C.C.A.4

COMMISSION DES CLAUSES ABUSIVES

Recommandations relatives aux clauses pénales

Bruxelles, 21 octobre 1997

La Commission des clauses abusives,

Vu les articles 35, paragraphe 3, alinéa 2, et 36 de la loi du 14 juillet 1991 sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur,

Considérant qu'il est opportun de remédier à certains des **inconvénients** qu'engendre l'application des clauses pénales habituellement insérées dans les offres de vente et ventes de produits et de services entre vendeurs et consommateurs, mais sans remettre en cause dans son principe l'utilité de ces clauses.

Considérant qu'un premier inconvénient découle fréquemment d'un **manque de lisibilité** de ces clauses auxquelles les principes d'interprétation applicables, à savoir l'article 1162 du Code civil ainsi que, s'il échet, l'article 5 de la directive 93/13/CEE [1] qui n'est pas encore transposé comme tel en droit interne [2], ne permettent pas suffisamment d'apporter remède; qu'il conviendrait dès lors que, par la présentation et le libellé de ces clauses, **l'attention des consommateurs soit spécialement attirée** sur leur existence et leur contenu.

Considérant qu'un autre inconvénient des clauses pénales utilisées dans ces rapports contractuels provient des discussions portant sur l'**exigence de réciprocité** impliquée par **l'article 32.15 de la loi**, d'aucuns en contestant la praticabilité ou prétendant qu'il y serait satisfait dès lors que, à des clauses prévues en faveur du vendeur, est associé un renvoi, en faveur du consommateur, aux sanctions de droit commun; qu'il conviendrait en conséquence d'**éclaircir la portée du texte** en mettant en exergue la volonté d'équilibre des intérêts en présence qu'il vise à réaliser; qu'à cet effet, l'exigence de réciprocité de clauses en faveur des deux parties doit être comprise en ce sens que, eu égard aux différences des réalités économiques et sociales en cause, l'exigence de réciprocité ne suppose pas une identité de contenu des clauses prévues de part et d'autre mais une correspondance dans les clauses quant aux manquements contractuels stigmatisés de part et d'autre; qu'ainsi, par exemple, dès lors qu'une clause prévoit la débition d'une indemnité en cas de **retard** du paiement du prix par l'acheteur, doit se trouver une clause prévoyant une indemnité pour le cas de retard dans la livraison du bien; de même, si une clause prévoit la débition d'une indemnité en cas de **résolution** en raison de l'inexécution fautive par le consommateur de ses obligations, doit être prévue une clause fixant une indemnité en cas de résolution due à l'inexécution fautive de ses obligations par le vendeur.

Considérant qu'une **classification des clauses pénales** usuelles serait judicieuse, tant pour éviter leur enchevêtrement [3] que pour ordonner, dans la mesure du possible, le contenu de certaines d'entre elles; qu'il apparaît que l'on peut distinguer, parmi les clauses usuelles, quatre catégories de clauses: 1) les clauses pénales visant l'hypothèse de renonciation [4] unilatérale fautive au contrat, 2) les clauses pénales fixant des intérêts moratoires en cas de retard fautif dans l'exécution des obligations contractuelles, 3) les clauses pénales imposant la débition d'une indemnité forfaitaire globale dans l'hypothèse de non-respect fautif des délais de paiement, 4) les clauses pénales prévoyant le montant des dommages et intérêts dus en cas de résolution du contrat pour inexécution fautive des obligations contractuelles.

---

[1] Directive du Conseil des Ministres du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (J.O.C.E., 21 avril 1993, 195).

[2] Ce qui est au contraire prévu dans le projet de loi relatif aux clauses abusives dans les contrats conclus avec leurs clients par les titulaires de professions libérales (cfr. art. 5 du projet, Doc. Parl., Ch. Représ., sess. ord. 1996-1997, 715/3).

[3] Cet objectif relève du deuxième considérant émis ci-avant.

[4] Souvent nommée "annulation" dans la pratique lorsque le contrat n'a pas encore reçu un commencement d'exécution. Cette hypothèse ne diffère pas, sur le plan conceptuel, des clauses de la quatrième catégorie.

Considérant que les **clauses pénales de la première catégorie** devraient être établies en tenant compte du caractère standard ou non du produit ou du service concerné, le dommage prévisible étant fonction de la plus ou moins grande difficulté, pour le vendeur, de revendre le bien, et, pour le consommateur, de se le procurer ailleurs; il serait cependant admis que soit réservé au créancier le droit de préférer, à l'application de la clause, l'application du droit commun qui suppose que soit apportée par lui la preuve de l'existence et du montant du dommage effectif qui découle de la renonciation fautive par le débiteur au contrat.

Considérant que les **clauses pénales de la deuxième catégorie** en tant qu'elles fixent des intérêts moratoires pour retard dans le paiement du prix devraient se baser sur un paramètre aisément déterminable et raisonnable; qu'à défaut, dans cette perspective, d'être en mesure de se référer à un taux donné du marché de l'argent, il serait judicieux que **pareilles clauses se fondent sur l'intérêt légal** [5] **avec une augmentation éventuelle d'un nombre de points déterminé**, le créancier pouvant être appelé, s'il échet, à justifier l'augmentation du nombre de points retenue par lui; les clauses pénales pourraient prévoir que les intérêts moratoires courent dès l'échéance de la dette, sans qu'une mise en demeure séparée soit exigée.

Considérant que les **clauses pénales de la troisième catégorie**, à savoir celles qui fixent une indemnité forfaitaire en cas de retard dans l'exécution des obligations contractuelles, se révèlent draconiennes lorsqu'elles s'appliquent par le seul fait d'un retard d'exécution sans que les parties aient eu leur attention spécialement attirée sur leur contenu.

Considérant que les **clauses de la quatrième catégorie** fixant l'indemnité due en cas de résolution du contrat pour inexécution fautive se prêtent mal à une normalisation de leur montant en raison de la diversité des produits ou des services offerts en vente, même dans un secteur d'activité unique; que, tout en rappelant le contrôle possible par les juges de leur caractère indemnitaire dont, en cas de contestation, la preuve incombe au créancier, il convient d'insister sur le fait que leur cumul avec d'autres clauses pénales suppose la prévisibilité de dommages différents [6], leur cumul en outre ne pouvant engendrer un déséquilibre manifeste entre les droits et les obligations des parties au terme de l'article 31 de la loi.

Considérant enfin que la jurisprudence témoigne d'un grand éclectisme dans l'application de la sanction d'une clause pénale à laquelle est dénié le caractère indemnitaire, certains juges l'annulant purement et simplement, d'autres l'annulant en revenant alors au droit commun, d'autres encore la réduisant à ce qui était selon eux le montant des dommages et intérêts prévisible lors de la conclusion du contrat, d'autres encore la réduisant sans préciser le critère auquel ils se rallient; qu'il paraîtrait judicieux de reconnaître aux juges un pouvoir de réduction des clauses pénales qui, dans la ligne de la jurisprudence de la Cour de cassation, devrait s'exercer par rapport au critère du dommage prévisible lors de la conclusion du contrat [7] (sauf application de la théorie de l'abus de droit qui permet au juge de réduire la

---

[5] **A cet égard, pour ce qui concerne la présente recommandation, la Commission estime que la fixation par l'Exécutif du taux de l'intérêt légal doit suivre de près l'évolution des taux d'intérêts pratiqués sur le marché.**

En ce qui concerne les contrats de crédit, il est précisé que l'intérêt de retard ainsi déterminé ne doit pas être inférieur au taux conventionnel du crédit.

[6] Ainsi les clauses pénales pour le cas de renonciation unilatérale fautive peuvent-elles faire double emploi avec les clauses pénales pour résolution du contrat, les premières se distinguant des secondes le plus souvent par le fait que la renonciation fautive intervient dans les jours qui suivent la conclusion définitive du contrat.

[7] Tel est en effet le critère auquel fait référence la Cour de cassation dans son arrêt du 17 avril 1970; on remarquera que de l'arrêt de la Cour de cassation du 29 février 1996, il semble découler que, pour apprécier le dommage prévisible, il n'est pas interdit au juge de prendre en considération des éléments concernant le dommage réellement subi; il ressort cependant nettement de l'arrêt du 17 février 1995 que le juge ne peut, pour le seul motif que l'indemnisation réclamée lui paraît excessive par rapport au dommage effectivement subi, n'accorder qu'une indemnisation moindre;

clause par référence au dommage effectivement subi par le créancier du fait de l'inexécution fautive de ses obligations par son cocontractant lorsque le créancier a adopté un comportement contraire à la bonne foi [8]) [9]; que, dans cette perspective, l'article 32.21 resterait applicable aux seules clauses qu'il vise, à savoir les clauses pénales qui fixent des montants de dommages et intérêts en cas d'inexécution ou de retard dans l'exécution des obligations de l'acheteur qui dépassent **manifestement** l'étendue du préjudice susceptible d'être subi par le **vendeur** [10].

Recommande relativement aux clauses pénales utilisées dans les offres en vente et ventes de produits et de services entre vendeurs et consommateurs, sous réserve de législations et réglementations spécifiques :

1°) Qu' en vue d'assurer l'attention des consommateurs sur leur existence et leur contenu, elles soient écrites en caractères gras ou soulignées[1], elles soient regroupées sous un intitulé unique du type "sanctions en cas de non-respect des obligations contractuelles", elles soient rédigées de manière intelligible pour des personnes non averties du langage juridique, elles visent distinctement les diverses hypothèses d'inexécution et leurs sanctions respectives.

2°) Que l'exigence de réciprocité des clauses pénales, exprimée dans la loi, en vue d'assurer l'équilibre des intérêts en présence, soit entendue comme signifiant que son respect suppose que, pour chaque manquement du consommateur sanctionné par une clause pénale, soit prévue une clause pénale dans l'hypothèse de manquement de même type imputable au vendeur, sans que ces clauses doivent d'ailleurs être identiques dans leurs montants.

3°) Que pour les clauses pénales visant l'hypothèse de renonciation unilatérale fautive au contrat, il soit tenu compte, dans la fixation du montant des dommages et intérêts, des difficultés pour le vendeur de revendre le bien ou le service, et pour le consommateur de se le procurer ailleurs, étant permis que la clause réserve le droit pour chacune des parties de préférer en revenir au droit commun en prouvant l'existence et le montant du dommage effectif subi du fait de l'inexécution fautive des obligations contractuelles.

4°) Que les clauses pénales fixant les intérêts moratoires pour retard dans le paiement du prix fassent référence à l'intérêt légal éventuellement augmenté d'un nombre déterminé de points dont le créancier peut être appelé à justifier le nombre, tout en permettant de réserver comme en 3°) le retour au droit commun.

5°) Que les clauses pénales fixant une indemnité forfaitaire en cas de retard dans l'exécution des obligations contractuelles ne soient applicables que si l'attention du débiteur a été expressément et préalablement attirée sur leur existence.

---

[8] La Cour de cassation a admis qu'il y avait place en ce sens pour l'application de la théorie de l'abus de droit dans son arrêt du 18 février 1988; de l'arrêt cité du 17 février 1995, il ressort que le seul caractère prétendument excessif de la clause par rapport au dommage effectivement subi ne peut suffire à justifier la réduction de la clause.

[9] On remarquera que la Commission ne souhaite pas l'octroi aux juges d'un pouvoir de réduction systématique des clauses pénales par rapport au dommage effectivement subi (comp. avec l'art. 90, al. 2, de la loi du 12 juin 1991 relative au crédit à la consommation).

[10] L'article 32.21 paraît bien correspondre au 1.E. de l'annexe de la directive européenne du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, étant visée là la clause qui a pour objet ou pour effet "d'imposer au consommateur qui n'exécute pas ses obligations une indemnité d'un montant **disproportionnellement** élevé"; sans doute le critère n'est-il pas là précisé (dommage prévisible ou dommage effectivement subi) mais le critère, logiquement, doit être le dommage prévisible au moment de la conclusion du contrat puisque la validité d'une clause doit nécessairement s'apprécier à ce moment !

Pour les créances qui font l'objet d'une facture ou de tout document équivalent, cela doit être fait sur la facture ou sur ce document, ou bien par une mise en demeure séparée. Pour les autres créances cela doit être fait à tout le moins au moment de la signature du contrat.

6°) Que le cumul dans l'application des clauses pénales ne soit admis que s'il est établi par le créancier qu'elles visent à sanctionner des dommages prévisibles différents et dans la mesure aussi où n'en résulterait pas un déséquilibre manifeste entre les droits et obligations des parties contractantes.

7°) Que, sous réserve de l'article 32.21 de la loi, soit reconnu aux juges le pouvoir de réduire d'office une clause pénale, que la clause soit prévue en faveur du vendeur ou qu'elle le soit en faveur du consommateur, dès lors qu'il apparaît que le montant fixé dans la clause est supérieur au dommage que les parties pouvaient prévoir, lors de la conclusion du contrat, résulter de l'inexécution de l'obligation contractuelle sanctionnée par la clause, cette recommandation donnant lieu à une disposition légale.

1. L'attention du consommateur peut être attirée par d'autres moyens adéquats (pictogrammes, etc.).