforme. Les organismes qui se sont attachés à la question (Conseil de l'Europe, CNUDCI) se sont heurtés à cet obstacle.

On peut cependant discerner depuis quelques années un certain rapprochement des positions qui peut permettre d'arriver à une solution internationale qui ne heurte pas trop directement les modes nationaux.

Aux Etats-Unis, il résulte tant de l'UCC (2.718) que du Restatement 2d Contracts (paragraphe 356) que seule sera considérée comme une "penalty" une clause fixant des dommages-intérêts "unreasonably large". D'un autre côté, le pouvoir modérateur du juge est souvent admis lorsque la pénalité est "manifestement excessive" (art. 1152 C.civ. français ; v. aussi le Code algérien et le projet de C.civ. néerlandais).

Il faut aussi reconnaître que la clause pénale est largement pratiquée dans le commerce international. Son rôle simplificateur risquerait d'être amoindri si le débiteur avait la possibilité de contester la validité de la clause, même sans raison sérieuse, tant est incertaine la frontière entre penalty et liquidated damages.

Entre le refus systématique de la clause pénale à caractère comminatoire et les dangers d'une libre clause pénale, moyen parfois excessif de justice privée, il a été préféré la solution moyenne tendant à reconnaître la validité des clauses pénales sous réserve du contrôle judiciaire en cas d'excès.

ARTICLE 17

Le texte précise même, pour éviter de provoquer des litiges, qu'il faut que la clause soit d'un montant manifestement excessif.

Le troisième aliéna pour objet d'élaborer un régime cohérent de la limitation de responsabilité et de la clause pénale et d'éviter la fraude qui consisterait à masquer une clause limitative derrière une clause présentée comme une clause pénale. Ainsi, en cas d'inexécution délibérée, le créancier peut demander la réparation de la totalité du préjudice. Il en ira de même si la clause est jugée abusive (art. 17).

1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	32	33	34	35	36	37	38	39	40	41	42	43	44	45	46	47	48	49	50	51	52	53	54	55	56	57	58	59	60	61	62	63	64	65	66	67	68	69	70	71	72	73	74	75	76	77	78	79	80	81	82	83	84	85	86	87	88	89	90	91	92	93	94	95	96	97	98	99	100
---	---	---	---	---	---	---	---	---	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	----	-----

ABREVIATIONS

- BGB** : Burgerliches Gesetz Buche (RFA)
- CCA** : Code civil algérien
- CCF** : Code civil français
- CCIT** : Code de commerce international
- CCS** : Code des lois tchécoslovaque
- CCP** : Code civil polonais
- CVIM** : Convention des Nations Unies sur les
contrats de vente internationale de
marchandises
- CJS** : Corpus juris secundum (USA)
- CO sénégalais** : Code des obligations sénégalaises
- GIW** : Gesetz über die internationale
wirtschafts verträge
- HGB** : Handels gesetz buch (RFA)
- LUVI** : Loi uniforme sur la vente internationale
des aspects mobiliers corporels
- NCCN** : Nouveau Code civil néerlandais
- SCSGA** : Loi scandinave sur la vente
- R2C** : Restatement second Contracts (USA)