

# Considerations concerning the criminal clause, expression of contractual principle and law abuse

Author Assist.univ.drd. Nora Andreea Daghie

*Dunărea de Jos Galați University, Law Faculty, Law Department, noradaghie@yahoo.com*

**Summary.** The criminal clause is an accessory convention through which the parts evaluate in advance the prejudice-interests which come from the inexecution *lato sensu* of the contractual obligations. This convention named criminal clause is the expression of the contractual liberty principle and presents a singular practical utility but also some inconveniences. Thus the criminal clause allows avoiding the difficulties of judicial evaluation of prejudices-interests. In this way, the creditor is not obliged to evidence the existence and the size of the prejudice, in order to obtain the payment of the amount of money or carrying out other patrimonial value established in the criminal clause being sufficient the proof of non inexecution *lato sensu* of the contractual obligation. The criminal clause has also a strong comminatory purpose, exercising a pressure on the debtor to make all possible to execute precisely the contractual obligation. Due to these reasons it is seen in doctrine by some of the authors as one of the main guarantees in our law. Also in the doctrine however, it is shown that the debtor can be constrained in some situations to accept establishing a very high amount in the criminal clause, sometimes with inequitable consequences, with damaging effect for the debtor.

**Key words:** clause, inexecution, convention, obligations.

## 1. Préliminaires

La question de l'évaluation du préjudice doit être toujours mise, d'une manière subséquente à la preuve de toutes les conditions de la responsabilité civile et des conditions qu'un préjudice doit satisfaire pour être susceptible de réparation.

Ce principe s'applique y compris dans le cas de la responsabilité contractuelle.

En ce qui concerne l'établissement du montant des dédommagements (c'est-à-dire de la somme d'argent qui représente l'équivalent du préjudice subi par le créateur pour l'inexécution ou l'exécution retardée ou non conforme de l'obligation assumée par son débiteur) il y a trois types d'évaluation, différenciées en fonction de la source ou de leur « auteur » : évaluation judiciaire ; évaluation légale ; évaluation conventionnelle.

Les deux premières sont communes à la responsabilité civile, tandis que l'évaluation conventionnelle est spécifique à la responsabilité contractuelle.

On précise également, qu'elles peuvent coexister en liaison avec le même contrat, dans la mesure où il existe plusieurs violations de son contrat, il y a plusieurs préjudices susceptibles de réparation. En échange, l'un et le même préjudice ne peut pas être réparé que sur la base de l'une de trois façons d'évaluation<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> La fixation du chiffre des dommages-intérêts peut être faite soit par le juge, après avoir constaté l'inexécution ou le retard de l'exécution e du préjudice du créateur soit par les parties, préalablement, par une clause introduite anticipée dans le contrat nommée clause pénale. C. Hamangiu, I. Rosetti Bălănescu, Al. Băicoianu, *Traité de droit civil roumain*, vol. II, Ed. Nationale, Bucarest, 1997, p. 334.

## 2. Notion. Réglementation. Fonctions

Donc, rien n'empêche les parties contractantes d'évaluer les dédommagements par leur accord de volonté. En ce qui concerne cette façon d'évaluation on distingue deux situations<sup>2</sup> :

- les parties peuvent convenir sur le montant des dédommagements après s'être produit le préjudice. C'est le cas, par exemple, de la situation où l'acheteur ne prend pas les biens vendus au délai prévu dans le contrat, le vendeur fait certaines dépenses concernant leur conservation et ultérieurement les parties peuvent convenir pour ce qui est le montant des dédommagements qui leur reviennent<sup>3</sup>.

- les parties peuvent convenir par une clause dans le contenu du contrat ou par une convention séparée<sup>4</sup>, avant la production du préjudice, le montant des dommages-intérêts dus par le débiteur, suite à l'inexécution, à l'exécution non conforme ou retardée de son obligation assumée. Ce qu'on appelle une clause pénale.

La réglementation de la clause pénale se trouve aux articles 1066-1072 Code civil.

Prenant justement et dans leur forme les textes conformes de la loi française<sup>5</sup>, le Code civil roumain définit la clause pénale, dans l'art. 1066, comme étant « le fait par lequel une personne, pour assurer l'exécution d'une obligation se lie de donner une chose en cas d'inexécution de sa part »<sup>6</sup>.

Dans la littérature de spécialité la clause pénale<sup>7</sup> a été définie comme étant une convention accessoire insérée dans le contrat, par laquelle les parties déterminent d'une manière anticipée<sup>8</sup>, de commun

---

<sup>2</sup> C. Stătescu, C. Bîrsan, *Droit civil. Théorie générale des obligations*, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2008, p. 344.

<sup>3</sup> On a montré dans la pratique judiciaire que dans la situation où le vendeur a demandé l'obligation de l'acheteur au paiement d'une clause pénale, stipulée ultérieurement à la conclusion du précontrat, celle-ci ne peut pas être accordée si on n'a pas prouvé la stipulation d'une clause pénale et les conditions légales pour le paiement des dommages moratoires ne sont pas accomplies (dans ce sens, voir le Tribunal, département de Suceava, arrêt civil no. 745/1992, dans la Revue Le Droit no. 4/1993, p. 54-55).

<sup>4</sup> Les parties contractantes ont la possibilité de déterminer le montant des dommages-intérêts ultérieurement à la conclusion du contrat mais avant le moment du préjudice. En règle générale, l'évaluation anticipée des dédommagements est réalisée sous la forme de la clause pénale inscrite dans le contenu du contrat ou établie par une convention séparée, ultérieure à sa conclusion mais avant la production du préjudice. La mention existante dans les factures émises par l'une des parties concernant le paiement de pénalités, acceptée par l'autre partie, produit les effets d'une clause pénale même si celle-ci n'ait pas été mentionnée dans le contrat et dans la situation où entre les parties il n'y a pas de contrat conclu sous la forme écrite (C.A. Galați, s. com., arrêt no. 82/1997, en V. Terzea, *Code civil annoté*, vol. II, Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2009, p. 735-736).

<sup>5</sup> Le texte de l'art. 1226 du Code civil français a une expression presque identique, il se rapporte à « l'exécution d'une convention ».

<sup>6</sup> Le projet de Code civil du 2004, prévoyait dans l'art. 1024 paragraphe (1<sup>er</sup>) qu'alors « quand une personne s'en charge à une certaine prestation comme une compensation des préjudices causés par inexécution totale ou partielle ou par exécution avec retard de ses obligations, l'autre partie peut demander, en cas d'inexécution, soit l'exécution de l'obligation principale soit l'exécution de la pénalité ».

Le projet de Code civil du 2009, définit la clause pénale dans l'art. 1548 paragraphe (1<sup>er</sup>): « La clause pénale est celle par laquelle les parties évaluent d'une manière anticipée les dommages-intérêts, stipulant que le débiteur s'en charge à une certaine prestation dans le cas de l'inexécution de l'obligation principale » et dans une telle situation, paragraphe (2) il ajoute : « le créancier peut demander soit l'exécution forcée en nature de l'obligation principale soit la clause pénale ».

<sup>7</sup> Dans la doctrine, la clause pénale est encore définie comme la « convention accessoire par laquelle les parties établissent par appréciation le montant des dommages-intérêts (ou moratoires) qui seront dus par la partie coupable, en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle » ou la convention accessoire par laquelle les parties déterminent d'une façon anticipée l'équivalent subi par le créancier, conséquence de l'inexécution, de l'exécution retardée ou non conforme de l'obligation par son débiteur et qui consiste dans une somme d'argent et une autre valeur patrimoniale (dans ce sens, voir M. Costin, M. Mureșan, V. Urșu, *Dictionnaire de droit civil*, Ed. Scientifique et Encyclopédique, Bucarest, 1980, p. 90).

<sup>8</sup> Représentant une évaluation anticipée des dédommagements et étant accordée indépendamment de l'existence ou de l'extension du dommage réel, l'instance suprême a établi qu'il est obligatoire et valable entre les parties la clause pénale, n'importe quel soit son montant, même si la pénalité établie pour le simple retard est égal avec la somme due comme objet de l'obligation principale. Alors, dans un contrat de commission, à l'accomplissement de la commission, le commissionnaire devait recevoir une somme d'argent comme paiement. Dans le contrat il a été stipulé aussi une clause, selon laquelle, dans le cas où la somme n'était pas payée au terme, le commissionnaire pouvait recevoir une pénalité égale à la somme due. L'instance suprême a établi que ce contrat de commission, conclu entre les parties a, entre elles, le pouvoir de loi parce qu'il ne vaine aucune disposition légale qui prohibe une telle situation. D'autre part, les dommages fixés, de cette façon, ne doivent pas être justifiés ou prouvés et il n'est pas nécessaire de souligner que le retard du paiement du commission a apporté un préjudice celui en droit de prétendre (Tribunal Suprême, collège civil, arrêt no. 810/1953, C.D. 1952-1953, p. 58).

accord, l'extension des dédommagements qui seront payés par le débiteur dans la situation d'inexécution entière ou partielle de l'obligation ou dans la situation d'exécution défectueuse ou retardée<sup>9</sup>.

Les dommages-intérêts conventionnels peuvent être établis pour toute forme d'inexécution. Par rapport aux dommages compensatoires, les dommages conventionnels s'accordent aussi pour l'exécution retardée de l'obligation, c'est pourquoi ils couvrent tant la fonction des dommages compensatoires que la fonction des dommages moratoires (de retard)<sup>10</sup>.

En ce qui concerne l'objet de la clause pénale, en vertu de l'art. 1066 Code civil, il consiste soit dans une somme d'argent soit dans un autre objet. Généralement l'objet de la clause pénale consiste dans l'obligation de payer une somme d'argent déterminée ou déterminable nommée pénalité.

Cette convention nommée clause pénale est l'expression du principe de la liberté contractuelle et elle présente une utilité pratique particulière.

L'avantage de la stipulation de la clause pénale consiste dans l'évitement d'un éventuel procès entre les parties, d'un litige qui aurait comme objet la détermination des dédommagements dus pour le préjudice causé au créancier par l'inexécution des obligations contractuelles et, par conséquent l'obligation du débiteur au paiement de sommes d'argent représentant les dommages intérêts. Ainsi, le créancier n'est pas obligé de prouver l'existence ou l'extension du préjudice pour l'obtention du paiement de la somme d'argent ou de la prestation d'autre valeur patrimoniale établie dans la clause pénale étant suffisante la preuve de l'inexécution *lato sensu* de l'obligation contractuelle<sup>11</sup>. La somme d'argent ou une autre valeur patrimoniale prévue dans le contenu de la clause pénale est due par le débiteur au lieu des dommages intérêts que, celui-ci, à défaut d'une telle clause, serait obligé les payer<sup>12</sup>. Il résulte donc, que l'instance ne peut pas accorder un dédommagement plus grand<sup>13</sup> ou plus petit que celui établi par les parties<sup>14</sup>.

Les clauses pénales qui visent seulement le montant des dédommagements en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle se différencient des clauses d'imprévision qui visent l'adaptation du contrat aux nouvelles conditions économiques justement pour pouvoir permettre son exécution<sup>15</sup>.

L'utilité de la clause pénale résulte aussi dans l'hypothèse où l'indemnité établie est moindre que la valeur réelle du préjudice, la responsabilité du débiteur étant diminuée par le biais de la clause pénale<sup>16</sup>.

---

<sup>9</sup> I. Dogaru, P. Drăghici, *Bases du droit civil, vol. III, Théorie générale des obligations*, Ed. C.H. Beck, Bucarest, 2009, p. 451-452; C.S.J., s.com., arrêt no. 243/1996, dans la Revue Le Droit no. 1/1997, p. 117; Idem, arrêt no. 642/1996, dans la Revue Le Droit no. 3/1997, p. 122; Idem, arrêt no. 661/1995, dans la Revue Le Droit no. 5/1996, p. 125.

<sup>10</sup> Concernant la fonction compensatoire de la clause pénale, voir le Tribunal Suprême, collège civil, arrêt no. 1267/1968, R.R.D. no. 1/1969, p. 153. La clause pénale étant une compensation des dommages-intérêts que le créancier subit de l'inexécution de l'obligation principale, il ne peut pas demander en même temps la pénalité et l'objet de l'obligation principale, excepté le cas où la pénalité s'est stipulée pour le simple retard de l'exécution (art. 1069 Code civil)

<sup>11</sup> R. Motica, E. Lupan, *Théorie générale des obligations civiles*, Ed. Lumina Lex, Bucarest, 2008, p. 565.

<sup>12</sup> La clause pénale, comme il a été établi dans la vieille doctrine, est immuable et irréductible, ayant comme but la détermination anticipée du montant du préjudice que le créancier va subir, de telle manière que l'instance n'est pas appelée le déterminer par une propre appréciation, mais elle va constater si l'exécution s'est faite ou non dans les conditions stipulées par le contrat.

<sup>13</sup> Dans le droit anglais il y a certaines clauses contractuelles semblables à la clause pénale, par leur but de déterminer le débiteur d'exécuter ses obligations, telles les clauses d'accélération du paiement, les clauses de réduction de prix pour l'exécution au terme, les clauses concernant la retenue de dépôts ou la clause concernant les paiements partiels.

<sup>14</sup> Cette solution prise par la pratique n'est pas exemptée de toute critique, dans les conditions de l'instabilité monétaire, circonstance qui pourrait déterminer l'actualisation de la somme prévue dans la clause pénale.

<sup>15</sup> C.S.J., s. com., arrêt no. 993/11.03.1999, B.J. 1990-2003, Ed. All Beck, 2004, p. 285. La demande d'actualisation des dommages comminatoires par rapport à la dépréciation de la monnaie nationale ne peut par être reçue parce que ces dommages constituent un moyen indirect de contrainte à l'exécution d'une obligation de faire ou non, ont un caractère provisoire et subsidiaire, et ils ne peuvent pas dépasser la valeur du préjudice subi par inexécution; C.S.J., s. com., arrêt no. 591/06.12.1994, B.J. 1990-2003, Ed. All Beck, 2004, p. 284. En vertu de l'art. 1085 Code civil, le débiteur ne répond que des dommages-intérêts qui ont été prévus ou qui ont pu être prévus à l'élaboration du contrat, quand l'inaccomplissement de l'obligation ne provient pas de son dol. Dans les contrats où les parties ont prévu une clause d'imprévision, celle-ci ne peut pas produire ses effets, étant contraire aux prévisions de l'art. 1085 Code civil, texte qui consacre au principe de la responsabilité pour la réparation du préjudice prévisible dans le moment de la conclusion du contrat.

Si par la clause pénale on détermine également un montant plus élevé de pénalité par rapport à l'ampleur du préjudice, le débiteur sera intéressé d'exécuter les obligations assumées. Dans ce sens, la clause pénale a aussi un puissant but comminatoire, exerçant une pression sur le débiteur de faire tout le possible d'exécuter exactement les obligations contractuelles.

Dans la doctrine on présente aussi certains inconvénients de la clause pénale<sup>17</sup>. En effet, le débiteur peut être contraint dans certaines situations d'accepter la détermination d'une somme très élevée dans la clause pénale, parfois avec des conséquences inéquitables, avec des effets lésionnaires pour lui. La situation où la somme établie par la clause pénale est trop petite elle peut être aussi un inconvénient et elle peut apparaître comme un stimulant pour se soustraire délibérément à l'exécution des obligations contractuelles, avant tout quand la clause pénale est inférieure au bénéfice que le débiteur peut détenir suite à l'inexécution du contrat.

La clause pénale n'entraîne pas la conversion de l'obligation initiale dans une obligation alternative car le débiteur ne peut se libérer de la dette optant entre l'exécution en nature de la prestation principale et le paiement de la somme ou d'une autre valeur patrimoniale prévue dans le contenu de la clause pénale. Une telle option l'a seulement le créancier et quand l'obligation principale, devenue exigible, n'a pas été exécutée en nature par le débiteur<sup>18</sup>.

Les principales fonctions de la clause pénale sont : une fonction réparatrice parce que son but le plus important est de réparer le préjudice essayé par le créancier suite à l'inexécution, à l'exécution défectueuse ou retardée par le débiteur des obligations assumées contractuellement ; une fonction de sanction parce que le débiteur est obligé à payer la somme d'argent ou la valeur patrimoniale prévue dans le contenu de la clause pénale même quand celles-ci sont supérieures à la valeur du préjudice effectif essayé par le créancier ; une fonction stimulatrice parce que, par son caractère drastique elle représente un moyen de stimulation du débiteur à une conduite contractuelle correcte, pour ne pas s'exposer aux conséquences négatives dérivant de la mise en application de cette clause.

A la clause pénale on a reconnu aussi une fonction de garantie<sup>19</sup>, qui est efficace seulement dans la mesure où le montant de la pénalité est établi conformément, dans une somme qui soit au moins égale aux dédommagements que le débiteur serait obligé les payer à défaut d'une clause pénale et une fonction d'évaluation<sup>20</sup> des dédommagements que la partie coupable paierait dans le cas de l'irrespect des obligations prévues dans le contrat.

### **3. Intangibilité judiciaire de la clause pénale, abus de droit ?**

Dans le système de réglementations concernant les « effets des obligations », particulièrement celles ayant comme objet les « dommages-intérêts », l'art. 1087 Code civil prévoit : « Quand la convention précise que la partie qui n'exécutera pas, payera une somme quelconque comme dommages-intérêts, on ne peut octroyer à l'autre partie une somme ni plus grande ni moindre ». Ainsi, on souligne non seulement la fonction compensatoire de la clause pénale mais on postule explicitement et impérativement la règle de l'intangibilité judiciaire de la clause pénale, les instances s'attachant sans

---

<sup>16</sup> I. Adam, *Droit civil. Théorie générale des obligations*, Ed. All Beck, Bucarest, 2004, p. 427.

<sup>17</sup> L. Pop, *Droit civil roumain. Théorie générale des obligations*, Ed. Lumina Lex, Bucarest, 1998, p. 349.

<sup>18</sup> M. Costin, C. Costin, *Dictionnaire de droit civil de A à Z*, 2<sup>e</sup> édition, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2007, p. 164.

<sup>19</sup> S. Angheni, *Clause pénale dans le droit civil et commerciale*, Ed. Oscar Print, Bucarest, 1996, p. 18. C'est vrai, que, indirectement, par la menace qu'elle représente pour le débiteur, la clause pénale contribue à l'exécution de l'obligation mais elle n'est pas un moyen juridique spécifique mis à la disposition du créancier pour la réalisation de sa créance (qui est la garantie) mais elle apparaît comme modalité d'évaluation du préjudice subi par le créancier en cas d'inexécution *lato sensu* de l'obligation du débiteur (voir R. Motica, E. Lupan, op. cit., p. 565).

<sup>20</sup> St. Cârpenaru, *Contrats économiques. Théorie générale*, Ed. Scientifique et Encyclopédique, Bucarest, 1981, p. 354. On soutient aussi le caractère bivalent de la clause pénale, dans le sens qu'elle est « ... un moyen d'évaluation anticipée des dédommagements conséquences de l'inexécution d'un contrat mais elle peut être aussi un moyen de garantie de l'exécution des obligations » (dans ce sens, voir V.D. Zlătescu, *Garanties du créancier*, Ed. Academiei, Bucarest, 1970, p. 85).

réserves, quand elles même ont été chargées avec la solution du litige, à l'interdiction prévue par la loi<sup>21</sup>.

Alors, en vertu du principe *pacta sunt servanda*, l'instance, en principe, n'a pas la possibilité de réduire ou d'agrandir le montant de la clause pénale<sup>22</sup>.

Mais, par exception, la pratique judiciaire a admis qu'on peut octroyer des dédommagements plus grands qu'ceux prévus dans la clause pénale, dans les suivantes situations<sup>23</sup> :

- a. dans le cas d'une évidente disproportion entre le dédommagement prévu dans le contrat et le dommage réel, si le dédommagement prévu est moindre que le dommage réel ;
- b. si le débiteur n'a pas exécuté son obligation grâce au dol ou à sa culpabilité grave.

La jurisprudence arbitrale particulièrement, apporte d'autres arguments pour soutenir l'idée de la mutabilité judiciaire de la clause pénale. Il est connu le cas, quand par exception l'instance a réduit la clause pénale dans la situation où celle-ci a été excessive<sup>24</sup>, dans l'idée de résolution équitable du différend. La Cour d'Arbitrage Commerciale International auprès la Chambre de Commerce et d'Industrie de Roumanie, dans la solution de la même espèce a décidé que, « quoique dans les rapports juridiques entre les agents économiques de nationalité roumaine, par des dispositions d'ordre public, il soit prévu, en règle générale, que le paiement doit être effectué en lei, la clause en discussion (par laquelle les parties avait établi la valeur des pénalités par rapport au dollar) est, quand même légale, tandis qu'elle stipule que le dédommagement représente l'équivalent en lei d'une certaine somme établie en devises.

Un autre arrêt de la Cour d'Arbitrage Commercial auprès la Chambre de Commerce et d'Industrie de Roumanie<sup>25</sup> a seulement le mérite incontestable d'« évader » de la carapace mystificatrice des normes impératives concernant la clause pénale, de faire prévaloir l'interprétation théologique de la norme, non tout simplement sa condition formelle de réaliser une « brèche » dans une pratique judiciaire et arbitrale par excellence conservatrice<sup>26</sup>, qui ignore la réalité mais aussi le mérite d'être offert comme repère, observé déjà par les tribunaux arbitraux et, tout isolement, même par certaines instances – mais seulement dans le jugement de l'action en annulation de l'arrêt arbitral<sup>27</sup> – pour une autre manière d'approche des dispositions de l'article 1087 Code civil, une manière « contemporaine » avec la législation des autres pays<sup>28</sup> en matière et avec les orientations internationales<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> Comme exemple, on mentionne C.S.J., s. com., arrêt no. 508/16.07.1995 (non publiée); arrêt no. 3086/14.07.1998 (non publié); C.A. Pitești, arrêt no. 200/1998, en « Recueil d'arrêts l'année 1998 »; C.A. Craiova, arrêt no. 2292/1999 (non publié); C.A. Timișoara, arrêt no. 689/R/17.03.1999.

<sup>22</sup> G. Boroi, L. Stănculescu, A. Almășan, I. Pădurariu, *Droit civil. Cours sélectif pour licence*, 4<sup>e</sup> édition, Ed. Hamangiu, Bucarest, 2009, p. 295.

<sup>23</sup> I. Dogaru, P. Drăghici, op. cit., p. 453.

<sup>24</sup> Arrêt no. 20/24.02.1997, Revue Le Droit no. 3/2000, p. 88, où on fait référence à un contrat d'achat-vente achevé entre deux agents économiques de nationalité roumaine qui ont établi une clause pénale, selon laquelle le vendeur devait payer à l'acheteur un dédommagement égal à l'équivalent en lei d'un million dollars EU, au cours de jour d'effectuation du paiement, dans le cas de résiliation unilatérale du contrat.

<sup>25</sup> Arrêt no. 158/19.10.1999, dans la Revue de droit commercial nr. 4/2000, p. 125-127.

<sup>26</sup> Isolement, et avant, certaines instances arbitrales ont admis la réduction de la clause pénale évidemment disproportionnelle par rapport à la valeur réelle du préjudice. Mais – comme on l'a dit à l'époque – parce qu'il « n'intéressait pas la compensation ou les conditions d'équité », par les Instructions P.A.S. nr. 3/1961 il a été décidé l'irrecevabilité de la réduction de la clause pénale (voir I. M. Anghel, Fr. Deak, M. F. Popa, *Responsabilité civile* Ed. Scientifique, Bucarest, 1970, p. 386 *apud* I. Deleanu, *Fictions juridiques*, Ed. All Beck, Bucarest, 2005, p. 383).

<sup>27</sup> Au contraire, en principe, l'instance suprême a décidé que la volonté des parties dans l'établissement de la clause pénale ne peut pas être modifiée par les instances, dans le sens de la limitation des pénalités, contrairement à celles convenues dans le contrat (C.S.J., s. com., arrêt no. 4/2000, dans la Revue de droit commercial no. 9/2001, p. 162).

<sup>28</sup> Alors, l'art. 1384 du Code civil italien prévoit le fait que, lorsque la pénalité est « manifestée excessivement » elle peut être réduite, « en équité »; l'art. 163 paragraphe (3) du Code fédéral suisse des obligations prévoit que le juge peut réduire la pénalité s'il la « considère comme excessive »; l'article 343 de la loi civile allemande prévoit que, lorsque la pénalité est « excessivement élevée », à la demande du débiteur, elle peut être réduite à un montant « raisonnable » compte tenu de « l'intérêt légitime du créancier et non seulement de son intérêt patrimonial »; l'article 1152 paragraphe (2) du Code civil français prévoit que le juge « même d'office » peut « modérer ou augmenter la punition convenue, si elle est excessive ou dérisoire »; toutes les stipulations contraires seront présumées comme non écrites » (pour des renseignements supplémentaires, voir G. Bâldea, *La clause pénale, expression de la responsabilité contractuelle*, dans la Revue Le Droit no. 2/2000, p. 50 et les suivantes.). « La solution du Code civil roumain en matière est restée en arrière par rapport à celle trouvée dans d'autres

Voilà la phrase laconique mais riche dans des significations de cet arrêt arbitral : « La règle de l'irréductibilité de la clause pénale ne peut pas être comprise qu'elle s'appliquerait aussi à une clause pénale abusive, par laquelle il serait violé les exigences de l'équité et de bonne foi, de l'équilibre entre les prestations des parties, et par laquelle on arriverait à l'enrichissement sans juste raison d'une partie dans le détriment de l'autre partie. La réalisation de la justice doit dominer tout mécanisme juridique ».

La clause pénale n'étant qu'un substitut équivalent des dommages-intérêts, elle ne peut pas excéder à leur efficacité, à celles prévues ou prévisibles lorsque le contrat a été signé, y compris une clause pénale. En d'autres termes, le montant de la clause doit représenter même le montant des dommages-intérêts, en vue de la réparation intégrale et aussi réelle du préjudice. Sinon, la clause serait le créateur d'une « police d'assurance » pour d'autres préjudices ou un moyen occulte pour des opérations spéculatives<sup>30</sup>.

Au titre de l'article 4 paragraphe 1 de la Loi no. 193/2000 les clauses abusives des contrats conclus entre les commerçants et les consommateurs, les clauses abusives sont les clauses qui n'ont pas été négociées directement avec le consommateur et qui par leur nature ou avec d'autres prévisions du contrat créent au détriment du consommateur et contrairement à la demande de la bonne foi un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

Le 2<sup>e</sup> paragraphe de l'article précise lorsqu'une clause contractuelle est considérée comme étant négociée directement avec le consommateur, respectivement quand celle-ci a été établie sans donner la possibilité au consommateur d'influencer sa nature.

De l'analyse du texte de loi il résulte qu'une clause n'est pas considérée abusive que seulement si par elle-même crée dans le détriment du consommateur et contrairement à la bonne foi à un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

Donc, il faut établir un résultat objectif de la clause, celui de créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties dans le détriment du consommateur et subjectivement il faut violer la bonne foi<sup>31</sup>.

Sous cet aspect, le Projet de Code civil de 2004, dans l'art. 1026 paragraphe (2), prévoyait la possibilité de l'instance, le cas échéant, de procéder à l'appréciation du montant de la clause pénale : « L'instance peut réduire la clause pénale lorsqu'elle est manifestement disproportionnée par rapport au préjudice qui pouvait être prévu par les parties à la conclusion du contrat. Par l'effet de la réduction, le montant de la clause pénale ne peut, en nul cas, arriver au niveau du préjudice subi par le créateur ». L'actuel projet de Code civil, adopté à la réunion du Gouvernement du 11 Mars 2009, propose aussi des solutions à cet effet, par les dispositions de l'art. 1551, avec le nom évocateur « La réduction de la clause pénale » : « le paragraphe (1<sup>er</sup>) L'instance ne peut pas réduire la pénalité lorsque : a) l'obligation principale a été exécutée partiellement et de cette exécution a profité le créateur, b) la pénalité est manifestement excessive par rapport au préjudice qui pouvait être prévu par les parties à la conclusion du contrat, paragraphe (2) Dans le cas prévu au (1<sup>er</sup>) paragraphe lettre b) la clause pénale, ainsi réduite, doit rester supérieure à l'obligation principale. Paragraphe (3) Toute stipulation contraire est réputée non écrite ».

---

« systèmes de droit » – remarquait-il il réputé et distingué civiliste (C. Bîrsan, *Effets des obligations*, en C. Stătescu, C. Bîrsan, *Droit civil. Théorie générale des obligations*, Ed. All, Bucarest, 1992, p. 309.

<sup>29</sup> Voir, par exemple : l'art. 3 de la Directive du Conseil de l'Europe no. 93/13 du 05.04.1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs ; l'art. 3.10 de Principes UNIDROIT relatifs aux contrats de commerce international (Les Principes de l'Institut International pour l'Unification du Droit Privé, de Rome, élaborés entre les années 1971-1994 et approuvés par le Conseil Directeur, en mai 1994) ; le 4<sup>e</sup> article de la Convention Benelux.

<sup>30</sup> « Si l'évaluation des dommages-intérêts se fait judiciairement, on ne voit pas un obstacle insurmontable, comme tout judiciaire, restrictif ou exceptionnel, le cas échéant, de procéder à l'appréciation du montant de la clause pénale » - I. Deleanu, op. cit., p. 385.

<sup>31</sup> „ Le caractère abusif des pénalités établies par rapport à leur montant ne peut pas être reçu, la clause pénale étant établie de commun accord par les deux parties et prenant en considération les sommes qui auraient constituées la contre-valeur de la contreprestation se rapportant à celles-ci, de sorte qu'un juste équilibre apparaît comme étant établi par rapport à l'objet et à la nature du contrat proportionnellement avec la contreprestation de la partie de sorte qu'elles ne puissent pas être appréciées comme étant disproportionnellement grands » – I.C.C.J., s. com., arrêt no. 833/29.02.2008, dans le Bulletin de la Cassation no. 4/2008, p. 39-40.

#### 4. Conclusions

L'efficacité maximale des dispositions légales consacrées à la clause pénale serait obtenue dans les conditions de l'application raisonnable et utile pour les relations économiques des dispositions qui expriment la dimension compensatoire et la dimension de sanction de la clause, non pas dans les conditions de la recevabilité d'une pénalité écrasante et inéquitable, qui serait presque toujours une source de tensions et de dysfonctionnements en matière contractuelle.

L'accord de volonté représente l'élément essentiel dans la théorie générale du contrat mais son effet obligatoire ne réside pas dans le pouvoir souverain des volontés individuelles mais il est accordé par la loi dans la considération des idées de morale, d'équité et d'utilité sociale. Les raisons de la reconnaissance de la force obligatoire des contrats – soit celle originaire, de facture romane et jusnaturaliste – divine, soit celles proposées par les courants modernes – démontrent que ce principe ne doit pas être compris et appliqué dans le sens absolu, intangible, n'étant pas un but en soi.

Le dogme de « l'autonomie de volonté », considérée en règle générale comme étant emprunté de la morale kantienne, postulait le principe selon lequel une personne ne peut être soumise à aucune autre loi que celle qu'il s'est donnée soi-même. Le corollaire de l'autonomie de volonté serait la « liberté contractuelle » tant en ce qui concerne « le fond du droit » que la « forme » du contrat et « la force obligatoire du contrat ».

Mais la vie a dépassé la philosophie et la morale contractuelle et la presse de « l'autonomie de volonté » comme elle a été autrefois conçue est maintenant dépassée, devant être remodelée.

En conclusion, nous plaçons pour le soutien du droit de l'instance d'augmenter ou de diminuer le montant de la clause pénale, de sorte que les dispositions de l'article 1087 Code civil n'offre pas la possibilité de la dérogation d'un autre principe connu, que sans préjudice il ne peut pas exister d'action dans les dommages.