UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

LA CLAUSE PENALE

ETUDE COMPARATIVE DE DROIT SUISSE ET DE DROIT TURC

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de docteur en droit

par

MEHMET ERDEM

ANKARA
2006

Mehmet ERDEM

LA CLAUSE PENALE
ETUDE COMPARATIVE DE DROIT SUISSE ET DE DROIT TURC

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT

LA CLAUSE PENALE

ETUDE COMPARATIVE DE DROIT SUISSE ET DE DROIT TURC

THÈSE

présentée à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
pour l'obtention du grade de docteur en droit

par

MEHMET ERDEM

Prof. Thomas PROBST, directeur de thèse
Prof. Pierre WESSNER, rapporteur
Prof. Halûk BURCUOĞLU, rapporteur

ANKARA
2006

A MES PARENTS

REMERCIEMENTS

La présente étude a été acceptée comme thèse de doctorat le 24 février 2006 à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel.

Ma reconnaissance s'adresse tout d'abord au Professeur Duygun Yarsuvat, recteur de l'Université de Galatasaray, grâce à qui j'ai pu continuer mes études doctorales au sein de l'Université de Neuchâtel. Le Professeur Yarsuvat m'a toujours soutenu et a eu confiance en ma personne durant mes études académiques.

Je remercie également le Professeur Denis Miéville, ancien recteur de l'Université de Neuchâtel, qui m'y a invité pour faire mon doctorat et aussi le Professeur Erdoğan Teziç, President du Conseil de l'Enseignement Supérieur (Turquie), ancien recteur de l'Université de Galatasaray, qui m'a désigné pour cette invitation.

Pendant mon séjour à Neuchâtel Madame İnal Bolle et le Professeur Pierre-Henri Bolle ont toujours été à mes cotés et n'ont jamais épargné leur soutien et confiance, je les remercie infiniment.

Je tiens à remercier mon directeur de thèse, le Professeur Thomas Probst qui a consentit de diriger ma thèse. Monsieur le Professeur Probst a consacré énormément de temps à ma thèse et m'a fait bénéficier de ses précieux conseils. Mes remerciements vont aussi aux Professeurs Pierre Wessner et Halûk Burcuoğlu ayant accepté de faire parti de mon jury de thèse et dont j'ai pu profiter de leurs valeureux commentaires.

Je souhaite également remercier le Professeur Roland Ruedin, qui m'a encouragé tout au début de mon doctorat.

Noémie Hélène Helle, Mathieu Avanzi, Valentin Retornaz, Meral Kaya et Catherine Loetscher Schneider m'ont tous aidé pour finaliser ma thèse, pour cela je les remercie profondément. Remerciements aussi à mes amis Dr. H. Murat Develioğlu, Mustafa et Nevin Goezcan, Dr. Manon Valérie Jendly et Michael Boulianne ainsi qu'à E. Eylem Aksoy.

Sans oublier Madame Marianne von Senger, responsable de la bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel que je remercie pour son aide et patience.

Aussi je voudrais remercier Ayfer et Burcu Burcuoğlu d'etre venu à ma soutenance et de m'avoir soutenu.

Dernièrement, mes infinis remerciements vont à mes parents, mes frères et ma chère amie S. Ayşe Aktan Yazıcı qui ont toujours été à mes cotés pendant toute la durée de ma thèse.

Neuchâtel et Istanbul, mars 2006 Mehmet Erdem

SOMMAIRE

TABLE DES MATIÈRES

DEUXIEME PARTIE
LES DIVERSES ESPÈCES ET
LA SPÉCIFICATION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE

TROISIÈME PARTIE
LES CONDITIONS D'APPLICATION ET
LES EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE

QUATRIÈME PARTIE
LES DOMMAGES-INTÉRÊTS SUPPLÉMENTAIRES,
LA RÉDUCTION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE ET
LA FIN DE LA CLAUSE PÉNALE

ABREVIATIONS

a	ancien
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [Autriche]
Abs.	Absatz
AH	Anno Hegirae
AktG	Aktiengesetz [Allemagne]
AItr	Loi sur l'arbitrage international turque [n° 4686]
al.	alinéa(s)
art.	article(s)
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral [Recueil officiel]
BAG	Bundesarbeitsgericht [Allemagne]
BaK	Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [Allemagne]
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts [= ATF]
BGH	Bundesgerichtshof [Allemagne]
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivil-sachen
BK	Berner Kommentar
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [Allemagne]
c.	considérant(s)
CC	Code civil [suisse] du 10 décembre 1907 [RS 210]
CCfr	Code civil français
CComtr	Code de commerce turc [n° 6762]
CCtr	Code civil turc [n° 4721]
cf.	*confer*
CF	Conseil fédéral
ch.	chiffre
CIA	Concordat sur l'arbitrage du 27 mars 1969 [RS 279]
CJ	Cour de justice
CMtr	Code de travail maritime turc [n° 854]
CO	Code des obligations [suisse] du 30 mars 1911 [RS 220]
COtr	Code des obligations turc [n° 818]

CPC/FR	Code de procédure civile du canton de Fribourg du 28 avril 1953
CPC/NE	Code de procédure civile du canton de Neuchâtel du 30 septembre 1991
CPCtr	Code de procédure civile turc [n° 1086]
CPFr	Code de procédure fiscale turc [n° 213]
CPC/VD	Code de procédure civile du canton de Vaud du 14 décembre 1966
CR	Commentaire romand
CTtr	Code de travail turc [n° 1475]
D.	Digeste de Justinien
DC	Droit de la construction
DPCI	Droit et pratique du commerce international [Paris-New York]
éd.	éditeur/édition
ég.	également
EGV-SZ	Entscheide der Gerichts- und Verwaltungsbehörden des Kantons Schwyz
etc.	*et cætera*
Extraits	Extraits des principaux arrêts rendus par le tribunal cantonal de l'Etat de Fribourg
Fasc.	fascicule
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
G.	Institutes de Gaius
Gaz. Pal.	Gazette du Palais [France]
GVP-SG	St. Gallische Gerichts- und Verwaltungspraxis des Kantons Zug
HD	Chambre civile [Hukuk Dairesi]
HGB	Handelsgesetzbuch [Allemagne]
HGK	Conseil des Chambres civiles réunis [Hukuk Genel Kurulu]
IBK	Arrêt d'unification de la jurisprudence [İçtihadı Birleştirme Kararı]

I.	Institutes de Justinien
i.e.	*id est*
IID	Chambre de poursuite et de faillite [İcra ve İflas Dairesi]
İKİD	Revue de doctrine et de Jurisprudence [Turquie]
Intro.	Introduction
IPRG	Bundesgesetz über das internationale Privatrecht [= LDIP]
JdT	Journal des Tribunaux
LCoop	Loi des coopératives turque [n° 1163]
LdA	Loi des associations turque [n° 5253]
LDIP	Loi fédérale du 18 décembre 1987 sur le droit international privé [RS 291]
LDIPtr	Loi turc sur le droit [et la procédure] international privé [n° 2675]
LF	Loi fédérale
LP	Loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite [RS 281.1]
LPC/GE	Loi de procédure civile du canton de Genève du 10 avril 1987
LPtr	Loi turc sur la poursuite et la faillite [n° 2004]
MunchK	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
N	numéro(s) marginal(aux)
n.	note(s) de bas de page
N.E.	North Eastern Reporter
n°	numéro
NJW	Neue Juristische Wochenschrift [Allemagne]
not.	notamment
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943 [RS 173 .110]
OR	Bundesgesetz über das Obligationenrecht [= CO]
ORC	Ordonnance du 7 juin 1937 sur le registre du commerce [RS 221.411]
ORCtr	Ordonnance [turc] sur le registre du commerce [RG 8.2.1957, n° 9530]

p. ex.	par exemple
PG	Partie générale
PJA	Pratique juridique actuelle
PKG	Die Praxis des Kantonsgerichts von Graubünden
RDS	Revue de droit suisse
réf. [cit.]	référence(s) [cité(s)]
Rem. prél.	Remarque(s) préliminaire(s)
rés.	résumé(e)
RG	Journal officiel de la République de Turquie [T.C. Resmi Gazete]
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIDC	Revue internationale de droit comparé [France]
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJN	Revue de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel du droit fédéral
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSDA	Revue suisse de droit des affaires (depuis 1990)
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RTDC	Revue trimestrielle de droit civil [France]
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
SAS	La société anonyme suisse (remplacée en 1990 par la RSDA)
SJ	La Semaine judiciaire
ss	et suivant(e)(s)
StauK	Staudinger Kommentar
T.C.	La République de Turquie [Türkiye Cumhuriyeti]
TC	Tribunal cantonal
TD	Chambre commerciale [Ticaret Dairesi]
TDPS	Traité de droit privé suisse
TF	Tribunal fédéral
th.	thèse
TL	Livre turc [Türk Lirası]
trad.	traduction/traduit

v.	versus
vol.	volume
YARGITAY	La Cour de cassation turque
YKD	Revue des arrêts du Yargıtay [Yargıtay Kararları Dergisi]
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch [= CC]
ZK	Zürcher Kommentar
ZR	Zeitschrift für Zürcherische Rechtsprechung

BIBLIOGRAPHIE

Ne figurent dans cette bibliographie que les ouvrages cités plusieurs fois. Les autres se trouvent avec leurs références complètes dans les notes de bas de page.

AKEV S. Talat, *Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis* [Le jeu et le pari en droit privé turc], th., Istanbul 1964.

ALTAŞ Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* [Correction des résultats négatifs résultant du vice de forme], th., Ankara 1998.

ALTUĞ Yılmaz/YASAN Mustafa, *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni* [L'ordre public en droit international privé], *in* Mélanges à Ergun ÖNEN, Istanbul 2003, 139 ss.

AMONN Kurt, *Spiel und spielartige Verträge, in* TDPS VII/2, Bâle et Stuttgart 1979.

ARKAN Sabih, *Ticari İşletme Hukuku* [Le droit de l'entreprise commerciale], 7e éd., Ankara 2004.

ARSEBÜK Esat, *Borçlar Hukuku* [Droit des obligations], Vol. I-II, 3e éd., Ankara 1950 [cité : *Obligations*].

ARSEBÜK Esat, *Cezai Şart Mevhumu Etrafında Tahliller* [Analyses sur la notion de clause pénale], *in* Revue de Justice [Istanbul] 1936/16, 987 ss [cité: *Clause*].

ARSLANLI Halil, *Ticari Bey* [La vente commerciale], 4e éd., Istanbul 1955.

AŞÇIOĞLU Çetin, *Yargıtay Kararlarında Cezai Şart* [La clause pénale dans la jurisprudence de la Cour de cassation], *in* Symposium sur le droit commercial et la jurisprudence de Yargıtay, XIV, 4-5 avril 1997, Ankara 1997, 109 ss.

ATAMER Yeşim, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* [Le contrôle des conditions générales d'affaires dans le cadre de la problématique de la délimitation de la liberté contractuelle], th., Istanbul 1999.

BAMBERGER Heinz Georg/ROTH Herbert (éd.), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tome I, §§ 1-610, Munich 2003 [cité: BAMBERGER/ROTH-AUTEUR BGB].

BARLAS Nami, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* [La demeure du débiteur dans l'exécution des dettes d'argent et les résultats généraux de cette demeure], th., Istanbul 1992.

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel/BARDE Louis, *Traité théorique et pratique de Droit civil*, Des obligations, 3e éd., Tome II, Paris 1902.

BECKER Hermann, [Berner] *Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Tome VI, Obligationenrecht, Tome I, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2e éd., Bern 1941 [cité: BK-BECKER CO].

BÉNABENT Alain, *Droit civil*, Les obligations, 8e éd., 2001.

BENTELE Roland, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, th., Freiburg 1994.

BERKİ O. Fazıl, *Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler* [Études sur les arrhes, le dédit et la clause pénale], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1943/5, 279 ss.

BEUTHIEN Volker, *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe*, *in* Mélanges pour le 70e anniversaire de Karl LARENZ, Munich 1973, 495 ss.

BİLGE Necip, *Cezai Şart* [La clause pénale], *in* publié séparament des Mélanges à Esat ARSEBÜK, Ankara 1957.

BİRSEN Kemalettin, *Borçlar Hukuku Dersleri* [Cours de droit des obligations], Vol. I, 3e éd., Istanbul 1954.

BOHNY Peter, *Das arbeitvertragliche Konkurrenzverbot*, th., Zurich 1988.

BRUNNER Christiane/BÜHLER Jean-Michel/WAEBER Jean-Bernard/BRUCHEZ Christian, *Commentaire du contrat de travail*, 3e éd., Lausanne 2004.

BUCHER Eugen, Schweizerisches *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2e éd., Zurich 1988.

BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 2e éd., Bâle–Genève–Munich 2004.

BÜHLER Theodor, *Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht*, *in* Le Centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, 143 ss.

VON BÜREN Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Zurich 1964.

CALAMARI John D./PERILLO Joseph M., *The law of Contracts*, 3e éd., St. Paul, Minnesota 1987.

CARBONNIER Jean, *Droit civil*, Vol. II, *Les biens, Les obligations*, Paris 2004.

ÇELİKEL Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk* [Droit international privé], 7e éd., Istanbul 2004.

CHAPPUIS Fernand, *Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires*, *in* RSDA 2003/2, 65 ss.

Commentaire bernois [cité: BK-AUTEUR].

Commentaire zurichois [cité: ZK-AUTEUR].

COTTI Lukas, *Das vertragliche Konkurrenzverbot*, th., Fribourg 2001.

DELEBEQUE Philippe, *Régime de la réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Clause pénale*, *in* Juris Classeur, Responsabilité civile, Fasc. 212, Art. 1146 à 1155 Fasc. 22.

DEMİRKIRAN İhsan/DEMİR Aysel Cemile/BİLGİN Çağlar, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10 Yıllık Emsal Kararları* [La jurisprudence d'une dizaine d'années du Conseil des Chambres civiles réunis de Yargıtay (1995-2004), Ankara 2004.

DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 1982.

DESCHENAUX Henri, *Note sur l'imprévision et la réduction de la peine conventionnelle du chef de circonstances nouvelles*, *in* JdT 1943 I 107 ss.

DESSEMONTET François, Le point sur la peine conventionnelle lors de la résiliation des contrats de service, CEDIDAC Bulletin d'information n° 15, Lausanne 1991.

DIETZI Walter, *Die Konventionalstrafe und ihr Verhältnis zum Schadenersatz*, th., Bâle 1935.

DOĞANAY İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi* [Commentaire du Code de commerce turc], Tome I, 4e éd., Istanbul 2004.

DOHM Jürgen, *Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Etude de droit suisse et allemand*, *in* Mémoires (n° 33) publiés par la Faculté de droit de Genève, th., Genève 1971.

DUC Jean-Louis/OLIVIER Subilia, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne 1998.

DURAL Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* [L'impossibilité subséquente dont le débiteur n'est pas responsable], Istanbul 1976.

DUTILLEUL F. Collart/DELEBECQUE Phlilippe, *Contrats civils et commerciaux*, 6e éd., Paris 2002.

DUTOIT Bernard/KNOEPFLER François/LALIVE Pierre/MERCIER Pierre, *Répertoire de droit international privé suisse*, Tome I, Berne 1982.

DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4e éd., Bâle–Genève–Munich 2005.

DÜZCEER Rıza, *Pey Akçesi ve Zımanı Rücu* [Les arrhes et le dédit], *in* Revue de Justice [Istanbul] 1956/3, 352 ss.

EBENROTH Carsten Thomas/BOUJONG Karlheinz/JOOST Detlev (éd.), *Handelsgesetzbuch*, Tome II, §§ 343-475h, *Transportrecht, Bank- und Börsenrecht*, Munich 2001 [cité: EBENROTH/BOUJONG/JOOST-AUTEUR HGB].

ELLINGTON Paul R., *Penalty Clauses: England*, *in* DPCI 1982, 507 ss.

ENGEL Pierre, *Contrats de droit suisse*, 2e éd., Berne 2000 [cité: *Contrats*].

ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse*, Dispositions générales du CO, 2e éd., Berne 1997 [cité: *Traité*].

EREN Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 8e éd., Ankara 2003.

ERİŞ Gönen, *Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler* [Code de commerce turc, Entreprise commerciale et Sociétés], Tome I, 3e éd., Ankara 2004.

ERTEKİN Erol/KARATAŞ İzzet, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması* [L'arbitrage volontaire dans la pratique et la reconnaissance des décisions arbitrales internationales], Ankara 1997.

ESSER Josef/SCHMIDT Eike, Schuldrecht, *Allgemeiner Teil*, Tome I, *Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*, Heidelberg 1995.

FARNWORTH E. Allan, *Contracts*, 2e éd., Boston-Toronto-Londre 1990.

FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIII, réimpression de l'édition 1827, Osnabrück 1968.

FEYZİOĞLU F. Necmettin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri* [Dispositions générales du droit des obligations], Vol. II, 2e éd., Istanbul 1977.

FISCHER Detlev, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung*, th., Francfort-sur-le-Main 1981 [cité: *Vertragsstrafe*].

FISCHER Thomas, *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, th., Zurich 1998 [cité: *Schadenersatz*].

FOËX Bénédict, *Le contrat de gage mobilier*, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1997.

FONTAINE Marcel, *Les clauses pénales dans les contrats internationaux*, *in* DPCI 1982, 401 ss.

FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996.

FRANKO Nisim, *Pey Akçesinin Mahiyeti* [La nature des arrhes], *in* Revue de la Faculté de droit d'Istanbul 1995-1996/1-2, 249 ss.

FROSSARD Claude, *Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en droit suisse*, th., Lausanne 1960.

GAUCH Peter, *Le contrat d'entreprise* (trad. française par CARRON Benoît), Zurich 1999 [cité: *Entreprise*].

GAUCH Peter, *Art. 404: sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwigenden Charakters: Urteilsanmerkung Zivilrecht, BGE 115 II 464 ff.*, *in* recht 1992, 9 ss [cité: *recht*].

GAUCH Peter, *La jurisprudence*, *in* DC 1985 14 ss [cité: *Jurisprudence*].

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter René/SCHMID Jörg/REY Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 8e éd., 2 vol., Zurich 2003.

GAUCH Peter/SCHLUEP Walter/TERCIER Pierre, *Partie générale du droit des obligations*, 2e éd., Zurich 1982.

GENEVIÈVE Viney/JOURDAIN Patrice, *Traité de Droit civil,* sous la direction de Jacques GHESTIN, *Les effets de la responsabilité,* 2e éd., Paris 2001.

GLATTFELDER Hans, *Die Aktionärbindungsverträge, in* RDS 78 II 315a ss.

GÖKTÜRK H. Avni, *Cezai Şart Müessesesi* [La clause pénale], *in* Revue du Barreau d'Izmir 1942/2, 396 ss.

GRISEL André, *La clause pénale,* Travail présenté à l'assemblée de la Chambre des notaires neuchâtelois, le 17 juin 1950.

GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht,* 9e éd., Zurich 2000.

GÜNAY C. İlhan, *Cezai Şart* [La clause pénale], Ankara 2002.

HANOTIAU Bernard, *La clause pénale en droit américain, in* DPCI 1982, 515 ss.

HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm* [Droit des obligations, Partie spéciale], Istanbul 1992.

HELVACI Mehmet, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* [La notion d'intérêt pour les dettes d'argent selon le Code des obligations et du commerce], th. d'agrégation, Istanbul 2000.

HERETIER-LACHAT Anne, *Les conventions d'actionnaires ou la face cachée de la lune, in* Le contrat dans tous ses états, Publication de la Société genevoise de droit, A l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine judiciaire, Berne 2004.

HESS Claus, *Die Vertragsstrafe,* th., Berlin 1993.

HOHL Fabienne, *Procédure civile,* Tome II, *Organisation judiciaire, compétence, procédure et voies de recours,* Berne 2002.

HONSELL Heinrich/VOGT Nedim P./WIEGAND Wolfgang (éd.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR,* 3e éd., Bâle-Genève-Munich 2003 [cité: BaK-AUTEUR CO].

HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,* Zurich–Bâle–Genève 2004.

HÜFFER Uwe, *Aktiengesetz,* 5e éd., Munich 2002.

HÜRLIMANN Roland, *Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR,* th., Fribourg 1984.

İMREGÜN Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* [Cours de droit commercial], 11e éd., Istanbul 2001.

İNAN Ali Naim, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 3e éd., Ankara 1984.

JOLIDON Pierre, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage,* Berne 1984.

KANIK Tahir, *Cezai Şart* [La clause pénale], *in* Revue de Justice [Istanbul] 1950/8, 1071 ss.

KARAGÖZ Veli, *Hizmet Sözleşmesinde Cezai Şart* [La clause pénale dans le contrat de travail], th., Istanbul 2004.

KARAHASAN M. Reşit, *Para Borçlarında Cezai Şart* [La clause pénale pour les dettes d'argent], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1966, Le cahier spécial pour le 40e anniversaire du Code civil, 469 ss [cité: *Article*].

KARAHASAN M. Reşit, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droits des obligations, Dispositions générales], Tome V, Istanbul 2004 [cité: *Obligations*].

KARAYALÇIN Yaşar, *Ticaret Hukuku, Giriş – Ticari İşletme* [Droit commercial, Introduction - Entreprise commerciale], 3e éd., Ankara 1968.

KELLER Max/SCHÖBI Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht,* Tome I, *Allgemeine Lehren des Vertragsrechts,* 3e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1988.

KILIÇOĞLU M. Ahmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 5e éd., Ankara 2005.

KNOEPFLER François/SCHWEIZER Philippe, *Droit international privé suisse,* 2e éd., Berne 1995.

KOCAAĞA Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* [La clause pénale en droit privé turc], th., Ankara 2003.

KOLLER Alfred, *Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), in* KOLLER Alfred (éd.), Bau- und Bauprozessrecht Ausgewählte Fragen, St. Gall 1996, [cité: *Verspätungsstrafe*].

KOLLER Alfred, *Das Vorbehaltserfordernis bei Verspätungsstrafen, in* PJA 1996/12, 1518 ss [cité: *PJA*].

KOSTAKOĞLU Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri* [Le droit de la construction et les contrats de construction en échange d'immeuble], 3e éd., Istanbul 2000.

KRAFFT Olivier, *Clause pénales, A quel niveau les réduire ou les augmenter ?, in* Gaz. Pal. du 7 avril 1994.

KUDAT Arkun, *Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti* [La nature de la clause pénale et sa relation avec la peine], *in* Revue du Barreau d'Ankara 1949/58-59, 29 ss.

KUNTALP Erden, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk* [La notion et les différents types de sûreté et la responsabilité découlant de celles-ci], *in* Mélanges à Reha POROY, Istanbul 1995, 263 ss.

KUNTER Nurullah, *La réduction de la peine déjà acquittée, in* RDS 61, 97 ss (ég. *Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezai Şartlar* [La réduction des peines excessives déjà acquittées], *in* Revue de Justice [Istanbul] 1940, 971 ss).

KUNZ Philipp, *Aktuelles Obligationenrecht*, Vol. I *OR 1-529*, Bâle-Genève-Munich 1998.

KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü* [Droit de procédure civile], 6 vol., 6e éd., Istanbul 2001 [cité: *Procédure*].

KURU Baki, *İcra ve İflas Hukuk* [Droit de poursuite et de faillite], 3 vol, 3e éd., Istanbul 1988 [cité: *Poursuite*].

LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, Tome I, 14e éd., Munich 1987.

LARROUMET Christian, *Les obligations, Le contrat*, Tome III, 5e éd., Paris 2003.

LAURENT François, *Principes de droit civil*, Tome XVII, 3e éd., Bruxelles-Paris 1878.

LE ROY Yves/SCHŒNENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich–Bâle–Genève 2002.

LEUENBERGER Christoph, *Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in* KOLLER Alfred (éd.), Grundstückkauf, 2e éd., Berne 2001.

L'HUILLIER Lorent, *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th. Genève 1947.

LINDACHER Walter F., *Phänomenologie der Vertragsstrafe*, Francfort-sur-le-Main 1972.

LOKSAIER Fredj, *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux*, th., Lausanne 1985.

LÖWISCH Manfred (éd.), *Julius von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse*, Tome II, *§§ 328-361 b*, Berlin 2001 [cité: StauK-AUTEUR].

MABILLARD Ramon, *Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, in* PJA 2005/5, 547 ss.

MALINVAUD Phlippe, *Droit des obligations*, 7e éd., Paris 2001.

MAULER Francis, *De la nature de la clause pénale*, th., Neuchâtel 1898.

MAZEAUD Denis, *La notion de clause pénale*, Paris 1992.

MAZEAUD Henri et Léon/MAZEAUD Jean/CHABAS François, *Leçons de droit civil*, Tome II, Vol. I, *Obligations, Théorie générale*, 8e éd., Paris 1991.

MERZ Hans, *Droit des obligations, Partie générale* (trad. française par GIOVANNONI Pierre), *in* TPDS VI/I, Fribourg 1993 [cité: *Obligations*].

MERZ Hans, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2e éd., Fribourg 1992 [cité: *Vertrag*].

MESTRE Jacques, *Obligations et contrat spéciaux, in* RTDC 1985, 367 ss.

MONTAVON Pascal/CHARPIÉ Anne, *Société anonyme*, Lausanne 1998.

MÜLLER Christoph, *International Arbitration, A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and Reported)*, Zurich–Bâle–Genève 2004.

NEERACHER Christoph, *Das Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, th., Berne 2001.

NOMER Ergin/ŞANLI Cemal, *Devletler Hususi Hukuku* [Droit international privé], 12e éd., Istanbul 2003.

ÖCAL Akar, *Para Borçlarında Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri* [La jurisprudence de la Cour de Cassation concernant la clause pénale concernant les dettes d'argent], *in* Revue de Justice 1961/5, 525 ss.

OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, *Medeni Hukuk, Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar* [Droit civil, Introduction – Sources – Notions principaux], 11e éd., Istanbul 2004.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], Istanbul 2000.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, *Eşya Hukuku* [Les droits réels], 10e éd., Istanbul 2004.

OKUTAN NILSSON Gül, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri* [Les contrats d'actionnaire dans les sociétés anonyme], th., Istanbul 2004.

OSER Hugo/SCHÖNENBERGER Wilhelm, *[Zürcher] Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht*, Tome I, *Art. 1-183*, 2e éd., Zurich 1929 [cité: ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO].

ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* [Les lois d'application immédiate et leurs effets sur les contrats], th. [1999], Istanbul 2001.

ÖZKAYA Eraslan, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması* [Le contrat de mandat et l'abus de droit dans ce type de contrat], Ankara 1997.

ÖZSUNAY Ergun, *Borçlar Hukuku* [Droit des obligations], Vol. I, 2e éd., Istanbul 1983.

PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch [Commentaire], 64e éd., Munich 2005 [cité: PALANDT-AUTEUR BGB].

PATRY Robert, *Les accords sur l'exercice des droits de vote de l'actionnaire, in* RDS 78 II 120a ss.

PEIRANO FACIO Jorge, *Nature juridique de la clause pénale dans les droits Français et Latino-Americain, in* RIDC 1949/1-2, 315 ss.

PETITJEAN Marcel, *Die Herabsetzung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, th., Bâle 1937.

PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance*, th., Fribourg 1997.

PINTO-MONTEIRO António, *La clause pénale en Europe, in* Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, Paris 2001, 734 ss.

POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* [Droit des sociétés et de la coopérative], 9e éd.), Istanbul 2003.

POROY Reha/YASAMAN Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku* [Droit de l'entreprise commerciale], 10e éd., Istanbul 2004.

POSTACIOĞLU İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri* [Cours de droit de procédure civile], 6e éd., Istanbul 1975.

PULAŞLI Hasan, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* [Les actes conditionnels et leurs conséquences juridiques], Ankara 1989.

REBMANN Kurt/SÄCKER Franz JÜRGEN/RIXECKER Roland (éd.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Tome 2a, *Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432*, 4e éd. [KRÜGER Wolfgang (réd.), Munich 2003 [cité: MunchK-AUTEUR BGB].

RECK M. Rudolf, *Lohnrückbehalt, Kaution und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht*, th., Zurich 1983.

REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 16e éd., Istanbul 2004.

RIEMER Hans-Michael, *Konventionalstrafe in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln, in* Le Centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, 443 ss.

ROSSEL Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations*, Tome I, 4e éd., Lausanne-Genève 1920.

SANTORO Dimitri, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag*, th. zurichoise, Berne 2001.

SAYMEN F. Hakkı/ELBİR H. Kemal, *Türk Borçlar Hukuku* [Le droit des obligations turc], Istanbul 1958.

SCHERRER Albert, *Das Richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht*, th., St Gall 1934.

SCHNEIDER Albert/FICK Heinrich, *Commentaire du Code fédéral des obligations*, Vol. I (trad. française par PORRET Max-Eugène), Neuchâtel 1915.

SCHÖBI Christian, *Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besondere Berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung*, th., Zurich 1990.

SCHOCH Walter, Begriff, *Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, th., Bern 1935.

SCHUMACHER Rainer, *Commentaire des articles 92 à 113 SIA-Norm 118, in* GAUCH Peter (éd.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Artikel 38-156, Zurich 1992.

SCHWARZ Andreas, *Borçlar Hukuku Dersleri* [Cours de droit des obligations], Vol. I (trad. turc par DAVRAN Bülent), Istanbul 1948.

SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht*, Allgemeiner Teil, Berne 1998.

SCYBOZ Georges, *Le contrat de garantie et le cautionnement, in* TDPS Tome VII/2, Fribourg 1979.

SEÇKİN A. Recai, *La réalisation de la condition suspensive et ses effets juridiques, Etude de droit suisse et de droit turc*, th., Genève 1939.

SECRÉTAN Roger, *Étude sur la clause pénale en droit suisse, précédée d'une introduction sur les arrhes*, th., Lausanne 1917.

SELİÇİ Özer, *Seçimlik Borçların İfası* [L'exécution des obligations alternatives], *in* Revue de la Faculté de droit d'Istanbul, Vol. 34/1-4, 375 ss.

SEROZAN Rona, *Sözleşmeden Dönme* [La résolution du contrat], th. d'agrégation, Istanbul 1975.

SIEHR Kurt, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zurich 2002.

SOLIVA Claudio, *Rechtshistorische Anmerkungen zu Art. 158 OR, in* Mélanges pour le 65e anniversaire de Max KELLER, Zurich 1989, 299 ss.

SPIRO Karl, Die *Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen*, 2 vol., Berne 1975.

STANISLAS Guy, *Le droit de résolution dans le contrat de vente: sanction de l'inexécution des obligations contractuelles: Étude de droit suisse*, th. Genève 1979.

STAUDER Bernd, *De l'exécution forcée des conventions préalables de vote, in* SAS 1968, 174 ss.

STEINAUER Paul-Henri, *Les droit réels*, Tome III, 3e éd., Berne 2003.

SUNGURBEY İsmet, *Acemoğlu'nun « Tapulama Kanunu », « Eşya Hukuku Meseleleri » adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üzerine Notlar* [Notes sur les œuvres « *La loi du registre foncier* », « *Les questions du droit réel* » d'Acemoğlu et sur la méthode juridique de Serozan], Istanbul 1971.

TANDOĞAN Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* [Droit des obligations, Partie spéciale], Vol. I/1, 6e éd., Istanbul 1990 [cité: *Contrat I/1*].

TANDOĞAN Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* [Droit des obligations, Partie spéciale], Vol. II, 3e éd., Ankara 1987 [cité: *Contrat II*].

TANDOĞAN Halûk, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, th., Genève 1952 [cité: *Nullité*].

TANDOĞAN Halûk, *Türk Mesuliyet Hukuku* [Le droit turc de responsabilité], Ankara 1961 [cité: *Responsabilité*].

TANDOĞAN Halûk, *Notion préliminaires à la Théorie générale des obligations, in* Mémoires publiés par la Faculté de droit (Vol. 36), Genève 1972 [cité: *Préliminaire*].

TAYLAN Erbay, *Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu* [La clause pénale], *in* Revue de Yasa Hukuk 1978/1 47 ss.

TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 7e éd., Istanbul 1993.

TERCIER Pierre, *Le droit des obligations*, 3e éd., Zurich 2004 [cité: *Obligations*].

TERCIER Pierre, *Les contrats spéciaux*, 3e éd., Fribourg 2003 [cité : *Contrats*].

TERCIER Pierre, *Défense et illustration de la promesse de vente immobilière, in* DC 1985/2, 24 ss [cité: *Promesse*].

TERCIER Pierre, *L'extinction prématuré du contrat, in* GAUCH Peter/TERCIER Pierre (éd.), Le droit de l'architecte, 3e éd., Fribourg 1995, 361 ss [cité: *Extinction*].

TERCIER Pierre/ROTEN Christian, *La recherche et la rédaction juridiques*, 4e éd., Zurich-Bâle-Genève 2003.

TERRÉ François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves, *Droit civil, Les obligations*, 6e éd., Paris 1996.

THÉVENOZ Luc/WERRO Franz, (éd.), *Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1 – 529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait*, Commentaire, Genève– Bâle–Munich 2003 [cité: CR CO I-AUTEUR].

THILO Emile, *De l'indemnité de retard dans le contrat d'entreprise, in* JdT 1933 I 66 ss.

VON TUHR Andreas/PETER Hans, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationen-rechts*, Vol. I, 3e éd., Berne 1979.

VON TUHR Andreas/ESCHER Arnold, *Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationen-rechts*, Vol. II, 3e éd., Berne 1974.

TUNÇOMAĞ Kenan, *Cezai Şart* [La clause pénale], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1955/12, 564 ss [cité: *Jurisprudence*].

TUNÇOMAĞ Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations turc, Dispositions générales], Vol. I, 6e éd., Istanbul 1976 [cité: *Obligations*].

TUNÇOMAĞ Kenan, *Türk Hukukunda Cezai Şart* [La clause pénale en droit turc], th. [1954], Istanbul 1963 [cité: *Clause*].

UÇAR Salter, *Cezai Şart ve Uygulaması* [La clause pénale et son application], Istanbul 1993.

ÜSTÜNDAĞ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku* [Droit de procédure civile], Tome I-II, 6e éd., Istanbul 1997.

UYGUR Turgut, *Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku* [Code des obligations annoté, Droit de la responsabilité], Tome IV, Ankara 2003.

VELİDEDEOĞLU H. Veldet/ÖZDEMİR Refet, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* [Commentaire du Code des obligations turc], Ankara 1987.

VOGEL Oscar/SPÜHLER Karl, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 7e éd., Berne 2001.

WERRO Franz, *Le mandat et ses effets*, th. d'agrégation, Fribourg 1993 [cité: *Mandat*].

WERRO Franz, *La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: La clé de l'interprétation de l'art. 404 CO, in* DC 1991 55 ss [cité: 404].

WIDMER Urs, *Der richterliche Eingriff in den Vertrag*, th., Zurich 1971.

YAVUZ Cevdet, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler* [Droit des obligations turc, Partie spéciale], 6e éd., Istanbul 2002.

ZEMBULİDİS Temistokli, *Şartı Cezai ve Eyyamı Müteehhire Kiraları* [La clause pénale et les intérêts moratoires], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1932/68, 3560 ss.

ZUFFEREY-WERRO Jean-Baptiste, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, th. d'agrégation, Fribourg 1988.

INTRODUCTION

I. L'objet de l'étude

La présente étude traite de « la clause pénale » et propose une analyse comparative des dispositions pertinentes contenues dans les ordres juridiques suisse et turc.

Quatre-vingts années environ se sont écoulées depuis la réception du Code civil et du Code des obligations suisse en Turquie[1]. Toutefois, l'européanisation du droit turc est plus ancienne et remonte à l'introduction dans l'ordre juridique turc des premiers et troisièmes livres du Code civil Napoléon en 1850, de l'Ordonnance concernant la procédure commerciale en 1862, et enfin du Code de commerce maritime en 1864[2]. La portée de la réception du code civil et du code des obligations suisses va plus loin qu'une simple adoption des textes, elle représente l'ouverture de la Turquie d'une manière irrévocable vers la famille du droit continental avec ses sources romano-germaniques.

Un grand nombre de modifications ont été apportées aux ordres juridiques privés suisse et turc depuis l'entrée en vigueur du code des obligations suisse de 1912 et turc de 1926[3]. Toutefois, les modifications faites en Turquie n'ont pas été aussi importantes qu'en Suisse. Elles ne concernaient que des domaines limités du droit privé. Une révision systématique et complète du droit des obligations turc était donc nécessaire. Une commission pour la révision complète du code des obligations a donc été mise sur pied. Son travail s'est achevé au cours de l'année 2004 par la remise d'un rapport au Ministère de la Justice[4].

Cette réforme, encore à l'état de projet, apportera des modifications dans plusieurs domaines du droit des obligations turc. En ce qui concerne la clause pénale, il existe aussi une modification (art. 181 al. 2 du Projet). Plus précisément, cette modification porte d'une part sur la formulation du texte concernant la nullité de la clause pénale, à

---

1 Le code civil turc [n° 743] du 17 février 1926 [RG 4.4.1926, n° 339], modifié dans sa totalité par la loi du 22 novembre 2001 [n° 4721, RG 8.12.2001, n° 24607]; le code des obligations turc [n° 818] du 22 avril 1926 [RG 29.4.1926, n° 359].

2 Aussi par l'adoption d'un Code pénal à la française et d'un Code de procédure pénale de la même facture.

3 Voir pour les modifications et les abrogations en Suisse http://www.admin.ch/ch/f/rs/2/a210; et en Turquie « *Le catalogue complet des dispositions abrogées* » [Mülga Hükümler Külliyatı], Tome I 109; voir aussi EREN Fikret, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 8e éd., Ankara 2003, 12 ss.

4 Pour ce « *Projet de la révision du code des obligations turc* » voir http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm.

savoir l'art. 161 al. 2 COtr (CO 163 II)[5], et d'autre part sur son contenu, par l'instauration d'une disposition analogue à celle que l'on trouve dans le Code civil français (art. 1227 « *[l]a nullité de la clause pénale [...] n'entraîne point celle de l'obligation principale* ») et qui se rapporte à la question des effets de la nullité de clause pénale sur la validité de l'obligation principale. Cette modification est une déviation de l'art. 20 al. 2 *in fine* COtr (CO 20 II *in fine*) relatif au principe de la nullité partielle du contrat.

Plusieurs études ont déjà été consacrées à la réception du code civil et du code des obligations dans l'ordre juridique turc[6]. La valeur ajoutée de notre travail par rapport à ces contributions est qu'il intéresse un domaine concret et limité. Les études de droit comparé présentent des intérêts considérables, et plus particulièrement dans le domaine du droit privé turc et suisse. Il est fructueux aussi pour les juristes helvétiques de voir l'application de leurs propres dispositions dans un autre pays.

On recense, depuis la fin du XIXe siècle, une dizaine de thèses et de monographies traitant de la clause pénale en Suisse. Néanmoins, le dernier travail en Suisse romande est la thèse de Roger SECRÉTAN, publiée en 1917. Vu l'absence d'une étude rédigée depuis lors en Suisse romande, notre étude peut présenter un intérêt scientifique certain dans ce domaine.

---

5 Lorsqu'on fait des renvois aux articles des dispositions, nous décrirons entre parenthèse l'article coïncidant avec d'autres codes au lieu de faire un tableau de concordance entre les deux codes.

6 Voir *p. ex.* HIRSCH Ernst E., *Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht, in* RDS 95, 223 ss; PRITSCH Erich, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei (seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung), in* Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft [n° 59] 1957 [Allemagne], 123 ss; SAUSER-HALL Georges, *La réception des droits européens en Turquie, in* Recueil de travaux publié par la Faculté de droit de l'Université de Genève, 1938, 325 ss ; SCHWARZ Andreas B., *La réception et l'assimilation des droits étrangers en Turquie, in* Recueil Lambert [Paris] 1938, 581 ss; TERCIER Pierre, *L'anniversaire de la réception du droit civil suisse en Turquie, in* RDS 116 I 3 ss; VELİDEDEOĞLU H. Veldet, *Les facteurs de codification dans l'Empire ottoman et les causes de la réception du Code civil suisse par la Turquie républicaine, in* Annale de la Faculté de droit d'Istanbul 1961/16-17, 21 ss. Voir aussi BUCHER Eugen, *The position of the Civil Law of Turkey in the Western Civilisation, in* International Conférence « Atatürk and Modern Turkey », Ankara 22-23 October 1998, Ankara 1999, 217 ss (ég. http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/72.pdf); SCHOLLER Heinrich/TELLENBACH Silvia (éd.), *Westliches Recht in der Republik Türkei 70 Jahre nach der Gründung, in* Arbeiten zur Rechtsvergleichung (n° 181), Baden-Baden 1996 (not. KRÜGER Hilmar 125 ss).

II. Délimitations

La clause pénale comme les autres garanties peut être liée à différents rapports d'obligation. Dans ce contexte, nous ne présenterons pas de manière détaillée tous les contrats dans lesquels pourrait être insérée une clause pénale. Plus généralement, nous limiterons le présent travail à l'étude du régime général de la clause pénale. Cependant, nous toucherons, le cas échéant, aux différents contrats, et particulièrement aux prohibitions de faire concurrence et au contrat d'entreprise.

Bien que notre travail soit une étude comparée de droit turc et suisse, afin de mieux comprendre l'institution, nous toucherons aussi à d'autres droits, particulièrement au droit allemand et au droit français.

III. Le plan général de la thèse

Notre étude sera divisée en quatre parties:

La première partie sera consacrée à quelques généralités touchant à la clause pénale. Nous déterminerons la terminologie, la notion et la définition de la clause pénale (*paragraphe* Ier), sa nature juridique et sa fonction (*paragraphe* II), et procéderons à la comparaison de la clause pénale avec des institutions semblables (*paragraphe* III).

La deuxième partie traitera des diverses catégories de peine conventionnelle (*paragraphe* Ier) et de leurs particularités (*paragraphe* II).

La troisième partie traitera des conditions d'application de la clause pénale (*paragraphe* Ier) et de la réclamation de la peine conventionnelle (*paragraphe* II).

Enfin, la quatrième et dernière partie, abordera la question des dommages-intérêts supplémentaires (*paragraphe* Ier), de la réduction de la peine excessive (*paragraphe* II) et de l'extinction de la peine conventionnelle (*paragraphe* III).

PREMIÈRE PARTIE

LA CLAUSE PÉNALE EN GÉNÉRAL

§ 1. La terminologie, la notion et la définition de la clause pénale

I. Terminologie

Il faut distinguer la « *clause pénale* » de la « *peine conventionnelle* ». Si la « *clause pénale*[7] » ou « *promesse de peine* » constitue un *acte juridique*, la « *peine conventionnelle*[8] » ou « *peine*[9] » désigne la *prestation objet* de cet acte[10]. Dans la pratique, les termes de clause pénale et de peine conventionnelle sont souvent, et de manière malheureuse, utilisés comme synonymes. Ce constat vaut aussi bien pour les ouvrages rédigés en français, en allemand qu'en turc[11].

En allemand, les termes « *Konventionalstrafe*[12] », « *Vertragsstrafe*[13] » ou seulement « *Strafe* » se rapportent à la prestation, alors que les termes de « *Strafabrede*[14] », « *Konventionalstrafvereinbarung*[15] » « *Strafklausel*[16] », « *Konventionalstrafberedung*[17] » ou « *Konventionalstrafabrede*[18] » se rapportent à l'acte juridique.

En turc, le terme « *cezai şart* » [la clause pénale], ne recouvre pas à la fois l'acte juridique et la prestation qui en découle, contrairement à ce que prétendent certains auteurs[19]. Plus précisément, l'acte juridique se retrouve sous les termes « *cezai şart*[20] »,

---

7 Pour son utilisation, voir CO 105 II, 162 I, *682 I*.

8 Pour son utilisation, voir aCC 91 II; CO 340b II, 357b I c/3, 499 II c/1, 627 c/5, 681 III, 777 c/1, 799 I.

9 Pour son utilisation, voir CO 160 I, II et III, 161 I et II, 163 I, II et III.

10 Grisel André, *La clause pénale*, Travail présenté à l'assemblée de la Chambre des notaires neuchâtelois, le 17 juin 1950, 3; Secrétan Roger, *Étude sur la clause pénale en droit suisse, précédée d'une introduction sur les arrhes*, th., Lausanne 1917, 34 n. 2.

11 Voir pour les critiques dans le même sens et les exemples de ce type d'emplois Bentele Roland, *Die Konventionalstrafe nach Art. 160-163 OR*, th., Fribourg 1994, 3 ss.

12 Pour son utilisation, voir le texte allemand CO 105 II, 160 I, 161 I, 162 I, 163 I et III, 340b II et III, 357b I c/3, 499 II c/1, 627 c/5, 681 III, 777 c/1, 799 I.

13 Pour son utilisation, voir le texte allemand aCC 91 II; voir aussi BGB § 339.

14 Bentele 3 ss.

15 Von Büren Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Zurich 1964, 410; BaK-Ehrat CO Art. 160 N 9.

16 Koller Alfred, *Konventionalstrafe für Bauverzögerungen (Verspätungsstrafe), in* Koller Alfred (éd.), Bau- und Bauprozessrecht Ausgewählte Fragen, St. Gall 1996, 1 ss, N 30.

17 ZK-Oser/Schönenberger CO Art. 163 N 3.

18 BaK-Ehrat CO Art. 160 N 4.

19 Eren 1134; Günay C. İlhan, *Cezai Şart* [La clause pénale], Ankara 2002, 6 ss; Kocaağa Köksal, *Türk Özel Hukukunda Cezai Şart* [La clause pénale en droit privé turc], th., Ankara 2003, 33 ss; Tunçomağ Kenan, Türk Hukukunda Cezai Şart [La clause pénale en droit turc], th. [1954], Istanbul 1963, 1 ss. Voir aussi COtr 158 I, II et III. Cf. aussi Yargitay HGK 20.3.1974, 70-1053/222.

« *ceza şartı*[21] », « *ceza koşulu* » ou « *ceza sözleşmesi* », et la prestation qui découle de cet acte se traduit sous les termes de « *sözleşme cezası* », « *akdi ceza* » ou « *ceza*[22] ».

En fait, le terme de « clause pénale » désigne un acte juridique bilatéral alors que celui de « peine conventionnelle » désigne la prestation qui en découle. La peine conventionnelle n'est pas prévue uniquement par une convention, mais elle peut l'être également par un acte juridique unilatéral[23]. Selon nous, il serait plus précis de traduire l'institution de la « clause pénale » par la « *promesse de peine* », et, en ce qui concerne la prestation, de parler de la « *peine promise* ». Cependant, ces termes étant inscrits dans la loi et utilisés tant dans la doctrine que dans la pratique, nous utiliserons également dans la présente étude les termes de « clause pénale », de « peine conventionnelle », et de « promesse de peine », bien qu'elles apparaissent à nos yeux comme imprécises.

Enfin, un problème étymologique complique encore la situation en droit turc dans la mesure où le terme « *şart* » peut être utilisé tant dans le sens de « clause » que dans le sens de « condition »[24]. Toutefois et selon nous, le terme « şart », mentionné notamment aux art. 158 ss COtr (CO 160 ss), doit être compris uniquement dans le sens de « clause »[25].

Remarque technique: En tenant compte des difficultés rencontrées par les lecteurs suisses en vue d'atteindre et/ou de bénéficier des arrêts de la Cour suprême turque, nous traiterons, dans le cadre de notre travail des points essentiels de ses arrêts et en rédigerons, aussi souvent que possible, de petits résumés dans les notes de bas de page. De même, bien que l'usage veuille que l'on mentionne le lieu d'édition juste après le renvoi aux arrêts, nous préférons mettre un tableau concernant le lieu d'édition en annexe à notre travail. Lorsqu'il y a plusieurs lieux d'édition, nous nous contenterons d'une ou deux références au lieu d'en indiquer la totalité. Nous ajouterons également la Revue des arrêts de Yargıtay lorsqu'ils y ont été publiés.

20 Pour son utilisation, voir COtr *158 I, II* et *III*, 160 I, 351 II; CComtr *405 III, 407 III, 529 I*.

21 ARSLANLI Halil, *Ticari Bey* [La vente commerciale], 4e éd., Istanbul 1955, 454 ss.

22 Pour son utilisation, voir COtr 159 I et II, 161 I, II et III; 351 II et III; CComtr 24.

23 Cf. *infra* deuxième partie § 2, I, B, 1, a, p. 61 ss.

24 Pour les divers sens du mot « şart », voir PULAŞLI Hasan, *Şarta Bağlı İşlemler ve Hukuki Sonuçları* [Les actes conditionnels et leurs conséquences juridiques], Ankara 1989, 6 ss.

25 OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ Turgut, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], Istanbul 2000, 870 n. 373. Voir aussi pour un avis contraire KILIÇOĞLU M. Ahmet, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 5e éd., Ankara 2005, 575.

II. LA NOTION DE CLAUSE PÉNALE

La peine conventionnelle est prévue dans un *acte juridique*[26] qui peut être soit bilatéral[27], c'est-à-dire un contrat, soit unilatéral[28] comme la promesse publique par laquelle le promettant s'oblige à exécuter une peine en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de son obligation.

L'acte doit être *un acte entre vifs*. En effet, les actes qui ne produisent pas leurs effets au cours de la vie du débiteur sont soumis à d'autres dispositions légales. C'est pourquoi les peines fixées en cas de violation d'une charge contenue dans un testament doivent être réglées d'après les dispositions du droit des successions, et non d'après les dispositions relatives à la clause pénale[29]. En revanche, il est possible de prévoir des peines dans les règlements d'entreprise, dans les statuts des associations ou dans les statuts des sociétés. Ainsi, l'art. 405 al. 3 CComtr permet de prévoir des peines dans les statuts des sociétés anonymes pour les obligations secondaires des propriétaires des actions nominatives liées. De même, l'art. 681 al. 3 CO (CComtr 407 III) autorise les statuts de la société anonyme à prévoir des peines à l'encontre des actionnaires en demeure de l'obligation de souscription[30].

La peine conventionnelle crée *une obligation secondaire* qui s'ajoute à l'obligation principale et la renforce[31]. C'est pourquoi, ne constitue pas une clause pénale la clause de déchéance ou celle de réduction d'une prestation ou d'un droit[32].

---

26 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 1; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 1; EREN 1133; KARAGÖZ Veli, *Hizmet Sözleşmesinde Cezai Şart* [La clause pénale dans le contrat de travail], th., Istanbul 2004, 9; ÖZSUNAY Ergun, Borçlar Hukuku [Droit des obligations], Vol. I, 2e éd., Istanbul 1983 164; TUNÇOMAĞ Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations turc, Dispositions générales], Vol. I, 6e éd., Istanbul 1976, 859; *contra* HELVACI Mehmet, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı* [La notion d'intérêt pour les dettes d'argent selon le Code des obligations et du commerce], th. d'agrégation, Istanbul 2000, 90 n. 262 et 91, l'auteur est d'avis que la peine conventionnelle peut être aussi prévue par la loi; dans le même sens YARGITAY HGK 21.2.2001, 10-133/161 « *[...] la créance d'intérêts prévue à l'art. 6 ajouté par la Loi n° 2423 à la Loi n° 1479 est une peine conventionnelle en raison de sa nature juridique selon le Code des obligations [...]* ».

27 Cf. *infra* deuxième partie § 2, I, B, 1, b, p. 62 ss.

28 Cf. *infra* deuxième partie § 2, I, B, 1, a, p. 61 ss.

29 Cf. *infra* deuxième partie § 2, I, B, 1, a, p. 62.

30 Cf. *infra* deuxième partie § 2, I, B, c, p. 66 ss.

31 ARSEBÜK Esat, *Cezai Şart Mevhumu Etrafında Tahliller* [Analyses sur la notion de clause pénale], *in* Revue de Justice 1936/16, 987 ss, 989; BUCHER Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2e éd., Zurich 1988, 521; BaK-EHRAT CO Art. 162 N 1; ENGEL Pierre, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2e éd., Berne 1997, 862; EREN 1133; KOCAAĞA 102 ss; VON TUHR Andreas/ESCHER Arnold,

Bien qu'elle n'en ait pas la nature, le législateur a clairement assimilé à la clause pénale la convention par laquelle les versements partiels effectués restent, en cas de résiliation du contrat, acquis au créancier (CO 162, COtr 160 I). Cet article n'a cependant pas eu beaucoup d'importance pratique, comme le constate la doctrine[33]. En effet, les ventes par acomptes qui sont l'application la plus importante des versements partiels étaient exclues de l'application des dispositions relatives à la clause pénale par l'art. 162 al. 2 CO (abrogé)[34]. Parallèlement, l'art. 227 al. 3 aCO tenait pour cause de nullité le fait de faire supporter au débiteur les obligations comme les peines conventionnelles dans les ventes par acomptes. Plus tard, avec la Loi fédérale du 23 mars 1962 sur « La vente par acomptes et la vente avec paiements préalables[35] », la peine conventionnelle ne fut plus considérée nulle dans les ventes par acomptes et les ventes avec paiements préalables, mais son montant fut limité. A l'occasion de cet amendement, l'art. 162 al. 2 CO (abrogé) relatif à l'exception de la vente par acomptes ne produisit plus aucun effet[36], et ce parce que l'alinéa en question a été abrogé par l'annexe 2 (par le renvoi de l'art. 41) de la « Loi fédérale sur le crédit à la consommation[37] ». Selon les dispositions actuelles, tant qu'il est possible de prévoir une peine conventionnelle pour les ventes avec paiements préalables, nous devons tenir compte des limites impératives de l'art. 227h al. 3 CO. Le montant de la peine conventionnelle prévue pour les ventes avec paiements préalables ne peut dépasser le 10 pour cent du prix de vente.

Le droit turc n'ayant pas suivi les changements du droit suisse mentionnés ci-dessus, l'application de l'art. 223 al. 3 COtr par le renvoi de l'art. 160 al. 2 COtr (aCO 227 III et 162 II) entraîne la nullité des conventions par lesquelles les versements partiels effectués restent, en cas de résiliation, acquis au créancier.

La peine conventionnelle peut être stipulée dans le même acte que l'obligation principale, mais aussi dans un *acte postérieur* indépendant[38]. La loi parle d'une clause

Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Vol. II, 3e éd., Berne 1974, 279; TUNÇOMAĞ, *Clause* 12.

32 ARSEBÜK, *Clause* 990; BaK-EHRAT CO Art. 162 N 1; ENGEL, *Traité* 862; GÖKTÜRK H. Avni, *Cezai Şart Müessesesi* [La clause pénale], *in* Revue du Barreau d'Izmir 1942/2, 396 ss, 398; VON TUHR/ESCHER 279; pour les détails cf. *infra* première partie § 3, V, p. 41 ss.

33 VON TUHR Andreas/SIEGWART Alfred, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Vol. II, 2e éd., Zurich 1944, 724.

34 Cet alinéa a été abrogé par le ch. II 1 de l'annexe 2 à la Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (RS 221.214.1).

35 RO 1962 1082; FF 1960 I 537.

36 Voir le Message du CF concernant la modification de la Loi fédérale sur le crédit à la consommation du 14 décembre 1998, FF 1999 2879, 2912.

37 RS 221.214.1; FF 1999 2916.

38 Cf. ARSEBÜK, *Clause* 991; BERKİ O. Fazıl, *Pey Akçesi, Rücu Tazminatı ve Cezai Şart (Mukavele Cezası) Etrafında Tetkikler* [Études sur les arrhes, le dédit et la clause pénale], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1943/5, 279 ss, 284; FEYZİOĞLU F. Necmettin, *Borçlar Hukuku Genel*

qui fait partie intégrante du contrat, parce qu'elle est souvent prévue dans l'acte principal. En pratique, nous pouvons également constater que la peine conventionnelle est stipulée fréquemment en même temps que l'acte principal.

La peine conventionnelle ne sera pas nécessairement exécutée uniquement en faveur du créancier de l'obligation principale[39]. On peut décider de l'exécuter soit pour le tout, soit pour une partie en faveur d'un tiers. La peine stipulée *en faveur d'un tiers* n'enlève pas le caractère contraignant de la clause pénale sur la personne du débiteur. Le créancier qui a un intérêt vital à l'exécution de la créance principale retire presque tout bénéfice de la peine conventionnelle en la stipulant même en faveur d'un tiers. Dans le cas de la peine alternative, en cas de stipulation en faveur d'un tiers, le droit d'option appartient au créancier de l'obligation principale, à moins que la convention ou l'usage ne prévoient le contraire (application analogique de CO 112 II, COtr 111 II)[40].

Bien qu'un tiers, en dehors du créancier de l'obligation principale, puisse être le créancier de la peine, son débiteur doit nécessairement être le débiteur de l'obligation principale. Il est assez difficile d'envisager qu'une autre personne soit le débiteur de la peine conventionnelle[41]. En effet, la peine conventionnelle qui vise à assurer l'obligation principale et qui exerce un caractère de pression en vue de son exécution ne permet pas qu'un tiers soit le débiteur.

III. LA DÉFINITION DE LA CLAUSE PÉNALE

La définition de la clause pénale dans le projet 1905 de révision du Code des obligations[42] a été supprimée, en tenant compte des problèmes susceptibles de découler de son application[43]. Dans les étapes suivantes, en se conformant à cette tendance de ne pas définir les institutions juridiques [*Omnis definitio in iure civili periculosa est*, D. 50, 17, 202], la clause pénale n'a pas été définie par le code[44]. De la

Hükümleri [Dispositions générales du droit des obligations], Vol. II, 2e éd., Istanbul 1977, 388; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 70; VON TUHR/ESCHER 278.

39 ARSEBÜK, *Clause* 991; BK-BECKER CO Art. 160 N 7; BERKİ 289; GÖKTÜRK 399; KOCAAĞA 131; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 15 et N 55; VON TUHR/ESCHER 280.

40 Cf. KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 72.

41 Cf. pour une opinion différente KOCAAĞA 133.

42 L'art. 1185 du projet de la révision de 1905 du Code des obligations indiquait que: « *[o]n peut convenir, accessoirement à un contrat, qu'en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite, le débiteur fournira au créancier une certaine prestation à titre de peine ou de dommages-intérêts* ».

43 Voir Le protocole de la commission d'experts de la révision du code des obligations suisse, 2e Session, 12-23 octobre 1908.

44 Voir ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 1.

même manière, les législateurs allemand et français se sont aussi abstenus de donner une quelconque définition dans les articles relatifs à la clause pénale[45].

Les définitions de la clause pénale fournies en doctrine englobent à peu près les mêmes éléments. A la lumière des dispositions légales, de la jurisprudence et de la doctrine, nous pouvons définir la clause pénale comme *un acte, par lequel le débiteur promet d'exécuter une prestation représentant une valeur économique, en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation au créancier*[46].

La définition implique l'existence des caractéristiques suivantes:

La clause pénale suppose, en premier lieu, l'existence d'*une obligation principale*[47]. Comme il n'est pas nécessaire que le créancier ait subi un dommage suite à l'inexécution ou à l'exécution imparfaite de l'obligation pour réclamer la peine, les

45 Voir BGB § 339 et CCfr 1226.

46 Cf. les diverses définitions, ATF 122 III 420, 422 c. 2/a; YARGITAY HGK 4.10.1961, 1-105/41; HGK 24.1.1970, 4-1348/50; 13e HD 25.12.1981, 7896/8497; ARSEBÜK, *Clause* 988; BK-BECKER CO Art. 160 N 1; BERKİ 281; BİLGE Necip, *Cezai Şart* [La clause pénale], *in* tiré à part des Mélanges à Esat ARSEBÜK, Ankara 1957, 39; BİRSEN Kemalettin, *Borçlar Hukuku Dersleri* [Cours de droit des obligations], Vol. I, 3e éd., Istanbul 1954, 429; BUCHER 521; CHAPPUIS Fernand, *Aspects théoriques et application pratique de la clause pénale dans les conventions d'actionnaires, in* RSDA 2003/2, 65 ss, 66; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 1; ENGEL, *Traité* 862; EREN 1133; FEYZİOĞLU 388; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter René/SCHMID Jörg/REY Heinz, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,* 8e éd., Tome II, Zurich 2003, N 4000; GAUCH Peter/SCHLUEP Walter/TERCIER Pierre, *Partie générale du droit des obligations,* 2e éd., Zurich 1982, N 2487; GRISEL 3; GUHL Theo/KOLLER Alfred/SCHNYDER Anton K./DRUEY Jean Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht,* 9e éd., Zurich 2000, § 56 N 1; HUGUENIN Claire, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,* Zurich-Bâle-Genève 2004, N 1179; İNAN Ali Naim, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 3e éd., Ankara 1984, 426; KELLER Max/SCHÖBI Christian, *Das Schweizerische Schuldrecht, Tome I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts,* 3e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1988, 109; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 8; KUNZ Philipp, *Aktuelles Obligationenrecht,* Vol. I OR 1-529, Bâle-Genève-Munich 1998, N 414; LOKSAIER Fredj, *La clause pénale dans les contrats internes et dans les contrats internationaux,* th., Lausanne 1985, 47; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 6; OĞUZMAN/ÖZ 871; SCHOCH Walter, *Begriff, Anwendung und Sicherung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht,* th., Berne 1935, 12; SCHWENZER Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil,* Berne 1998, N 71.01; TEKİNAY S. Sulhi/AKMAN Sermet/BURCUOĞLU Halûk/ALTOP Atilla, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 7e éd., Istanbul 1993, 341; TERCIER Pierre, *Le droit des obligations,* 3e éd., Zurich 2004, N 1250; VON TUHR/ESCHER 277; TUNÇOMAĞ, *Clause* 6; TUNÇOMAĞ, *Obligations* 853 ss.

47 BUCHER 521; DIETZI Walter, *Die Konventionalstrafe und ihr Verhältnis zum Schadenersatz,* th., Bâle 1935, 34a; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4000; LOKSAIER, 49; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 6; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 341; VON TUHR/ESCHER 277; TUNÇOMAĞ, *Clause* 7 ss; TUNÇOMAĞ, *Obligations* 854.

obligations sans valeur économique peuvent aussi être assurées par une clause pénale[48]. On peut citer comme exemple en particulier les peines prévues pour les obligations disciplinaires dans les statuts d'association. De même, l'obligation principale peut être une obligation conditionnelle[49].

L'obligation principale peut provenir aussi bien d'un contrat que d'*une autre source* d'obligation. L'art. 160 al. 1 CO (COtr 158 I) qui parle de l'existence d'un contrat n'est pas limitatif, mais il s'agit plutôt d'une disposition qui prend en compte le contrat comme exemple de source très fréquente d'obligations. Dans cette optique, on ne voit aucun inconvénient à ce que l'on convienne d'une peine conventionnelle en dehors des obligations contractuelles[50].

Est indispensable, en revanche, la relation d'*accessoriété* entre l'obligation principale et la clause pénale[51]. L'invalidité de l'obligation principale entraîne aussi l'invalidité de la clause pénale, car le but de celle-ci est d'assurer l'exécution de l'obligation principale[52]. La relation d'accessoriété découle de la nature de la clause pénale similaire au cautionnement[53].

La prestation déterminée comme peine conventionnelle doit avoir *une valeur économique*[54]. Les prestations qui n'ont pas de valeur économique ne peuvent pas être prévues comme peines, puisqu'elles n'auront pas un caractère répressif au sens du droit des obligations. La *ratio legis* des dispositions concernant la clause pénale nous amène à envisager une telle solution. Donc, la validité de ce genre de prestations doit être appréciée d'après les dispositions générales du droit des obligations, et non d'après celles relatives à la clause pénale.

Enfin, il convient de déterminer dans quel cas le débiteur devrait s'engager pour l'exécution de la peine. En règle générale, de même que l'on peut décider d'une peine conventionnelle pour tous les types d'inexécution, on peut également en convenir pour la violation de certaines modalités d'exécution, comme le non-respect du lieu

48 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 161 N 2; TUNÇOMAĞ, *Clause* 7.

49 Cf. BERKİ 389; TUNÇOMAĞ, *Clause* 7; *contra:* ROSSEL Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations,* Tome I, 4e éd., Lausanne-Genève 1920, N 325; ZEMBULİDİS Temistokli, *Şartı Cezai ve Eyyamı Müteehhire Kiraları* [La clause pénale et les intérêts moratoires], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1932/68, 3560 ss, 3563. Voir aussi KOCAAĞA 83.

50 Voir *infra* deuxième partie, § 2, I, A, p. 57 ss et B, 1, b, p. 62 ss.

51 Voir *infra* deuxième partie, § 2, IV, p. 84 ss.

52 Voir *infra* première partie, § 2, IV, p. 21 ss.

53 KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 51.

54 YARGITAY 11e HD 6.5.1987, 1948/2766; İNAN 426; TUNÇOMAĞ, *Clause* 6. Cf. aussi *infra* deuxième partie, § 2, II, p. 76 ss.

d'exécution de l'obligation par exemple[55]. La question de l'exécution de la peine conventionnelle se pose en cas de violation de l'obligation pour laquelle elle a été instituée.

55 Voir *infra* deuxième partie, § 1, II, p. 54 ss.

§ 2. NATURE JURIDIQUE ET FONCTIONS DE LA CLAUSE PÉNALE

I. NATURE JURIDIQUE DE LA CLAUSE PÉNALE

A. La peine conventionnelle comme obligation conditionnelle

La peine conventionnelle est une obligation promise pour le cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation. Il est évident que la peine conventionnelle est une obligation conditionnelle[56]. Étant donné que cette condition, c'est-à-dire l'inexécution ou l'exécution imparfaite, dépend généralement de la seule volonté du débiteur, il s'agit d'une condition potestative[57]. La peine peut être exigée tant que le débiteur est responsable de la violation de l'obligation. Alors que cette condition est souvent potestative, elle peut être également casuelle, lorsque l'exigibilité de la peine a été liée à une impossibilité de l'exécution de l'obligation non imputable au débiteur (CO 163 II, COtr 161 II). La nature positive ou négative de la condition est déterminée selon la nature de la prestation principale. Il s'agira d'une condition négative si la prestation est positive, comme faire ou donner, du fait qu'elle consiste en une action du débiteur. La violation de l'obligation découle d'une abstention du débiteur. En revanche, elle peut être une condition positive, lorsque l'obligation principale est une prestation négative (de ne pas faire), comme la prohibition de faire concurrence. Par ailleurs, la violation des devoirs accessoires peut être une condition négative ou positive d'après leur nature.

56 Dans le même sens ARSEBÜK Esat, *Borçlar Hukuku* [Droit des obligations], Vol. I-II, 3e éd., Ankara 1950, 980; BENTELE 6; BUCHER 521 n. 1; BaK-EHRAT Rem. prél. aux art. 158 à 163 N 2; EREN 1135; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4009; GRISEL 3; KUDAT Arkun, *Cezai Şartın Mahiyeti ve Ceza ile Münasebeti* [La nature de la clause pénale et sa relation avec la peine], *in* Revue du Barreau d'Ankara 1949/58-59, 30; OĞUZMAN/ÖZ 870; KELLER/SCHÖBI 109; RECK M. Rudolf, *Lohnrückbehalt, Kaution und Konventionalstrafe im schweizerischen Arbeitsrecht*, th., Zurich 1983, 109 ss; SANTORO Dimitri, *Die Konventionalstrafe im Arbeitsvertrag*, th. zurichoise, Berne 2001, 6; SCHUMACHER Rainer, *Commentaire des articles 92 à 113 SIA-Norm 118*, *in* GAUCH Peter (éd.), Kommentar zur SIA-Norm 118, Artikel 38-156, Zurich 1992, Art. 98 N 1 et 2; SCHWENZER N 71.01; SEÇKİN A. Recai, *La réalisation de la condition suspensive et ses effets juridiques, Étude de droit suisse et de droit turc*, th., Genève 1939, 15; VON TUHR/ESCHER 277. Tout en admettant les ressemblances avec les obligations conditionnelles, il est d'avis qu'il y a tout de même des divergences en ce qui concerne la délimitation des événements prévus comme conditions, le fardeau de la preuve et le rapport d'accessoriété, voir SCHOCH 7 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 38 ss. Voir aussi KARAGÖZ 25; KOCAAĞA 30 et 73. Pour l'avis qu'il y a une différence partielle, puisque le débiteur est libre d'accomplir la condition dans les obligations conditionnelles, et qu'il doit empêcher qu'elle se réalise dans le cadre de la clause pénale, voir BERKİ 282. Pour l'avis qu'il ne s'agit pas d'une obligation conditionnelle, voir SECRÉTAN 50.

57 TUNÇOMAĞ, *Clause* 38.

Bien que la clause pénale soit une source d'obligation conditionnelle, le législateur l'a réglée dans un chapitre séparé (CO 160 à 163, COtr 158 à 160). Néanmoins, dans la mesure où les dispositions de la clause pénale contiennent une lacune, les dispositions relatives aux obligations conditionnelles (CO 151 à 157, COtr 149 à 155) s'appliquent *mutatis mutandis* à la clause pénale[58].

Dans la clause pénale, il faut préciser les cas où la peine conventionnelle est exigible[59]. Dans l'éventualité où les stipulations ne sont pas claires, la clause pénale s'interprète selon les règles générales d'interprétation (CO 1, COtr 1; CO 18, COtr 18).

B. Nature juridique institutionnelle de la clause pénale

L'explication dogmatique concernant la question de la nature juridique institutionnelle de la clause pénale a été controversée pendant de longues années en droit turco-suisse. Le droit français connaît également cette controverse. D'ailleurs, il s'agit d'un des sujets les plus discutés[60]. Les opinions alléguées dans la doctrine peuvent se regrouper en quatre théories: la théorie de la peine privée, la théorie de la fixation forfaitaire des dommages-intérêts, la théorie d'une nature mixte de peine et des dommages-intérêts, et finalement la théorie d'assurance.

1. La théorie de la peine privée

Les amendes du droit public contiennent une menace contre ceux qui tenteraient de troubler l'ordre public et tendent à empêcher de fréquentes violations de la loi. De même que les amendes du droit public revêtent un caractère dissuasif et punitif, la peine privée a des effets semblables sur le débiteur, mais dans un autre domaine. Les peines conventionnelles ont également un but préventif. Le débiteur subit les sanctions de cette peine dans le cas où il n'exécute pas ou n'exécute qu'imparfaitement son obligation[61].

La différence entre l'amende du droit public et la peine privée est que la première tend à protéger, au sens large, les intérêts publics, alors que la seconde en revanche vise à

58 OĞUZMAN/ÖZ 871. Cf. aussi BENTELE 7 ss et 40 ss.

59 Cf. YARGITAY HGK 2.7.1958, 32/34, « *[i]l n'est pas admissible d'étendre la clause pénale au cas de l'inexécution lorsqu'elle a été prévue pour exécution tardive* »; voir aussi 4e HD 7.6.1957, 1400/3837; CHAPPUIS 66; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 14; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2503.

60 Voir MAZEAUD Denis, *La notion de clause pénale*, Paris 1992, N 496 ss; voir aussi MAULER Francis, *De la nature de la clause pénale*, th., Neuchâtel 1898, 113 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 21 ss.

61 Voir MAZEAUD N 538 ss; voir aussi MAULER 114 ss.

assurer les intérêts du créancier qui découlent d'un rapport de droit privé entre deux parties[62].

Une partie des auteurs qui défendent cette approche donne cette nature répressive à la clause pénale en mettant l'accent sur le montant de la peine conventionnelle qui représente fréquemment une somme élevée. D'autres parlent de son caractère comminatoire ou préventif qui existe évidemment, selon eux, dans le noyau de celle-ci[63].

En droit romain primitif, la « *stipulatio pœnae* » était considérée comme une véritable peine[64]. Au fil du temps, elle dévoila sa nature réparatrice en lieu et place de la peine privée. La nature de la peine conventionnelle revêtait le caractère d'une peine privée dans les pays d'Amérique Latine et dans les anciens pays de l'Est[65].

2. La théorie de la fixation forfaitaire des dommages-intérêts

Selon cette approche, la clause pénale est la fixation anticipée d'une éventuelle indemnité, c'est-à-dire une détermination de dommages-intérêts précédant la réalisation du dommage lui-même. Une telle conception prévaut tout particulièrement en droit français[66].

De même, avec la clause pénale, le créancier élimine les risques liés au hasard qu'il pourrait rencontrer en cas de violation de l'obligation de la part du débiteur. C'est l'avantage qu'on attend de la clause pénale.

Cette opinion, en fait, est conforme à l'art. 1152 Code civil français [CCfr] qui s'interprète comme une disposition relative à la clause pénale[67]. L'article en question indique que: « *[l]orsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* ».

62 MAZEAUD N 543.

63 Voir pour ces auteurs MAZEAUD N 546.

64 MAZEAUD N 501.

65 Voir PEIRANO FACIO Jorge, *Nature juridique de la clause pénale dans les droits Français et Latino-Americain*, *in* RIDC 1949, N 1-2, 317.

66 PEIRANO FACIO 315 ss; voir aussi MAZEAUD N 531 ss et les auteurs cités.

67 Cf. *infra* première partie § 3, VII, B, p. 46 ss.

Cette nature de la clause pénale a été soutenue également en droit turc dans les années cinquante dans la thèse écrite par M. Kenan TUNÇOMAĞ[68]. Cet auteur, en s'inspirant du droit français, en particulier de PEIRANO FACIO, a aussi influencé par sa réflexion la Cour de cassation turque[69].

3. La théorie d'assurance

La théorie de la nature d'assurance de la clause pénale a été défendue par le grand juriste allemand VON JHERING en 1884 dans son avis de droit intitulé « *Zwei Rechtsgutachten in Sachen der Gotthard-Bahn-Gesellschaft gegen die Unternehmung des grossen Tunnels* ». Selon VON JHERING, la peine conventionnelle est une prestation que les parties conviennent d'exécuter, sans se référer à la faute, en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat. La peine conventionnelle est donc subordonnée à la violation objective du contrat. Il n'y a pas lieu de rechercher la faute du débiteur dans la violation du contrat, à moins que le législateur et les parties ne se réfèrent à celle-ci. Pour cette raison, la clause pénale est une garantie intégrale par laquelle les parties suppriment tous les risques liés à l'exécution. Elle joue ainsi le rôle d'une assurance pour le créancier[70].

Cette théorie d'assurance a été adoptée partiellement par le législateur suisse du 14 juin 1884 à l'art. 181 CO. L'article en question prévoit que: « *[l]a peine stipulée ne peut être exigée [...] lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible par le fait du créancier, ou par suite de force majeure* ». Le texte ne s'exprime que sur les cas où le créancier est responsable et les cas de force majeure, mais pas sur les autres causes non imputables au débiteur qui rendent l'exécution de l'obligation impossible[71].

4. La théorie d'une nature mixte de peine et de dommages-intérêts forfaitaires

Certains auteurs pensent que la théorie de la peine privée et la fixation forfaitaire des dommages-intérêts sont partiellement raisonnables, mais que ni l'une ni l'autre ne suffisent pour donner la véritable nature de la clause pénale. Selon cette théorie, la nature intégrale de la clause pénale ne saurait consister ni en une peine privée, ni en une fixation forfaitaire des dommages-intérêts, mais en un mélange de celles-ci. La

68 TUNÇOMAĞ, *Clause* 29 ss (ég. *Cezai Şart* [La clause pénale], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1955/12, 564 ss [not. 569]).

69 YARGITAY HGK 16.4.1986, 13-730/416; 13e HD 15.12.1981, 7896/8497.

70 Voir MAULER 116 ss.

71 Voir ROSSEL Virgile, *Manuel du droit fédéral des obligations, Code fédéral des obligations et lois spéciales s'y rattachant*, 2e éd., Lausanne-Paris 1905, N 224.

clause pénale a simultanément le caractère d'une peine privée et celui d'une fixation forfaitaire des dommages-intérêts[72].

5. Analyse des différentes théories

Bien qu'ils aient été libres de conférer l'une des natures mentionnées ci-dessus à la clause pénale, ni les législateurs allemands et turco-suisse, ni le législateur français ne se sont prononcés sur ce sujet.

En général, il n'y a pas de raison de refuser entièrement la notion de *la peine privée*. Bien que la peine soit une notion appartenant au droit public, il n'est pas interdit d'accorder aux parties à un rapport de droit privé le droit de stipuler des peines pourvues de sanctions économiques. En particulier, une peine conventionnelle qui dépasse le montant du dommage ou qui le dépasserait inévitablement pourrait permettre d'établir la théorie de la nature de peine privée en droit turco-suisse dans lequel le montant de l'indemnisation est limité par le dommage réalisé. Pourtant, en tenant compte des dispositions légales positives, il n'est pas possible de dire que la clause pénale a purement et simplement une nature de peine privée. De même, le caractère comminatoire de la clause pénale ne justifie pas cette théorie.

La fixation forfaitaire des dommages-intérêts représente, en fait, une partie de la clause pénale. Elle est pourtant loin de la prendre intégralement en compte, puisque cette théorie néglige le caractère répressif ou comminatoire de la clause pénale qui permet au créancier d'exercer une pression sur le débiteur pour qu'il exécute son obligation. Il devient donc difficile d'accepter que la clause pénale ait une telle nature. De plus, la fixation forfaitaire des dommages-intérêts exclut toujours une intervention du juge dans le montant déterminé par les parties. Si on admet le contraire, cette intervention n'est pas compatible avec le caractère forfaitaire de la fixation des dommages-intérêts. L'intervention éventuelle du juge sur la clause pénale ne favoriserait pas non plus cette nature de la clause pénale, eu égard aux droits suisse et turc ainsi que français et allemand.

La clause pénale présenterait ainsi une nature mixte *de peine et de dommages-intérêts forfaitaires*. Néanmoins, il serait paradoxal qu'une institution juridique comporte à la fois la nature d'une peine et celle de dommages-intérêts forfaitaires. On ne saurait donc admettre une prestation qui provient simultanément d'une peine et de dommages-intérêts forfaitaires. À propos de ce paradoxe, on devrait peut-être qualifier de dommages-intérêts le montant du dommage, et de peine le montant qui dépasse

72 Sur cette opinion, voir MAZEAUD N 550 ss.

celui-ci, comme la Cour suprême turque le fait dans sa jurisprudence[73]. En revanche, comme il est impossible de connaître le montant du dommage avant qu'il ne se réalise, effectuer une telle distinction est une qualification postérieure de la nature de la clause. Le caractère punitif de la clause se démontre parfois par lui seul. Il en va ainsi lorsque la violation de l'obligation ne crée jamais un dommage, comme en ce qui concerne les peines prévues dans les statuts d'association.

Quant à la théorie de la nature d'assurance, il convient de rappeler les paroles de VON JHERING: « *la loi a le droit de fixer des limites à l'autonomie des contractants en décrétant par exemple que la peine ne sera pas encourue par le promettant non fautif*[74]». En Europe, les législateurs modernes ont érigé la faute du débiteur à la violation de l'obligation comme une condition d'exigibilité de la peine conventionnelle. Le législateur turco-suisse, conformément à l'avis de VON JHERING, permet aux parties de donner une nature d'assurance à la peine conventionnelle (CO 163 II, COtr 161 II). À la faveur de cette prescription légale, les parties ont la faculté de convenir une peine pour les cas d'impossibilité qui ne sont pas imputables au débiteur. Cependant, le fait que les parties aient la faculté de stipuler une telle clause ne confère pas intégralement cette nature à la clause pénale. Cela ne peut que s'apprécier comme une exception dans les cas prévus, si bien que les législateurs déclinent cette idée en exigeant en principe la faute du débiteur pour la violation de l'obligation.

Quelle est donc la nature institutionnelle de la clause pénale?

On ne saurait expliquer la nature intégrale de la clause pénale par les théories mentionnées ci-dessus. Elle ne peut s'expliquer ni par la théorie de la peine privée, ni par celle de la fixation forfaitaire des dommages-intérêts. La théorie d'une nature mixte de peine et de dommages-intérêts forfaitaires et la nature d'assurance ne sont pas non plus convaincantes. Les législateurs modernes ont évité d'admettre une de ces natures, alors qu'ils avaient la possibilité de le faire. La volonté de faire sortir de la formule « *à titre de peine ou de dommages-intérêts* » du projet 1905 du Code des obligations est la manifestation de cette intention de la part du législateur suisse.

Bien que toutes les théories soutenues par la doctrine expliquent une partie de la clause pénale, aucune de celles-ci ne peut l'englober dans son intégralité. Pour cette raison, nous n'adhérons à aucune de ces explications dogmatiques sur la nature de la clause pénale. La clause pénale est donc une institution établie par la loi qui tend à assurer l'obligation principale du débiteur et qui renforce l'exécution de celle-ci[75]. Elle est une clause contractuelle ou une promesse unilatérale dont les effets sont réglés par

73 YARGITAY 13e HD 14.11.1977, 4495/5010.

74 MAULER 117.

75 Voir KARAGÖZ 14 ss.

le Code des obligations. La clause pénale qui est réglée par la loi dispose de plusieurs fonctions et elle doit être déterminée par ces fonctions. Au moins l'une d'elles doit toujours exister et d'autres peuvent parfois être prévues par les parties.

II. FONCTIONS DE LA CLAUSE PÉNALE

L'*objectif principal* de la clause pénale est l'exécution correcte de l'obligation de la part du débiteur. Plus précisément, elle est une clause prévue tout d'abord afin d'assurer le fait que le débiteur respecte son obligation et permet d'empêcher celui-ci de la violer. Cet objectif s'accomplit en instaurant une pression sur la personne du débiteur[76]. Tel est l'élément qui donne sa couleur à la clause pénale et que l'on peut considérer comme sa raison d'être. Bien que la clause pénale ait diverses fonctions, elles ont toute pour but d'exercer une forme de coercition sur le débiteur.

La prestation de peine n'est pas subordonnée à la survenance d'un dommage consécutif à la violation de l'obligation principale. Le débiteur est tenu d'exécuter la peine, même si le créancier ne subit aucun dommage du fait de la violation. Elle présente une caractéristique typique d'une peine de droit privé[77]. Le débiteur, sachant qu'il sera tenu d'exécuter la peine en cas de violation de son obligation, agira plus prudemment dans son engagement, et ce en raison de la contrainte matérielle et psychique de la peine[78].

Le caractère punitif se démontre clairement, parce que premièrement, il n'est pas nécessaire qu'un dommage survienne pour exiger la peine et deuxièmement, parce que celle-ci se détermine le plus souvent au-dessus du dommage éventuel. L'étendue de la peine se calcule souvent de manière plus élevée que le dommage probable qui serait

76 Cf. ATF 46 II 399, 401 ss c. 2, JdT 1921 I 108; ATF 42 II 510, 511; YARGITAY 13e HD 19.2.1981, 591/1118; 13e HD 25.12.1981, 7896/8497; 14e HD 29.1.1980, 4906/416; 15e HD 7.6.1984, 1521/1999; BERKİ 281; ENGEL, *Traité* 863; EREN 1133; FEYZİOĞLU 388; GAUCH/SCHLEUP/SCHMID/REY N 3999; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2488; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 1; KANIK Tahir, *Cezai Şart* [La clause pénale], *in* Revue de Justice 1950/8, 1071 ss, 1071; KILIÇOĞLU 575; KOCAAĞA 42 ss; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 23; OĞUZMAN/ÖZ 870; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 12; SCHWENZER N 71.02; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 342; TERCIER, *Obligations* N 1255.

77 Cf. ARSEBÜK, *Clause* 987; BK-BECKER CO Art. 160 N 14; BENTELE 11; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 2 et CO 161 N 1; YARGITAY 13e HD 14.11.1977, 4495/5010.

78 OĞUZMAN/ÖZ 870; voir aussi YARGITAY HGK 8.3.1961, 4-2/10, « *[i]l n'est pas conforme à la loi de réduire la peine jusqu'à un montant qui enlève son caractère de pression psychologique* »; 13e HD 14.4.1981, 2018/2787 « *[l]a peine conventionnelle est un moyen de pression que le créancier peut utiliser contre le débiteur. De plus, elle libère le créancier d'une occupation, difficile et gênante, concernant la preuve de l'existence et le contenu du dommage* ».

réalisé en cas de contravention éventuelle. Les parties ont divers moyens de déterminer cette estimation plus élevée, quoiqu'il soit impossible de la fixer ultérieurement avec certitude. De cette manière, le débiteur serait tenu d'exécuter une prestation dont la violation lui est plus dispendieuse que le paiement de dommages-intérêts. La même situation apparaît plus nettement dans les peines cumulatives, qui assurent généralement l'exécution à temps et au lieu convenus et qui s'ajouteront à la prestation principale. De cette façon, la clause pénale, par son caractère punitif, présentera une fonction comminatoire et dissuasive sur le débiteur. Dans ce cas, il n'est pas faux de parler d'une fonction préventive de la peine. Lorsque les parties s'accordent sur le fait que la peine et les dommages-intérêts seront exigées simultanément, la fonction punitive et comminatoire se réalisera plus visiblement encore[79].

La fonction punitive et comminatoire de la clause pénale n'assure pas de manière définitive le fait que le débiteur exécutera son obligation de manière correcte. En dépit de cette fonction, il est possible que le débiteur n'exécute pas son obligation. Dans ce cas, la peine jouira d'un rôle indemnisateur et correcteur. Par cette fonction, le créancier pourra exiger la peine sans devoir prouver qu'il a subi un dommage[80].

On peut dire que la fonction d'indemnisation de la clause pénale résulte de son caractère forfaitaire lié à la violation de l'obligation. Le créancier jouit d'une double protection; premièrement, il se trouve dans une situation meilleure grâce à la fonction répressive de la clause pour obtenir sa créance, et deuxièmement il connaît le montant

79 Cf. ATF 116 II 302, 305 c. 4, JdT 1991 I 170; BK-BECKER CO Art. 160 N 14; BENTELE 11; ENGEL, *Traité* 863; GÖKTÜRK 399; LOKSAIER 17; CR CO I-MOOSER Art. 160 N 2; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 2; RECK 92; SCHERRER Albert, *Das Richterliche Ermässigungsrecht bei Verträgen nach schweizerischem Obligationenrecht*, th., St. Gall 1934, 20; SCHOCH 31; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 342; VON TUHR/ESCHER 277; YARGITAY 13e HD 14.11.1977, 4495/5010, « *[i]l faut prendre comme base à la réduction, la conservation équitable de peine et les dommages-intérêts. Il est contraire à la loi de réduire la peine conventionnelle jusqu'au montant de l'indemnité, en ne tenant pas compte de sa fonction pénale. La limite maximale de la réduction est le total de l'indemnité et de la peine déterminée d'après la nature de l'affaire* ».

80 Cf. ATF 122 III 420, 422 c. 2/a, « *[z]weck der Konventionalstrafe ist die Verbesserung der Gläubigerstellung durch Befreiung vom Schdensnachweis* »; ATF 109 II 462, 468 c. 4/a, JdT 1984 I 210; ATF 103 II 108, JdT 1978 I 194; ATF 102 II 420, 425 c. 4, JdT 1978 I 230; YARGITAY 13e HD 25.12.1981, 7896/8497; ARSEBÜK, *Clause* 987; BK-BECKER CO 160 N 14; BENTELE 10 ss; BERKİ 281 s; ENGEL, *Traité* 863; FEYZİOĞLU 388; GÖKTÜRK 399; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 2; KANIK 1072; KELLER/SCHÖBI 111; PETITJEAN Marcel, *Die Herabsetzung der Konventionalstrafe nach schweizerischem Recht*, th., Bâle 1937, 39; SCHOCH 33; SECRÉTAN 40; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 342; VON TUHR/ESCHER 277.

minimum de son indemnisation lors de la violation éventuelle de l'obligation du débiteur. Pour cette raison, on parle de fonction double de la clause pénale[81].

Lorsque l'accomplissement de l'obligation est devenu impossible par suite de faits dont le débiteur n'est pas tenu, l'obligation s'éteint (CO 119 I, COtr 117 I). Dans ce type d'impossibilité, le créancier ne peut pas non plus exiger une indemnisation de la part du débiteur.

L'art. 163 al. 2 CO (COtr 161 II) confère le pouvoir aux parties de déroger à l'art. 119 CO (COtr 117) en ce qui concerne l'impossibilité de l'exécution de l'obligation non imputable au débiteur. D'après cet article, l'obligation ne s'éteint qu'en cas d'impossibilité de l'obligation dont le débiteur n'est pas responsable, à moins que les parties ne soient convenues du contraire. De cette façon, les parties peuvent prévoir l'exécution de la peine dans l'hypothèse de l'impossibilité non imputable au débiteur. C'est pourquoi on parle à juste titre dans la doctrine d'une fonction d'assurance de la clause pénale[82].

Le créancier, face à son débiteur, aura une position plus avantageuse pour obtenir à sa créance, grâce à cette fonction d'assurance. Néanmoins, l'impossibilité en question doit être subséquente. Il n'est pas possible de convenir une peine pour les cas d'impossibilité originaire, de sorte que l'impossibilité originaire entraîne la nullité de l'obligation. La nullité du contrat entraîne aussi celle de la clause pénale qui est une clause accessoire à celui-ci. Toutefois, on peut imaginer une pareille situation comme une promesse de garantie indépendante ou comme une peine improprement dite, mais hors de la clause pénale[83].

Le rôle punitif et la fonction comminatoire de la clause pénale ainsi que ses fonctions d'indemnisation et d'assurance ont des effets qui améliorent la situation du créancier et qui renforcent sa position juridique. Avec la clause pénale, notamment avec la pression de la peine sur la personne du débiteur, le créancier aura sans doute un

81 YARGITAY 13e HD 14.11.1977, 4495/5010; 13e HD 10.5.1982, 3049/3373, « *[l]a clause pénale a la double fonction à la fois de peine et de dommages-intérêts* ». Dans le même sens, la doctrine majoritaire allemande [*Bifunktionalität Lehre*], MunchK-GOTTWALD BGB Rem. prél. au § 339 N 6; PALANDT-HEINRICHS BGB Rem. prél. aux §§ 339 à 343 N 1; BAMBERGER/ROTH-JANOSCHEK BGB § 339 N 1; StauK-RIEBLE BGB Rem. prél. aux §§ 339 ss, N 12 ss; *contra*: [*Monofunktionalität Lehre*] qui admet uniquement la fonction répressive de la clause pénale, voir LINDACHER Walter F., *Phänomenologie der Vertragsstrafe*, Francfort-sur-le-Main 1972, 13. Cf. aussi KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 25 à 27.

82 Cf. BUCHER 525; ENGEL, *Traité* 863; GAUCH/SCHLEUP/SCHMID/REY N 4068; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 345 n. 8a.

83 Voir pour une considération d'une promesse indépendante valable, dans le cas de l'impossibilité objective originaire lorsque les parties l'ignorent et que la promesse est sérieuse ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 3.

avantage que les autres créanciers ne possèdent pas. Aussi il pourra bénéficier d'une libération de prouver le montant de son dommage lors de la violation de l'obligation, voire il pourra exiger la peine même s'il ne subit aucun dommage. Ce qui prouve que la position du créancier s'améliore et se fortifie.

§ 3. LA COMPARAISON DE LA CLAUSE PÉNALE ET DES INSTITUTIONS SEMBLABLES

I. LA CLAUSE PÉNALE ET LES ARRHES

A. Notion et définition des arrhes

En règle générale, la validité des contrats n'est pas subordonnée à l'observation d'une forme particulière. Le contrat est conclu par les manifestations de volontés réciproques et concordantes des parties. En tenant compte de cette liberté de forme, les parties cherchent certains moyens pour prouver l'existence du contrat et pour éviter d'éventuels futurs litiges. Les parties peuvent prévoir une forme spéciale pour la conclusion de leur contrat, ou peuvent convenir de donner une somme d'argent ou autre chose en signe de conclusion du contrat.

Dans les temps anciens, on utilisait déjà plusieurs moyens afin de prouver la conclusion du contrat. *P. ex.* « *le denier à Dieu* » [*Gottespfennig*], « *le pot-de-vin* » [*Weinkauf, Trinkgeld*], « *Zaumgeld* » et les arrhes sont des institutions qui étaient utilisées comme preuves de conclusion du contrat au cours de l'histoire[84]. En Anatolie aussi, *p. ex.* il existe une pratique selon laquelle, au cours des négociations des contrats de vente, le vendeur cache la main de l'acheteur pour vendre la chose à un prix plus élevé, et au même moment l'acheteur essaie d'insérer une somme d'argent dans la main du vendeur[85].

L'arrha, qui vient primitivement du droit grec, a passé au droit romain [D. 18, 1, 35], et a reçu la nature du dédit à l'époque de Justinien [C. 4, 45, 2], transformant sa nature originaire[86]. À la période du droit commun, les arrhes étaient, la plupart du temps, une condition de validité du contrat[87].

Le code ne définit pas la notion d'arrhes [*Haftgeld*] (cf. CO 158 I, COtr 156 I). Nous pouvons les définir comme *une somme d'argent* ou tout *autre objet* qu'une partie remet à l'autre, *en signe de conclusion du contrat*[88]. On appelle cette somme ou cet objet « *arrha*

---

84 SECRÉTAN 19 ss. Pour une approche historique, voir SOLIVA Claudio, *Rechtshistorische Anmerkungen zu Art. 158 OR, in* Mélanges pour le 65e anniversaire de Max KELLER, Zurich 1989, 299 ss.

85 FEYZİOĞLU 374 n. 93.

86 Cf. FRANKO Nisim, *Pey Akçesinin Mahiyeti* [La nature des arrhes], *in* Revue de la Faculté de droit d'Istanbul 1995-1996/1-2, 249 ss, 250; ROSSEL N 322.

87 SECRÉTAN 19 ss.

88 Cf. YARGITAY HGK 24.1.1970, 4-1348/50; GVP-SG 1985 N 40 c. 2/b; BK-BECKER CO Art. 158 N 1 et 4; BERKİ 277; BÜHLER Theodor, *Haft- und Reugeld sowie Konventionalstrafe im alten und im geltenden Obligationenrecht, in* Le Centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982,

insignum consensus interpreti » ou « *arrha pacto perfecta data*[89] » ou « *arrha confirmatoria*[90] » parce qu'elles sont remises afin de prouver le contrat. Lorsque les arrhes sont remises afin de conclure un contrat dans le futur, on les appelle « *arrha pacto imperfecta data* ». Bien qu'elles ne soient pas des arrhes proprement dites, les dispositions relatives aux arrhes proprement dites s'appliquent aussi par analogie, aux « *arrha pacto imperfecta data* »[91].

Il appartient aux parties de déterminer le rôle de la chose remise lors de la conclusion du contrat. Néanmoins, le législateur a créé une présomption [*juris tantum*] à l'art. 158 al. 1 CO (COtr 156 I) lorsque les manifestations de volonté des parties ne sont pas claires[92]. Le droit suisse (CO 158 I), le droit turc (COtr 156 I) ainsi que le droit allemand (BGB § 336 I) posent une présomption d'arrhes en ce qui concerne les choses remises à la conclusion du contrat[93]. En revanche, le droit français les admet à la conclusion du contrat de vente et aux promesses de vente comme un dédit (CCfr 1590 I)[94]. Cependant, la partie qui les a remise ou celle qui les a reçues peut toujours prouver le contraire[95].

143 ss, 160; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 6; ENGEL, *Traité* 860; EREN 1142; FEYZİOĞLU 374; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 3 et 158 N 1; OĞUZMAN/ÖZ 886; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 1; SECRÉTAN 18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 339; VON TUHR/ESCHER 287; VELİDEDEOĞLU H. Veldet/ÖZDEMİR Refet, *Türk Borçlar Kanunu Şerhi* [Commentaire du Code des obligations turc], Ankara 1987, Art. 156 N 2; l'opinion qui considère cela comme une somme d'argent BENTELE 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4076; KELLER/SCHÖBI 115. Voir pour les définitions plus ou moins divergentes, voir GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2542; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 6.

89 BK-BECKER CO Art. 158 N 1; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4081; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 2.

90 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4080; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 2; VON TUHR/ESCHER 287.

91 BK-BECKER CO Art. 158 N 2; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 2; l'opinion qui allègue que les arrhes données aux précontrats sont des peines conventionnelles et, en cas d'abstention de la conclusion du contrat principal, que les arrhes restent au créancier, voir BUCHER 519; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 10; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 3.

92 SEROZAN Rona, *Sözleşmeden Dönme* [La résolution du contrat], th. d'agrégation, Istanbul 1975, 227 et n. 34 est d'avis que la disposition n'est pas raisonnable et que ladite présomption ne convient pas à l'équilibre d'intérêts.

93 Voir G. III, 139.

94 Pour le droit français, voir DUTILLEUL F. Collart/DELEBECQUE Phlilippe, *Contrats civils et commerciaux*, 6e éd., Paris 2002, N 80; LARROUMET Christian, *Les obligations, Le contrat*, Tome III, 5e éd., Paris 2003, N 593.

95 Cf. YARGITAY HGK 28.1.1970, 670/59; ENGEL, *Traité* 860; EREN 1142 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4074; CR CO I-MOOSER Art. 158 N 4; OĞUZMAN/ÖZ 886; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 339.

La somme d'argent ou autre objet remis n'est qu'un signe de la conclusion du contrat, à moins que les parties n'aient convenu autre chose[96]. En conséquence, les arrhes doivent être restituées en cas de nullité du contrat pour une raison telle que la résiliation concordante par les parties ou bien la résolution du contrat par l'autre partie, mais aussi en cas d'impossibilité d'obligation même par la faute du contractant ou de l'inexécution de l'obligation[97]. De ce fait, en cas d'inexécution de l'obligation ou de la résolution du contrat, la restitution des arrhes peut être alléguée selon les dispositions relatives au contrat et en cas d'invalidité du contrat selon les dispositions relatives à l'enrichissement illégitime[98]. Le contractant qui dispose des arrhes peut les retenir afin de les imputer à sa créance éventuelle de dommages-intérêts (CC 895 ss, CCtr 950 ss)[99].

Les parties ont la possibilité de convenir que les arrhes peuvent revêtir diverses fonctions, *p. ex.* les arrhes et le dédit ou à la fois les arrhes, le dédit et la peine conventionnelle[100]. En cas de stipulation par laquelle les arrhes jouent aussi le rôle de peine conventionnelle, il s'agit d'une peine acquittée par avance [*arrha pœnalis*,

96 YARGITAY TD 9.10.1959, 4077/4015; BK-BECKER CO Art. 158 N 3; ENGEL, *Traité* 860.

97 YARGITAY HGK 20.5.1964, 3-751/383; 3e HD 6.3.1961, 2158/1671; 13e HD 8.10.1990, 1575/6049; 14e HD 5.6.1975, 6575/3812; FEYZİOĞLU 376 ss; CR CO I-MOOSER Art. 158 N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 4; ROSSEL N 322. Pour l'avis qu'en cas d'inexécution fautive du contrat, les arrhes auront la nature de la peine conventionnelle et le créancier ne sera pas tenu de les restituer, voir BENTELE 17; BERKİ 279; BUCHER 517; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 5 et 6; FRANKO 257; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4076 et 4078; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2542 et 2545; TF, SJ 1974 430 (res.); GVP-SG 1985 N 40 c. 2/b; une approche similaire KELLER/SCHÖBI 115. Néanmoins, il nous semble incorrect de l'accepter comme une peine, lorsque les parties n'ont pas convenu que les arrhes auront aussi un rôle de peine conventionnelle. SAYMEN F. Hakkı/ELBİR H. Kemal, *Türk Borçlar Hukuku* [Le droit des obligations turc], Istanbul 1958, 829 sont d'avis que, même après l'exécution du contrat, il n'y a pas lieu de restituer les arrhes.

98 Dans le même sens TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 340; pour l'avis que la restitution se réalisera selon l'enrichissement illégitime ou l'exécution d'une obligation propre de restitution, voir OĞUZMAN/ÖZ 886 ss; pour l'avis qu'il faudra agir selon les règles de l'enrichissement illégitime BaK-EHRAT CO Art. 158 N 7; EREN 1143; FEYZİOĞLU 376; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 4; REİSOĞLU Safa, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droit des obligations, Dispositions générales], 16e éd., Istanbul 2004, 386. Pour l'avis de l'enrichissement illégitime à propos des contrats invalides, voir YARGITAY HGK 20.5.1964, 3-751/383.

99 Cf. EREN 1144 ss; FEYZİOĞLU 377.

100 BK-BECKER CO Art. 158 N 9; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 5 et 163 N 12; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4078; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 48 et N 49; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 4 et 158 N 5 et aussi 163 N 12. L'art. 650 aCComtr énonçait que les arrhes avaient également la fonction du dédit.

Strafgeld][101]. Bien que la peine conventionnelle soit une chose ou une somme d'argent promise conventionnellement, non acquittée à l'avance, il est également possible de l'acquitter d'avance comme on vient de le dire. Par contre, s'il n'y a pas d'accord par lequel les arrhes contiendraient aussi une nature de peine conventionnelle, il ne peut pas s'agir d'une clause pénale.

A l'inverse du § 337 BGB et de l'art. 1385 Code civil italien, l'art. 158 al. 2 CO (COtr 156 II) pose une autre présomption selon laquelle la partie qui a reçu les arrhes ne peut pas les imputer sur sa créance [*arrhes valant acompte, Angeld*], à moins qu'il n'y ait un usage local ou une convention contraires. Le fait que les arrhes ne puissent pas être imputées sur la créance ne nous paraît pas juste[102]. Les parties doivent donc selon nous préciser qu'elles seront imputées à la créance [*arrhes probatoires, Draufgeld*], ou l'usage doit confirmer cette imputation. On voit qu'il existe un tel usage notamment dans les contrats de vente et de bail[103] lesquels sont les sujets les plus fréquents des arrhes. En général, on admet également l'imputation des arrhes sur la créance dans d'autres contrats, ce qui est conforme aux usages commerciaux et au cours ordinaire de la vie[104]. Il faut également admettre que les parties aient convenu qu'elles soient remises comme une avance et qu'elle soient imputées à la créance, lorsque la somme ou l'objet remis ont une valeur importante par rapport à la valeur de la créance[105]. En dehors de ces cas, la présomption doit être toujours respectée.

Puisque les arrhes sont remises en signe de conclusion du contrat, on ne saurait agir en justice en vue de leur exécution[106].

101 CO 323a III (COtr 157 I, aCO 159 I) parle *a contrario* de paiement éventuel de la peine conventionnelle à l'avance. Cf. CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 4; SUNGURBEY İsmet, *Acemoğlu'nun « Tapulama Kanunu », « Eşya Hukuku Meseleleri » adlı Kitapları ve Serozan'ın Hukukçuluk Yöntemi Üzerine Notlar* [Notes sur les œuvres « *La loi du registre foncier* », « *Les questions du droit réel* » d'Acemoğlu et sur la méthode juridique de Serozan], Istanbul 1971, 86 n. 13; VON TUHR/ESCHER 288.

102 Dans le même sens BUCHER 516; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 5 et 8; ENGEL, *Traité* 861; EREN 1142; KILIÇOĞLU 572; CR CO I-MOOSER Art. 158 N 4; OĞUZMAN/ÖZ 887.

103 İNAN 422.

104 Cf. REİSOĞLU 386; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 340.

105 Cf. CJ, SJ 1960 312, 317; BK-BECKER CO Art. 158 N 3; ENGEL, *Traité* 861; CR CO I-MOOSER Art. 158 N 4.

106 BK-BECKER CO Art. 158 N 4; FRANKO 257; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 158 à 163 N 14.

B. Ressemblances et différences avec la clause pénale

Les arrhes sont une somme d'argent ou une autre chose donnée lors de la conclusion du contrat, et elles n'ont aucun autre but que de prouver l'existence de celui-ci. Selon nous, elles n'ont pas de fonction fortifiante ou comminatoire[107]. La plus proche ressemblance se montre notamment avec la peine conventionnelle acquittée d'avance. Bien qu'elles soient remises toutes deux à l'avance, elles comportent bon nombre de fonctions différentes. La peine acquittée à l'avance est une prestation convenue pour les cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation. Les arrhes n'ont pas les mêmes fonctions que la peine conventionnelle, puisqu'elles ne restent pas au créancier en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite du contrat. En conséquence, la clause pénale et les arrhes sont des institutions différentes dans le système juridique turco-suisse.

II. LA CLAUSE PÉNALE ET LE DÉDIT

A. Notion et définition du dédit

Le dédit [*dédit réel, Reugeld*] est une somme d'argent qu'une partie verse, à la conclusion du contrat, en faveur de l'autre partie, *afin de se départir librement du contrat*, en abandonnant la somme versée à l'autre partie (CO 158 III, COtr 156 III)[108]. Le dédit peut aussi être une chose autre qu'une somme d'argent.

107 Pour l'avis qu'elles renforcent l'obligation, voir YARGITAY HGK 20.5.1964, 3-751/383; 13e HD 8.10.1990, 1575/6049; BK-BECKER CO Art. 160 N 35; BERKİ 277; VON BÜREN 410; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 8; pour l'avis qu'elles jouent parfois ce rôle, voir ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 1.

108 Cf. ATF 84 II 151, 155 c. 2, JdT 1959 I 23; TF, SJ 1964 247, 249 c. 2; CJ, SJ 1979 81, 83 c. 1/c; RJN 1982 44, 45 c. 2; YARGITAY HGK 20.2.1957, 3/24; HGK 4.10.1961, 1-105/41; HGK 24.1.1970, 1348/50; HGK 28.2.1962, 1-20/26; TD 28.7.1954, 5761/5610; BK-BECKER CO Art. 158 N 6; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 2; FEYZİOĞLU 374 ss et 378 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4082; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2548; CR CO I-MOOSER Intro. aux art 158 à 163 N 5; SCHWARZ Andreas, *Borçlar Hukuku Dersleri* [Cours de droit des obligations], Vol. I (trad. turc par DAVRAN Bülent), Istanbul 1948, 261. A l'art 1040 CComtr le faux fret [*Fautfracht*] qui est semblable au dédit se prévoit. Selon cette disposition, l'affréteur, qui se départit du contrat avant que le transport commence, est tenu de payer la moitié du fret. De même, le voyageur, qui se départit du contrat avant que le voyage commence doit payer aussi la moitié du prix d'après l'art. 1122 al. 1 CComtr. Les obligations de payer le faux fret et la moitié du prix du voyage prévues à ces articles ne sont pas un dédit [*Reugeld*] au sens étroit, mais une indemnité de contentement [*Abfindungssumme*]; dans ce sens SEROZAN 225 n. 32. Cf. aussi HGB §§ 580 et 667.

A l'instar des arrhes, le dédit dérive du droit grec au droit romain. Alors que le dédit renforçait le contrat en droit grec qui ignorait les contrats générateurs d'obligations, il présentait par contre un caractère affaiblissant le contrat en droit romain [*arrha pœnitentialis, licentia paenitendi*][109].

Le dédit est une somme versée au créancier ou au moins bloquée auprès d'un tiers en sa faveur[110]. La partie qui a versé le dédit peut librement se départir du contrat en l'abandonnant. Le droit de résoudre le contrat appartient non seulement à la partie qui a versé le dédit, mais aussi à celle qui l'a reçu[111]. La partie ayant reçu le dédit qui se départit du contrat doit le restituer en double. Cependant, on peut convenir le droit de se départir du contrat en faveur d'une seule partie[112].

Étant donné qu'une somme d'argent versée à la conclusion du contrat est qualifiée par présomption comme des arrhes, les parties doivent préciser qu'il s'agit d'un dédit, ou alors cette nature doit ressortir clairement du contrat[113]. Cependant, le droit de résolution et les arrhes auraient pu être prévus par la loi (CO 227f).

Le dédit exige que le contrat soit valable. Si par hypothèse le contrat n'est pas valable, le dédit ne donne aucun droit et doit être restitué[114]. De même l'accord relatif au dédit doit être conclu dans la même forme que le contrat[115]. *P. ex.*, lorsque les parties n'ont pas agi en conformité avec la forme exigée dans un contrat formel, ce contrat n'est pas valable, et le dédit versé doit être restitué.

Le dédit confère aux parties une faculté alternative[116]. Dans la mesure où on ne peut pas obliger les parties de se départir du contrat, on ne peut pas non plus leur imposer

109 SCHWARZ 262.

110 TF, SJ 1974 430 (rés.); CJ, SJ 1979 81, 82 c. 1/c; ENGEL, *Traité* 861; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 5.

111 BaK-EHRAT CO Art. 158 N 11; FEYZİOĞLU 378 ss et 380; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2553 et 2554; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 5 et Art. 158 N 6; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 340; VON TUHR/ESCHER 288.

112 Cf. FEYZİOĞLU 380; SECRÉTAN 25.

113 Cf. JdT 1935 I 439; YARGITAY HGK 4.10.1961, 1-105/41; HGK 4.10.1972, 1-110/772; 13e HD 24.4.1975, 5757/2713; 14e HD 31.10.1978, 3941/4667; BK-BECKER CO Art. 158 N 6; SCHOCH 4; SUNGURBEY 443 ss; VON TUHR/ESCHER 283.

114 Cf. YARGITAY TD 10.11.1952, 3149/4880; BK-BECKER CO Art. 158 N 11; BERKİ 280; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 12.

115 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4084; LEUENBERGER Christoph, *Abschluss des Grundstückkaufvertrages, in* KOLLER Alfred (éd.), Grundstückkauf, 2e éd., Berne 2001, 27 ss, N 101; CR CO I-MOOSER Art. 158 N 1.

116 ATF 84 II 151, 155 c. 2, JdT 1959 I 23; RJV 1975 299; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 2; ENGEL, *Traité* 861; FEYZİOĞLU 379; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 34 n. 27; MAULER 58; pour l'avis des concours électifs [*Elektiv Konkurrenz*], voir SEROZAN 229; pour l'avis d'une obligation

de ne pas le résoudre[117]. En outre, la résolution ne doit pas être fondée sur une cause valable. La partie qui se départit du contrat à juste titre n'est pas tenue du dédit (*p. ex.* CO 107 II, COtr 106 II)[118].

Le contrat peut être résolu au plus tard jusqu'au début de l'exécution de la prestation principale[119]. Dès que l'exécution de la prestation principale commence, il n'est plus possible de le résoudre. Les parties peuvent aussi limiter le droit de résolution à un moment précis.

Le dédit s'impute sur la créance principale[120]. Étant donné que l'art. 158 al. 2 CO (COtr 156 II) est une disposition spéciale prévue exclusivement pour les arrhes, il ne s'applique pas au dédit[121].

Il sied de discuter l'appréciation du TF qui s'exprime ainsi: « *[l]e dédit est dû même en l'absence d'une déclaration de résolution, si l'ayant droit empêche par sa faute l'exécution du contrat. L'art. 158 al. 3 CO ne le dit pas expressément (à la différence du ABGB § 911)*[122] *mais cette conséquence découle des principes généraux du droit suisse en matière de responsabilité fondée sur la faute. A la vérité, il serait inconciliable avec les règles de la bonne foi qu'un*

alternative, voir SCHOCH 4 ss; VON BÜREN 410. Cf. *infra* première partie § 3, IV, A, p. 38 et n. 155.

117 Cf. ATF 84 II 151, 155 c. 2, JdT 1959 I 23; BK-BECKER CO Art. 158 N 9; FEYZİOĞLU 379.

118 ATF 84 II 151, 156 c. 2, JdT 1959 I, 23; RVJ 1975 297; BK-BECKER CO Art. 158 N 9; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 2; OĞUZMAN/ÖZ 889; SEROZAN 231 ss; SUNGURBEY 84 n. 13; VON TUHR/ESCHER 288 n. 9.

119 Cf. YARGITAY 14e HD 18.3.1986, 3898/1799, « *[l]le titulaire du droit de résolution, peut se départir du contrat par une seule déclaration de volonté dans les promesses de vente. Néanmoins, il n'est pas permis de faire recours à ce droit sans limite et dans un délai indéterminé. Il ne convient pas à la bonne foi de se départir du contrat dès l'action d'inscription* »; pour un arrêt dans le même sens, voir 14e HD 21.12.1973, 613/726; BK-BECKER CO Art. 158 N 10; OĞUZMAN/ÖZ 888.

120 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 5; SUNGURBEY 85 n. 13. La conception d'imputation du dédit à la créance principale dépend du but et de la nature prévue par les parties. Dans ce cas, on peut envisager deux possibilités. Lorsque le dédit est considéré comme un prix de risque [*periculi pretium*] moyennant l'autorisation du droit de résolution, il n'y aura pas lieu de le restituer, bien que le droit de résolution n'ait pas été exercé. En revanche, lorsqu'il a été prévu en contrepartie de l'usage effectif de ce droit, il sera imputé ou restitué. La loi turco-suisse recherche d'après notre avis une utilisation effective de ce droit. Voir aussi VON TUHR/ESCHER 288; SEROZAN 227 ss. Cf. ég. CR CO I-MOOSER Art. 158 N 7; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 11.

121 Cf. EREN 1144 ss; OĞUZMAN/ÖZ 889; SEROZAN 228; *contra*: BUCHER 517; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4082; un avis rapproché CR CO I-MOOSER Art. 158 N 7. Voir aussi ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 158 N 5.

122 Cette éventualité est prévue pour les arrhes au § 338 BGB.

contractant puisse se soustraire au paiement d'un dédit en empêchant par sa faute l'exécution du contrat »[123]. Cette réflexion est soutenue aussi par une partie importante de la doctrine turque et suisse[124] est critiquable. D'une part, elle ne correspond pas à l'équilibre des intérêts des parties, puisqu'elle impose une telle responsabilité au débiteur, sans avoir apprécié sa volonté de résoudre ou non le contrat. D'autre part, à notre avis, une application des principes généraux du droit des obligations suisse [et turc] ne nous permet pas de parvenir à une solution similaire au § 911 ABGB. De même, une application éventuelle de cette solution ne serait pas conforme au système du droit des obligations, ni avec le but du dédit[125]. Lorsque le contrat, même s'il prévoit un droit de résolution, n'est pas exécuté, le créancier a le droit d'exiger une indemnité pour le dommage qu'il subit. Ici, il n'existe pas d'éviction des règles relatives à la responsabilité du débiteur fautif, au contraire, une application de tels principes sera réalisée. De surcroît, à supposer que le dédit remplace les prétentions légales dans les cas d'inexécution et d'impossibilité d'exécution imputable au débiteur, il ne fournit pas toujours une solution en faveur du créancier. Il ne serait pas juste de dire que le créancier perd ses droits légaux en cas d'inexécution et d'impossibilité par la faute du débiteur. Le dédit n'est pas une peine conventionnelle qui sert à assurer l'exécution du contrat, ni une indemnité déterminée pour les cas de violation de l'obligation. En revanche, il est possible aux parties de convenir que le dédit aura aussi un rôle de peine conventionnelle[126].

---

123 ATF 84 II 151, 156 c. 2, JT 1959 I 23, voir pour la traduction turque de cet arrêt KANETI Selim, *Les arrêts concernant le droit des obligations du Tribunal fédéral suisse (1955-1964)*, Ankara 1968, 258; KARAHASAN, M. Reşit, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* [Droits des obligations, Dispositions générales], Tome V, Istanbul 2004, 1037 ss. Cf. YARGITAY 15e HD 5.2.1995, 245/598, « *[l]'inexécution d'une ou de quelques-unes des prestations n'est pas suffisante pour indiquer qu'on s'est départi du contrat [...] on peut admettre l'existence de la résolution et l'exigibilité de la peine, lorsqu'on prouve que le débiteur en demeure s'est départi* de facto *du contrat en n'exécutant pas les prestations* ». Voir aussi TF, SJ 1964 247, 250 c. 2; RJN 1982 44, 45 c. 2.

124 BERKİ 280; DÜZCEER Rıza, *Pey Akçesi ve Zımanı Rücu* [Les arrhes et le dédit], *in* Revue de Justice 1956/3, 353; FEYZİOĞLU 382; voir aussi VON BÜREN 411; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4085; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2549; CR CO I-MOOSER Art. 158 N 8. Dans une autre perspective SEROZAN [230 ss et 477 ss] considère que le débiteur perd son droit de résolution par sa faute grave [dans notre cas] et que pour cette raison il ne peut plus résoudre le contrat.

125 Du même avis, SUNGURBEY 85 n. 13, « *[l]es lois turques et suisses ne comprennent pas une disposition pareille (ABGB § 911), et il n'existe pas non plus de prescription qui autorise la partie qui a reçu le dédit à le garder complètement, sans tenir compte de son indemnité, lorsqu'il se départit du contrat à cause de la faute du débiteur* ». YARGITAY 3e HD 24.1.1969, 5170/4225 « *[i]l peut exiger la restitution du dédit remis, lors même qu'il démolit le contrat à tort ou à raison* ». Cf. ég. BK-BECKER CO Art. 158 N 9.

126 Cf. BK-BECKER CO Art. 158 N 9; SUNGURBEY 85 n. 13.

Le droit de résolution est *un droit formateur résolutoire*[127], et doit s'exercer par une manifestation unilatérale de volonté sujette à réception qui n'est soumise à aucune forme[128]. Il peut être déclaré par écrit, oralement ou par acte concluant. La manifestation de résolution déploie ses effets dès que l'information de celle-ci entre dans la sphère juridique de l'autre partie (application analogique de CO 10 II, COtr 10 II)[129]. Conformément à son caractère de droit formateur, une fois exercé, on ne peut plus le révoquer[130]. Néanmoins, la résolution ne se réalise pas si le retrait parvient à l'autre partie avant ou [au plus tard] en même temps que la manifestation de résolution. Il en va de même, lorsque la manifestation de résolution est parvenue auparavant à son destinataire qui en aurait connaissance après le retrait (application analogique de CO 9, COtr 9)[131]. La manifestation de résolution ne pourrait en principe pas être soumise à une condition. Cependant, on peut admettre qu'une condition dépend de la seule volonté de l'autre partie[132]. La partie qui veut se départir du contrat peut stipuler une condition de la manière suivante: « exécutez votre obligation dans deux jours, sinon je me départirai du contrat à cette date ». Il peut aussi contraindre l'autre partie de faire des modifications dans le contrat, à moins que cette proposition ne soit contraire aux mœurs.

Le contrat prend fin avec *effets rétroactifs* [*ex tunc*] dès la résolution. Les choses et les paiements doivent être restitués. En principe, les profits tirés doivent l'être également[133]. La partie qui a reçu le dédit s'engage à le restituer au double[134] quand elle se départit du contrat. Il n'y a pas lieu de rechercher si elle s'acquitte effectivement ou si elle offre de s'acquitter du dédit pour que la résolution prenne effet[135].

---

127 BaK-EHRAT CO Art. 158 N 11; EREN 1144; STANISLAS Guy, *Le droit de résolution dans le contrat de vente: sanction de l'inexécution des obligations contractuelles: Étude de droit suisse*, th., Genève 1979, 14.

128 Cf. BK-BECKER CO Art. 158 N 8; SEROZAN 505 et n. 34; ATF 21 1216.

129 Cf. ENGEL, *Traité* 33; TANDOĞAN Halûk, *Notion préliminaires à la Théorie générale des obligations*, *in* Mémoires publiés par la Faculté de droit (Vol. 36), Genève 1972, 39; ATF 118 II 42, 44 c. 3/b, JdT 1993 I 140. Cf. aussi *infra* première partie § 3, IV, A, p. 38 n. 160.

130 Cf. OĞUZMAN M. Kemal/BARLAS Nami, *Medeni Hukuk, Giriş – Kaynaklar – Temel Kavramlar* [Droit civil, Introduction – Sources – Notions principaux], 11e éd., Istanbul 2004, 113; ENGEL, *Traité* 32; TANDOĞAN, *Préliminaire* 41; ATF 123 III 16, 22 c. 4/b, JdT 1999 I 99.

131 Cf. L'HUILLIER Laurent, *La notion du droit formateur en droit privé suisse*, th., Genève 1947, 215 ss.

132 Cf. CJ, SJ 1960 597, 601; ENGEL, *Traité* 32 et 854; L'HUILLIER 235 ss; TANDOĞAN, *Préliminaire* 41. Cf. aussi OĞUZMAN/BARLAS 112 ss.

133 Cf. STANISLAS 208.

134 Cf. FEYZİOĞLU 382.

135 Cf. *infra* première partie, § 3, IV, A, p. 39.

Nul ne peut exiger les dommages-intérêts dépassent le montant du dédit, car les parties fixent forfaitairement le montant [maximum] des dommages-intérêts en cas de résolution[136].

B. Ressemblances et différences avec la clause pénale

Tandis que la peine conventionnelle a un rôle répressif qui vise à assurer la bonne exécution de l'obligation, le dédit affaiblit le contrat en donnant aux parties le droit de se départir librement de celui-ci[137].

Il existe bon nombre des différences entre ces deux institutions. Alors que dans la clause pénale, une prestation est promise, dans le dédit, en revanche, une somme est versée à l'avance. De cette manière, le dédit se rapproche plutôt de la peine acquittée d'avance. Par ailleurs, dans la clause pénale, il est nécessaire qu'il y ait inexécution ou exécution imparfaite de l'obligation pour que la peine soit exigible, tandis que dans le dédit, on demande une déclaration de résolution[138].

Dans la clause pénale, il est possible d'exiger les dommages-intérêts qui dépassent le montant de la peine, ce qui n'est pas possible dans le dédit. De même, on ne doit pas pouvoir exiger une réduction en alléguant que le dédit est excessif[139] pour la raison que

136 Cf. YARGITAY HGK 24.1.1970, 4-1348/50; TD 28.7.1954, 5761/5610; 4e HD 8.5.1965, 9861/2457; FEYZİOĞLU 381; SEROZAN 227; *contra*: KILIÇOĞLU 532; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 340 ss, les auteurs énoncent qu'il faut limiter le principe de ne pas pouvoir réclamer le dommage supérieur [selon les principes de la bonne foi], en citant un arrêt de la Cour de cassation turque {Du même avis pour le dédit réel KOSTAKOĞLU Cengiz, *İçtihatlı İnşaat Hukuku ve Kat Karşılığı İnşaat Sözleşmeleri* [Le droit de construction et les contrats de construction en échange d'immeuble], Istanbul 2000, 437}. Dans l'arrêt cité par ces auteurs, on a décidé d'indemniser pour le dommage supérieur de l'acheteur, puisque le vendeur ne dit rien des actes préparatoires importants effectués. Certes, à l'instar de l'utilisation d'autres droits, le droit de résolution doit être pratiqué conformément aux règles de la bonne foi. En revanche, il n'est pas raisonnable de produire un principe général en s'appuyant sur l'application concrète de la règle de la bonne foi qui forme une limite commune à l'utilisation de tous les droits. Cf. aussi İNAN 424.

137 Cf. YARGITAY 4e HD 8.5.1965, 9861/2457, « *[l]es fonctions de la clause pénale et le dédit sont différentes* »; 13e HD 19.2.1981, 591/1118; RJN 1982 44, 45 c. 2; BK-BECKER CO Art. 158 N 9; BERKİ 280; VON BÜREN 410; FEYZİOĞLU 380 n. 105; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 38; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 8; SEROZAN 233.

138 BK-BECKER CO Art. 158 N 9; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 40.

139 YARGITAY HGK 24.1.1970, 4-1348/50; 4e HD 19.4.1971, 12912/3666; BERKİ 281; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 11 et 13; FEYZİOĞLU 380; OĞUZMAN/ÖZ 889; SCHERRER 35; SUNGURBEY 90 n. 13; KOCAAĞA 60; *contra*: SEROZAN 235 ss, « *[i]l est contraire à la conception de l'équité et de la*

l'inexécution et la résolution ne s'apprécient pas de manière semblable. Une réduction, même dans la clause pénale, n'est pas possible ou alors elle est minime selon l'art 163 al. 3 CO (COtr 160 III), lorsque la faute du débiteur lors de la violation de l'obligation est grave[140], il ne convient donc pas de la permettre dans la résolution qui dépend entièrement de la volonté du débiteur. On peut se référer à la Cour de cassation turque[141], « *[l]e législateur a tendance à le remarquer lorsqu'il voit une nécessité d'une intervention aux contrats par les juges (COtr 365 II,* CO 373 II; *COtr 409,* CO 417; *COtr 161 III,* CO163 III). *Puisqu'il n'y a pas de clarté à l'art. 156 COtr (CO 158), il n'est pas juste de modifier le but de l'article en faisant une analogie. Les considérations et le raisonnement juridique qui justifient la réduction de la peine conventionnelle, ne sont pas mentionnés dans le dédit. Les fonctions de la clause pénale et de dédit sont différentes. La réduction du montant du dédit par analogie, nuit au principe de la fidélité contractuelle* ».

III. LA CLAUSE PÉNALE ET LA RETENUE DE SALAIRE

A. Notion et définition de retenue de salaire

La retenue de salaire[142] se définit comme un déduction du salaire de l'employé fait par son employeur en vue de compenser les dommages-intérêts qu'il pourrait avoir contre ce dernier [*Lohnabzüge*][143]. Lorsque les dommages-intérêts excèdent le montant de la retenue, l'employeur est en mesure de les faire valoir. Si le dommage est inférieur à la retenue, l'excédant est restitué ou peut être conservé en vue de couvrir les dommages-intérêts futurs[144].

La retenue de salaire réglée à l'art. 157 COtr (aCO 159) et à l'art. 323a CO exige l'existence d'un contrat de travail. Néanmoins, les parties peuvent aussi s'entendre sur une telle retenue dans un autre contrat de service[145]. L'art. 157 COtr ne s'applique pas à tous les contrats de travail en droit turc. Les dispositions concernant la retenue de salaire du CTtr et du CMtr ne sont appliquées qu'aux contrats de travail soumis à ces dispositions.

justice de ne pas pouvoir réduire le montant du dédit lorsqu'il paraît excessif »; du même avis REİSOĞLU 387; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 341.

140 Cf. *infra* quatrième partie, § 2, IV, B, 2, b, p. 159 ss.

141 YARGITAY HGK 24.1.1970, 1348/50; 4e HD 8.5.1965, 9861/2457.

142 Voir pour les détails sur le sujet RECK 8 ss.

143 Cf. ENGEL Pierre, Contrats de droit suisse, 2e éd., Berne 2000, 318; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4070; RECK 28; TERCIER Pierre, Les contrats spéciaux, 3e éd., Fribourg 2003, N 3155 et 3159.

144 Cf. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 361; TERCIER, *Contrats* N 3159.

145 FEYZİOĞLU 385; *contra*: BK-BECKER CO Art. 159 N 5.

Puisque l'employeur opère une compensation de la retenue avec les dommages-intérêts, il faut que le dommage se réalise par la violation des obligations découlant du contrat du travail. L'employé qui a des dettes envers son employeur pour une cause extérieure au contrat ne peut pas les compenser avec la retenue du salaire[146].

Lorsque les parties ont convenu d'une retenue, celle-ci ne peut être admise comme une clause pénale selon la présomption [*juris tantum*] prévue à l'art. 157 al. 1 COtr et pareillement à l'art. 323a al. 3 CO. Sans doute, il n'y a pas d'obstacle à stipuler des peines conventionnelles dans les contrats de travail. Les parties peuvent convenir aussi que la retenue sera en même temps une peine conventionnelle dans telle ou telle contravention de l'obligation[147].

Au cas où la compensation est limitée par la loi (CO 123 c/2, COtr 123 c/2; CO 323b II, COtr 333 I, aCO 340 I; CTtr 28 I), la retenue qui vise une compensation éventuelle doit être conforme à ces dispositions[148]. En droit turc, la limite de la retenue est fixée à dix jours du salaire mensuel (plus de 1/3 du salaire), aux contrats soumis aux CTtr (art. 31 I) et CMtr (art. 39 I), et cette retenue s'effectue sur dix semaines avec les mêmes montants. Si l'employeur n'opère pas une compensation de cette retenue, il ne peut plus en faire d'autres. Une limitation semblable est prévue en droit suisse à l'art. 323a al. 2 CO qui englobe toutes les conventions de travail. Selon cette disposition, le montant de la retenue ne peut pas dépasser un dixième du salaire mensuel, ni au total, le salaire d'une semaine de travail. Le montant de la retenue ne doit donc pas dépasser le quart du salaire mensuel et elle s'effectuera au plus tôt sur trois mois (10 % + 10 % + 5%)[149].

B. Ressemblances et différences avec la clause pénale

La clause pénale et la retenue de salaire confèrent au créancier une garantie concernant sa créance[150]. Néanmoins, il existe plusieurs différences entre elles deux.

Tout d'abord, l'employeur doit prouver, comme une condition de la responsabilité contractuelle, le dommage qu'il a subi, afin de compenser ses dommages-intérêts avec la retenue, tandis qu'en matière de clause pénale, il n'est pas tenu de prouver qu'il a subi un dommage. Même si le créancier n'a pas subi un dommage, il peut réclamer la

146 Cf. BK-BECKER CO Art. 159 N 6; RECK 10; TERCIER, *Contrats* N 3159.
147 Cf. RECK 8 et 19.
148 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 159 N 3; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 361.
149 Voir TERCIER, *Contrats* N 3158.
150 Cf. BK-BECKER CO Art. 159 N 1; ENGEL, *Contrats* 318; TERCIER, *Contrats* N 3156.

peine conventionnelle stipulée en cas de violation de l'obligation (CO 161 I, COtr 159 I)[151].

Le créancier peut réclamer une indemnité supérieure à la fois à la clause pénale et à la retenue de salaire. Alors que l'employeur, pour la retenue du salaire, peut réclamer une indemnité supérieure en ne prouvant que son dommage, il n'est pas tenu de prouver la faute du débiteur comme dans la clause pénale. À l'inverse, le débiteur [ici l'employé] doit établir qu'il n'était pas fautif (CO 97 I, COtr 96 I). En revanche, dans la clause pénale, le créancier doit prouver à la fois son dommage et la faute du débiteur pour exiger des dommages-intérêts supplémentaires[152].

IV. LA CLAUSE PÉNALE ET LA PEINE RÉSOLUTOIRE [*WANDELPÖN*]

A. Notion et définition de la peine résolutoire

Les parties peuvent convenir de se départir librement du contrat en payant une somme d'argent ou en fournissant quelque chose d'autre. Est un cas de *dédit consensuel* ou de *peine résolutoire* [*Wandelpön*] spécifiée à l'art. 160 al. 3 CO (COtr 158 III), un tel droit qui est prévu en faveur du débiteur. Bien que le dédit consensuel soit prévu, en principe, en faveur du débiteur, il n'y a aucun obstacle de l'admettre aussi pour le créancier[153].

Le dédit consensuel est aussi une sorte de dédit. La seule différence entre le dédit consensuel et le dédit réel est, pour le premier, la remise d'une somme d'argent ou d'une autre chose promise dans le contrat et elle sera exécutée après la résolution éventuelle, et pour le second, le paiement d'avance de cette somme lors de la conclusion[154].

Etant donné que la chose stipulée par les parties est acceptée comme une peine conventionnelle selon la présomption prévue par la loi, il appartient à la partie qui l'allègue de prouver qu'il s'agit d'un dédit consensuel (CO 160 III, COtr 158 III). Néanmoins, la loi a prévu une présomption inverse au sujet de la prohibition de faire

151 Cf. BK-BECKER CO Art. 159 N 6; FEYZİOĞLU 387; OĞUZMAN/ÖZ 900; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 159 N 2; RECK 18; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 361.
152 Cf. *infra* quatrième partie, § 1, p. 143 ss (not. II, A et B, p. 144 ss).
153 Cf. YARGITAY HGK 28.2.1962, 1-20/26; BUCHER 529 ss; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 14 et 160 N 25; FEYZİOĞLU 395; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4027 et 4087; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 4; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 7; OGUZMAN/ÖZ 880; TUNÇOMAĞ 31.
154 Cf. ENGEL, *Traité* 861; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4028 et 4085; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2522; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 7; SECRÉTAN 101 et 104. Pour un autre avis voir KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 42.

concurrence dans les contrats de travail (CO 340b II, COtr 351 II, aCO 359 II). Selon cette disposition, lorsqu'une peine a été stipulée pour les prohibitions de faire concurrence, il s'agit d'un dédit consensuel. La partie qui allègue le contraire doit en apporter la preuve.

A l'inverse d'une opinion qui se réfère à une obligation alternative[155] le dédit consensuel confère au débiteur une faculté alternative à l'instar du dédit réel[156]. Dans la mesure où on ne peut pas obliger les parties à résoudre le contrat, on ne peut pas non plus leur imposer de ne pas le faire[157].

Comme le dédit consensuel est une sorte de dédit, il ne serait pas raisonnable d'appliquer des règles différentes [158]. Par conséquent, ils produisent les mêmes effets. *P. ex.*, la résolution n'a pas besoin d'être fondée sur une cause valable. La partie qui se départit du contrat à juste titre n'est pas tenue du dédit[159]. Le contrat peut être résolu jusqu'au début de l'exécution de l'obligation, c'est-à-dire qu'une fois que l'exécution de l'obligation a commencé, il n'est plus possible de le résoudre[160]. Les parties peuvent toujours limiter le droit de résolution à un moment précis.

Le droit de résolution est un droit formateur résolutoire et doit s'exercer par une manifestation unilatérale de volonté sujette à réception qui n'est soumise à aucune

155 BILGE 107; VON BÜREN 410; SCHOCH 4.

156 MAULER 58; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 352; RJN 1957-1961, Vol. II, 254, 255. Pour le motif que, lorsque le débiteur ne la choisit pas, le créancier doit exiger la détermination de la prestation avec une action en justice dans les obligations alternatives. Or, pour le dédit, le créancier n'a pas d'action. Il ne peut exiger que l'exécution de l'obligation. Dans ce cas, le débiteur peut laisser la demande sans effet, en se départant du contrat. L'autre raison qui nous montre que le dédit n'est pas une obligation alternative se voit dans l'impossibilité de l'exécution de l'obligation. Lorsque l'exécution de l'obligation devient impossible par des faits dont le débiteur n'est pas responsable, le dédit ne remplace pas la prestation principale comme c'est le cas pour l'obligation alternative. Etant donné que l'obligation s'éteindra à la suite de cette impossibilité (CO 119 I, COtr 117 I), le dédit sera sans effet.

157 Cf. *supra* première partie § 3, II, A, p. 29.

158 SECRÉTAN 104.

159 Cf. KOCAAĞA 157; OĞUZMAN/ÖZ 880.

160 Pour l'opinion que le débiteur peut se départir toujours du contrat lorsqu'un dédit consensuel a été stipulé, mais qu'en revanche, au cas où un dédit réel est prévu, il doit le résoudre jusqu'au début de l'exécution de l'obligation principale, voir OĞUZMAN/ÖZ 889. YARGITAY 14e HD 18.3.1986, 3898/1799, « *[l]e titulaire du droit de résolution peut se départir du contrat par une seule déclaration de volonté dans les promesses de vente. Néanmoins, il n'est pas permis de faire recours à ce droit sans limite et dans un délai indéterminé. Il ne convient pas à la bonne foi de se départir du contrat dès l'action d'inscription* »; voir pour un arrêt dans le même sens 14e HD 21.12.1973, 613/726.

forme. La manifestation de résolution déploie ses effets dès que l'information de la manifestation de volonté entre dans la sphère juridique de l'autre partie[161] (application analogique de CO 10 II, COtr 10 II)[162].

Le contrat prend fin avec effet rétroactif [*ex tunc*] dès la résolution. Dès la résolution du contrat, la partie qui s'est départie doit payer la somme convenue, il n'y a pas lieu de chercher à ce qu'elle s'acquitte ou qu'elle offre de s'acquitter du dédit consensuel pour que la résolution prenne ses effets[163].

Il n'y a pas lieu d'exiger de dommages-intérêts qui dépassent le montant du dédit, car les parties fixeraient forfaitairement le montant [maximum] de dommages-intérêts pour la résolution[164]. L'appréciation du montant fixé par les parties est une ingérence malvenue et porte une limite injuste à la liberté contractuelle. En revanche, le législateur a permis au créancier d'exiger des dommages supérieurs au dédit consensuel dans le cadre des prohibitions de faire concurrence dans les contrats de travail (CO 340b II, COtr 351 II). Cependant, en l'espèce, le créancier doit prouver le montant du dommage survenu, d'après les principes généraux, pour exiger ses dommages supérieurs. Mais il n'est pas tenu de prouver la faute du débiteur comme

161 Dans les prohibitions de faire concurrence qui sont de prestations de ne pas faire, la résolution se réalise par la seule violation de l'obligation (CO 340b II, COtr 351 II). Il est sans effet que le débiteur signale qu'il n'avait pas envie de résoudre, de telle sorte que, soit il agit conformément à la prohibition, soit il paie la [peine]. Ce résultat découle de la nature de l'obligation de ne pas faire. Le créancier ne peut demander que le dédit à la suite de la violation d'une telle obligation. Pour cette raison, on se réfère à une sorte d'obligation imparfaite à l'obligation de ne pas faire la concurrence lorsqu'elle est assurée par une [peine], voir VON TUHR Andreas/PETER Hans, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Vol. I, 3 éd., Berne 1979, 36; une approche similaire TANDOĞAN Haluk, Türk Mesuliyet Hukuku [Le droit turc de responsabilité], Ankara 1961, 408.

162 Cf. *supra* première partie § 3, II, A. p. 33.

163 YARGITAY 15e HD 19.10.1995, 3101/5671; *contra*: TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 352, ils cherchent un versement effectif ou une offre de versement pour que la résolution prenne effet. Cf. *supra* première partie § 3, II, A, p. 33.

164 Cf. RJN 1961 255; YARGITAY 15e HD 12.11.1990, 1227/4686; 15e HD 15.11.1990, 1771/4823; 15e HD 21.11.1995, 5022/6822; HGK 6.10.1978, 9-101/800; 15e HD 25.10.1989, 1170/4438 « *[b]ien que le demandeur puisse exiger le dédit et son indemnité négative, il ne lui est pas permis de réclamer son gain manqué* »; il n'est pas raisonnable que la Cour autorise une réclamation de dommages-intérêts négatifs, puisque le dédit a déjà un caractère de dommage négatif, à moins que les parties n'aient convenu le contraire; 15e HD 19.3.1998, 684/1085, « *[e]n cas de résolution, les parties peuvent réclamer seulement des valeurs acquises d'elles-mêmes. Il n'y a pas lieu de réclamer d'autre dommage en dehors de ces valeurs, vu que la peine définitive prévue par les parties est considérée comme une compensation du dommage* ». Cf. aussi BaK-EHRAT CO Art. 160 N 25; EREN 1140; FEYZİOĞLU 396; KARAGÖZ 33; KOCAAĞA 155; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 7; OĞUZMAN/ÖZ 883.

dans la clause pénale (CO 161 II, COtr 159 II)[165]. Il ne convient pas d'appliquer une disposition assez controversée et prévue pour un cas déterminé au dédit qui a de nombreuses différences avec la clause pénale.

B. Ressemblances et différences avec la clause pénale

Le dédit consensuel, mentionné à l'art. 160 CO (COtr 158) relatif à la clause pénale, est complètement différent de celle-ci[166]. Cette institution, à l'instar du dédit réel, est prévue aussi en faveur du débiteur. En donnant au débiteur le droit de se départir librement, le dédit affaiblit le contrat, tandis que la clause pénale le consolide, en tendant à assurer l'exécution de l'obligation[167].

Alors que dans les cas de clause pénale, le créancier peut exiger ses dommages excédents[168], en règle générale, ceci n'est pas possible pour le dédit. L'art. 340b al. 2 CO (COtr 351 II) fait une exception à cette règle.

Tandis que le juge réduit les peines conventionnelles excessives selon l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III), le dédit consensuel ne peut pas être modéré[169], en dépit de l'opinion d'une partie de la doctrine et de la pratique[170] qui considère le dédit consensuel à une sorte de clause pénale. En dehors de ses fonctions différentes et de sa nature divergente, il est évident qu'il ne remplit pas les conditions de la réduction. Une réduction, même dans la clause pénale, n'est pas possible ou alors elle est minime

165 Le TF est d'avis que le créancier est obligé de prouver la faute du débiteur pour ce cas par l'application de l'art. 161 al. 2 CO (COtr 159 II) ATF 92 II 31, 38 c. 5/b, SJ 1966 470. Voir aussi BK-BECKER CO Art. 359 N 9; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 359 N 7; SANTORO 56 ss.

166 Cf. BENTELE 21 ss; VON BÜREN 410; DIETZI 31; EREN 1138; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4027; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2523; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 7; KELLER/SCHÖBI 113; KOCAAĞA 154; OĞUZMAN/ÖZ 883; PETITJEAN 25; SCHOCH 4; TUNÇOMAĞ 106.

167 Cf. BENTELE 21; BÜHLER 167; DIETZI 31; EREN 1138; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4027; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2523; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 4; KELLER/SCHÖBI 113; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 8; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 7; SCHOCH 5; SECRÉTAN 100; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 353; ÖZSUNAY Ergun, *Borçlar Hukuku* [Droit des obligations], Tome I, 2e éd., Istanbul 1983, 165.

168 Cf. *infra* quatrième partie, § 1, p. 143 ss.

169 Cf. BaK-EHRAT CO Art. 158 N 14; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4043; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 7 et 163 N 5; OĞUZMAN/ÖZ 880; un peu plus nuancé KOCAAĞA 158; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 43.

170 YARGITAY HGK 6.10.1978, 9-101/800; BENTELE 22; DIETZI 32; FEYZİOĞLU 396; KARAGÖZ 31; PETITJEAN 27; ROSSEL N 323; SCHERRER 35; SECRÉTAN 103; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 353; pour l'art. 340b CO (COtr 351) TERCIER, *Contrats* N 3509.

selon l'art 163 al. 3 CO (COtr 160 III), lorsque la faute du débiteur lors de la violation de l'obligation est grave, il ne convient donc pas de la permettre dans la résolution qui dépend entièrement de la volonté du débiteur[171]. Les motifs de la partie qui se départit, ne sont même pas pris en considération, car un débiteur qui s'est engagé par sa libre volonté doit agir prudemment en ce qui concerne l'exécution. S'il dispose de la faculté de se départir du contrat au lieu de l'exécuter, il doit supporter les conséquences auparavant admises par lui-même. Comme le dédit réel, le dédit consensuel peut être considéré seulement comme nul [totalement ou partiellement], lorsqu'il n'est pas conforme aux art. 19 et 20 CO (COtr 19, 20). Le débiteur qui considère le dédit excessif ne devrait pas se départir du contrat[172].

V. LA CLAUSE PÉNALE ET LA CLAUSE DE DÉCHÉANCE OU DE RÉDUCTION D'UN DROIT

A. Notion et définition de la clause de déchéance ou de réduction d'un droit

Lorsque les parties conviennent d'admettre une perte ou une réduction d'un droit pour les cas de violation de l'obligation, on parle de clause déchéance ou de réduction d'un droit. On peut aussi définir cette clause comme une acceptation de désavantages juridiques dans de tels cas. Citons quelques exemples: la convention par laquelle la créance devient entièrement exigible en cas de paiement tardif des acomptes ou des intérêts; le droit de résiliation du contrat en cas de violation de l'obligation; la privation de certains droits ou de qualité de membre d'une association pour les cas d'inobservation des obligations découlant des statuts[173].

Les parties sont libres de stipuler une telle clause dans les contrats, voire dans les statuts des associations. Exceptionnellement, la loi considère comme nulles certaines de ces clauses comme *p. ex.* le pacte commissoire [*lex commisoria*] par lequel le créancier est autorisé à s'approprier le gage faute de paiement (CC 894, CCtr 949).

B. Ressemblances et différences

La peine conventionnelle consiste en une nouvelle prestation, indépendante de la prestation principale. Certes, l'acceptation des désavantages juridiques ne représente pas une nouvelle prestation. Afin de les intégrer à la peine conventionnelle, la

171 Cf. *infra* quatrième partie § 2, IV, B, 2, b, p. 159 ss.

172 OĞUZMAN/ÖZ 885.

173 Cf. ATF 80 II 123, 132 c. 3/b, JT 1955 I 168; BK-BECKER CO Art. 160 N 5; BUCHER 523; ENGEL, *Traité* 862; GAUCH Peter, *Le contrat d'entreprise* (trad. française par CARRON Benoît), Zurich 1999, N 694; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 3; TUNÇOMAĞ 12 ss; VON TUHR/ESCHER 279.

proposition d'OSER de remplacer, dans la définition de la clause pénale, « *als Strafe oder Schadenersatz* » par « *von der Übernahme eines Rechtsnachteils* », a été refusée devant la commission d'experts[174]. En fait, cela ne suffit pas à démontrer que la volonté du législateur était de refuser les désavantages juridiques comme des peines[175]. Car, l'art. 1185 de la révision 1905 du Code des obligations concernant cette proposition, a été complètement supprimée du projet dans la même séance par la proposition de ROSSEL. Après avoir supprimé entièrement cet article du projet, il n'y avait pas lieu d'utiliser la proposition de modification de cet article en le faisant ressortir comme la volonté du législateur.

Nous pensons que la volonté du législateur n'est pas très précise dans cette situation. Nous devons donc considérer ces clauses d'après la nature de la peine conventionnelle et ses effets sur le débiteur. Comme une importante partie de la doctrine, nous pensons aussi que les clauses qui n'obligent pas le débiteur à exécuter une prestation pécuniaire doivent être traitées en dehors de la clause pénale[176]. Sinon, toutes les clauses prévues au détriment du débiteur pourraient être considérées comme des clauses pénales. En revanche, en tenant compte de la similarité entre ces clauses et la clause pénale, et en indiquant aussi l'art 162 CO (COtr 160 I) qui prononce l'application des dispositions de la clause pénale à certaines de ces clauses[177], les dispositions de la clause pénale doivent aussi s'appliquer *mutatis mutandis* aux clauses d'une acceptation de désavantages juridiques[178].

---

174 Le protocole de la commission d'experts de la révision du code des obligations suisse, 2e Session 12-23 octobre 1908.

175 Le TF, dans un ancien arrêt, énonce que la volonté du législateur était clairement dans la direction de refuser d'apprécier les désavantages juridiques comme une peine, en invoquant le rejet de cette proposition devant la commission d'experts, ATF 80 II 123, 134 c. 3/b, JT 1955 I 168.

176 Cf. ATF 80 II 123, 134 c. 3/b, JdT 1955 I 168; BK-BECKER CO Art. 160 N 5; ENGEL, *Traité* 862; VON BÜREN 412; DIETZI 23; BaK-EHRAT Art. CO 162 N 1; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2494; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 3; SCHERRER 17; SCHOCH 9; TUNÇOMAĞ 12 ss; VON TUHR/ESCHER 279; voir pour l'opinion de la peine atypique BENTELE 131; pour l'avis qui soutient qu'on doit les apprécier comme une peine conventionnelle, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4007; CR CO I-MOOSER Art. 160 N 4; OĞUZMAN/ÖZ 873; voir ég. RIEMER Hans-Michael, *Konventionalstrafe in Gestalt von Verfall- oder Verwirkungsklauseln, in* Le Centenaire du Code des obligations, Fribourg 1982, 443 ss, 449 ss.

177 Les contrats par lesquels les versements partiels effectués restent acquis au créancier en cas de résiliation sont soumis aussi aux dispositions de la clause pénale (CO 162, COtr 160 I). Le législateur a vu une utilité de les soumettre aux dispositions de la clause pénale, eu égard à la proximité de ces deux institutions.

178 Dans le même sens, voir BENTELE 16 et 131 ss; VON BÜREN 412; RIEMER 451; GAUCH, *Entreprise* N 694; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 10; OĞUZMAN/ÖZ 873; *contra:* TUNÇOMAĞ 142; SCHERRER 35; cf. aussi KUNZ N 418.

D'ailleurs il ne serait ni juste ni conforme à la *ratio legis* de la clause pénale d'apprécier hors de la peine conventionnelle la diminution des prestations qui représentent une valeur pécuniaire, comme une diminution du prix de vente prévues pour les cas de violation de l'obligation en alléguant qu'elles n'ont pas de caractère indépendant par rapport à la prestation principale[179]. Nous croyons que les dispositions de la clause pénale devraient s'appliquer entièrement à ces clauses[180].

VI. LA CLAUSE PÉNALE ET LA CLAUSE PÉNALE INDÉPENDANTE [*UNECHTE KONVENTIONALSTRAFE*]

A. Notion et définition de la clause pénale indépendante

On parle de clause pénale indépendante [*unechte Konventionalstrafe, la peine conventionnelle improprement dite*], lorsqu'une personne promet une peine pour les cas où elle commettrait une action qu'elle est en droit de faire ou omettrait d'effectuer un acte qu'elle ne serait pas tenue de faire[181]. *P. ex.* puisque la résiliation du contrat de mandat ne peut pas être qualifiée comme une violation de l'obligation, les peines prévues pour sanctionner cette résiliation sont des peines conventionnelles improprement dites[182]. Bien qu'elle ne soit pas prévue par la loi, il n'y a aucune raison de refuser une telle convention.

Bien qu'on ne s'engage pas à exécuter une prestation, la peine conventionnelle improprement dite aura pour effet de renforcer l'exécution de celle-ci. Le créancier de la peine ne peut pas exiger l'exécution de cette action ou abstention, parce qu'il ne s'agit pas d'une obligation. La seule chose qu'il peut exiger est la peine. Pour cette raison, la peine improprement dite a un caractère exclusif.

---

179 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 6; BUCHER 523 n. 7; ENGEL, *Traité* 862, « *[p]romettre une somme ou promettre de renoncer à la même somme, c'est équivalent* »; FISCHER Thomas, *Vertragliche Pauschalierung von Schadenersatz*, th., Zurich 1998, 56; GAUCH, *Entreprise* N 2537; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4007; OĞUZMAN/ÖZ 873; RIEMER 449 ss; voir aussi CR CO I-MOOSER Art. 160 N 4. Cf. aussi YARGITAY 13e HD 18.2.1993, 221/1322.

180 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 6; ENGEL, *Traité* 862; SANTORO 28 ss et les réf. cit.

181 BK-BECKER CO Art. 163 N 26; BENTELE 13 et 129 ss; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4069; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 52 ss; CR CO I-MOOSER Art. 160 N 6 n. 4; SCHOCH 11; VON TUHR/ESCHER 286; TUNÇOMAĞ, *Clause* 39. Pour une étude détaillée sur la peine conventionnelle improprement dite, voir MABILLARD Ramon, *Rechtsnatur, anwendbare Gesetzesbestimmungen und Zulässigkeit der unechten Konventionalstrafe, in* PJA 2005/5, 547 ss, 548.

182 Voir pour les détails sur cet exemple *infra* deuxième parti § 2, IV, B, 1, a, ii, p. 102 ss.

La peine conventionnelle improprement dite peut servir aussi à garantir les actes qui n'ont pas de valeur économique ou qui ne sont pas susceptibles d'exécution forcée, comme les obligations naturelles dont l'exécution n'a pas été entièrement exclue[183].

B. Ressemblances et différences avec la clause pénale

A l'instar de la peine conventionnelle proprement dite, la peine improprement dite est aussi une obligation conditionnelle suspensive [potestative][184]. Le caractère comminatoire s'observe de manière similaire dans la peine improprement dite. La peine improprement dite se rapproche plutôt de la peine exclusive[185]. Que ce soit dans la peine exclusive ou dans la peine improprement dite, le créancier ne peut demander que la peine.

La différence entre la peine proprement dite et celle improprement dite est que dans la première, il existe un rapport d'accessoriété entre l'obligation et la peine. Bien qu'il n'y ait pas de rapport d'accessoriété entre la peine improprement dite et l'action ou l'omission dont l'exécution n'est pas engagée, la peine sera invalide lorsque l'action représente un caractère illicite ou contraire aux mœurs (CO 157, COtr 155)[186].

Même s'il existe des différences entre ces deux institutions, en raison de leur ressemblance, les dispositions concernant la clause pénale doivent s'appliquer par analogie à la clause pénale indépendante[187]. Si l'impossibilité de l'accomplissement de l'action n'est pas imputable au promettant, il n'y aura pas lieu d'exiger la peine (CO 161 II, COtr 163 II), à moins que les parties aient convenu le contraire. Le débiteur qui n'a pas agi sans qu'il y ait de faute de sa part ne serait pas tenu de la peine[188]. Le juge peut devoir réduire le montant de la peine improprement dite s'il l'estime excessif (CO 163 III, COtr 163 III)[189].

---

183 Cf. VON TUHR/ESCHER 286; cf. aussi ENGEL, *Traité* 51 ss.

184 VON BÜREN 410, l'auteur est d'avis que la peine conventionnelle improprement dite n'est qu'une obligation conditionnelle, et que pour cette raison, elle n'est soumise qu'aux dispositions des obligations conditionnelles, néanmoins l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) s'applique par analogie. Voir aussi MABILLARD 550.

185 Pour la peine exclusive, voir *infra* deuxième partie, § 1, III, p. 55 ss.

186 Cf. KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 52 et N 57. Voir aussi MABILLARD 553.

187 BK-BECKER CO Art. 163 N 26; BENTELE 14 et 132 ss; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 3; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4069; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 55; MABILLARD 553 ss; SCHERRER 35; SCHOCH 11; VON TUHR/ESCHER 286; TUNÇOMAĞ, *Clause* 40. Voir MABILLARD 552 ss.

188 Cf. TUNÇOMAĞ, *Clause* 40.

189 Cf. ARSEBÜK, *Obligations* 991; VON BÜREN 410; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 15 et N 55; MABILLARD 553 ss; SCHOCH 71; VON TUHR/ESCHER 287.

VII. LA CLAUSE PÉNALE ET LA FIXATION FORFAITAIRE DES DOMMAGES-INTÉRÊTS

A. Notion et définition de la fixation forfaitaire des dommages-intérêts

La fixation forfaitaire des dommages-intérêts[190] est une convention par laquelle le montant des dommages-intérêts éventuels est déterminé avant qu'ils ne se produisent. Cette convention libère le créancier de son obligation de prouver le montant du dommage[191]. Quoique l'art. 43 al. 1 CO (COtr 43 I) cède au juge la compétence de déterminer le mode et l'étendue de la réparation lorsque le dommage n'est pas précisé par le créancier, il ne pose pas un obstacle à la fixation du montant en question par les parties. La convention sur la fixation des dommages-intérêts doit être conclue avant la réalisation du dommage. Dans le cas contraire, il ne s'agira pas d'une fixation forfaitaire des dommages-intérêts, mais d'une convention d'indemnisation sur le litige[192].

L'objet de la fixation forfaitaire est le montant de l'indemnité. Cependant, le créancier doit quand même prouver d'après les règles générales qu'il a subi un dommage en raison de la violation de l'obligation. Il n'est libéré qu'en ce qui concerne le montant du dommage. Néanmoins, les parties peuvent en même temps modifier le fardeau de preuve relatif à la réalisation du dommage. Le cas échéant, la réalisation du dommage sera présumée, et le débiteur sera tenu de prouver le contraire pour pouvoir se libérer de sa responsabilité. Lorsque la responsabilité du débiteur ne dépend pas de la réalisation du dommage, il ne s'agit pas d'une fixation forfaitaire des dommages-intérêts, mais d'une clause pénale. La qualification de la convention comme la fixation forfaitaire des dommages-intérêts par les parties n'est pas suffisante pour la faire admettre comme celle-ci (CO 18 I, COtr 18 I)[193].

La fixation forfaitaire peut viser les dommages-intérêts positifs que le créancier subit lors de l'inexécution, de l'exécution imparfaite ou encore de l'impossibilité imputable au débiteur, ainsi que les dommages-intérêts négatifs en cas de résolution du contrat par le créancier suite à la demeure du débiteur.

---

190 Voir pour les détails sur la fixation forfaitaire des dommages-intérêts FISCHER, *Schadenersatz* 95 ss.

191 Cf. GVP-SG 2002 N 50 c. 5/a; ENGEL, *Traité* 862; GAUCH, *Entreprise* N 709; CR CO I-MOOSER Art. 160 N 4; une définition divergente GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4071, « *[n]achweis über Eintritt und Umfang des Schadens* »; une approche similaire BUCHER 525; KOCAAĞA 49 et 53; TUNÇOMAĞ, *Obligations* 861. Cf. aussi LARENZ Karl, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Tome I, *Allgemeiner Teil*, Munich 1987, 383.

192 OĞUZMAN/ÖZ 360.

193 Cf. TF, SJ 2005 437, 439 c. 3; ATF 129 III 664, 667 c. 3/1, JdT 2004 I 60 (rés.).

B. Ressemblances et différences avec la clause pénale

La convention qui se confond le plus avec la clause pénale est la fixation forfaitaire des dommages-intérêts, si bien qu'il y a eu de nombreuses discussions, tant en droit allemand et turco-suisse, qu'en droit français[194].

La discussion était plus profonde en droit français puisque celui-ci possède une disposition positive sur la fixation forfaitaire des dommages-intérêts, ce qui n'est pas le cas dans les autres pays. Il faut noter que plusieurs auteurs allèguent que ces clauses sont les mêmes, mais sous des noms différents[195].

L'art. 1226 CCfr définit la clause pénale ainsi: « *[...] est celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». Quant à la fixation forfaitaire des dommages-intérêts l'art. 1152 indique ceci: « *[l]orsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* ». Bien que la différence entre ces deux articles soit claire, l'art. 1229 CCfr relatif à la clause pénale mentionne une fonction de la clause pénale en énonçant que « *[l]a compensation des dommages-intérêts que le créancier souffre de l'inexécution de l'obligation principale* ». La confusion commence justement à ce stade. Le renvoi aux dommages-intérêts dans ces deux articles a contribué à semer la confusion[196].

Sans doute, les rédacteurs du Code Napoléon étaient conscients des divergences entre ces deux conventions[197], de telle sorte que cette différence était expliquée dans les ouvrages des premiers commentateurs[198]. Par la suite, la confusion commence, et la

194 La question n'est pas non plus étrangère au droit américain qui autorise les « *liquidated damages* » mais rend nulles les « *penalty clauses* ». Voir *p. ex.* Gieseeke v. Cullerton, 280 III 510, 117 N.E. 777 (1917) « *[n]o brach of the law is involved in more obscurity by contradictory decisions* ». Voir aussi CALAMARI John D./PERILLO Joseph M., *The law of Contracts*, 3e éd., St. Paul, Minnessota 1987, 639 ss; FARNWORTH E. Allan, *Contracts*, 2e éd., Boston-Toronto-Londre 1990, 935 ss. Voir aussi ELLINGTON Paul R., *Penalty Clauses: England, in* DPCI 1982, 507 ss; HANOTIAU Bernard, *La clause pénale en droit américain, in* DPCI 1982, 515 ss.

195 Voir pour les détails sur ce sujet MAZEAUD N 256 ss; PINTO-MONTEIRO António, *La clause pénale en Europe, in* Etudes offertes à Jacques GHESTIN, Le contrat au début du XXI siècle, Paris 2001, 734 ss.

196 BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel/BARDE Louis, *Traité théorique et pratique de Droit civil, Des obligations*, 3e éd., Tome II, Paris 1902, 432, « *[l]a clause pénale et les dommages-intérêts conventionnels sont une et même clause sous des noms différents* »; LAURENT François, *Principes de droit civil*, Tome XVII, 3e éd., Bruxelles-Paris 1878, N 451, « *[l]a peine n'est pas autre chose que l'évaluation des dommages-intérêts par convention* ».

197 FENET Pierre-Antoine, *Recueil complet des Travaux préparatoires du Code civil*, Tome XIII, réimpression de l'édition 1827, Osnabrück 1968, 56 ss.

198 Voir pour les réf. MAZEAUD N 260.

doctrine française apprécie l'art. 1152 CCfr comme une base de ces deux types de conventions, et ce bien qu'il concerne la fixation forfaitaire des dommages-intérêts. Dans la même mesure, en tenant compte de la nature juridique de la fixation forfaitaire des dommages-intérêts, le législateur de 1804 du CCfr n'avait pas permis une modification de son montant, à supposer qu'il ait été excessif. A l'inverse de cette volonté consciente, le législateur de 1975, adhérant à l'opinion de la doctrine dominante qui soutient que l'art. 1152 CCfr concerne la clause pénale, a fait une modification relative à la réduction de la peine conventionnelle dans l'article en question (Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975). Tandis que l'ancien législateur voulait empêcher une telle réduction en raison de la non-conformité de la fixation forfaitaire des dommages-intérêts. Mais, si on appréciait la convention de la fixation forfaitaire comme la clause pénale, il n'y avait aucun obstacle pour le législateur de 1975[199].

Inversement à ce comportement du législateur, une partie de la doctrine en suivant MESTRE, a attiré l'attention sur les différences de ces deux types de conventions, et a critiqué la doctrine dominante et le législateur[200]. Toutefois, la majeure partie de la doctrine française pense que ces deux types de conventions sont identiques[201].

Contrairement au droit français, ces deux institutions ont été bien séparées par la doctrine et les tribunaux en droit allemand[202]. Néanmoins, un débat s'est ouvert sur l'application éventuelle du § 343 BGB relatif à la réduction de la peine conventionnelle à la fixation forfaitaire des dommages-intérêts. Quoiqu'une partie minoritaire de la doctrine soit partisane de son application, le Tribunal suprême [*Bundesgerichtshof*][203] et

199 CHABAS François, Préface à « Notion de clause pénale » de MAZEAUD, XV, « *[...] le législateur ayant visiblement confondu les deux* [clause pénale et évaluation forfaitaire des dommages-intérêts] ».

200 MESTRE Jacques, *Obligations et contrat spéciaux, in* RTDC 1985, 367 ss, 372 ss; GENEVIÈVE Viney/JOURDAIN Patrice, *Traité de Droit civil, sous la direction de Jacques Ghestin, Les effets de la responsabilité*, 2e éd., Paris 2001, 441 ss; MAZEAUD Henri et Léon/MAZEAUD Jean/CHABAS François, *Leçons de droit civil, Tome II, Vol. I, Obligations, Théorie générale*, 8e éd., Paris 1991, N 641-3.

201 BÉNABENT Alain, *Droit civil, Les obligations*, 8e éd., 2001, 283; CARBONNIER Jean, *Droit civil, Vol. II, Les biens, Les obligations*, Paris 2004, 2222; DELEBEQUE Philippe, *Régime de la réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Clause pénale, in* Juris Classeur, Responsabilité civile, Fasc. 212, Art. 1146 à 1155 Fasc. 22, 3 ss; MALINVAUD Philippe, Droit des obligations, 7e éd., Paris 2001, 320; TERRÉ François/SIMLER Philippe/LEQUETTE Yves, *Droit civil, Les obligations*, 6e éd., Paris 1996, 493.

202 Voir pour les détails sur ce sujet BEUTHIEN Volker, *Pauschalierter Schadenersatz und Vertragsstrafe, in* Mélanges pour le 70e anniversaire de Karl LARENZ, Munich 1973, 495 ss; FISCHER Detlev, *Vertragsstrafe und vertragliche Schadenersatzpauschalierung*, th., Francfort-sur-le-Main 1981.

203 BGH, NJW 1992, 2625; BGHZ 49 N 15, 84, 89; BVerfG, NJW 1970, 29, 31; BAG, NJW 1967, 751.

la doctrine dominante[204] sont d'avis que cette application ne serait pas possible en tenant compte de leurs différences.

En droit turc, TUNÇOMAĞ, en s'inspirant du droit français, a allégué que la clause pénale a la nature d'une fixation forfaitaire des dommages-intérêts[205]. Il a aussi influencé fragmentairement la Cour suprême turque[206]. Dans la même mesure, OĞUZMAN et ÖZ indiquent que lorsque les parties ont fixé le mode ainsi que le montant des dommages-intérêts avant la violation de l'obligation, il s'agit d'une clause pénale[207]. En dehors de ces auteurs, il n'y a pas d'autre discussion profonde sur ce sujet en droit turc.

Quant au droit suisse, bien que les divergences de ces contrats soient établies avec précision par la doctrine[208] et les tribunaux[209], la discussion a été vécue de manière semblable au droit allemand. La doctrine majoritaire est d'avis que l'art. 163 al. 3 CO (COtr 160 III) devrait s'appliquer aussi au contrat de la fixation forfaitaire des dommages-intérêts[210].

Brièvement, on peut résumer ainsi: la clause pénale et la fixation forfaitaire des dommages-intérêts sont des institutions différentes[211]. La clause pénale, qui renforce l'exécution de l'obligation avec une pression sur le débiteur, sert à assurer l'exécution de celle-ci[212]. *A contrario*, les parties à la fixation forfaitaire des dommages-intérêts ne

204 MunchK-GOTTWALD Rém. prel. au § 339 N 30; HESS Claus, *Die Vertragsstrafe*, th., Berlin 1993, 238 ss; *contra:* ESSER Josef/SCHMIDT Eike, *Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, Tome I, *Entstehung, Inhalt und Beendigung von Schuldverhältnissen*, Heidelberg 1995, 271 ss; FISCHER, *Vertragsstrafe* 172 ss.

205 TUNÇOMAĞ, *Clause* 29 ss.

206 YARGITAY HGK 16.4.1986, 13-730/416; 13e HD 15.12.1981, 7896/8497.

207 OĞUZMAN/ÖZ 360. Dans le même sens ARSEBÜK, *Obligations* 777.

208 BENTELE 21; BUCHER 525; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 12; ENGEL, *Traité* 862 ss; GAUCH, *Entreprise* N 709 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 3974; HUGUENIN N 1185; voir aussi FISCHER, *Schadenersatz* 161 ss.

209 ATF 109 II 462, 468 c. 4/a, JdT 1984 I 210; ATF 83 II 525, 532 c. 3; ATF 46 II 399, 401 ss c. 2, JdT 1921 I 108; voir aussi GVP-SG 2002 N 50 c. 5/a, « *[d]ie Schadenspauschalisierung soll dem Gläubiger im Falle einer Schadenersatzpflicht den Nachweis des Schadenseintritts und –umfangs erübrigen, setzt also, anders als die Konventionalstrafe, die Entstehung eines Schadens voraus* ».

210 BENTELE 21; BUCHER 525; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 12; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4071; HUGUENIN N 1185; NEERACHER Christoph, *Das Arbeitsvertragliche Konkurrenzverbot*, th., Berne 2001, 109 n. 672; SCHWENZER N 71.16; voir aussi LGVE 1983 I N 12, 23, 25.

211 Cf. BUCHER 525; CHAPPUIS 67; ENGEL, *Traité* 862; GAUCH, *Entreprise* N 709; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4071; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2496. Voir aussi ATF 109 II 462, 468 c. 4/a, JdT 1984 I 210.

212 Cf. BENTELE 20; GAUCH, *Entreprise* N 710; LARENZ 384; KOCAAĞA 53.

visent pas au premier chef une pression sur le débiteur pour qu'il obéisse à son engagement, mais ils visent à déterminer le montant de dommages-intérêts éventuels.

La Cour suprême allemande donne clairement les critères qui montrent les différences de ces deux types de conventions. Selon elle, même si le contrat prévoit une fixation par avance des dommages-intérêts à un montant déterminé, si les parties visent particulièrement à établir une pression sur le débiteur pour qu'il exécute son obligation, nous sommes face à la clause pénale. Si l'objectif des parties n'est que de fixer par avance le montant des dommages-intérêts, il s'agit d'un contrat *sui generis*, la fixation forfaitaire des dommages-intérêts[213].

Bien que le créancier ne soit pas obligé de prouver le montant de son dommage, il doit prouver quand même son existence. La fixation forfaitaire ne supprime pas les autres incombances du créancier. Or, en matière de clause pénale, le débiteur n'est pas tenu de prouver le montant de son dommage, ni son existence[214]. Le débiteur est tenu d'exécuter la peine, même si le créancier n'a éprouvé aucun dommage (CO 161, COtr 159).

La fixation forfaitaire des dommages-intérêts et la clause pénale sont soumises à des dispositions différentes. La première est soumise aux dispositions générales en tant que contrat *sui generis* (*p. ex.* CO 19, COtr 19; CO 20, COtr 20; CC 27, CCtr 23)[215], mais pas aux dispositions relatives à la clause pénale. Par conséquent, il n'y a pas lieu de réduire son montant en arguant qu'il est excessif, ni d'exiger de dommages-intérêts supérieur par analogie à l'art 161 al. 2 CO (COtr 159 II). Sinon, la fixation forfaitaire perdrait sa raison d'être et créerait une limitation à la liberté contractuelle contraire à la loi. L'intervention du juge au contrat d'après l'art. 163 al. 3 CO (COtr 160 III) est une exception qui n'est pas une fonction ordinaire du juge[216]. Sans qu'il y ait aucune précision, ni une allusion dans la loi, il ne conviendrait pas d'appliquer cette disposition à la fixation forfaitaire des dommages-intérêts en droit turco-suisse[217].

213 BVerfG, NJW 1970, 29, 32, « *[w]enn die Zahlung des versprochenen Betrages in erster Linie die Erfüllung des Hauptvertrages sichern und auf den Vertragsgegner einen möglichst wirkungsvollen Druch ausübensoll, alle vertraglich übernommenen Verpflichtungen einzuhalten. Einen Schadenspauschalabrede liegt dagegen vor, wenn sie der vereinfachenden Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Vertragsanspruches dienen soll [...]* ». Voir aussi BGH, NJW 1992, 2625; BGHZ 49 N 15, 84, 89; BAG, NJW 1967, 751. Voir également ATF 46 II 399, 401 ss c. 2, JdT 1921 I 108.

214 Cf. ATF 103 II 129, 136 c. 4, JdT 1978 I 150; ATF 103 II 108, JdT 1978 I 194; YARGITAY 13e HD 14.4.1981, 2018/2787, « *[l]a clause pénale libère le créancier d'une occupation [...] concernant la preuve de l'existence et le montant du dommage* ». Cf. aussi SECRÉTAN 90.

215 ATF 83 II 525, 532 c. 3.

216 VON TUHR/ESCHER 284.

217 Cf. KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 18. Cf. aussi KOCAAĞA 51 et 54.

DEUXIEME PARTIE

LES DIVERSES ESPÈCES ET
LA SPÉCIFICATION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE

§ 1. LES DIVERSES ESPÈCES DE LA PEINE CONVENTIONNELLE

I. LA PEINE ALTERNATIVE

En cas d'inexécution de l'obligation, le créancier peut réclamer soit l'exécution de l'obligation selon les règles générales de responsabilité, soit la peine prévue en renonçant à l'exécution de l'obligation principale. Il n'a ainsi pas le droit d'exiger à la fois l'exécution de l'obligation et la peine conventionnelle (CO 160 I, COtr 158 I).

La règle de l'art. 160 al. 1 CO (COtr 158 I) concernant la demande alternative de la peine en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation n'est pas une disposition impérative[218]. Les parties peuvent donc convenir que l'obligation et la peine seront exécutées cumulativement. Mais, à défaut d'une telle stipulation, le créancier ne peut pas exiger à la fois l'exécution de l'obligation et la peine. On peut saisir cependant la volonté contraire des parties, notamment en examinant leurs intentions[219], les circonstances[220], la nature des intérêts assurés[221] et, spécialement, l'ampleur financière de la peine[222]. *P. ex.*, si le montant de la peine est fixé plus bas que les dommages-intérêts éventuels, on doit admettre que les parties ont convenu que la peine est réclamée cumulativement avec l'exécution de l'obligation principale. Sinon, une institution prévue en faveur du créancier pourrait finalement avoir des conséquences à son détriment.

Étant donné que la loi présume l'exigibilité alternative de la peine, il appartient au créancier de prouver le contraire[223].

Le créancier doit choisir entre l'exécution de l'obligation et la peine, sauf dans les cas d'inexécution relative au temps ou au lieu convenus (CO 160 II, COtr 158 II).

---

218 Cf. ATF 122 III 420, 422 c. 2/b; ATF 97 II 350, 352 c. 2/a, JdT 1972 I 280; ATF 63 II 84, 86, JdT 1937 I 397, SJ 1938 26; YARGITAY 15e HD 26.5.1999, 774/2125; 15e HD 7.3.1989, 2481/1066; 15e HD 26.1.1981, 29/113; BK-BECKER CO Art. 160 N 33; BUCHER 521; EREN 1137; FEYZİOĞLU 393; HUGUENIN N 1197; KILIÇOĞLU 578; KOCAAĞA 149; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 98; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 351; VON TUHR/ESCHER 282 n. 38.

219 BUCHER 521; EREN 1137.

220 BK-BECKER CO Art. 160 N 33; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 2; SECRÉTAN 108 ss; STAHEL 99; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 350; TUNÇOMAĞ, *Clause* 45.

221 ATF 122 III 420, 424 c. 3/a; ATF 46 II 399, 401 c. 2, JdT 1921 I 108; BK-BECKER CO Art. 160 N 15.

222 TUNÇOMAĞ, *Clause* 46; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 350.

223 BK-BECKER CO Art. 160 N 34; SCHOCH 6.

II. LA PEINE CUMULATIVE

Le code fournit une présomption [*iuris tantum*] de l'exécution cumulative de l'obligation et de la peine en cas de stipulation de la clause pénale pour inexécution de l'obligation dans le lieu et le temps convenus [modalités de l'exécution] (CO 160 II, COtr 158 II). Une telle peine sert à procurer les dommages-intérêts qui relèvent de la violation de l'exécution de l'obligation en ce qui concerne le lieu et le temps convenus[224].

L'exigibilité de la peine avec l'exécution n'est pas uniquement possible dans les cas prévus par la loi. Grâce à la possibilité de déroger à l'art. 160 al. 2 CO (COtr 158 II) qui est de nature dispositive, les parties ont la possibilité de convenir une peine cumulative dans d'autres cas[225]. De cette façon, la peine cumulative dérive soit de la présomption légale, soit des volontés des parties[226]. Puisque la présomption ne concerne que certaines modalités d'exécution, il incombe au créancier de prouver que la peine a été prévue cumulativement dans d'autres cas de violation de l'obligation. L'intérêt que le créancier attend de la peine en stipulant celle-ci et l'objectif visé par les parties simplifient cette incombance du créancier. Il faut admettre que la peine est prévue cumulativement *p. ex.* en cas de valeur considérable de l'exécution de l'obligation pour le créancier, en cas d'absence de valeur pécuniaire de l'obligation principale ou encore en cas d'une indice selon laquelle le créancier ne renoncerait jamais à l'exécution de l'obligation.

On rencontre fréquemment les peines cumulatives liées aux *prohibitions de faire concurrence*[227]. Si une peine a été prévue pour assurer l'observation de la prohibition de faire concurrence dans les conventions de travail, il s'agit, dans la règle, d'un dédit consensuel [*Wandelpön*] (CO 340b II, COtr 351 II)[228]. Selon son choix, le débiteur réagit soit conformément à la prohibition, soit il se départit du contrat en exécutant la peine prévue. Il convient de relever qu'il s'agit d'une présomption prévue par la loi. Pourtant, les parties peuvent aussi convenir des peines proprement dites (alternative et cumulative) pour les prohibitions de faire concurrence. La loi exige une forme écrite concernant la peine cumulative dans ce domaine. L'art. 340b III (COtr 351 III) concernant la peine cumulative dit que: « *[l]'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts*

224 TUNÇOMAĞ, *Clause* 46; ROSSEL N 327.

225 Cf. ATF 122 III 420, 424 c. 2/b; RJV 1997 269; BUCHER 529; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4020 ss; KARAGÖZ 28; KOCAAĞA 151; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 127; SCHOCH 6; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 351.

226 ATF 99 II 172, 173 c. 2, JdT 1974 I 263; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 20; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4020. Cf. aussi KOCAAĞA 152 ss.

227 ATF 103 II 120, 121, JdT 1978 I 77; ATF 99 II 172, 173 c. 2, JdT 1974 I 263.

228 Cf. *supra* première partie § 3, IV, p. 37 ss.

supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention, lorsque cette mesure est justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur ». Selon cette disposition, le droit de cumuler la peine et la cessation de la violation doivent nécessairement être prévus par écrit, c'est-à-dire que la peine cumulative doit être stipulée par la forme écrite. De plus, la cumulation doit être justifiée par l'importance des intérêts lésés ou menacés de l'employeur et par le comportement du travailleur (CO 340b III *in fine*, CO 351 III *in fine*). Dans la plupart des cas, on peut admettre que la peine conventionnelle stipulée pour la prohibition de faire concurrence revêt une importance considérable pour le créancier[229].

La stipulation par laquelle la peine et l'exécution sont exigées simultanément fortifie considérablement tant les prohibitions de concurrence dans les conventions de travail que les prohibitions prévues dans d'autres cas. La question est de savoir si dans ces cas, la peine n'est exigible que pour le premier comportement qui viole la prohibition ou pour chaque répétition de la violation de la prohibition. Il faut interpréter le contrat concrètement dans chaque cas. La jurisprudence considère à juste titre que chaque violation de l'obligation de ne pas faire concurrence conduit à une nouvelle exécution de la peine uniquement, pour autant qu'une peine modeste ait été prévue[230].

Le législateur propose une peine cumulative non pour tous les types d'exécution imparfaite, mais uniquement pour l'exécution non conforme au lieu et au temps convenus. Contrairement aux Codes turco-suisse, le § 341 al. 1 BGB comprend tous les types d'exécution imparfaite en donnant comme exemple l'exécution tardive. Ainsi, le créancier pourra demander la peine et l'exécution de l'obligation principale dans tous les types d'exécution imparfaite de l'obligation comme le lieu convenu, la qualité de la prestation et le mode d'exécution requis. Le législateur français à l'art. 1229 al. 2 CCfr déclare que seule la peine prévue pour le simple retard d'exécution peut être exigée cumulativement.

III. LA PEINE EXCLUSIVE

Bien que la loi ne le prévoie pas expressément, il est également possible de convenir que la peine soit exécutée de manière exclusive en cas de violation de l'obligation principale. Dans ce cas, le créancier ne pourra exiger que la peine à la suite de la violation de l'obligation, et non pas l'exécution de l'obligation concernée, ou les

229 Cf. TUNÇOMAĞ, *Clause* 45 n 122. Cf. aussi ATF 63 II 84, JdT 1937 I 397, SJ 1938 26; ATF 46 II 399, 401 c. 2, JdT 1921 I 108.

230 Cf. ATF 68 II 169, 175 c. 3, JdT 1943 I 99; ATF 46 II 399, 401 ss c. 2, JdT 1921 I 108.

dommages-intérêts selon les règles générales de la responsabilité[231]. Le débiteur ne pourra pas non plus exécuter l'obligation principale après avoir violé son engagement, à moins que le créancier ne le lui permette. Car la peine exclusive restreint de façon identique le débiteur et le créancier pour ce qui est de l'exécution de l'obligation principale.

La peine exclusive qui peut paraître à première vue en raison de sa nature punitive à l'avantage du créancier, ne produit cependant pas toujours des effets en faveur de celui-ci. Elle peut aussi produire des résultats au détriment du créancier, c'est-à-dire qu'il peut subir un dommage plus élevé que ne l'est la peine conventionnelle. Le créancier ne peut exiger ses dommages-intérêts supplémentaires que lorsqu'il s'agit de peines alternative ou cumulative. Cela n'est pas possible en cas de peine exclusive, car le créancier renonce implicitement à ce droit en admettant l'exécution exclusive de la peine conventionnelle. Etant donné que les parties limitent la responsabilité du débiteur à une valeur fixe, la peine exclusive s'apprécie selon l'art. 100 CO (COtr 99) concernant la convention exclusive de la responsabilité.

La peine exclusive est favorable pour les créanciers qui souhaitent particulièrement l'exécution de l'obligation principale et qui ont un intérêt à l'exécution dans un délai déterminé [notamment en ce qui concerne les obligations qui doivent être exécutées à un terme fixe, et aussi en cas d'accomplissement de la prestation qui devient sans utilité après la violation de l'obligation]. Si le créancier souhaite particulièrement l'exécution de l'obligation principale, il a plutôt intérêt à ne pas admettre la peine exclusive. Il ne faut pas oublier que le créancier perd ses droits légaux suite à la violation de l'obligation. A cette occasion, il convient de déterminer l'étendue de la peine très attentivement en ayant égard au dommage éventuel, et ce dans le but de protéger les intérêts du créancier.

Une partie de la doctrine désigne le dédit consensuel [*Wandelpön*] comme la peine exclusive[232]. Etant donné que le dédit ne soit pas une peine conventionnelle, selon nous, il convient de ne pas traiter le dédit consensuel comme une peine exclusive afin d'éviter toute confusion avec la clause pénale[233].

231 Cf. CHAPPUIS 71; ENGEL, *Traité* 865; EREN 1137; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 11; CR CO I-MOOSER Intro. aux art. 158 à 163 N 7, n. 8; VON TUHR/ESCHER 283.

232 Voir *p. ex.* ENGEL, *Traité* 865; VON TUHR/ESCHER 283.

233 Voir *supra* première partie § 3, IV, B, p. 40 ss.

§ 2. LA SPECIFICATION DE LA CLAUSE PENALE

I. LA NATURE DES OBLIGATIONS AUXQUELLES PEUVENT ETRE LIEES A LA CLAUSE PENALE

A. En général

Quels types d'obligations peuvent être assurés par la clause pénale? L'obligation doit-elle nécessairement être une obligation contractuelle? Dans le cas contraire, peut-on prévoir des peines pour les obligations extra-contractuelles, comme l'acte illicite, l'enrichissement illégitime ou encore une obligation découlant de la loi comme l'obligation alimentaire?

L'art. 160 al. 2 CO (COtr 158 I) parle d'inexécution et d'exécution imparfaite du contrat pour que l'on puisse parler d'une peine conventionnelle. Certains auteurs[234] qui se prévalent du texte de cet article sont d'avis que les obligations extra-contractuelles ne peuvent pas être garanties par une peine conventionnelle. Selon nous, il n'est pas nécessaire que l'obligation assurée par la peine soit une obligation conventionnelle. En vue de clarifier le sujet, il nous faut d'abord expliquer pourquoi il est possible de garantir l'obligation extra-contractuelle par le biais de la clause pénale.

Il existe deux types de démarches de stipulation de peine pour les obligations en dehors du contrat. Dans le premier cas, une obligation non-contractuelle est d'abord promise par une convention, puis l'exécution de cette obligation contractuelle est garantie par une peine conventionnelle[235]. Dans le second cas, l'obligation assurée par la peine conventionnelle n'était pas promise préalablement dans un contrat. Dans le premier cas, le régime juridique de responsabilité se modifie en se transformant en un régime contractuel, dans le second cas, le régime juridique de l'obligation subsiste.

Selon SECRÉTAN[236], les obligations découlant des sources autres que le contrat doivent d'abord être promises par une convention pour qu'elles puissent être assurées par la peine conventionnelle. Dans ce cas, cette clause pénale ne vise pas l'obligation

234 SECRÉTAN 67 ss. GUHL parlait de l'existence d'une obligation contractuelle [*Vertragsverpflichtung*] jusqu'à la quatrième (4e) édition de son œuvre. Il change d'avis dans la cinquième (5e) édition, de sorte qu'on peut prévoir une peine conventionnelle pour tout type d'obligation [*jeder Verpflichtung*], Das schweizerische Obligationenrecht, 5e éd., Zurich 1956, § 56 N 1. Pour l'avis que si la peine est prévue pour les obligations non contractuelles, il s'agit d'une peine conventionnelle atypique, voir BENTELE 129 ss.

235 Pour l'opinion que les obligations extra-contractuelles peuvent être assurées uniquement de cette manière, voir BILGE 60 ss; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 9; SCHOCH 13 ss.

236 SECRÉTAN 67 ss.

originaire, mais l'obligation objet de la convention. *P. ex.* si les parties ont convenu d'exécuter l'obligation découlant d'actes illicites par une convention et qu'elles l'ont assurée par une clause pénale, cette stipulation ne tend pas à assurer l'obligation originaire, mais l'obligation visée par la convention. L'auteur, après avoir énoncé ces cas, déclare qu'une clause pénale ne peut pas valablement assurer les obligations extra-contractuelles lors même qu'elles sont promises au préalable par une convention. Selon lui, il est contraire à la loi de modifier le régime juridique de l'obligation qui passerait ainsi d'un régime [*p. ex.* délictuel] à un autre [régime contractuel]. Il existe bon nombre de différences entre ces deux types de responsabilités. Toutes les dispositions sur la responsabilité (légale) sont impératives et d'ordre public. L'ordre public comprend non seulement les conventions qui excluent la responsabilité, mais également celles qui l'adoucissent ou qui l'aggravent. D'autre part, les accords qui dérogent à l'art. 43 al. 1 CO (COtr 43 I) selon lequel « *[l]e juge détermine le mode ainsi que l'étendue de la réparation* » sont contraires aux mœurs, au droit de la personnalité et à l'ordre public et sont par conséquent nuls. De même, l'auteur énonce que la volonté du législateur est de ne pas accepter la stipulation de la peine conventionnelle en dehors des obligations contractuelles, en arguant le rejet de la proposition de BÉGUELIN relative à la modification du mot de « *contrat* » par « *tous types d'obligation* » dans la définition de la clause pénale devant la Commission d'experts. En bref, selon l'auteur « *l'obligation principale doit être, en droit suisse, une obligation purement contractuelle* [237]».

Si on prend l'acte illicite pour exemple, l'obligation découlant de cet acte peut être promise par une convention [la novation de l'obligation] et, ultérieurement, l'exécution de cette obligation peut être assurée par une clause pénale. Selon nous, il n'y a aucun obstacle à cette pratique. Il n'est pas convaincant de dire que toutes les dispositions concernant la responsabilité sont impératives et que le fait d'y déroger est contraire à l'ordre public et aux mœurs[238]. Il est clair que certaines règles de la responsabilité sont impératives et excluent toute dérogation (*P. ex.* CO 100 I, COtr 99 I; CO 101 III, COtr 100 III; CO 129, COtr 127; CO 141 I, COtr 139 I). Cependant, il n'est pas possible de considérer l'art. 43 al. 1 CO (COtr 43 I) comme une disposition impérative qui ne serait susceptible d'aucune dérogation. Cette disposition ne s'applique pas seulement aux obligations découlant des actes illicites, mais aussi aux obligations contractuelles par le renvoi de l'art. 99 al. 2 CO (COtr 98 II)[239], tandis que la clause pénale écarte directement l'application de cette disposition même pour les obligations purement contractuelles. A l'évidence le législateur ne confère pas un caractère impératif à cet article, mais plutôt un caractère supplétif[240].

237 SECRÉTAN 69.

238 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 3; TUNÇOMAĞ, *Clause* 10.

239 CR CO-I WERRO Art. 43 N 2; TUNÇOMAĞ, *Clause* 11; SCHWENZER N 14.02.

240 Cf. BK-WEBER CO Art. 100 N 49 et 101 N 167; CR CO I-WERRO Art. 43 N 17.

Par ailleurs, les conventions extensives ou restrictives de responsabilité ne sont pas considérées comme contraires aux mœurs et à l'ordre public, et ne sont par conséquent pas invalides[241]. Ainsi les conventions qui modifient l'étendue de la responsabilité du débiteur ne sont pas systématiquement invalides[242]. L'art. 100 al. 1 CO (COtr 99 I) ne déclare nulles que les conventions qui libèrent le débiteur de sa responsabilité en cas de dol ou de faute grave, mais autorise en revanche les conventions qui libèrent le débiteur de sa responsabilité en cas de faute légère. Le juge peut intervenir dans des conventions et les annuler dans les cas prévus par la loi (CO 100 II, COtr 99 II)[243]. Les conventions extensives de responsabilité sont, en principe, des actes valables [limites générales CO 19, COtr 19; CO 20, COtr 20; CO 105 II; COtr 104 II; CC 27, CCtr 23]. De plus, il n'est pas faux de dire que la responsabilité contractuelle est plus sévère que la responsabilité délictuelle. De même, la novation d'une obligation légale est toujours praticable, et il n'y a pas de raison de la considérer comme invalide[244].

Il n'y a donc pas d'obstacle à promettre, en principe, une obligation non contractuelle par un contrat et de la garantir par la suite par une clause pénale. Néanmoins, il convient de préciser que cette situation ne représente pas une garantie d'une obligation extra-contractuelle avec une clause pénale, mais une garantie d'une obligation contractuelle proprement dite.

Dautre part, comme on l'a mentionné dans un contexte similaire, le rejet de la proposition de BÉGUELIN par la commission d'experts de la révision du code des obligations ne démontre pas une volonté claire du législateur concernant la possibilité de garantir les obligations non-contractuelles par une clause pénale. Parce que, en fait, la proposition de BÉGUELIN concernait la modification du mot « *contrat* » dans l'art. 1185 du projet relatif à la définition de la clause pénale. Mais, dans la même session, une autre proposition faite par ROSSEL relative à l'exclusion totale de la définition même dans le projet a été acceptée. Nous ne pouvons déduire du rejet de la proposition de BÉGUELIN la volonté du législateur telle qu'elle a été soutenue par certains auteurs. La votation sur différentes propositions dans la même session nous montre qu'il s'agissait d'une nécessité procédurale, et, il existait des propositions antagonistes. En raison de la nature d'une telle votation entre ces diverses propositions, il est contraire à la logique de parler de la volonté du législateur en s'appuyant sur les propositions refusées. Avec l'acceptation de la proposition de ROSSEL concernant l'exclusion totale de la définition, la proposition de BÉGUELIN concernant la

241 Pour les conventions restrictives de responsabilité, voir PETITPIERRE Gilles, *A propos des conventions exclusives de la responsabilité, in* Pacte, convention, contrat, *in* Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno SCHMIDLIN, Bâle et Francfort-sur-le-Main 1998, 347 ss.

242 Cf. CR CO I-THÉVENOZ Art. 100 29.

243 Voir aussi pour les conventions restrictives de responsabilité relatives à la responsabilité pour des auxiliaires CR CO I-THÉVENOZ Art. 101 N 37 ss.

244 Cf. CR CO I-PIOTET Art. 116 N 5.

modification de celle-ci n'avait en effet plus de sens. La pertinence de la proposition de ROSSEL ressort beaucoup plus clairement ici même.

En s'abstenant de donner une définition de la clause pénale à l'instar d'autres institutions, le législateur a voulu instaurer une souplesse dans l'application des lois. Pourtant, bien qu'il n'existe pas de définition de la clause pénale dans le code, les dispositions la concernant se réfèrent tout de même à un contrat (CO 160 I, COtr 158 I). Peut-on donc parler d'une volonté du législateur ne permettant pas d'assurer les obligations non contractuelles par une clause pénale? Selon nous, la réponse est sans nul doute négative. Les notions de contrat dans la définition et dans les articles relatifs à une institution juridique déterminée ne s'apprécient pas dans la même perspective. Tandis que la définition a un effet restrictif en déterminant les éléments de l'institution elle-même, les dispositions qui règlent les effets des institutions sont plus souples et susceptibles de s'élargir dans la pratique. Comme on l'admet en doctrine, le mot « *contrat* » dans les dispositions sur la clause pénale est exprimé comme un exemple pour lequel la peine conventionnelle est utilisée fréquemment[245]. Il n'a pas d'effet restrictif. L'exclusion de la définition du projet vise à prévenir de pareilles discussions et traduit un comportement convenable et consciencieux du législateur[246].

L'autre méthode pour assurer les obligations extra-contractuelles par une clause pénale consiste à les garantir directement avec celle-ci sans modifier leur nature propre. Dans ce cas, le régime juridique découlant de l'obligation originaire ne se transforme pas en un régime contractuel. En cas d'inexécution de cette obligation, le créancier réclamera soit son indemnité selon les règles concernant la responsabilité découlant de l'obligation en cause, soit la peine promise.

Du fait que l'obligation principale est plutôt une obligation indemnitaire, le rapport entre la peine et l'obligation principale doit s'apprécier soigneusement. La présomption énoncée en faveur de la peine alternative reste toujours valable. Les circonstances et le montant de la peine sont des indices d'une stipulation contraire des parties. Ainsi, lorsque la peine est fixée plus bas que l'indemnité du créancier, on doit l'apprécier comme une peine cumulative qui est conforme à la volonté des parties. Il est toujours possible aux parties de prévoir une peine exclusive en cas d'inexécution de l'obligation.

En guise de conclusion, l'exécution d'une obligation principale assurée par une peine conventionnelle n'est pas nécessairement une obligation contractuelle, mais elle peut aussi être une obligation découlant d'un acte illicite, d'un enrichissement illégitime ou

245 Cf. KELLER/SCHÖBI 109 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 9.

246 « *La discussion a montré que toute définition est extrêmement délicate* » dit ROSSEL dans « Le protocole de la commission d'experts de la révision du code des obligations suisse, 2e Session 12-23 octobre 1908 ».

encore de la loi. La *ratio legis* de la clause pénale va aussi dans ce sens. Mais il faut qu'il y ait obligatoirement un acte qui prévoit la peine[247].

B. Selon les sources des obligations

1. Obligations résultant d'un acte juridique

a. *Obligations résultant d'un acte unilatéral*

Le code des obligations permet aux personnes de s'engager par un acte unilatéral. L'art. 8 al. 1 CO (COtr 8 I) régit la responsabilité découlant d'une promesse publique[248]. D'après cette disposition, une personne (le promettant) est tenue de payer le prix promis en échange d'une prestation demandée.

Bien qu'une partie de la doctrine[249] voit dans une telle promesse une offre en vue de conclure un contrat, la majeure partie de la doctrine admet, à juste titre, qu'il s'agit d'un acte unilatéral qui oblige le promettant[250]. Si on considère qu'il s'agit d'une offre, l'art. 8 CO (COtr 8) sera sans utilité. L'article en question ne parle pas d'une manifestation de volonté unilatérale en vue de conclure un contrat. Il prévoit uniquement les effets résultant de la promesse en question. Par voie de conséquence, une personne qui exécute la prestation mentionnée par le promettant en ignorant sa promesse, peut exiger le paiement du prix au promettant, bien qu'elle ait eu connaissance de la promesse ultérieurement[251].

Le promettant d'un prix en échange d'une prestation peut aussi renforcer l'exécution de sa promesse par une peine[252]. Cette peine peut être tant une peine qui augmente et s'ajoute au prix en cas de retard de l'exécution [*peine cumulative*] qu'une autre chose qui remplace le prix [*peine alternative*].

247 Cf. *supra* première partie § 1, II, p. 9 et n. 26.

248 Pour les détails sur ce sujet, voir İNAN A. Naim, *Les promesses publiques en droit privé turc*, Ankara 1961, 15 ss; BK-SCHMIDLIN CO Art. 8 N 1 ss.

249 *P. ex.* ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 8 N 18; BÉGUELIN, *FJS 118* 1.

250 BK-BECKER CO Art. 8 N 5; BUCHER 148; CR CO I-DESSEMONTET Art. 8 N 4; ENGEL, *Traité* 210; İNAN 234 ss; OĞUZMAN/ÖZ 145; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 469; TERCIER, *Contrats* N 5367; VON TUHR/PETER 182 n. 6; cf. aussi ATF 39 II 591, c. 7, JdT 1914 I 177, 184.

251 CR CO I-DESSEMONTET Art. 8 N 4; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 469.

252 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 3; BUCHER 522, n. 3; TUNÇOMAĞ, *Clause* 61; KARAGÖZ 20. Pour l'avis que la peine conventionnelle ne peut être prévue que par un acte bilatéral, voir BENTELE 33; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 8 n. 8; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 16.

Bien qu'il soit possible, en principe, de promettre une peine par un acte unilatéral[253], il n'est pas admissible de prévoir des peines pour tous les actes unilatéraux. *P. ex.* il n'est pas permis de prévoir une peine pour l'inexécution ou l'exécution imparfaite des charges découlant d'un testament. D'une part, il n'est pas convenable de prévoir une peine au détriment de l'autre partie, et d'autre part, la clause pénale est un acte qui produit ses effets dans la vie du débiteur. Or, le testament est un acte unilatéral qui produit ses effets après la mort de son auteur. C'est pourquoi les peines fixées en cas de violation d'une charge d'un testament doivent être réglées d'après les dispositions du droit des successions, et non pas d'après celles sur la clause pénale[254].

b. *Obligations résultant d'un contrat*

Le plus souvent, la clause pénale sert à assurer les obligations découlant des contrats. C'est pourquoi la loi parle d'exécution d'un contrat dans les dispositions relatives à la clause pénale. Cependant, comme on l'a expliqué plus haut[255], le contrat est mentionné seulement comme un exemple, et pas de manière restrictive.

Il importe peu que le contrat soit unilatéral, bilatéral imparfait ou encore bilatéral parfait[256]. Lorsqu'il s'agit d'un contrat synallagmatique, il n'est pas obligatoire de prévoir des peines en faveur des deux parties. D'ailleurs, même s'il s'agit d'un contrat synallagmatique, la prestation de peine se prévoit souvent par rapport à l'obligation d'une seule des parties. La peine conventionnelle est envisagée la plupart du temps au détriment du débiteur de la prestation caractéristique. Cependant, il est possible d'assurer les prestations des deux parties dans des conditions semblables ou différentes. Peu importe que la convention soit gratuite ou onéreuse.

L'obligation découlant du contrat peut être une obligation de donner, de faire ou de s'abstenir. Dans la pratique, on voit fréquemment les peines conventionnelles qui assurent l'exécution des obligations de faire et de donner dans le temps prévu et l'obéissance aux obligations d'abstention. Lorsqu'on regarde les contrats dans la pratique, les clauses pénales se trouvent habituellement dans les contrats de construction et d'énergie et dans les contrats de travail en ce qui concerne les prohibitions de faire concurrence. Cela explique que la plus grande partie de la jurisprudence turco-suisse se rapporte aux prohibitions de faire concurrence.

---

253 A noter qu'il est nécessaire de distinguer la peine prévue par un acte unilatéral de la détermination [du montant] de la peine par un acte unilatéral, voir ATF 116 II 302, 304 c. 4, JdT 1991 I 170.

254 BK-BECKER CO Art. 160 N 1.

255 Cf. *supra* deuxième partie § 2, I, A, p. 57 ss.

256 Cf. BENTELE 25.

La question est de savoir quelles obligations découlant du contrat sont assurées en stipulant une peine conventionnelle. Les parties peuvent convenir une peine pour l'exécution des prestations principales ainsi que pour les prestations accessoires. Lorsque l'interprétation de la volonté des parties ne permet pas une délimitation des obligations assurées par la peine, toutes les obligations résultant du contrat sont dans la garantie de la clause pénale[257].

Les parties ont la faculté de limiter la durée de la clause pénale. Lorsqu'il s'agit de prestations périodiques, on peut convenir une peine conventionnelle pour le début du contrat, les trois premières années par exemple.

Dans le domaine du droit de sociétés, *les accords sur l'exercice du droit de vote* entre actionnaires peuvent également être assurés par le biais de la peine conventionnelle[258]. Les accords sur l'exercice du droit de vote entre actionnaires sont des conventions par lesquelles on prévoit l'exercice des votes d'une manière déterminée, la neutralité ou l'abstention de l'exercice des votes en partie ou en totalité[259]. Il est particulièrement important de prévoir des peines conventionnelles dans ceux-ci[260], parce que la nature de l'obligation liée à ces accords ne permet pas une exécution forcée en nature. La convention est violée par le comportement contraire à la promesse adopté lors de l'assemblée de la société. Une fois l'engagement violé, il n'y a plus de possibilité d'annuler les décisions de l'assemblée ni selon les règles du droit des obligations, ni selon celles du droit des sociétés. Le créancier ne peut pas non plus réclamer l'exécution de l'obligation avant l'assemblée, car celle-ci n'est exigible et exécutable qu'au moment de l'assemblée. L'obligation devient impossible par le comportement contraire à sa promesse du débiteur. La seule possibilité qui appartient au créancier est de réclamer des dommages-intérêts selon l'art. 97 CO (COtr 96 ss)[261]. La situation est

---

257 Cf. YARGITAY HGK 2.7.1958, 32/34; HGK 7.1.1959, 3/1; BENTELE 6 et 44 ss.

258 DOHM Jürgen, *Les accords sur l'exercice du droit de vote de l'actionnaire, Etude de droit suisse et allemand, in* Mémoires (n° 33) publiés par la Faculté de droit de Genève, th., Genève 1971, 19 et 187 ss; HERETIER-LACHAT Anne, *Les conventions d'actionnaires ou la face cachée de la lune, in* Le contrat dans tous ses états, Publication de la Société genevoise de droit, A l'occasion du 125e anniversaire de la Semaine judiciaire, Berne 2004, 101 ss; PATRY Robert, *Les accords sur l'exercice des droits de vote de l'actionnaire, in* RDS 78 II 120a ss; POROY Reha/TEKİNALP Ünal/ÇAMOĞLU Ersin, *Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku* [Droit des sociétés et de la coopérative], 9e éd., Istanbul 2003, N 1003.

259 Cf. DOHM 9; OKUTAN NILSSON Gül, *Anonim Ortaklıklarda Pay Sahipleri Sözleşmeleri* [Les contrats d'actionnaire dans les sociétés anonyme], th., Istanbul 2004, 346 ss; HERETIER LACHAT 117 ss; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU) N 998.

260 PATRY 76a; voir aussi ENGEL, *Traité* 50.

261 Pour l'avis que l'exécution forcée en nature est possible, voir *p. ex.* GLATTFELDER Hans, *Die Aktionärbindungsverträge, in* RDS 78 II 315a; MOROĞLU Erdoğan, *Conventions de vote particulièrement dans les société anonyme et limited*, 2e éd., Ankara 1996, 94 ss; OKUTAN

pareille même si les parties conviennent d'un accord pour plusieurs assemblées. Dans ce cas, le créancier ne peut pas se faire autoriser pour exercer le droit de vote, parce qu'il est difficile, voire impossible de déterminer le comportement futur du débiteur[262]. Le comportement précédent du débiteur contraire à son engagement ne signifie pas qu'il agira de la même façon lors des assemblées ultérieures. Pour ces raisons, la peine conventionnelle est un moyen qui sert à assurer que le débiteur agisse conformément à son obligation. Il s'agit ici d'une peine alternative. Bien que le créancier ne doive pas pouvoir exiger l'exécution de l'obligation, l'option existe entre la peine et les dommages-intérêts réalisés selon les principes généraux du droit des obligations. Cependant, les parties peuvent convenir aussi l'exécution cumulative de la peine et des dommages-intérêts à la suite de la violation de l'obligation.

On peut prévoir la peine conventionnelle dans *les conditions générales d'affaires*[263]. Les conditions générales qui sont préparées abstraitement et préalablement par une partie deviennent partie intégrante du contrat concret lorsque les parties les adoptent. L'art. 163 al. 3 CO (COtr 160 III) relatif à la réduction des peines excessives favorise l'intervention du juge pour le contrôle du contenu des conditions générales. Cet article relatif à la réduction des peines excessives peut être appliqué plus strictement en faveur du débiteur. Dans la fixation de l'étendue de la réduction de la peine excessive résultant des conditions générales d'affaires, le juge doit pouvoir réduire le montant en tenant compte de la nature de l'obligation. La possibilité de réduire les peines excessives dans ce cas-là existe pour la protection de la partie faible.

NILSSON 349 ss; SECRÉTAN, *in* RDS 78 II 727a ss; STAUDER Bernd, *De l'exécution forcée des conventions préalables de vote, in* SAS 1968, 174 ss; voir aussi DOHM 159 ss. Voir pour un arrêt exceptionnel du Tribunal suprême allemand BGHZ 48, 163; voir pour son arrêt contraire RGZ 112, 273 ss. Voir pour les discussions sur l'exécution forcée en nature HINTZ-BÜHLER Monika, *Aktionärbindungverträge*, th., Berne 2001, 192 ss. Voir aussi ZR 83 N 53.

262 TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU) N 1003a; plus nuancé DOHM 166 ss.

263 KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 21. Voir pour les conditions générales d'affaires ATAMER Yeşim, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi* [Le contrôle des conditions générales d'affaires dans le cadre de la problématique de la délimitation de la liberté contractuelle], th., Istanbul 1999; ENGEL, *Traité* 167 ss; MERZ Hans, *Le contrôle judiciaire des conditions générales du contrat en droit suisse, in* SJ 1975 193 ss; ZK-SHÖNENBERGER/JÄGGI CO Art. 1 N 427 ss. Voir aussi WESSNER Pierre, *Les contrats d'adhésion: Quelle protection pour la partie réputée la plus faible, in* RDS 105 I 161 ss.

L'engagement de contracter [*pactum de contrahendo, précontrat*][264] peut être également garanti par une peine conventionnelle. La promesse de contracter doit renfermer tous les points objectivement et subjectivement essentiels[265] du contrat principal[266]. L'objet du contrat principal doit être déterminé ou au moins être déterminable[267], la doctrine et la pratique sont unanimes sur ce point. Un tel précontrat permet aux parties d'exiger la conclusion du contrat principal à l'avenir. Néanmoins, une des parties ne peut conclure le contrat par une déclaration unilatérale[268]. Face à l'inaction de l'une des parties, la décision du juge remplace la déclaration de la défenderesse[269].

La peine conventionnelle prévue pour l'exécution du précontrat sert à établir une pression sur le débiteur afin qu'il conclue le contrat principal. La peine est exigée alternativement, en fonction de la nature du précontrat, sauf convention contraire des parties[270]. La peine prévue a une importance particulière lorsque le débiteur conclut un autre contrat et exécute l'obligation résultant de celui-ci, et que la conclusion du second contrat rend impossible l'exécution du précontrat, c'est-à-dire la conclusion du contrat initial -ainsi en est-il de la vente d'une chose déterminée et de sa remise à une autre personne-, ou lorsque l'exécution devient impossible par un fait imputable au débiteur. Dans ces cas, le créancier peut exiger alternativement les dommages-intérêts positifs résultant de la non conclusion du contrat principal et la peine stipulée pour le cas d'inexécution du précontrat. Il est possible pour les parties de convenir d'une peine cumulative qui peut être exigée avec les dommages-intérêts.

Dans la doctrine, on admet que le débiteur peut promettre de conclure le contrat principal avec un tiers [*pactum de contrahendo cum tertio*][271]. Lorsque le tiers est prêt à conclure le contrat principal, le débiteur, dans ce cas, est tenu conclure avec lui. Le créancier peut demander au débiteur l'exécution du précontrat, c'est-à-dire la conclusion du contrat principal avec le tiers, et en cas d'inexécution de cette obligation, la peine prévue. La peine conventionnelle a aussi un caractère alternatif. Néanmoins, les parties peuvent prévoir une peine cumulative. Le droit

---

264 Voir sur ce sujet VON BÜREN 213 ss; CAVIN Pierre, *La promesse de contracter, in* SJ 1970 321 ss; voir aussi MERZ Hans, *Vertrag und Vertragsschluss*, 2e éd., Freibourg 1992, N 290 ss; TERCIER Pierre, *Défense et illustration de la promesse de vente immobilière, in* DC 1985/2, 24 ss; voir aussi ATF 118 II 32, 33 c. 3, JdT 1993 I 387.

265 Voir TERCIER, *Contrats* N 965 et N 971 ss.

266 Cf. ATF 118 II 32, 33 c. 3/b, JdT 1993 I 387; CR CO I-DESSEMONTET Art. 22 N 10; ENGEL, *Contrats* 99; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 143; TERCIER, *Contrats* N 964.

267 ATF 118 II 32, 33 c. 3/b, JdT 1993 I 387; ATF 95 II 42, c. 1, JdT 1970 I 352; CAVIN 334; CR CO I-DESSEMONTET Art. 22 N 10; MERZ, *Vertrag* N 295.

268 Cf. ATF 129 III 264, 267 c. 3.2.1, SJ 2003 409; ATF 97 II 48, 51 c. 4/a, JdT 1972 I 58.

269 CR CO I-DESSEMONTET Art. 22 N 11; TERCIER, *Promesse* 25.

270 YARGITAY 14e HD 28.9.1993, 10778/7097.

271 CR CO I-DESSEMONTET Art. 22 N 2; voir aussi ATF 58 II 362, 365 c. 2, JdT 1933 I 231.

du tiers de demander la conclusion du contrat principal dépend de la volonté des parties. Si les parties ne reconnaissent pas au tiers le droit de réclamer directement l'exécution du contrat, il appartient au créancier de demander l'exécution ou/et la peine convenue.

c. *Obligations résultant des statuts ou du règlement d'une personne morale*

La peine conventionnelle peut être prévue dans *les règlements d'entreprise*, dans *les statuts des associations* ainsi que dans *les statuts des sociétés*[272]. Les peines prévues dans les règlements et dans les statuts ne sont pas envisagées unilatéralement, parce qu'une personne les accepte expressément ou tacitement en devenant membre de l'association, en commençant à travailler dans l'entreprise ou alors en adhérant aux sociétés[273].

- Comme il n'y a pas d'obstacle, en principe, empêchant de prévoir des peines conventionnelles dans les *statuts des sociétés anonymes*, les codes en parlent précisément pour certains cas. L'art 681 al. 3 CO (CComtr 407 II) admet de prévoir des peines dans les statuts afin de frapper l'actionnaire en demeure de libérer ses actions. Lorsque les statuts prévoient une telle peine, la société peut en réclamer l'exécution. Selon le sens de l'art. 681 CO (CComtr 407), les peines prévues par les statuts sont exigées, en règle générale, avec les intérêts moratoires. L'article en question renverse donc la présomption de peine alternative posée par l'art. 160 al. 1 CO (COtr 158 I). Cependant, lorsque les statuts contiennent une disposition qui parle de réclamation alternative de la peine ou de l'intérêt moratoire, l'actionnaire en demeure est tenu d'exécuter soit la peine prévue, soit l'intérêt moratoire. Le

272 Cf. ATF 119 II 162, 165 c. 2, JdT 1994 II 105; ATF 57 I 200, 204; RJB 69, 297, 298 c. 2; ZR 50 N 58; BK-BECKER CO Art. 160 N 1 et 3; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 3; EREN 1134; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 1; HUGUENIN N 1181; KELLER/SCHÖBI 109 ss; LOKSAIER 40; SCHOCH 92 ss; OĞUZMAN/ÖZ 871; SCHWENZER N 71.01; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 343; VON TUHR/ESCHER 278; TUNÇOMAĞ, *Clause* 60. Pour l'avis qu'on ne peut pas prévoir de peines conventionnelles par les statuts de société anonyme [et d'association et de fondation], voir BUCHER 521.

273 Cf. BUCHER 524; VON TUHR/ESCHER 278. Les peines conventionnelles prévues dans les statuts d'association ne peuvent pas être considérées comme découlant d'actes unilatéraux. Il faut qu'on admette que les membres acceptent les conditions des statuts en adhérant à l'association. En cas de changement ultérieur des statuts, le membre de l'association qui n'est pas d'accord avec celui-ci peut toujours sortir de celle-ci (CC 70 II, CCtr 63 I). Etant donné que cette situation est un juste motif pour le membre, il n'est pas nécessaire d'obéir au délai d'avertissement de six mois prévu à l'art. 70 al. 2 CC [ATF 71 II 194, 196 ss, JdT 1946 I 11]. Néanmoins, lorsqu'il est certain que l'associé ne subira pas la peine prévue par l'amendement des statuts dans le délai de six mois, il n'y a aucune raison de ne pas respecter ce délai.

principe de protection du capital-action empêche par contre de prévoir dans les statuts une réclamation alternative de la peine ou de la dette de souscription[274].

Le conseil d'administration d'une société anonyme a le droit en outre de déclarer l'actionnaire en demeure déchu de ses droits, en respectant les conditions dictées par la loi (CO 681, CComtr 407). Pour pouvoir exiger la peine prévue en cas d'annulation, le conseil d'administration est tenu d'inviter l'actionnaire à s'acquitter du montant de la souscription dans la forme prévue par la loi. Dans cette invitation, il doit également avertir l'actionnaire de son intention d'exiger la peine prévue. La peine conventionnelle ne peut être exigée que lorsque l'actionnaire ne se conforme pas à l'invitation et n'exécute pas son obligation dans le délai indiqué (CO 682 I, CComtr 408 I). Le conseil d'administration peut demander l'exécution de l'obligation de capital-action de l'actionnaire, au lieu de le déclarer déchu de ses droits[275]. Lorsque le conseil d'administration n'exige que l'exécution de l'obligation de libérer le capital-action, il n'est pas tenu d'avertir le débiteur ni de réaliser les formalités comme en cas d'annulation de l'action.

- L'art. 405 al. 3 CComtr permet aux sociétés anonymes d'imposer à certains actionnaires l'exécution de prestations périodiques non-pécuniaires [*Nebenverpflichtungen der Aktionäre*]. Pour pouvoir invoquer ces obligations, les transferts des actions doivent être liés à l'autorisation de société. L'article en question parle expressément de la possibilité de prévoir dans les statuts des peines qui servent à assurer l'exécution de ces devoirs secondaires (CComtr 405 III *in fine*)[276]. Cependant, du fait que les statuts ne peuvent pas obliger les actionnaires à exécuter une prestation autre que leurs souscriptions dans le droit des sociétés suisse, il n'est pas possible de prévoir des peines statuaires pour les cas de leurs inexécutions[277]. Le droit suisse et le droit turc diffèrent sur ce point.

- A l'instar de la société anonyme, il est possible de prévoir des peines conventionnelles frappant l'associé en demeure de libérer sa part sociale par les statuts des sociétés à responsabilité limitée (CO 799 I, CComtr 529 I). Comme la loi le précise clairement, la peine en question peut être exigée cumulativement. La société peut donc réclamer à la fois la part sociale, l'intérêt moratoire et la peine prévue[278]. Néanmoins, cette disposition n'est pas impérative. On peut prévoir

274 TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU) N 1058.

275 MONTAVON Pascal/CHARPIÉ Anne, *Société anonyme*, Lausanne 1998, 198; TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU) N 1055.

276 Cf. AktG §§ 55, 61, 180; voir aussi HÜFFER Uwe, *Aktiengesetz*, 5e éd., Munich 2002, §§ 55, 61, 180.

277 Voir FORSTMOSER Peter/MEIER-HAYOZ Arthur/NOBEL Peter, *Schweizerisches Aktienrecht*, Berne 1996, N 2 ss, [not. N 17].

278 Voir BaK-AMSTUTZ CO Art. 799 N 8; BK-JANGGEN/BECKER CO Art. 799 N 3; ZK-VON STEIGER CO Art. 799 N 3; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU) N 1693.

dans les statuts des sociétés des peines qui sont exécutées alternativement, soit la peine, soit l'intérêt moratoire. A défaut d'une disposition explicite, le débiteur est tenu d'exécuter à la fois la peine et l'intérêt moratoire (CO 799 I, CComtr 529 I).

- En dehors des cas prévus par la loi, on peut établir des peines dans les statuts des sociétés pour ce qui est des violations des devoirs des sociétaires, pour les relations entre les sociétaires et la société ou encore pour les relations entre les actionnaires eux-mêmes. Cependant, ces peines ne doivent pas être contraires à la nature et à la forme de la société. Ainsi il n'est pas possible de prévoir l'annulation de l'action comme peine[279]. La privation du droit de l'action en annulation des décisions de l'assemblée générale, la frustration des droits de sociétariat de l'actionnaire, comme le droit d'information, ne peuvent pas non plus être prévus comme peine[280].

- Les peines conventionnelles envisagées dans *les statuts d'associations* sont nommées les peines d'association [*peines statutaires, Vereinsstrafe*]. Les peines d'association servent à assurer l'accomplissement de leurs devoirs par les membres, c'est-à-dire la participation aux activités d'association, mais elles peuvent aussi concerner les formes et les comportements liés aux relations des membres entre eux ou avec les organes de l'association. Les peines d'association s'acquittent dans la pratique par le versement à la caisse de l'association et sont utilisées pour les activités de celle-ci.

- Les peines conventionnelles envisagées par *les règlements d'entreprise* sont en général relatives à la discipline de l'entreprise et aux violations des devoirs des travailleurs. Il convient de rappeler que les peines découlant des règlements d'entreprise ne sont pas prévues unilatéralement par l'employeur. Ces peines sont admises par le contrat individuel de travail ou se réfèrent au contrat collectif de travail (CO 357b I/c)[281] ou encore l'employé les admet expressément ou tacitement en commençant le travail[282]. Si l'employeur envisage d'instaurer des peines au cours des relations de travail, il est indispensable que l'employé soit consentant. Il ne serait pas admissible de créer des peines au détriment des employés par un acte unilatéral de l'employeur, à moins que ce droit ne soit reconnu par le contrat individuel ou collectif de travail[283].

279 TEKİNALP (POROY/ÇAMOĞLU) N 1058. Cf. aussi *supra* première partie § 3, V, p. 41 ss.

280 Pour une opinion différente, voir MONTAVON/CHARPIÉ 153. Voir aussi *supra* première partie § 3, V, p. 41 ss.

281 Cf. YARGITAY 9e HD 3.10.1995, 20327/30169; 9e HD 28.2.1995, 16567/6006.

282 ARSEBÜK, *Obligations* 982; VON TUHR/ESCHER 278.

283 ATF 119 II 162, 165 c. 2, JdT 1994 I 105.

d. En cas d'obligations imparfaites

On parle d'obligation imparfaite [naturelle] lorsque le créancier est dépourvu de sanction étatique, d'exécution forcée en cas d'inexécution[284]. Une partie des obligations imparfaites est réprouvée par la loi[285] (*p. ex.* CO 513) et une autre a un caractère civil affaibli[286] comme les obligations prescrites et la proportion effacée de l'obligation dans le concordat-dividende[287].

Etant donné qu'on ne peut pas classer toutes les obligations imparfaites dans la même catégorie, parce que la *ratio legis* est différente pour chaque type, il n'est pas possible de donner de règle générale concernant l'utilisation de la peine conventionnelle qui visent à garantir leur exécution. La loi considère comme contraire à l'ordre public de permettre le droit d'action et de poursuite pour certains types d'obligations imparfaites[288] comme l'obligation de jeu et de pari et en droit turc l'obligation découlant du courtage de mariage. Pour ces obligations imparfaites, tant qu'il n'est pas possible de les faire valoir en justice et de demander l'exécution forcée ni de les garantir par gage, elles ne peuvent pas être assurées par la clause pénale.

- L'art. 513 CO (COtr 504) concernant le jeu et le pari s'énonce ainsi « *[l]e jeu et le pari ne donnent aucun droit de créance* ». Tenant compte de cette expression française « *[...] ne donne aucun droit de créance* » et aussi allemande « *[...] entsteht keine Forderung* » voire turque « *[...] alacak hakkı tevlit etmez* », certains auteurs[289] prétendent que l'obligation découlant du jeu et du pari n'est même pas une obligation imparfaite. Ils soutiennent que l'art. 514 al. 2 CO (CO 505 II) est la cause de l'acquisition qui ne permet pas une restitution en cas d'exécution de ces obligations[290]. En revanche, la majeure partie de la doctrine[291] pense à juste titre que les dettes de jeu et de pari sont des obligations imparfaites proprement dites.

284 Cf. ENGEL, Traité 43; FROSSARD Claude, *Les obligations naturelles et la garantie de leur exécution en droit suisse*, th., Lausanne 1960, 40; MERZ Hans, *Droit des obligations, Partie générale* (trad. française GIOVANNONI Pierre), *in* TPDS VI/I, Fribourg 1993, 231 ss; TANDOĞAN, *Préliminaire* 55; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 23 ss; VON TUHR/PETER 32.

285 Voir ENGEL, *Traité* 45 ss; TANDOĞAN, *Préliminaire* 57 ss.

286 Voir ENGEL, *Traité* 49 ss.

287 Voir FROSSARD 52 ss.

288 ENGEL, *Traité* 48.

289 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 24 et 27; voir AMONN Kurt, *Spiel und spielartige Verträge, in* TDPS VII/2, Bâle et Stuttgart 1979, 459 ss.

290 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 27.

291 BaK-BAUER CO Art. 513 N 13; CR CO I-JEANDIN Art. 513 N 4; BK-BECKER CO Art. 513 N 3; BK-GIOVANOLI CO Art. 513 N 4; ENGEL, *Traité* 46; ENGEL, *Contrats* 668 ss; MERZ, *Obligations* 235; TERCIER, *Contrats* N 5387; VON TUHR/PETER 33. Voir aussi CJ, SJ 1980 172, 173 c. 2.

Le code veut refléter par l'expression « *ne donne aucun droit de créance* » que les dettes de jeu et de pari ne peuvent pas être l'objet d'action et/ou d'exécution forcée. Le titre marginal de l'article en question [« *[i]nadmisibilité d'une action en justice* », « *Unklagbarkeit der Forderung* », « *[a]lacağın dava edilememesi* »] confirme aussi cette réflexion[292].

Que l'on admette ou non les dettes de jeu et de pari comme obligations imparfaites, celles-ci sont dépourvues de sanction étatique pour des motifs sociaux et économiques liés à l'ordre public[293]. Pour cette raison, les obligations de jeu et de pari ne peuvent pas être l'objet de sanction étatique, et ne peuvent pas non plus être garanties par le cautionnement ou la peine conventionnelle[294]. Sinon, l'obligation garantie par la clause pénale devient elle aussi une obligation naturelle[295], *i.e.* elle n'est pas invalide[296]. Il n'y a aucune raison logique d'admettre la clause pénale qui est une obligation accessoire comme étant invalide, alors que l'obligation principale [la dette de jeu et de pari] est valide. Cependant le débiteur peut opposer l'exception de la dette de jeu et de pari. En revanche, après l'exécution de la peine, la restitution est exclue.

- Le législateur turc suspectant la commercialisation du mariage contraire à la morale et à l'ordre public[297] énonce [l'art. 408 COtr (CO 416 *abrogé*)] qu'aucune obligation ne résulte du courtage de mariage. A l'instar de la dette de jeu et de pari, il s'agit donc d'une obligation naturelle. Elle ne peut pas être assurée non plus par la clause pénale. Si les parties prévoient une peine conventionnelle, elle est considérée comme une obligation naturelle, et suit le sort de l'obligation principale.

292 Pour la nature des titres marginaux des articles, voir İMRE Zahit, *Medeni Hukuka Giriş* [Introduction au droit civil], 3e éd., Istanbul 1980, 166 [voir aussi les réf. cit.]; TERCIER Pierre/ROTEN Christian, *La recherche et la rédaction juridiques*, 4e éd., Zurich-Bâle-Genève 2003, N 287. Les titres marginaux ne sont pas compris dans les textes des articles selon la décision d'interprétation du Parlement turc n° 1367 datant du 26 Décembre 1944.

293 Cf. FROSSARD 43.

294 AKEV Sahir Talat, *Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis* [Le jeu et le pari en droit privé turc], th., Istanbul 1964, 354; BK-BECKER CO Art. 160 N 9; DIETZI 48 ss; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 8; ENGEL, *Contrats* 669; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4058; KELLER/SCHÖBI 110; KUNZ N 417; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 4 n. 6; OĞUZMAN/ÖZ 871; TUNÇOMAĞ, *Clause* 11; VON TUHR/ESCHER 279; CR CO I-JEANDIN Art. 513 N 6; TERCIER, *Contrats* N 5392; AMONN 474; BK-GIOVANOLI CO Art. 513 N 6 ss. Voir ATF 73 II 158, 161 c. 2, JdT 1948 I 139.

295 AKEV 355; BİLGE 71; BK-BECKER CO Art. 160 N 9 KOCAAĞA 100; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 344.

296 *Contra*: ARSEBÜK, *Clause* 989; BERKI 284; KANIK 1072; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 513 N 64; SCHOCH 20; VON TUHR/ESCHER 279.

297 Voir ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 416 N 1.

En revanche, en droit suisse, en raison de l'augmentation des agences de mariage et afin d'empêcher les abus, le législateur, avec la nouvelle loi concernant le courtage de mariage, a autorisé la conclusion d'un contrat de mandat visant à la conclusion du mariage ou à l'établissement d'un partenariat contre honoraires (CO 406a à 406h CO concernant le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat)[298]. Pour cette raison, les activités d'intermédiaires qui visent le mariage et/ou le partenariat sont soumises aux arts. 406a à 406h CO et aux dispositions du contrat de mandat. Dorénavant, le créancier peut déduire en justice ses créances résultant du mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat et les poursuivre par la voie de l'exécution forcée. Certainement, les obligations résultant de ce contrat peuvent être assurées par la clause pénale.

Ainsi qu'il est mentionné ci-dessus, toutes les obligations imparfaites ne sont pas de la même nature. Certaines obligations imparfaites ne touchent pas à l'ordre public par leurs caractéristiques. Elles peuvent aussi bien être garanties par le gage que leur exécution peut être assurée par la clause pénale[299]. Il s'ensuit que lorsque le législateur ne vise pas à assurer l'ordre public en qualifiant l'obligation d'imparfaite, elles peuvent être garanties par une clause pénale[300].

- L'obligation imparfaite la plus fréquemment assurée par la clause pénale est l'obligation prescrite. Le débiteur d'une obligation prescrite peut opposer une exception afin de rendre inefficace la réclamation du créancier[301]. Néanmoins le débiteur peut exécuter l'obligation en n'opposant pas cette exception. L'exécution ne représente pas une donation, ni une exécution *indebiti* (CO 63 II, COtr 62). Même si elle est prescrite, l'obligation ne s'éteint pas, mais elle est dépourvue d'action et d'exécution forcée, donc de sanction étatique. En toute logique, le débiteur peut aussi bien exécuter une obligation prescrite qu'il peut promettre une peine conventionnelle qui l'assure[302]. Dès la garantie de l'obligation prescrite par une peine conventionnelle, un nouveau délai de prescription commence à courir (application analogique de CO 137 I, COtr 135 I).

298 Voir à ce sujet WERRO Franz/LAVANCHY Fabienne, *Concubinage, mariage et démariage, Appendice: Le mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat*, Berne 2000, N 969 ss; CR CO I-WERRO Art. 406a-406h. Voir aussi le Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (état civil, conclusion du mariage, divorce, droit de la filiation, dettes alimentaires, asiles de famille, tutelle et courtage matrimonial) du 15 novembre 1995, FF 1996 I 1 ss (not. 176 ss).

299 ENGEL, *Traité* 51 ss; voir aussi ATF 73 II 158, 161 c. 1, JdT 1948 I 139.

300 Cf. ENGEL, *Traité* 48.

301 ENGEL, *Traité* 873.

302 BUCHER 522; OĞUZMAN/ÖZ 871; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 344.

Il faut finalement parler encore des *devoirs moraux* qui ne sont pas des obligations proprement dites, mais qui sont considérés par le législateur comme des obligations imparfaites à cause de leur similitude avec celles-ci[303]. Les devoirs moraux ne donnent pas de droit d'action. Leur exécution ne peut pas non plus être exigée par le créancier. Cependant, lorsque le débiteur les exécute, cela ne représente pas une donation (CO 239 III, COtr 234 III). Il n'est pas non plus possible de les restituer selon la *condictio indebiti* (CO 63, COtr 62). Le législateur leur donne des effets analogues aux obligations imparfaites. La promesse d'exécution des devoirs moraux oblige comme celle concernant les obligations proprement dites. Pour cette raison, il n'y a aucun obstacle à garantir leur exécution par le gage ainsi que par la clause pénale[304].

2. Obligations résultant de l'enrichissement illégitime et d'acte illicite

Bien qu'on rencontre très peu cette situation dans la pratique, *les obligations résultant de l'enrichissement illégitime* peuvent être garanties par la clause pénale[305]. La modification de la nature de l'obligation de l'enrichissement illégitime n'est pas obligatoirement nécessaire, même si elle est assurée par la clause pénale. La dette subsiste comme une obligation découlant de l'enrichissement illégitime. Pour cette raison, le régime juridique de l'obligation en question ne change pas.

A l'instar de l'obligation reposant sur l'enrichissement illégitime, *les obligations découlant d'actes illicites* peuvent être garanties par la clause pénale.

Lorsque la promesse de la peine conventionnelle stipulée pour l'exécution de l'obligation découlant de l'acte illicite ou de l'enrichissement illégitime comprend aussi une novation de ces obligations, il ne s'agit pas d'une garantie de l'obligation découlant de l'acte illicite ou de l'enrichissement illégitime, mais d'une obligation contractuelle. La volonté des parties concernant la novation de l'obligation découlant de l'acte illicite ou de l'enrichissement illégitime doivent être claire, parce que la novation ne se présume point (CO 116 I, COtr 114 I).

L'exécution suit la plupart du temps la reconnaissance de l'obligation découlant de l'acte illicite et de l'enrichissement illégitime, pourtant il est rare qu'elle soit garantie par une clause pénale. En effet, il est exceptionnel que le débiteur reconnaisse

303 ENGEL, *Traité* 55; cf. aussi FROSSARD 54 ss; MERZ, *Obligations* 232 ss; TANDOĞAN, *Préliminaire* 58.

304 BUCHER 522; FROSSARD 90 ss; İNAN 426; KELLER/SCHÖBI 110; KOCAAĞA 99 ss; OĞUZMAN/ÖZ 872 ss; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 344; VON TUHR/ESCHER 279.

305 Cf. BaK-EHRAT CO Art. 160 N 2 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4003; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 1; OĞUZMAN/ÖZ 871; ÖZSUNAY 164; REİSOĞLU 388; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 343; VON TUHR/ESCHER 278; TUNÇOMAĞ, *Clause* 9.

l'obligation découlant de l'enrichissement illégitime ou d'un acte illicite. Cependant, lorsque le débiteur n'a pas la possibilité d'exécuter immédiatement son obligation, il convient de garantir son exécution par une clause pénale, notamment pour empêcher une exécution tardive.

C. Selon la nature des obligations

1. Dettes d'argent

L'objet de l'obligation principale consiste non seulement dans une obligation de donner quelque chose, mais aussi dans une obligation de payer une somme d'argent[306].

Pendant de longues années, la Cour de cassation turque était d'avis que les obligations de payer une somme d'argent n'étaient pas assurables par une clause pénale. A l'exception de quelques arrêts des chambres de YARGITAY, cette jurisprudence a été maintenue jusqu'au début des années septante[307].
L'opinion de la Cour suprême était basée sur divers motifs. De plus, il existait des motifs relativement différents entre les Chambres et le Conseil des chambres civiles réunies du YARGITAY.

Selon le Conseil des chambres civiles réunies, suite au retard dans l'exécution de l'obligation d'une somme d'argent, le débiteur est tenu de l'intérêt moratoire d'après l'art. 103 COtr (CO 104) et du dommage supplémentaire en cas de dommage supérieur à l'intérêt moratoire d'après l'art. 105 COtr (CO 106). Il n'y a pas lieu de faire valoir d'autres prétentions. Pour ces motifs, la peine conventionnelle stipulée pour l'exécution des obligations d'une somme d'argent n'était pas considérée comme valable[308]. Selon le Conseil des chambres civiles réunies, « *[l]es dommages-intérêts pour le retard de l'exécution d'une somme d'argent ne sont que l'intérêt légal* »[309].

Partageant l'opinion du Conseil des Chambres civiles réunies, la 4e chambre était aussi d'avis qu'à la suite du retard dans l'exécution de l'obligation d'une somme d'argent, le débiteur etait tenu de l'intérêt moratoire d'après l'art. 103 COtr (CO 104) et du dommage supplémentaire en cas de dommage supérieur à l'intérêt moratoire d'après

306 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 6; VON TUHR/ESCHER 279; TUNÇOMAĞ, *Clause* 8.

307 Voir pour ces arrêts KARAHASAN M. Reşit, *Para Borçlarında Cezai Şart* [La clause pénale pour les dettes d'argent], *in* Revue du Barreau d'Istanbul 1966, Le cahier spécial pour le 40e anniversaire du Code civil, 469 ss; ÖCAL Akar, *Para Borçlarında Cezai Şart Hakkında Yargıtay'ın Görüşleri* [La jurisprudence de la Cour de Cassation concernant la clause pénale concernant les dettes d'argent], *in* Revue de Justice 1961/5, 525 ss.

308 YARGITAY HGK 16.7.1930, 48; HGK 16.8.1936.

309 YARGITAY HGK 21.1.1951, 31-4/35.

l'art. 105 COtr (CO 106), mais elle ajoutait aussi que la peine conventionnelle stipulée pour l'exécution de l'obligation d'une somme d'argent était invalide[310]. L'autre motif important de la même chambre est que la peine conventionnelle peut dépasser les limites de l'intérêt légal autorisé par l'Ordonnance d'usure du 22 mars 1303 AH (1887) [*Murabaha Nizamnamesi* (*abrogé* par la Loi du 4 décembre 1984, n° 3095)][311]. Selon cette opinion, ladite chambre considérait auparavant comme nulles les peines prévues qui garantissent l'exécution de l'obligation d'une dette d'argent, et au fil du temps, comme partiellement nulles à concurrence du montant dépassant le montant de l'intérêt légal autorisé.

Cette jurisprudence de la Cour suprême a été fortement critiquée par la doctrine. De plus, on rencontrait des opinions opposées importantes écrites dans les arrêts de la part des juges suprêmes qui n'avaient pas participés au jugement de la Cour.

Les critiques de la doctrine peuvent se résumer ainsi:

Tout d'abord, l'intérêt moratoire est une somme d'argent due seulement pour cause d'exécution tardive de l'obligation comme cela est exprimé par le terme « moratoire ». Or, la peine conventionnelle n'est pas prévue seulement pour le retard dans l'exécution, mais aussi pour l'inexécution et pour l'exécution imparfaite de l'obligation. D'ailleurs, tandis que le but de l'intérêt moratoire est d'indemniser forfaitairement le créancier qui subit le dommage à la suite de l'exécution tardive, la peine conventionnelle remplit en même temps d'autres fonctions. Pour ces raisons, l'intérêt moratoire et la peine conventionnelle ne peuvent pas être considérés comme relevant de la même catégorie. Alors qu'on autorise des accords sur l'augmentation du taux d'intérêt moratoire, il est contradictoire de ne pas admettre la validité de la clause pénale. D'autre part, le créancier doit prouver la part de son dommage excédant le montant de l'intérêt moratoire. Or la clause pénale libère le créancier de prouver son dommage. La frustration des parties de cette faculté de prévoir une peine conventionnelle n'a aucune base juridique[312].

Le souci de la Cour suprême concernant la clause pénale qui pourrait cacher des taux d'intérêt excessifs a été aussi totalement rejeté par la doctrine, parce que la disposition sur l'usure ne prévoit qu'une limite à l'intérêt conventionnel, mais pas à l'intérêt moratoire. Il n'est pas raisonnable d'élargir le champ d'application de cette disposition à la peine conventionnelle, car de plus il n'existe pas de telle limitation pour l'intérêt

310 YARGITAY 4e HD 22.12.1947, 7284/5387; 4e HD 22.2.1960, 3257/2107; 4e HD 12.1.1965, 1042/85; 4e HD 15.11.1965, 6592/5919; 4e HD 7.12.1965, 9146/6973.

311 YARGITAY 4e HD 12.1.1965, 1042/85.

312 KARAHASAN, *Article* 489 ss.

moratoire[313]. Rendre nulles les peines conventionnelles intégralement ou partiellement jusqu'à concurrence de la limite légale de l'intérêt conventionnel, c'est créer une interdiction hors de toute base légale, c'est aussi une limitation contraire à la loi de la liberté contractuelle déterminée par l'art. 19 et 20 COtr (CO 19)[314].

A la suite des critiques de la doctrine et de certains de ses juges, la Cour de cassation a modifié son avis concernant la peine conventionnelle prévue pour l'exécution de l'obligation d'une somme d'argent et l'a autorisée[315].

2. Autres prestations

L'obligation principale ne doit pas nécessairement être une *valeur pécuniaire*. L'exécution des prestations qui n'ont pas de valeur pécuniaire peut être assurée par la clause pénale[316]. En effet l'exigibilité de la peine conventionnelle ne nécessite pas la réalisation d'un dommage. Le créancier peut réclamer la peine prévue même s'il ne subit aucun dommage. Ainsi les peines d'association sont prévues plutôt dans un but disciplinaire, c'est-à-dire contrôler les comportements des membres, les détourner de certains comportements, mais elles ne couvrent pas l'éventualité d'un dommage. Ainsi donc, la plupart du temps, la violation de ces types d'obligations ne constitue pas un dommage. Partant de là, la fonction punitive se cristallise, voire constitue le caractère entier de la peine d'association.

La nature de l'obligation principale n'est pas déterminante. L'objet de l'obligation peut être une obligation de donner [*dare*] comme la remise d'une chose, le transfert d'un droit, une obligation de faire [*facere*] comme l'exercice d'un acte ou d'un service ou encore une obligation de ne pas faire ou d'abstention qui restreint la sphère du débiteur comme la prohibition de faire concurrence[317]. Dans la pratique, on rencontre fréquemment la prohibition de concurrence.

313 KARAHASAN, *Article* 489 ss.

314 FEYZİOĞLU 392; KARAHASAN, *Article* 474 ss; ÖCAL, 526 ss.

315 YARGITAY HGK 12.4.1989, 11-140/260; 15e HD 13.5.1985, 4407/1614, « *[...] il n'y a pas de disposition légale qui interdit aux parties de prévoir la peine conventionnelle pour assurer les dettes d'argent* »; 13e HD 3.3.1982, 7508/1442; HGK 17.2.1971, 4-405/85 « *[i]l est contraire au principe de liberté contractuelle de limiter les droits des parties par la voie d'interprétation dans un domaine dans lequel la loi ne l'interdit point* ».

316 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 9; EREN 1134; KARAGÖZ 7; KOCAAĞA 85; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 161 N 2; ÖZSUNAY 164; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 344; TUNÇOMAĞ, *Clause* 8.

317 Cf. ARSEBÜK, *Obligations* 981 ss; BK-BECKER CO Art. 160 N 6; EREN 1134; OĞUZMAN/ÖZ 872; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 343; VON TUHR/ESCHER 278;

II. PRESTATIONS STIPULEES A TITRE DE PEINE

Bien que l'art. 163 al. 1 CO (COtr 160 I) mentionne le montant de la peine, c'est-à-dire une somme d'argent, cette expression n'est pourtant pas restrictive[318]. Les parties peuvent librement déterminer la peine conventionnelle[319]. Peu importe qu'il s'agisse d'une somme d'argent ou d'autre chose[320]. N'importe quelle prestation peut être stipulée comme une peine à condition qu'elle ait une valeur pécuniaire. On rencontre souvent une somme d'argent qui est prévue à titre de peine conventionnelle dans la pratique[321].

Un acte, un comportement voire une abstention peuvent être prévus à titre de peine[322], à condition toujours qu'ils aient une valeur pécuniaire. D'ailleurs, la peine stipulée doit être conforme aux droits de la personnalité, et dans les limites des mœurs.

Lorsque la peine est stipulée, son objet doit être bien déterminé, et son étendue doit être au moins déterminable[323]. La prestation valant peine peut être un montant fixé à l'avance ou déterminable d'après certains critères objectifs. Un certain pourcentage de l'obligation principale peut être fixé pour chaque jour de retard, ou chaque semaine ou encore chaque mois voire chaque heure en fonction des circonstances[324]. Ainsi la prestation de la peine est liée à chaque jour ou à chaque semaine de retard dans

318 En disant que la prestation est une somme d'argent au § 339, le BGB énonce au § 342 qu'il est aussi possible de prévoir d'autres prestations comme peine conventionnelle, en dehors d'une somme d'argent. Le CCfr 1226 est plus clair sur le sujet et précise en énonçant « *une chose* » comme la prestation de la peine.

319 CHAPPUIS 68; EREN 1134; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2499; GÖKTÜRK 399; HUGUENIN N 1182; KILIÇOĞLU 583; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 9; REISOĞLU 388; SECRÉTAN 71; SCHWENZER N 71.01; TUNÇOMAĞ, *Clause* 65.

320 YARGITAY 11e HD 6.5.1987, 1948/2766 « *[l]'objet de la clause pénale peut être une somme d'argent ou autre chose* ».

321 BUCHER 522; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 9 ss; ENGEL, *Traité* 862; EREN 1134; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4006; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2499; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 9; CR CO I-MOOSER Art. 160 N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 6; SCHWENZER N 71.01.

322 BENTELE 5 et 40; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2500; GÖKTÜRK 399; KARAGÖZ 6; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 9; OĞUZMAN/ÖZ 873; cf. aussi CHAPPUIS 68.

323 ATF 119 II 162, 165 c. 2, JdT 1994 II 105; YARGITAY HGK 12.4.1989, 11-140/260 « *[i]l n'est pas obligatoire de préciser antérieurement le montant de la peine conventionnelle, il suffit simplement qu'elle soit déterminable par les critères stipulés* »; BENTELE 42; REISOĞLU 388.

324 Cf. ATF 97 II 350, 351 A, JdT 1972 I 280; ATF 38 II 94, 95, JdT 1913 I 546; YARGITAY 15e HD 28.3.2002, 1188/1472; 15e HD 29.11.1995, 5016/7044; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 3; FONTAINE Marcel, *Les clauses pénales dans les contrats internationaux, in* DPCI 1982, 401 ss, 409; GAUCH, *Entreprise* N 693; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4006; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2500; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 11; LOKSAIER 43; VON TUHR/ESCHER 277.

l'exécution des contrats de construction. Elle se détermine fréquemment par un montant qui se calcule par rapport au prix total de la prestation principale[325]. Il est possible pour les parties de prévoir des peines différentes selon la gravité de la violation de l'obligation. L'évaluation de la peine doit être soumise à des critères objectifs. Elle ne doit pas être liée à la seule volonté des parties[326]. L'abandon de l'évaluation de la peine au débiteur n'est pas compatible avec la nature de la peine, et au créancier avec les droits de la personnalité du débiteur. Cependant, cette faculté d'évaluer peut être laissée à une autre personne que le débiteur et le créancier[327]. Le juge ou l'arbitre détermine le montant de la peine ou son étendue d'après les circonstances et/ou la gravité de la violation ou selon les critères que la convention entre les parties prévoit.

III. LA GARANTIE DE LA PEINE CONVENTIONNELLE

Ainsi qu'il n'y a aucune raison de ne pas laisser garantir n'importe quelle créance présente ou future[328], conditionnelle[329] ou non avec une sûreté, la clause pénale peut aussi être l'objet de *diverses sûretés*. La peine conventionnelle qui garantit l'exécution de l'obligation principale oblige le débiteur à s'en acquitter lorsque les conditions de la clause pénale sont réalisées. Cependant, l'exécution du débiteur de la peine exigible dépend de la situation de son patrimoine autant que de l'exécution de l'obligation principale[330]. Si la situation du patrimoine du débiteur ne suffit pas à satisfaire le créancier, il ne pourra pas obtenir sa créance ainsi que la peine prévue[331]. Par conséquent, les raisons d'établir une garantie pour la peine conventionnelle sont similaires à celles des autres créances[332]. Cependant, il peut exister aussi divers buts qui amènent les parties à garantir la peine conventionnelle[333].

325 Voir GAUCH, *Entreprise* N 693.

326 Cf. ATF 119 II 162, 165 c. 2, JdT 1994 I 105; BENTELE 43. Pour l'avis que la détermination du montant de la peine peut être laissé au créancier, voir SECRÉTAN 73; TUNÇOMAĞ, *Clause* 66.

327 Cf. ATF 57 I 200, 204 c. 3; BENTELE 43; KOCAAĞA 110; VON TUHR/ESCHER 284 n. 53. Cf. aussi TUNÇOMAĞ, *Clause* 65.

328 ATF 108 II 47, 48 c. 2, JdT II 1984 I 92; STEINAUER Paul-Henri, Les droit réels, Tome III, 3e éd., Berne 2003, N 2643 et 3081.

329 STEINAUER N 2643 et 3081.

330 Cf. KUNTALP Erden, *Teminat Kavramı, Teminat Türleri ve Bunlardan Doğan Sorumluluk* [La notion et les différents types de sûreté et la responsabilité découlant de celles-ci], *in* Mélanges à Reha POROY, Istanbul 1995, 263 ss, 264 ss.

331 KUNTALP 266.

332 Voir TUOR Peirre, *Le code civil suisse, Exposé systématique tenant compte de la jurisprudence du tribunal fédéral,* (trad. français par DESCHENAUX Henri), Zurich 1942, 545; voir aussi CHAPPUIS 69; TUNÇOMAĞ, *Clause* 73; SCHOCH 109.

333 Cf. *supra* première partie § 2, II, p. 21 ss.

Même si la peine conventionnelle est garantie avec une sûreté conjointement à la créance principale, il est possible de la garantir indépendamment de celle-ci. L'accessoriété de la peine n'empêche pas une sûreté indépendante[334]. La peine conventionnelle et la créance principale peuvent aussi faire l'objet de sûretés différentes ou de montants différents[335].

A. La garantie de la peine auprès de la créance principale

1. Le gage immobilier

Lorsque la créance principale est garantie par un gage immobilier, le contrat de gage détermine si la peine conventionnelle est couverte par celui-ci. Sauf convention contraire, le gage immobilier comprend la créance principale [le capital], les frais de poursuite, les intérêts moratoires et les intérêts de trois années échues au moment de l'ouverture de la faillite ou de la réquisition de vente et ceux qui ont couru depuis la dernière échéance (CC 818, CCtr 875). A première vue, la loi ne mentionne pas la peine conventionnelle dans l'étendue du gage. Néanmoins, il convient de faire une distinction selon le type de peine conventionnelle pour pouvoir déterminer si le gage la couvre ou ne la couvre pas.

Lorsqu'il s'agit d'une peine cumulative, le gage immobilier ne doit pas renfermer la peine. Il n'y a pas lieu de considérer la peine conventionnelle comme intérêt moratoire, bien qu'elle ait une fonction de fixation forfaitaire du dommage. L'article 818 CC (CCtr 875) vise par l'intérêt moratoire certes les intérêts prévus aux arts. 104 et 105 CO (COtr 104 et 104[336])[337]. L'intérêt moratoire concerne un autre domaine. Il n'est donc pas juste d'imposer la peine conventionnelle au débiteur qui remet le gage pour la créance principale.

S'il s'agit d'une peine alternative, la conséquence est différente. Il n'est pas conforme à la *ratio legis* et à l'équité de libérer le débiteur gagiste de toute responsabilité lorsque le créancier a utilisé son droit d'option en faveur de la peine en prétendant que la peine

334 Pour l'avis que la peine conventionnelle non-exigible ne peut être garantie qu'avec la créance principale puisqu'elle n'a pas de nature indépendante tant qu'elle n'est pas exigible, voir ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 18.

335 Cf. FOËX Bénédict, *Le contrat de gage mobilier*, Bâle et Francfort-sur-la-Main 1997, N 608; TUNÇOMAĞ, *Clause* 70.

336 Ces pourcentages sont déterminés en droit turc par la loi du 4.12.1984, [n° 3095] RG 19.12.1984 [n° 18610].

337 BK-LEEMANN CC Art. 818 N 5; STEINAUER N 2794d; BaK-TRAUFFER CC Art. 818 N 8. Cf. aussi OĞUZMAN M. Kemal/SELİÇİ Özer/OKTAY-ÖZDEMİR Saibe, *Eşya Hukuku* [Les droit réels], 10e éd., Istanbul 2004, 720.

conventionnelle n'était pas englobée par le gage. Il ne faut pas oublier que la peine alternative est souvent d'une nature qui remplace la créance principale. De même, il n'est pas juste de condamner le débiteur gagiste de la créance à la totalité du paiement en élargissant sa responsabilité. Pour cette raison, il convient d'obliger ce dernier gagiste à exécuter la peine conventionnelle jusqu'à concurrence du montant du gage. Dans ce cas, il faut déterminer la valeur de la prestation de la peine et la réalisation du gage. La conséquence est identique pour les peines exclusives.

Lorsque les parties au contrat de gage conviennent que le gage inclut la peine conventionnelle, le gage répond de la peine dans sa totalité, et non jusqu'à concurrence du montant de la créance principale. Du fait que la somme de la créance est déterminée en francs suisses [ou en livres turques] dans le registre foncier lorsqu'il s'agit d'une monnaie étrangère, les parties font inscrire le montant en la convertissant en monnaie du pays (CC 794 I, CCtr 851 I mais comporte des exceptions CCtr 851 II). S'il s'agit de l'hypothèque maximale, le gage couvre à la fois la créance principale et la peine conventionnelle. Cependant, la responsabilité du débiteur se limite toujours au montant inscrit au registre foncier[338].

2. Le gage mobilier

La disposition de l'art. 891 al. 2 CC (CCtr 946 II) concernant le contenu du gage mobilier établit des règles semblables à celles du gage immobilier. Selon cette disposition, le gage mobilier comprend la créance principale [le capital], les frais de poursuite et les intérêts moratoires[339]. Bien que le texte de la loi ne soit pas très clair concernant la question de la peine conventionnelle, les explications données précédemment pour le contenu du gage immobilier sont aussi valables pour le gage mobilier[340]. La peine cumulative n'est pas couverte par le gage. Lorsqu'il s'agit d'une peine alternative, le gage comprend la prestation de peine, mais toujours jusqu'à concurrence du montant de l'obligation et le montant indiqué par les parties (CC 794 II, CCtr 851 I). Il en va de même pour la peine exclusive.

Si les parties au contrat de gage conviennent de faire couvrir la peine par le gage, celui-ci sécurise soit la peine alternative et cumulative, soit la peine exclusive.

338 BK-LEHMANN CC Art. 818 N 14; OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR 775; STEINAUER N 2794d; TUNÇOMAĞ, *Clause* 71.

339 Le BGB § 1210 al. 2 parle de la peine conventionnelle dans le contenu du gage mobilier.

340 Cf. BK-LEHMANN CC Art. 891 N 12; ZK-OFTINGER/BÄR CC Art. 891 N 68 et 72. En disant le contraire concernant le gage immobilier [ZK-WIELAND CC Art. 818 N 2 f], il compte la peine alternative dans le contenu du gage mobilier ZK-WIELAND CC Art. 891 N 3 a et d.

3. Le cautionnement

La convention de cautionnement détermine la responsabilité du garant. La question est de savoir si la caution répond de la peine conventionnelle lorsque le contrat de cautionnement n'est pas clair. Avec la modification du titre vingtième du code des obligations relatif au cautionnement en Suisse par la loi fédérale de 10 décembre 1941, l'art. 499 CO détermine précisément la responsabilité de la caution. Selon cette disposition, la caution est tenue de la peine conventionnelle s'il la promet expressément. D'après nous, cette disposition n'est pas opportune *de lege ferenda*. Car le législateur en sortant la peine du contenu du cautionnement ne fait pas de distinction entre les diverses formes de peine conventionnelle et, cette situation présente donc une conséquence injuste du point de vue du créancier. Il convient de rechercher une solution différente dans le cadre de l'équité lorsqu'on apprécie les intérêts des parties. Etant donné que la responsabilité maximale de la caution va jusqu'à concurrence du montant qu'elle promet et aussi jusqu'à concurrence de la totalité de l'obligation garantie, il fallait prendre en considération non seulement l'obligation principale mais également la peine conventionnelle lorsqu'elle prend la place de celle-ci. Le législateur aurait dû admettre la peine conventionnelle dans le contenu du cautionnement au moins pour la peine alternative, à l'instar du montant des suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur qui sont prévus à juste titre dans la responsabilité de la caution par le législateur (CO 499 II c/1).

Bien qu'on doive rechercher la volonté expresse des parties du cautionnement pour pouvoir admettre que celui-ci renferme la peine cumulative, nous préconisons *de lege ferenda*, qu'il n'y ait pas lieu de les rechercher pour les peines alternatives et exclusives. Sinon, l'utilité de la peine conventionnelle prévue en faveur du créancier fera défaut. En ce qui concerne la peine alternative, le créancier devrait abandonner le droit d'option de la peine pour bénéficier du cautionnement. Il est difficile de l'admettre d'après les principes régissant le cautionnement. Autant il est injuste d'obliger la caution à payer la peine en totalité s'il ne la promet pas, autant il est injuste de la libérer de toute responsabilité pour la peine alternative lorsque le créancier a utilisé son droit d'option pour la peine. Il est donc plus convenable, au moins pour la peine alternative, de charger la caution de la peine jusqu'à concurrence du montant de la créance principale et jusqu'à concurrence du montant maximum du cautionnement.

La responsabilité de la caution en droit turc doit être déterminée différemment en tenant compte du fait que les dispositions concernant la caution sont des dispositions du code des obligations de 30 mars 1911. L'art. 490 COtr (aCO 499) concernant l'étendue de la responsabilité de la caution limite la responsabilité à la dette principale, aux suites légales de la faute ou de la demeure du débiteur. Même s'il est difficile de

dire que la caution qui garantit l'obligation principale garantit aussi la peine conventionnelle[341], il n'est pas totalement erroné de soutenir un tel raisonnement.

En ce qui concerne la peine cumulative, si la caution ne promet pas clairement de garantir la peine, il n'est pas possible de l'obliger à la payer[342]. Pour les peines alternatives et exclusives, la caution doit être garante de la peine jusqu'à concurrence de la créance principale. Une telle responsabilité n'aggrave pas la situation de la caution. Lorsque le créancier utilise son droit d'option en faveur de la peine en renonçant à la créance principale à la suite de l'inexécution ou de l'exécution imparfaite de l'obligation, il ne doit pas en résulter une libération de la caution de sa responsabilité dans sa totalité. Il n'est pas compatible non plus avec le but des dispositions concernant le cautionnement que le créancier soit privé du droit de cautionnement. En d'autres termes, s'il s'agit d'une peine alternative, il n'est pas compatible avec l'équité de faire perdre au créancier le droit de cautionnement dans sa totalité lorsqu'il utilise son droit d'option en faveur de la peine. D'après nous, le cas échéant, le créancier ne perd pas entièrement son droit, parce que la peine tend à remplacer la créance principale. Le créancier qui choisit la peine bénéficie du cautionnement jusqu'à concurrence du montant de la créance principale[343]. La conséquence est identique pour les peines exclusives. Il n'y a pas lieu de rechercher l'accord des parties pour obtenir un tel résultat.

La déduction nous aide à calculer le montant concret de la responsabilité. Ainsi faut-il déterminer la responsabilité totale par rapport à la créance principale. Ce montant fixe la responsabilité de la caution, mais il est aussi une limite maximum de la responsabilité de celle-ci.

Lorsque les parties au cautionnement conviennent que la peine sera contenue dans la garantie, la caution est tenue de la peine jusqu'à concurrence du montant qu'elle promet.

B. La garantie de la peine indépendamment de l'obligation principale

Même si la créance principale n'est pas garantie par une sûreté quelconque, la peine conventionnelle peut être assurée indépendamment de la créance principale[344]. La

---

341 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 18.

342 BİLGE 76; KOCAAĞA 142; TANDOĞAN Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* [Droit des obligations, Partie spéciale], Vol. II, Ankara 1987, 775 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 72. Voir aussi HATEMİ Hüseyin/SEROZAN Rona/ARPACI Abdülkadir, *Borçlar Hukuku, Özel Bölüm* [Droit des obligations, Partie spéciale], Istanbul 1992, 532.

343 TUNÇOMAĞ, *Clause* 72.

344 Cf. FOËX N 608.

peine conventionnelle et la créance principale peuvent être l'objet de différentes sûretés. La nature d'obligation conditionnelle n'empêche pas la possibilité de garantir la peine prévue, parce que les obligations conditionnelles peuvent aussi être garanties comme les autres obligations[345].

Lorsque l'obligation principale est une prestation de ne pas faire ou de s'abstenir, la contravention donne matière à dommages-intérêts. Alors qu'il est possible de mettre une sûreté pour ces types d'obligation, cette sûreté assure donc les dommages-intérêts résultant de la violation de l'obligation principale. Lorsqu'une peine conventionnelle est prévue aussi pour ces obligations, l'intérêt réel du créancier se focalisera plutôt sur la peine conventionnelle, et non sur les dommages-intérêts légaux. Pour cette raison, le créancier demande une sûreté seulement pour la peine conventionnelle. Le créancier peut donc demander un gage mobilier ou immobilier ou encore un cautionnement dans le but de sécuriser la peine conventionnelle.

Les parties visent parfois un but différent et utile en établissant une sûreté pour la peine conventionnelle. A l'évidence, n'importe quelle créance actuelle, future ou éventuelle, conditionnelle ou non peut être garantie par gage. Cependant, les créances en dehors des dettes d'argent doivent être convertibles en argent, parce que le créancier gagiste fait réaliser l'objet en gage afin d'obtenir le paiement de sa créance (CC 816 I, 891 I, CCtr 873 I, 946 I). Pour établir un gage immobilier, le montant de la créance doit être indiqué en francs suisses [et en livres turcs] et être inscrit au registre foncier. Mais pour le gage mobilier, il n'est pas obligatoire de déterminer le montant de la créance à l'avance. Il suffit que la créance soit convertible en argent. Les parties peuvent déterminer la valeur pécuniaire de la créance dans le contrat de gage. Cependant, le contrat sur la conversion peut causer postérieurement des litiges sur le montant déterminé. Ainsi donc, la doctrine recommande de garantir ces créances par une peine conventionnelle qui sera garantie par la suite par un gage mobilier[346]. Grâce à cette solution, les parties évitent les risques éventuels sur la conversion de la prestation. En cas de violation de l'obligation, la prétention sur la peine conventionnelle ne produira pas de litiges à l'exception de ceux concernant son montant excessif (CO 163 III, COtr 160 III).

Le caractère indépendant de la garantie de la peine conventionnelle par rapport à la créance principale n'enlève pas son caractère accessoire à celle-ci. La peine conventionnelle continue de subsister en tant qu'obligation accessoire avec une garantie indépendante.

345 Voir BK-LEHMANN CC Art. 884 N 23; ZK-OFTINGER/BÄR CC Art. 884 N 122 ss; STEINAUER N 3081; BK-ZOBL CC Art. 884 N 224 ss.

346 FOËX N 607; ZK-OFTINGER/BÄR CC Art. 884 N 118; STEINAUER N 3080a; BK-ZOBL CC Art. 884 N 194 et 211.

C. La promesse de porte-fort (le contrat de garantie)

Lorsque le fait d'un tiers a été promis par une personne (le garant) à une autre (le bénéficiaire), le garant est obligé d'indemniser le créancier en cas d'inexécution de la prestation visée part ce tiers (CO 111, COtr 110). Sauf convention contraire des parties[347], le garant est tenu de payer les dommages-intérêts positifs découlant de l'inexécution, mais non de la réalisation du fait promis[348]. Une telle promesse pour l'obligation principale comprend-elle aussi la peine conventionnelle? En d'autres mots, le créancier peut-il exiger du garant seulement des dommages-intérêts ou peut-il lui demander la peine prévue ou au moins le montant qu'elle représente au lieu des dommages-intérêts?

La responsabilité du garant peut se déterminer explicitement et de manière détaillée dans le contrat de garantie. Ainsi, lorsqu'on utilise une expression comme « en cas d'inexécution de la prestation » et/ou « en cas d'inexécution de la peine exigée à la suite d'inexécution de la prestation promise », il s'agit de l'exécution échelonnée des deux prestations, prestation principale et peine conventionnelle. Le cas échéant, pour que le créancier soit indemnisé, il peut exiger du garant les dommages-intérêts d'après le contenu du contrat de garantie, ou alors, il peut d'abord réclamer du débiteur la peine prévue en cas d'inexécution. Dans tous les cas, il peut toujours s'adresser au garant. La responsabilité du garant pour la peine conventionnelle se détermine dans le contrat. Lorsque le contrat ne comprend aucune précision relative à la peine conventionnelle, le garant n'est pas tenu de celle-ci.

L'exécution de la peine conventionnelle peut être l'objet du contrat de garantie indépendamment de l'obligation principale. Dans ce cas, le garant ne s'intéresse pas directement à l'inexécution de l'obligation principale. Sa responsabilité est prévue pour l'inexécution de la peine conventionnelle exigible. Lorsque le débiteur n'exécute pas la peine exigible, le créancier peut s'adresser au garant. En principe, le garant n'est pas tenu d'exécuter la peine, mais la valeur économique qu'elle représente. S'il s'agit d'une somme d'argent, il n'y a aucun problème. Mais s'il s'agit d'autre chose qu'une somme d'argent, les dommages-intérêts se calculent par rapport à sa valeur objective. Néanmoins, les parties peuvent convenir de l'exécution en nature de la peine par le garant[349].

347 Voir SCYBOZ Georges, *Le contrat de garantie et le cautionnement, in* TDPS Tome VII/2, Fribourg 1979, 16.

348 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 111 N 10; CR CO I-DU PASQUIER Art. 111 N 1; BaK-PESTALOZZI CO Art. 111 N 14; SCYBOZ 20; BK-WEBER CO Art. 111 N 149.

349 Cf. SCYBOZ 16 et 20.

IV. LE CARACTERE ACCESSOIRE DE LA CLAUSE PENALE

A. En général

Du fait que la peine conventionnelle assure l'exécution d'une obligation, elle présuppose nécessairement l'existence d'une telle obligation. Il n'est pas possible de prévoir une peine conventionnelle sans qu'il n'y ait d'obligation principale[350]. La nullité de l'obligation principale entraîne la nullité de la clause pénale. De même, l'extinction postérieure d'une obligation valable entraîne aussi en principe l'extinction de la clause pénale[351]. Une fois que la peine conventionnelle est exigible, elle devient alors une créance indépendante et a donc en général une nature semblable aux autres créances[352]. Cependant, cela ne peut être interprété comme si l'existence de la clause pénale était totalement indépendante de celle de l'obligation principale. *P. ex.* lorsque le créancier se départit du contrat suite à la demeure du débiteur (CO 107 II, COtr 106 II) ou en s'appuyant sur d'autres prescriptions légales ou conventionnelles, il perd aussi le droit à la peine conventionnelle – que celle-ci soit alternative, cumulative ou encore exclusive – même si elle est exigible[353]. De même, dans les peines cumulatives, on ne

350 ATF 73 II 158, 161 c. 2, JdT 1948 I 139; YARGITAY 13e HD 22.11.1983, 7823/8211, « *[l]a peine conventionnelle est une obligation accessoire et exige une obligation principale valable* »; BENTELE 8; BUCHER 521; BK-EHRAT CO Art. 160 N 3 et 4; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4055; KOCAAĞA 93; OĞUZMAN/ÖZ 871; SCHÖBI Christian, *Die Akzessorietät der Nebenrechte von Forderungen unter besonderer berücksichtigung des Rechtsinstituts der Verjährung*, th., Zurich 1990, 67; VON TUHR/ESCHER 278; pour un avis différent AŞÇIOĞLU Çetin, *Yargıtay Kararlarında Cezai Şart* [La clause pénale dans la jurisprudence de la Cour de cassation], *in* Symposium sur le droit commercial et la jurisprudence de Yargıtay, XIV, 4-5 avril 1997, Ankara 1997, 111 ss. Cf. *supra* première partie § 1, II, p. 9 et § 3, VI, p. 43 ss. XXX

351 Cf. ATF 73 II 158, 161, c. 2, JdT 1948 I 139; BK-BECKER CO Art. 160 N 27; BENTELE 107; BUCHER 523 n. 11; ENGEL, *Traité* 863; HUGUENIN N 1183; OĞUZMAN/ÖZ 875; SPIRO Karl, *Die Begranzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalfristen*, 2 vol., Berne 1975, N 57; VON TUHR/ESCHER 278; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, Art. 158 N 1. Cf. aussi *infra* quatrième partie § 3, I, p. 188 ss.

352 Cf. YARGITAY 13e HD 25.1.1993, 8546/34813; 13e HD 7.10.1983, 1922/2312; EREN 1135; KELLER/SCHÖBI 110; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, Art. 158 N 1. Voir aussi BK-BECKER CO Art. 160 N 27.

353 YARGITAY 15e HD 8.11.2000, 2826/4884; 15e HD 14.2.1996, 463/821 « *[l]a peine conventionnelle ne peut être qu'exigée pendant que le contrat produit ses effets. Eu égard à la résiliation du contrat dans notre cas, il n'y aura plus lieu d'exiger la peine conventionnelle d'après ce contrat* »; 15e HD 5.10.1987, 892/3421; 15e HD 9.10.1979, 1898/2012 « *[l]a possibilité de réclamer la peine qui est liée à la non-livraison de l'œuvre dans le délai déterminé implique de ne pas utiliser le droit de résoudre le contrat* »; BUZ Vedat, *Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme* [La résolution du contrat dans la demeure du débiteur], th., Ankara 1998, 160 ss. En rejetant la rétroactivité de la résolution, SEROZAN [612] est d'avis que la peine conventionnelle peut être tout de même exigée dans ce cas. Cf. aussi *infra* quatrième partie § 3, I, p. 189.

peut plus réclamer la peine lorsque le créancier accepte l'exécution de l'obligation principale sans réserver son droit relatif à la peine conventionnelle[354]. Bien que celle-ci devienne une créance indépendante, il existe ici une exception prévue par la loi (CO 160 II, COtr 158 II) à la nature indépendante de celle-ci.

L'accessoriété entre l'obligation principale et la clause pénale a divers effets. On peut dire qu'il existe en particulier avant l'exigibilité de la peine une relation de dépendance entre l'existence et la continuité de l'obligation principale et la peine conventionnelle. Néanmoins, cette relation n'a pas un caractère absolu. Il est donc possible de faire de l'obligation principale et de la peine conventionnelle l'objet d'actes dissociés. Après avoir vu les différents effets de l'accessoriété, nous allons examiner la cession de créance et la reprise de dette dans diverses hypothèses.

- Le lieu d'exécution de l'obligation principale est aussi le lieu d'exécution de la peine conventionnelle[355]. Cependant, les parties peuvent en convenir autrement, ou ceci peut varier selon les circonstances ou selon la nature de la prestation de la peine.

- La peine peut être garantie par le gage et le cautionnement avec l'obligation principale, mais elle peut aussi être assurée indépendamment de cette dernière. Dans la mesure où nous avons abordé cette question plus haut, nous laissons cette discussion de côté[356].

- Les exceptions et les objections qui peuvent être invoquées contre l'obligation principale peuvent également être invoquées en principe contre la peine conventionnelle[357]. Une fois que la peine conventionnelle devient exigible, l'exception de prescription de la créance principale ne peut plus être alléguée contre la peine, du fait qu'elle acquiert une nature indépendante[358].

- Lorsque le débiteur décède, les héritiers sont tenus d'assumer les obligations contractées par celui-ci à l'exception des obligations strictement personnelles. Les héritiers doivent en même temps exécuter la peine conventionnelle lorsqu'elle est prévue. Si l'obligation a une nature strictement personnelle, elle s'éteint par la

354 Cf. *infra* troisième partie § 2, II, B, p. 135 ss.

355 KOCAAĞA 137; SCHOCH 17; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 345.

356 Voir *supra* deuxième partie § 2, III, p. 77 ss.

357 Cf. BENTELE 106; BK-BECKER CO Art. 160 N 9; BaK-BERTI CO Art. 133 N 4; FEYZİOĞLU 389; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4060; SCHÖBI 82 ss; SPIRO N 57.

358 Pour une approche similaire BK-BECKER CO Art. 160 N 27; BENTELE 107; BUCHER 523 et n. 12; İNAN 427; TUNÇOMAĞ, *Clause* 15; *contra*: CR CO I-PICHONNAZ Art. 133 N 3; SCHÖBI 88 ss (voir aussi 99 ss); SPIRO, *Begrenzung* N 57. Cf. aussi BaK-EHRAT CO Art. 160 N 4; VON TUHR/ESCHER 279.

mort du débiteur, la peine stipulée aussi[359]. Si seule la peine conventionnelle a une nature strictement personnelle, elle s'éteint par la mort du débiteur, indépendamment de l'obligation principale. Néanmoins les héritiers restent tenus d'exécuter l'obligation principale.

- La faillite du débiteur entraîne l'exigibilité de la créance principale (LP 208 ch. 1, LPtr 195 I). Cependant, on ne peut pas dire que la peine est aussi exigée parallèlement à la créance principale[360]. Le créancier de la peine conventionnelle s'inscrit dans la masse en faillite en tant qu'ayant droit d'une créance liée à une condition suspensive (LP 210 ch. 1, LPtr 197 I)[361]. Dans ce cas-là, si le créancier n'obtient pas sa créance à l'époque où elle aurait pu être exigée, la peine devient exigible. S'il s'agit d'une peine alternative, le créancier doit utiliser son droit d'option et déterminer l'objet de l'obligation. Si la violation de l'obligation a eu lieu avant la faillite du débiteur, le créancier doit user d'abord de son droit d'option, puis se faire inscrire dans la masse en faillite. En ce qui concerne la peine cumulative, la peine s'inscrit dans la masse auprès de la créance principale. Lorsqu'on a affaire à une peine exclusive, elle s'inscrit dans la masse en excluant la créance principale. Si la créance principale n'a pas de valeur économique, seule la peine conventionnelle peut être inscrite dans la masse.

  Lorsque le créancier tombe en faillite, la peine conventionnelle s'inscrit dans la masse comme une créance conditionnelle (LP 197 ch. 1, LPtr 250)[362]. Le droit d'option passe à l'administration de la faillite.

La cession de la créance principale entraîne « *ipso iure* » celle de la peine conventionnelle non encore exigible[363]. Après l'exigibilité de la peine conventionnelle, étant donné qu'elle a un caractère indépendant de la créance principale, la cession de la créance principale n'entraîne pas la cession de la peine[364]. Bien que la créance principale soit

359 Cf. CR CO I-THÉVENOZ Art. 97 N 13.

360 Cf. SCHOCH 52; pour l'avis que la peine devient exigible à la condition que le débiteur soit fautif dans la faillite TUNÇOMAĞ, *Clause* 92, selon l'auteur, le débiteur est toujours fautif dans la faillite simple (LPtr 310) et frauduleuse (LPtr 311) et souvent fautif dans les faillites indiquées à l'art. 177 LPtr (LP 190).

361 Voir ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 18; TUNÇOMAĞ, *Clause* 15.

362 TUNÇOMAĞ, *Clause* 92.

363 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 25 et 170 N 2; BENTELE 100; BUCHER 523 et 571; VON BÜREN 327; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 3666 et 4060; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2491; BaK-GIRSBERGER CO Art. 170 N 8; KOCAAĞA 136; OĞUZMAN/ÖZ 989; CR CO I-PROBST Art. 170 N 9; SCHWENZER N 71.07 et 90.38; VON TUHR/ESCHER 356.

364 Cf. BUCHER 571; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 3666; BaK-GIRSBERGER CO Art. 170 N 8; OĞUZMAN/ÖZ 898 n. 79; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 170 N 6; CR CO I-PROBST Art. 170 N 9; ZK-SPRIG CO Art. 170 N 38; VON TUHR/ESCHER 356; *contra*: TUNÇOMAĞ [*Clause* 15 ss] allègue que l'art. 168 al. 3 COtr (CO 170 III) s'applique par analogie.

transférée, la peine conventionnelle continue d'être aux mains du cédant de la créance principale.

La créance principale peut être cedée indépendamment de la peine conventionnelle, que celle-ci soit exigible ou pas[365]. De même, il n'y a aucun obstacle non plus pour le créancier à céder la peine conventionnelle tout en concervant la créance principale[366]. L'accessoriété de la peine conventionnelle n'empêche pas la cession de la peine conventionnelle indépendamment de la créance principale. Bien qu'elle ait été cédée indépendamment de la créance principale, son existence et sa validité et encore son exigibilité restent toujours liées à la créance principale. Pour cette raison, et selon nous, il n'est pas convaincant de dire que l'accessoriété est un obstacle à la cession de la peine conventionnelle séparément de la créance principale. Nous allons examiner la cession de créance dans deux hypothèses:

- *Pour la première hypothèse*, lorsque le créancier ne cède que *la créance principale* en conservant la peine conventionnelle, le droit d'option pour *la peine alternative* passe au cessionnaire avec la créance principale, à moins que les parties à la cession en conviennent autrement. Sauf l'exception ci-dessous, le droit d'option est un droit lié à la créance principale. Le cessionnaire de la créance principale utilise librement ce droit.

  Etant donné qu'en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation, on ne peut exiger que la peine, pour *la peine exclusive*, le cessionnaire de la créance principale n'obtient pas la créance dans ce cas précis. Le cas échéant, la question est de savoir si le cédant de la créance principale répond de cette situation. Lorsque *la cession a lieu à titre gratuit*, le cédant n'en répond pas (CO 171 III, COtr 169 III). De même, en ayant connaissance de la nature de la peine exclusive, le cessionnaire accepte ce résultat à l'avance. En revanche, lorsque *la cession a lieu à titre onéreux*, le cédant de la créance principale en répond, étant donné qu'il est garant de l'existence de la créance au moment du transfert (CO 171 I, COtr 169 I) et le cessionnaire peut s'en prévaloir en justice, et ce tant que la créance n'est pas frappée d'exceptions ou d'objections de la part du débiteur

365 BK-BECKER CO Art. 160 N 25; KOCAAĞA 146 et 268; SCHOCH 49 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 88; pour l'avis que la peine conventionnelle non exigible ne peut être cédée qu'avec la créance principale parce qu'elle n'acquiert pas de nature indépendante avant d'être exigible, voir BERKI 289; KANIK 1072; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 18; STAHEL 79 ss; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 5; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 3; certains auteurs [les réf. cit. par SCHOCH 49] ne permettent pas la cession de la peine conventionnelle indépendamment de la créance principale ni avant ni après son exigibilité en alléguant la non-conformité à sa nature d'accessoire.

366 Cf. ATF 84 II 355, 366, c. 3, JdT 1959 I 198; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 34 N 19; CR CO I-PROBST Art. 164 N 19; ZK-SPRIG CO Rem. prél. aux art. 164 à 174 N 110 et CO 164 N 21 ss; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 248; VON TUHR/ESCHER 348; TUNÇOMAĞ, *Clause* 89; voir pour un avis un peu plus nuancé OĞUZMAN/ÖZ 889 ss.

cédé[367]. Cependant cette disposition n'est pas impérative[368]. Les parties peuvent convenir du contraire, n'en reste pas moins que ce résultat peut aussi découler des circonstances[369]. Pour les peines exclusives, il faut admettre, en raison de leur nature, que le cessionnaire de la créance principale renonce implicitement à la garantie du cédant. En revanche, les parties de la cession peuvent convenir de la responsabilité du cédant d'une autre manière.

Quant à *la peine cumulative*, la question qui se pose est de savoir si le cessionnaire de la créance principale répond de ne pas réserver le droit de la peine conventionnelle en acceptant l'exécution de l'obligation principale. Selon nous, le cessionnaire de la créance principale ne devrait pas être obligé de répondre de ne pas faire cette réserve à moins qu'il ne promette le contraire. Néanmoins si le comportement du cessionnaire ne correspond pas aux règles de bonne foi, il est possible qu'il en réponde de ce comportement.

- *Pour la seconde hypothèse*, comme cela a été mentionné plus haut, la peine conventionnelle peut être aussi cessible indépendamment de la créance principale. Dans ce cas, il faut se demander à quelle partie appartient le droit d'option dans *la peine alternative*, à savoir au cédant ou au cessionnaire. Les parties peuvent convenir que ce droit sera utilisé par tel ou tel contractant. Lorsqu'il n'y a pas d'accord sur ce point, il faut faire une distinction par rapport à la nature *onéreuse* ou *gratuite* de la cession afin de trouver une solution[370]. Lorsque *la cession a lieu à titre gratuit*, il faut admettre que le cédant utilise le droit d'option qui ne garantit même pas l'existence de la créance. De plus, il n'est pas tenu de choisir la peine, il ne répond pas non plus de ce comportement, à moins qu'il ne promette le contraire. Par contre, lorsque *la cession a lieu à titre onéreux*, le cédant est garant de l'existence de la créance au moment du transfert. Une telle responsabilité du cédant est interprétée plus largement et on admet qu'il n'est pas seulement garant de l'existence de la créance au moment du transfert, mais qu'il répond aussi de ses propres comportements qui font obstacle à obtenir la créance cédée[371]. C'est pourquoi, lorsqu'il s'agit d'une cession onéreuse, le cédant ne peut pas utiliser le droit d'option en faveur de la créance principale. Dans ce cas, il nous paraît plus juste d'accepter que le droit d'option passe au cessionnaire.

367 Voir CR CO I-PROBST Art. 171 N 2.

368 CR CO I-PROBST Intro. aux art. 171 à 173 N 4 et 171 N 6.

369 BK-BECKER CO Art. 171 N 4; ENGEL, Traité 892; BaK-GIRSBERGER CO Art. 171 N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 171 N 10; CR CO I-PROBST Art. 171 N 6; ZK- SPIRIG CO Art. 171 N 3.

370 En cas de doute, le droit d'option appartiendra au propriétaire de la créance principale BK-BECKER CO Art. 160 N 25; en ne faisant pas de distinction entre la cession gratuite ou onéreuse TUNÇOMAĞ [*Clause* 89] dit que le droit d'option passe au cessionnaire.

371 ENGEL, *Traité* 891. Voir aussi CR CO I-PROBST Art. 171 N 2.

Lorsqu'il s'agit d'*une peine exclusive*, il n'y a pas de problème, du fait que l'on peut exiger seulement la peine en cas d'inexécution de l'obligation principale. Le cessionnaire de la peine conventionnelle obtient cette prestation en cas d'inexécution.

Lorsqu'il s'agit d'*une peine cumulative*, le cédant qui ne transfère que la peine est-il obligé de réserver le droit d'exiger celle-ci au moment de l'exécution de l'obligation principale? En tenant compte de l'art. 171 al. 1 CO (COtr 169 I), le créancier cédant est tenu de réserver ce droit seulement lors de *cessions à titre onéreux*. Lorsqu'il s'agit d'*une cession gratuite*, le créancier cédant qui n'est même pas garant de l'existence de la créance au moment du transfert ne devrait pas être tenu selon l'art. 171 al. 3 CO (COtr 169) d'accepter l'exécution sans réserve de la peine conventionnelle. Toutefois, si le comportement du créancier cédant contrevient aux règles de la bonne foi, on peut le considérer comme responsable de cette situation.

La reprise de la dette principale entraîne « *ipso iure* » la reprise de la peine conventionnelle non encore exigible. Les droits accessoires subsistent bien que le débiteur change (CO 178 I, COtr 176 I). La reprise de la dette principale entraîne aussi la reprise de la peine, même après son exigibilité. C'est pourquoi au moment de la reprise de la dette, d'une part le créancier a envie de rompre sa relation avec le débiteur[372], d'autre part le reprenant vise à libérer le débiteur entièrement de sa dette. En raison de cette particularité, la peine qui est exigible ou non est reprise par le reprenant[373]. En revanche, si la prestation de la peine a un caractère strictement personnel, il faut admettre son extinction à la suite de la reprise de la dette principale (CO 178 I, COtr 176 I). Le créancier qui consent à la reprise est conscient de la nature personnelle de la peine et dans ce cas, il accepte son extinction.

La peine conventionnelle peut faire l'objet de la reprise avant même son exigibilité et indépendamment de l'obligation principale. A l'instar d'autres obligations conditionnelles[374], l'obligation de la peine conventionnelle peut être aussi reprise par un tiers indépendamment de l'obligation principale[375].

Les effets de l'accessoriété de la peine conventionnelle se voient clairement lors de l'invalidité de l'obligation principale. Si l'objet du contrat est impossible, illicite ou contraire aux mœurs, le contrat est nul et n'a aucun effet. La peine conventionnelle qui

372 VON TUHR/ESCHER 392.

373 ENGEL, *Traité* 900; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 3801; OĞUZMAN/ÖZ 925 ss; CR CO I-PROBST Art. 178 N 3; ZK-SPIRIG CO Art. 178 N 32 ss; SCHWENZER N 91.19; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 277 BaK-TSCHÄNI CO Art. 178 N 1; VON TUHR/ESCHER 392; pour l'avis que la prestation de peine exigible ne passe pas au reprenant, voir ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 178 N 3; voir pour un point de vue un peu plus nuancé BK-BECKER CO Art. 178 N 2.

374 CR CO I-PROBST Intro. aux art. 175 à 183 N 20.

375 TUNÇOMAĞ, *Clause* 90. Cf. *supra* première partie § 1, II, p. 11.

assure l'exécution de cette obligation est nulle aussi[376]. D'autre part, par l'invalidation du contrat, la clause pénale n'existe plus. Lorsque le contrat renaît avec effet rétroactif après s'etre éteint, la peine conventionnelle renaît de même[377]. En revanche, bien que l'obligation principale soit valide, la peine conventionnelle peut être nulle. Ce sont ces cas que nous allons examiner en détails maintenant.

B. L'effet extincteur de l'accessoriété

1. L'inefficacité de la clause pénale résultant de l'inefficacité de l'obligation principale

a. *La nullité de l'obligation principale*

Lorsque l'obligation principale est nulle, la peine conventionnelle qui l'assure l'est également[378]. La nullité de l'obligation principale entache ses accessoires [*accessorium sequitur principale*]. L'art. 163 al. 3 CO (COtr 160 II), en stipulant les causes qui rendent nulle l'obligation principale, énonce expressément qu'en pareil cas, la peine conventionnelle ne peut pas être exigée non plus.

Etant donné que les causes de nullité des conventions sont arrêtées d'une manière générale à l'art. 20 al. 1 CO (COtr 20 I), l'art. 163 al. 2 CO (COtr 160 II) n'est en général qu'une simple répétition. Abstraction faite de l'impossibilité dont le débiteur n'est pas responsable, on conclut de fait qu'il n'y a aucune différence entre les effets de l'art. 20 al. 1 CO et ceux de l'art. 163 al. 2 CO[379]. Ces dispositions prévoient la nullité du contrat lorsqu'il contient un objet illicite, impossible ou contraire aux mœurs. Un contrat nul ne déploie aucun effet et ne peut pas être validé par l'écoulement du temps

376 ATF 48 II 439, 442 c. 3, JdT 1923 I 176; OĞUZMAN/ÖZ 874.

377 BK-BECKER CO Art. 160 N 13; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4057.

378 BK-BECKER CO Art. 160 N 9; BUCHER 523; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 1 et N 4 ss; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2507; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 4; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 2; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 344; VON TUHR/ESCHER 278 et n. 17; YARGITAY HGK 20.5.1964, 3-751/383, « *[l]orsque le contrat principal n'est pas valable, les clauses accessoires prévues ne sont pas valables non plus. Le contrat est nul dans sa totalité. La peine conventionnelle stipulée dans la promesse de vente invalide est nulle, [...] est un enrichissement illégitime pour le créancier* »; 4e HD 31.5.1974, 3787/2959; 13e HD 21.4.1988, 1091/2231, « *[p]our que la promesse de vente ne soit pas valable, la promesse de peine ne doit pas être valable non plus* »; 13e HD 22.11.1983, 7823/8211 « *[l]a peine conventionnelle est une obligation accessoire et exige une obligation principale valable* »; 14e HD 24.12.1984, 6592/8181, « *[l]e contrat n'est pas valable et la peine stipulée qui est l'accessoire de ce contrat n'a aucun effet* »; 15e HD 27.4.1989, 4461/2179, « *[e]n conséquence de l'invalidité du contrat depuis sa conclusion, toutes ses clauses sont donc invalides. L'exécution de la prestation de peine qui est prévue dans ce contrat ne peut pas exigée* ».

379 Voir pour l'application de l'art. 20 CO (COtr 20) BUCHER 522; SCHOCH 24.

ou sous d'autres conditions. De plus, il est hors de question d'exiger la peine conventionnelle liée à un contrat nul qui n'a aucun effet.

En cas de nullité partielle, il convient de discuter de la validité de la peine conventionnelle. Si la peine conventionnelle ne se rapporte pas à la partie nulle du contrat, elle reste valide. Si la peine conventionnelle n'a aucun sens suite à la nullité partielle, il est logique que cette nullité affecte aussi la peine conventionnelle. Lorsque la nullité partielle est relative au montant de la prestation [*p. ex.* un montant contraire aux mœurs, aux droits de la personnalité], et si la prestation de la peine est aussi contraire, il faut également la réduire équitablement[380]. Néanmoins, si le montant de la prestation est contraire aux mœurs et que le montant de la peine ne l'est pas, la peine conventionnelle subsiste, bien que le montant de la prestation principale se modifie.

Nous allons examiner les causes de nullité et leurs effets sur la peine conventionnelle en effectuant une analyse comparative entre l'art. 20 al. 1 CO (COtr 20 I) et l'art. 163 al. 2 CO (COtr 160 II).

i. *L'impossibilité de l'obligation principale*

Le contrat est nul lorsque l'objet du contrat, c'est-à-dire l'exécution de la prestation d'au moins une partie, est impossible au moment de la conclusion du contrat (CO 20 I, COtr 20 I). L'impossibilité qui rend le contrat nul doit être originaire et présenter un caractère objectif et durable[381]. Seule l'impossibilité originaire, objective et durable entraîne la nullité du contrat[382]. Lorsque l'impossibilité est subséquente, il ne s'agit pas d'une cause de nullité, mais de l'inexécution (CO 97 I, COtr 96 I) ou de l'extinction de l'obligation (CO 119, COtr 117). L'impossibilité peut découler des faits ou de raisons juridiques[383].

Lorsque le contrat est nul et sans effet à cause de l'impossibilité initiale et objective, la peine conventionnelle qui a été prévue pour assurer son exécution ne peut pas être non plus exigée[384]. Bien que le titre marginal de l'art. 163 al. 2 CO parle de la nullité de la

380 Cf. *infra* quatrième partie § 2, I, p. 148 ss.

381 CR CO I-GUILLOD/STEFFEN Art. 19 et 20 N 76.

382 ENGEL, *Traité* 268; OĞUZMAN/ÖZ 74.

383 ENGEL, *Traité* 269; OĞUZMAN/ÖZ 74. Voir aussi DURAL Mustafa, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık* [L'impossibilité subséquente dont le débiteur n'est pas responsable], İstanbul 1976, 9 ss.

384 YARGITAY 13e HD 29.5.1984, 2594/4113 « *[i]l ressort avec clarté de la communication de la Mairie que le débiteur [ici le requérant qui exige la peine conventionnelle] s'est engagé à construire le garage qui se trouvait dans un espace vert avant même le contrat. Il est obligatoire d'admettre que l'exécution du contrat est dans ce cas impossible* »; 15e HD 14.6.1979, 970/1468;

peine conventionnelle lorsqu'elle a pour but de sanctionner une obligation illicite ou immorale, il ne mentionne pourtant pas l'impossibilité de l'obligation principale. Cependant, la même conclusion ressort aussi de l'art. 20 al. 1 CO (COtr 20 I).

Si l'impossibilité est subséquente, elle ne donne pas lieu à la nullité du contrat. La nature objective ou subjective imputable au débiteur ou non de cette impossibilité n'a aucune importance. Si le débiteur est responsable de l'impossibilité subséquente, il est tenu d'indemniser le dommage du créancier, de même qu'il est toujours tenu de la peine conventionnelle prévue[385]. Lorsque le débiteur n'est pas responsable de cette impossibilité, il est libéré à la fois de l'exécution de l'obligation principale et de la peine conventionnelle qui est prévue pour assurer l'exécution de cette obligation[386]. Cependant, le législateur par l'art. 163 al. 2 CO (COtr 160 II) permet aux parties la possibilité de prévoir l'exécution de la peine prévue en cas d'impossibilité subséquente, lors même que le débiteur n'est pas responsable de l'impossibilité. C'est une possibilité laissée aux choix des parties qui sert à renforcer passablement la situation du créancier.

Si le débiteur est responsable de l'impossibilité subséquente, le créancier peut exiger la peine conventionnelle prévue pour l'inexécution ou l'exécution imparfaite de l'obligation. Lorsqu'il s'agit d'une peine cumulative, le créancier peut demander la peine prévue avec ses dommages-intérêts pour l'inexécution de l'obligation qui est devenue impossible. Quant aux peines alternatives, le créancier n'est pas tenu de faire son choix en faveur de la peine conventionnelle. Il ne dépend que de sa volonté de demander les dommages-intérêts résultant de l'impossibilité de l'obligation selon les dispositions générales ou de demander la peine conventionnelle en renonçant à la première. En fait, le créancier n'a jamais d'obligation de choisir la peine lorsqu'il y a une peine alternative. La clause pénale ne procure qu'un droit au créancier de choisir la peine prévue au lieu de l'obligation principale. Autrement, la stipulation d'une peine conventionnelle n'empêche pas l'utilisation des droits concédés au créancier par la loi en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation.

4e HD 24.6.1957, 1586/4175 « *[...] étant donné que l'objet du contrat entre les parties est impossible selon l'art. 20 COtr 20 [CO 20], on ne peut pas arrêter l'exécution de la peine conventionnelle en s'appuyant sur un tel contrat invalide* »; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4040; voir un avis plus nuancé ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 3.

385 YARGITAY 13e HD 25.1.1993, 8546/348.

386 ATF 87 II 147, 149 c. 1, JdT 1962 I 86.

ii. L'illicéité de l'obligation principale

Comme l'art. 20 al. 1 CO et l'art. 41 al. 1 CO ne donnent pas de définition de l'illicéité, l'art. 163 al. 2 CO ne la définit pas non plus. Il est admis en général[387] que l'illicéité peut se définir comme une violation du droit. Cette violation doit être relative aux normes juridiques objectives[388]. Les parties devraient avoir voulu l'objet illicite pour qu'on puisse admettre l'illicéité. Cependant, il n'y a pas lieu de rechercher si elles connaissaient les normes impératives ou si elles avaient conscience de l'illicéité.

On entend par normes juridiques objectives non seulement les prescriptions légales, mais toutes les règles écrites ou non-écrites, fédérales ou cantonales auxquelles les parties ne peuvent pas déroger[389]. Pour cette raison, *P. ex.* un acte interdit par le gouvernement est aussi illicite. Les contrats contraires à ces types de normes sont illicites et nuls et les peines prévues pour leur exécution ne peuvent pas non plus être exigées[390].

L'exigibilité d'une peine conventionnelle qui assure une obligation valable au début mais qui devient ultérieurement illicite par une norme établie postérieurement se précise d'après le moment de la violation. Si la violation de l'obligation s'est réalisée avant que l'obligation principale devienne illicite, la peine conventionnelle peut être exigée, bien que le contrat devienne illicite[391]. Une fois que la violation de l'obligation se réalise et que la peine conventionnelle devient exigible, la nullité postérieure de l'obligation principale n'a plus d'effet. Nous allons examiner les cas particuliers d'illicéité ci-après:

- En droit turc, on rencontre fréquemment un type d'illicéité relatif au *contrat de bail*. Le droit turc régit le contrat de bail portant sur des immeubles munis d'un toit dans les régions municipales et les immeubles dans les ports, dans les havres et dans les gares par une loi spéciale intitulée « La loi relative aux baux des immeubles[392] ». Selon l'art. 9 de cette loi, on ne peut pas modifier les dispositions

---

387 Cf. *p. ex.* OĞUZMAN/ÖZ 70; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 395; ZUFFEREY-WERRO Jean-Baptiste, *Le contrat contraire aux bonnes mœurs*, th. d'agrégation, Fribourg 1988, 100 et les réf. cit.

388 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 638; BaK-HUGUENIN CO Art. 19/20 N 15; İPEK Mehtap, *Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları* [La liberté contractuelle et ses délimitations à nos jours], th. de Master (Université de Galatasaray), Istanbul 2002, 52 ss; ZUFFEREY-WERRO N 524.

389 Cf. ENGEL, *Traité* 271; BaK-HUGUENIN CO Art. 19/20 N 15; ZUFFEREY-WERRO N 524.

390 ATF 73 II 158, 161 c. 2, JdT 1948 I 139; YARGITAY 15e HD 27.4.1989, 4461/2179 « *[é]tant donné que le terrain est un site, le contrat est invalide dès le début. [...] puisque toutes les clauses sont nulles dans ce contrat, on ne peut pas exiger l'exécution de la peine conventionnelle* ».

391 YARGITAY 4e HD 3.3.1976, 9494/2244; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 345.

392 La loi du 18 Mai 1955 [n° 6570], RG 27.5.1955 [n° 9013].

de cette loi au détriment du locataire en dehors de la rémunération du bail. En s'appuyant sur cet article qui vise à protéger les locataires, la Cour de cassation turque considère comme nuls les types de clauses ainsi que les clauses pénales qui sont prévues pour sanctionner l'inexécution de paiement de loyer ou la libération des immeubles[393]. Pourtant, en tenant compte de la *ratio legis* de l'article en question, les peines conventionnelles qui sanctionnent ces types d'obligations peuvent être tout de même considérées comme valables à certaines conditions. En effet, la loi vise à protéger les locataires qui ne peuvent pas agir librement et qui sont obligés de conclure un contrat. Du fait qu'il n'y a plus de contrainte sur les locataires dès la conclusion du contrat, il n'est pas nécessaire de protéger les locataires qui agissent de leur propre chef. On peut donc considérer comme valables les peines conventionnelles sur ces types d'obligations dès la conclusion du contrat[394].

- La nullité du contrat, à cause de l'illicéité, s'observe notamment dans les contrats formels qui ne respectent pas la forme requise par la loi (CO 11 II, COtr 11 II)[395]. Pour que le contrat soit nul en raison du non-respect de l'exigence de la forme, il faudrait que cette forme soit une condition de validité[396]. Nous allons traiter de la nullité pour vice de forme en se rapportant aux des diverses opinions concernant la nature et les effets de l'invalidité pour vice de forme de l'art. 11 al. 2 CO (COtr 11 II) soutenues par la doctrine et la pratique[397].

393 YARGITAY 13e HD 25.9.1979, 3966/4619; 13e HD 3.11.1977, 3450/4832; 13e HD 15.4.1976, 6307/3229.

394 KOCAAĞA 81; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 346. Voir aussi HATEMİ/SEROZAN/ARPACI 189 ss.

395 Pour l'avis qu'il ne s'agit pas de l'illicéité selon l'art. 20 al. 1 CO (COtr 20 I) en cas de vice de forme requise pour un contrat, voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 548; pour l'avis que l'art. 11 al. 2 COtr (CO 11 II) n'est qu'une application spéciale de l'art. 20 al. 2 COtr (CO 20 I) TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 395.

396 CR CO I-GUGGENHEIM Art. 11 N 18; OĞUZMAN/ÖZ 119; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 100 ss.

397 Pour les divers avis sur la nature et les effets du vice de forme, voir ALTAŞ Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi* [Correction des résultats négatifs résultant du vice de forme], th., Ankara 1998, 89 ss; KOLLER Alfred, *Vom Formmangel und seinen Folgen, Der formungültige Grundstückkauf, in* KOLLER Alfred (éd.) Der Grundstückkauf, 2e éd., 77 ss, N 14 ss; SCHÖNLE Herbert, *L'inobservation de la forme authentique dans la vente immobilière, in* Travaux de la 5e semaine juridique turco-suisse, La forme dans les actes juridiques, Journées d'İstanbul 13-20 avril 1975, 206 ss; TANDOĞAN Halûk, *Les problèmes concernant la forme de la vente immobilière en droit turc, in* Travaux de la 5e semaine juridique turco-suisse, La forme dans les actes juridiques, Journées d'Istanbul 13-20 avril 1975, 223 ss; TERCIER, *Contrats* N 979 ss; MERZ, *Vertrag* N 341 ss. Voir aussi CR CO I-FOËX Art. 216 N 16 ss; CR CO I-GUGGENHEIM Art. 11 N 18.

Le TF[398], YARGITAY[399] et une partie de la doctrine en droit suisse et en droit turc [majoritaire en droit turc][400] estiment qu'il existe ici une sanction de nullité absolue. Selon leur opinion, le contrat qui ne respecte pas la forme requise par la loi ne produit aucun effet et ne peut être validé ultérieurement. Le juge examine d'office ce moyen même si les parties ne l'allèguent pas. Un contrat nul pour vice de forme ne se guérit pas par l'exécution, par la ratification ou encore par l'écoulement d'un certain temps. Bien que les effets de nullité pour vice de forme soient ainsi, il est évident qu'ils ne donnent pas toujours des solutions équitables. D'ailleurs dans certains cas, l'allégation de nullité pour vice de forme représente un abus de droit. Pour cette raison, dans ces situations, la doctrine et la pratique n'admettent pas, et ce à juste titre, l'allégation du vice de forme[401]. Néanmoins, il n'est pas possible d'établir de règles absolues pour déterminer s'il s'agit d'un abus de droit[402]. Le juge décide en fonction de l'ensemble des circonstances[403]. Les

398 TF, SJ 2000 I 533, 536 c. 3/a; ATF 116 II 700, 701 c. 3/a, JdT 1991 I 643; ATF 112 II 330, 332 c. 1/b, JdT 1987 I 70; ATF 104 II 99, 101 c. 2/a, JdT 1979 I 16. Voir aussi EGV-SZ 1991 127; RJB 118, 369; RJN 1994 46; PKG 1985 24.

399 YARGITAY IBK 30.9.1988, 2/2; HGK 2.10.1974, 2-810/1043, « *[l]e juge doit examiner d'office le vice de forme* »; 13 HD 11.6.1990, 271/4196, « *[l]e contrat ayant pour objet le transfert de la propriété doit être conclu en la forme authentique selon l'art. 634 CCtr* [CC 657]. *Les promesses de transfert qui n'ont pas été faites en la forme authentique sont nulles* ».

400 CHAPPUIS Christine, L'abus de droit en droit suisse des affaires, *in* L'abus de droit, Comparaisons franco-suisses, Saint-Etienne 2001, 67 ss, 83; ENGEL, *Traité* 259 et 264; ESENER Turhan, Les actes simulés en droit privé turc, İstanbul 1956, 62 ss; OĞUZMAN/ÖZ 124; SCHWENZER 31.36; SEROZAN Rona, *Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels im Rechtsgeschäft nach deutschem, schweizerischem und türkischem Recht*, th., Tübingen 1968, 27 ss; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 102; VON TUHR/PETER 237.

401 TF, SJ 2002 I 405, 409 c. 2/c/aa; TF, SJ 2000 I 533, 536 c. 3; ATF 116 II 700, 702 c. 3/b, JdT 1991 I 643; ATF 115 II 331, 338 c. 5/a, JdT 1991 I 150; ATF 104 II 99, 101 c. 2/a, JdT 1979 I 16; YARGITAY IBK 30.9.1988, 2/2; HGK 16.3.1979, 602/263; HGK 2.10.1974, 2-810/1043; HGK 19.3.2003, 15-124/175. Voir CR CO I-GUGGENHEIM Art. 11 N 21 ss; TANDOĞAN Halûk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* [Droit des obligations, Partie spéciale], Vol. I/1, Ankara 1985, 239; YAVUZ Cevdet, *Droit des obligations turc, Partie spéciale*, 6e éd., Istanbul 2002, 179. Voir aussi ALTAŞ 156 ss; DOLEZAL Jana, *Les actes juridiques des droits réels soumis à la forme écrite*, th., Lausanne 1987, 58 ss. Voir aussi EGV-SZ 1991 127; RJB 118, 369; RJN 1994 46; PKG 1985 24. Voir pour ses critiques DOĞANAY İsmail, *Medeni Kanunun İkinci Maddesindeki « Objektif İyiniyet Kuralı » Taşınmaz Mal Satışlarındaki Şekil Şartını Ortadan Kaldırır mı?* [« La bonne foi objective » dans l'article 2 du Code civil supprime-t-elle la forme prévue pour les ventes immobilières?] *in* Mélanges à la mémoire du Professeur Halûk TANDOĞAN, Ankara 1990, 231 ss (not. 255 ss).

402 Cf. ATF 116 II 700, 702 c. 3/b, JdT 1991 I 643; ATF 104 II 99, 101 c. 3, JdT 1979 I 16; YARGITAY 4e HD 2.7.1979, 6998/8847; TANDOĞAN, *Contrats I/1* 239 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 552; CR CO I-GUGGENHEIM Art. 11 21; OĞUZMAN/BARLAS 177 ss; OĞUZMAN/ÖZ 121; TERCIER, *Contrats* N 982; YAVUZ 179.

403 TERCIER, *Contrats* N 982.

critères indiqués par le TF et YARGITAY doivent être quand même pris en considération[404]. On peut notamment admettre l'abus de droit lorsque celui qui invoque le vice de forme a exécuté le contrat librement et en ayant connaissance du vice de forme. De même, on peut admettre l'abus de droit lorsque la partie qui se prévaut du vice l'a provoqué astucieusement, en assume le risque sciemment au moment de la conclusion du contrat ou l'a elle-même voulu dans son intérêt. Selon le TF[405] et YARGITAY[406], si les parties n'ont pas encore exécuté [complètement

404 TF, SJ 2002 I 405, 406 c. 2/a; TF, SJ 2000 I 533, 536 c. 3/a; ATF 116 II 700, 702 c. 3/b, JdT 1991 I 643; ATF 112 II 330, 334 c. 2/b, JdT 1987 I 70; ATF 112 II 107, 111 c. 3/b, JdT 1986 I 587; ATF 104 II 99, 101 c. 3, JdT 1979 I 16; YARGITAY IBK 30.9.1988, 2/2; HGK 16.3.1979, 602/263, « *[l]'exécution ne guérit pas le vice de forme, néanmoins l'allégation du vice de forme après l'exécution n'est pas compatible avec les règles de la bonne foi. Ici, l'obligation principale a été exécutée, la prétention ne porte que sur les droits accessoires non encore exécutés. L'objection qui ne peut pas être alléguée contre l'obligation principale ne peut pas être non plus alléguée contre les droits accessoires* »; HGK 2.10.1974, 2-810/1043, « *[b]ien qu'en droit allemand, il y ait des règles qui apportent des conséquences à l'exécution en cas de vice de forme, il n'existe pas de disposition légale qui généralise ces règles spéciales et qui prévoit du même coup que l'exécution d'un contrat entaché par vice de forme sera valable dans tous les cas, ni en droit turco-suisse, ni en droit allemand. [...] Lorsqu'il n'y a pas de règles spéciales qui valorisent l'exécution, l'acte est nul et l'exécution ne rend pas valable l'acte qui est nul à cause d'un vice de forme. La bonne foi de l'autre partie ne change rien. Le juge retient d'office le vice de forme. Quoique la règle générale est comme cela, l'opposition de la nullité du contrat pour vice de forme ne doit pas être alléguée contrairement aux règles de la bonne foi [CCtr 2, CC 2]* »; 13e HD 26.5.1980, 2333/3412, « *[l]a vente simple [non-authentique] des immeubles inscrits au registre foncier est invalide. Cependant, après son exécution par la vente authentique, il est contraire aux règles de bonne foi d'alléguer l'invalidité de la clause pénale qui est accessoire et qui est liée à l'obligation principale* »; 13e HD 10.11.1980, 5020/5684; 13e HD 19.10.1978 3741/4266; 13e HD 4.6.1976 2605/4575, « *[...] lorsque le contrat d'entretien viager a été exécuté jusqu'à la mort de l'une des parties, l'allégation des héritiers que le contrat est invalide pour vice de forme est contraire aux règles de bonne foi* »; HGK 28.12.1957, 2/67-65, « *[i]l n'y a qu'un délai très court [huit jours] entre la date de conclusion (entretien viager) du contrat et la mort du* de cujus. *Il n'est pas raisonnable de penser que le* de cujus *pourrait attaquer pour cause d'[annulabilité] dans ce court délai dans lequel il était malade. Pour cette raison, la demande du requérant héritier concernant l'annulation du contrat ne peut pas être qualifiée d'abus du droit* »; voir pour d'autres arrêts TANDOĞAN, *Contrats I/1* 239 ss; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 105 ss; voir aussi ZK-BAUMANN CC Art. 2 N 279 ss; CHAPPUIS Christine, *L'abus de droit en droit suisse des affaires, in* L'abus de droit, Comparaisons franco-suisses, Saint-Étienne 2001, 84 ss; ENGEL, *Contrats* 97; CR CO I-FOËX Art. 216 N 19 ss; BK-GIGER CO Art. 216 N 418 ss; CR CO I-GUGGENHEIM Art. 11 N 20 ss; BaK-HESS CO Art. 216 N 12; OĞUZMAN/ÖZ 120; YAVUZ 179. Voir aussi OĞUZMAN M. Kemal, *La jurisprudence suisse et turc en matière de l'abus de droit d'invoquer la nullité du contrat pour vice de forme, in* Travaux de la 5e semaine juridique turco-suisse, La forme dans les actes juridiques, Journées d'İstanbul 13-20 avril 1975, 143 ss.

405 TF, SJ 2002 I 405, 407 c. 2/a; TF, SJ 2000 I 533, 536 c. 3/a; ATF 112 II 330, 332 c. 1/a, JdT 1987 I 70

ou au moins pour l'essentiel] leurs obligations, il ne s'agira jamais d'abus de droit[407]. Il s'ensuit qu'on ne peut se prévaloir du vice de forme que jusqu'à l'exécution.

Depuis un certain temps, une grande partie de la doctrine critique à juste titre l'opinion de nullité pour vice de forme du TF et d'autre partie de la doctrine. Elle soutient qu'il s'agit ici d'une nullité relative, d'une nullité *sui generis* qui n'a d'effets qu'entre les parties [*nullité inter pares*][408]. Ainsi, le juge ne tient pas compte d'office de cette invalidité qui ne peut être alléguée que par les parties. Il s'ensuit que l'invalidité n'aura aucun effet à la suite de l'exécution par la libre volonté du débiteur.

En dehors de ces deux opinions sur les effets de vice de forme, il existe aussi d'autres opinions différentes alléguées par la doctrine minoritaire. Ainsi certains parlent de l'inexistence du contrat, et disent que la forme constitue un point essentiel pour la conclusion du contrat. Le vice de forme provoque donc l'inexistence du contrat, mais pas la nullité de celui-ci. Une autre opinion parle de l'annulabilité du contrat, une autre encore d'une obligation naturelle dans ce cas-là. Il faut dès lors noter que ces opinions sont vraiment minoritaires et exceptionnelles, d'ailleurs elles ont très peu de partisans[409].

Quels sont donc les effets de la peine conventionnelle prévue dans un contrat formel, lorsque les parties ne respectent pas la forme exigée par la loi? Selon la théorie de nullité soutenue par une partie de la doctrine et les Cours suprêmes, le contrat est nul et la peine conventionnelle n'a alors aucun effet[410].

406 YARGITAY HGK 9.6.1982, 15/565, « *[l]es obligations réciproques découlant du contrat ne sont pas encore totalement exécutées. Rendre valable le contrat en appliquant l'art. 2 CCtr (CC 2) [l'abus de droit] n'est pas possible dans ce cas, parce que cette réflexion ne peut se justifier que pour les cas où l'exécution est totalement réalisée* ».

407 Voir pour la critique de cette considération GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 557.

408 *P. ex.* ALTAŞ 143 ss; EREN 262 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 561 ss. et les réf. cit.; ZK-HAAB CC Art. 657 N 34 ss; KELLER/SCHÖBI 25; BK-MEIER-HAYOZ CC Art. 657 130 ss; MERZ, *Vertrag* N 344 ss et 451; TANDOĞAN, *Contrats I/1* 233 ss.

409 Voir pour ces opinions FURRER Frank, *Heilung des Formmangels im Vertrag*, th., Zurich 1992, 71 ss; KELLER/SCHÖBI 25 ss; BaK-LAIM CC Art. 657 N 62 ss; BK-SCHMIDLIN CO Art. 11 N 41 ss.

410 YARGITAY HGK 20.5.1964, 751/383 « *[l]orsque le contrat n'est pas valable, les clauses dans ce contrat ne sont pas valables non plus, le contrat est nul dans sa totalité. La clause pénale qui assure ce contrat est donc invalide [...]* »; 14e HD 24.12.1984, 6592/8181 « *[é]tant donné que le contrat est invalide pour vice de forme, la clause pénale qui en est accessoire est invalide comme l'obligation principale* »; 13e HD 24.1.2005, 17705/746.

Selon l'invalidité *sui generis* de la doctrine moderne, si l'une des parties allègue le vice de forme, la peine conventionnelle sera sans effet tout comme le contrat principal.

Lorsqu'on admet l'abus de droit à arguer de nullité pour vice de forme, on peut se demander quel est l'effet pour la peine conventionnelle. Car, si on accepte l'exécution complète du contrat ou pour l'essentiel comme une condition de l'abus de droit, quel est l'intérêt de la peine conventionnelle après l'exécution de l'obligation qui est prévue pour son exécution? Faudrait-il parler de peine après l'exécution? On peut répondre à cette question positivement. Ainsi même après avoir exécuté le contrat, le créancier peut toujours exiger la peine conventionnelle lorsqu'il y a une exécution tardive ou encore une mauvaise exécution qui a été assurée par une peine[411]. Pour notre part, nous pensons qu'il ne faut pas chercher l'exécution complète ou quasi-complète du contrat pour qu'on parle de l'abus de droit. Car même avant l'exécution, on peut devoir accepter l'abus de droit[412].

- Afin de protéger les travailleurs, *les interdictions de faire concurrence dans les contrats de travail* ne sont valables que si elles sont prévues par écrit. Le sens de l'art. 340 al. 1 CO est expressément clair à propos de l'exigence de la forme écrite comme condition de validité. C'est-à-dire que la promesse de non-concurrence n'aura aucun effet si elle n'est pas consignée par écrit. La peine conventionnelle prévue pour une telle promesse ne peut pas exigée non plus[413]. De même, l'interdiction de faire concurrence a aussi d'autres limitations d'après l'art. 340a CO. Ainsi, la prohibition de faire concurrence est valable, si on obéit à ces limitations. En cas de non respect de ces limites, la prohibition de faire concurrence n'est pas nulle dans sa totalité, mais peut être ramenée par le juge à des limites acceptables (CO 340a II)[414]. Lorsqu'une peine a été prévue pour une telle prohibition, le juge peut la réduire en même temps selon les circonstances.

- Les droits d'emption [*Kaufsrecht*], de préemption [*Vorkaufsrecht*] et de réméré [*Rückkaufsrecht*] ne peuvent être annotés au registre foncier que pour les délais maximum prévus par la loi (CO 216a, CCtr 735 II et 736 II). La promesse de

411 YARGITAY 13e HD 17.4.1984, 2071/2917.

412 Voir GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 557 ss.

413 Cf. BOHNY Peter, *Das arbeitvertragliche Konkurrenzverbot*, th., Zurich 1988, 86 ss; BRUNNER Christiane/BÜHLER Jean-Michel/WAEBER Jean-Bernard, *Commentaire du contrat de travail*, 3e éd., Lausanne 2004, 308; DUC Jean-Louis/OLIVIER Subilia, *Commentaire du contrat individuel de travail*, Lausanne 1998, 551 ss; BK-REHBINDER CO Art. 340 N 7.

414 Cf. CR CO I-AUBERT Art. 340a N 2.

renouveler ces droits dès l'achèvement de ces délais n'est pas valable. La peine conventionnelle qui assure cette promesse n'est pas valable non plus[415].

Il convient d'examiner autour de la notion d'illicéité une question assez controversée: la révocation et la répudiation du contrat de mandat ainsi que la peine conventionnelle qui est prévue dans ce contexte. Sachant que l'art. 404 al. 1 CO intitulé « *[f]in du contrat* » concernant la résiliation du contrat de mandat, énonce que « *[l]e mandat peut être révoqué ou répudié en tout temps* ». Néanmoins, l'article en question mentionne à l'alinéa 2 « *[c]elle des parties qui révoque ou répudie le contrat en temps inopportun doit toutefois indemniser l'autre du dommage qu'elle lui cause* ». Cet alinéa n'oblige la partie qui résilie le contrat à indemniser l'autre que si la résiliation se réalise en temps inopportun.

Selon le TF, l'art. 404 CO (COtr 396) est une disposition impérative[416] parce que les contrats de mandat reposent sur une relation particulière de confiance et ont un caractère personnel entre les parties[417]. En cas de destruction de cette confiance, le contrat perd sa raison d'être. L'article en question n'est pas seulement applicable aux contrats de mandat proprement dits, il concerne aussi les contrats mixtes qu'il se justifie de soumettre au droit du mandat en ce qui touche la durée du lien contractuel. Le texte pourtant clair de la loi ne permet pas de distinguer entre ces contrats typiques et atypiques. Cette disposition a un domaine d'application global pour tout type de mandat. Autrement dit, elle s'applique aux mandats onéreux comme aux mandats gratuits, aux mandats strictement personnels comme aux autres[418]. De plus, en cas de résiliation du contrat de mandat, il n'y a pas lieu d'indemniser l'autre partie (CO 404 II *a contrario*). En fait, la responsabilité d'indemniser l'autre partie selon l'art. 404 al. 2 CO sera problématique uniquement si la résiliation est réalisée en temps inopportun[419].

415 ATF 73 II 158, 160 c. 1 et 2, JdT 1948 I 139; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4038. Cf. aussi OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR 408; TANDOĞAN, *Contrat I/1* 284. Voir pour le Message du CF, FF 1988 III 889, 1015 ss. Voir aussi ATF 102 II 243, 247 c. 3, JdT 1977 I 258.

416 TF, RJB 133, 333 ss; ATF 117 II 466, 476 c. 5/d, JdT 1992 I 387; ATF 115 II 464, 465 c. 2, JdT 1990 I 312; ATF 110 II 380, 382 c. 2, JdT 1985 I 276; ATF 109 II 462, 467 c. 3/e, JdT 1984 I 210; ATF 104 II 108, 115 c. 4, JdT 1980 I 77; voir aussi un avis différent dans un *obiter dictum* ATF 120 V 299, 305 c. 4/b.

417 ATF 115 II 464, 465 c. 2, JdT 1990 I 312; ATF 104 II 108, 116 c. 4, JdT 1980 I 77; ATF 98 II 305, 307 c. 2/a, JdT 1973 I 536; voir pour le critique GAUCH Peter, *Art. 404: sein Inhalt, seine Rechtfertigung und die Frage seines zwigenden Charakters: Urteilsanmer-kung Zivilrecht, BGE 115 II 464 ff., in* recht 1992, 9 ss, 14.

418 ATF 115 II 464, 465 c. 2, JdT 1990 I 312. Voir DESSEMONTET François, Le point sur la peine conventionnelle lors de la résiliation des contrats de service, CEDIDAC Bulletin d'information n° 15, Lausanne 1991, 1 ss.

419 ATF 104 II 108, 116 c. 4, JdT 1980 I 77. Voir TERCIER, *Contrats* N 4808a.

Cette opinion soutenue aussi par une importante partie de la doctrine[420], est critiquée par la doctrine majoritaire. Selon ces auteurs[421], bien que l'art. 404 CO ait dans plusieurs cas un caractère impératif, l'opinion du TF est très stricte et ne permet pas d'individualiser la solution pour chaque cas concret. Il faut donc apprécier les contrats de mandat en distinguant les contrats typiques des contrats atypiques [le contrat de mandat proprement dit et improprement dit][422]. Contrairement au TF, on ne peut pas dire que tous les contrats de mandat s'appuient sur une relation de confiance particulière, de même ils n'ont pas systématiquement un caractère strictement personnel. Si un contrat de mandat nécessite une relation de confiance particulière et a un caractère strictement personnel, on parle alors d'un contrat de mandat typique [proprement dit]. Mais d'autres contrats de mandat ne mettent pas en jeu ces caractères. Voilà pourquoi l'art. 404 CO n'est pas impératif pour ces types de mandat, mais supplétif[423]. Il s'ensuit que les parties peuvent limiter la possibilité de résiliation du contrat en tout temps. Voire, d'après l'opinion unique de WERRO, les parties peuvent limiter le droit de résilier le contrat en temps opportun, même si celui-ci a un caractère strictement personnel[424].

420 *P. ex.* BK-GAUTSCHI CO Art. 404 N 8 a et 10 a à e; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 49 N 28 ss; HOFSTETTER Josef, *Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in* TDPS VII/6, 2e éd., Bâle-Genève-Munich 2000, 67 ss; KARAHASAN M. Reşit, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri* [Droit des obligations turc, Partie spéciale], Tome II, Istanbul 2002, 1089 ss; MERZ Hans, *Die Qualifikation des Architektenvertrags, in* Innominatverträge, Mélanges pour le 60e anniversaire de Walter R. SCHLUEP, Zurich 1988, 205 ss, 213 (voir aussi RJB 116, 20; RJB 121, 216; RJB 122, 180); ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 404 N 2 et 3; ÖZKAYA Eraslan, *Vekalet Sözleşmesi ve Kötüye Kullanılması* [Le contrat de mandat et l'abus de droit dans ce type de contrat], Ankara 1997, 706 ss; TERCIER Pierre, *L'extinction prématuré du contrat, in* GAUCH Peter/TERCIER Pierre (éd.) Le droit de l'architecte, 1e éd., Fribourg 1986, N 1186; BaK-WEBER CO Art. 404 N 9 ss. Dans le même sens YARGITAY 3e HD 29.12.1997, 11339/12497; 4e HD 15.5.1980 1600/6365.

421 *P. ex.* BÄR Rolf, *Die privatliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 1983, Handels- und Immaterialgüterrecht, in* RJB 121, 225 ss, 226; BK-BECKER CO Art. 404 N 8; VON BÜREN, Bruno, *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, Zurich 1972, 140; ENGEL, *Contrats* 510; GAUCH, *recht* 15 ss; JÄGGI Peter, *Bemerkungen zu einem Urteil über den Architektenvertrag, in* RSJ 1973, 301 ss, 304; TERCIER Pierre, *L'extinction prématurée du contrat, in* GAUCH Peter/TERCIER Pierre (éd.) Le droit de l'architecte, 3e éd., Fribourg 1995, 361 ss, N 1181 et 1182; RUPPERT Wolfgang, *Zum Widerruf des Bauherrn beim Architektenvertrag und dessen Folgen, in* RSJ 1970, 284 ss, 286.

422 Voir TERCIER, *Extinction* N 1174. Voir aussi ATF 115 II 464, 467 c. 2/a/dd, JdT 1990 I 312.

423 Cf. CR CO I-WERRO Art. 404 N 16.

424 CR CO I-WERRO Art. 404 N 16, voir aussi selon l'opinion de l'auteur à propos la distinction du pouvoir et du droit de résiliation, et sa solution sur la nature dispositive de l'art. 404 CO découlant de cette distinction WERRO Franz, *Le mandat et ses effets*, th. d'agrégation, Fribourg 1993, N 271 ss; voir aussi WERRO Franz, *La distinction entre le pouvoir et le droit de résilier: La clé de l'interprétation de l'art. 404 CO, in* DC 1991 55 ss.

Une des conséquences de l'opinion du TF à propos du caractère impératif de l'art. 404 CO est qu'il considère invalides toutes les conventions ainsi que la clause pénale qui limitent ledit droit de résiliation en tout temps[425]. Il faut préciser l'avis du TF, selon lequel il est possible de prévoir une peine conventionnelle qui sanctionne la résiliation en temps inopportun. Dans ce cas, la peine conventionnelle vise ici le motif de résiliation du contrat, et non la résiliation elle-même[426].

L'art. 404 CO a deux effets impératifs dans son application pour certains contrats de mandat. D'abord, il empêche toute limitation du droit de résiliation. En outre, la responsabilité d'indemniser les dommages de l'autre partie découlant de la résiliation en temps inopportun doit rester dans les limites de l'article en question[427]. Les stipulations qui dépassent ces limites se heurtent à l'impérativité de l'art. 404 al. 2 CO. En admettant cette idée de deux faces impératives de l'art. 404 CO, on ne peut pas stipuler de peine conventionnelle même pour la résiliation en temps inopportun. L'opinion du Tribunal fédéral[428] qui permet la peine conventionnelle en cas de résiliation en temps inopportun devient alors contestable, et ceci parce que la peine conventionnelle peut être exigée même si le créancier ne subit aucun dommage. Si l'art. 404 al. 2 CO suggère une limite au montant de l'indemnisation, celle-ci ne s'accorde pas dès lors avec la clause pénale. D'autre part, si on soutient ce principe, la fixation forfaitaire de dommages-intérêts pour la résiliation du contrat en temps inopportun est aussi contestable, étant donné que son montant ne se discute pas[429]. Mais dans ce cas, la fixation forfaitaire des dommages-intérêts prévue pour la résiliation retiendra uniquement une présomption concernant le dommage. En d'autres termes, elle sert, ici, à modifier le fardeau de preuve relatif au dommage. En conséquence, le créancier ne va pas prouver le montant du dommage, mais la partie qui résilie doit prouver que le dommage est au-dessous du montant forfaitaire. S'il peut le faire, les dommages-intérêts forfaits seront réduits jusqu'au dommage réalisé.

425 ATF 109 II 462, 467 c. 4, JdT 1984 I 210; ATF 104 II 108, 116 c. 4, JdT 1980 I 77; voir aussi DESSEMONTET 2 ss.

426 ATF 110 II 380, 383 c. 3/a, JdT 1985 I 274; ATF 109 II 462, 467 c. 4, JdT 1984 I 210; voir aussi GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 49 N 30.

427 BK-GAUTSCHI CO Art. 404 N 19a; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 404 N 9; TERCIER, *Extinction* N 1190 et 1193; BaK-WEBER CO Art. 404 N 18.

428 Cf. ATF 110 II 380, 383 c. 3/a, JdT 1985 I 274; ATF 109 II 462, 467 c. 4, JdT 1984 I 210.

429 Cf. TERCIER, *Extinction* N 1193 « *[...] une clause obligeant le maître à verser une indemnité (nettement) supérieure à celle que prévoit l'art. 404 al. 2 CO est nulle parce qu'illicite (art. 20 CO), puisqu'elle revient à limiter le pouvoir de résiliation, garanti impérativement par l'art. 404 al. 1 CO* ». Cf. *supra* première partie, § 3, VII, p. 45 ss.

A l'inverse, si on considère que l'art. 404 al. 2 CO ne donne aucune limite au montant de l'indemnisation, il sera possible alors de prévoir la peine conventionnelle qui sanctionne la résiliation en temps inopportun.

Si on adhère à l'opinion de la doctrine moderne qui soutient que l'art. 404 CO n'est impératif que pour certains [*intuitu personae*] contrats de mandat, on peut alors prévoir la peine conventionnelle pour la résiliation du contrat au même titre qu'il est possible de limiter la résiliation du contrat. Cependant, pour les autres types de contrats de mandat, l'art. 404 CO est impératif et empêche de limiter le droit de résiliation en tout temps.

Nous partageons l'opinion défendue par la doctrine moderne, selon laquelle l'appréciation du TF sur la nature impérative de l'art. 404 CO est trop stricte. Il faut donc nuancer l'application de l'art. 404 CO entre les contrats de mandat typiques et atypiques, strictement personnels ou non, ou encore qui nécessitent une relation de confiance particulière ou pas. En ce qui concerne les contrats de mandat proprement dits, il est possible de les résilier à tout moment, et les stipulations contraires sont nulles puisqu'elles dérogent à une règle impérative. Or, il faut admettre que l'art. 404 CO est une prescription dispositive pour les contrats de mandat qui ne reposent pas sur une relation de confiance particulière. Les parties peuvent donc limiter voire supprimer la possibilité de résiliation.

Dans cette optique, la question est de savoir si la résiliation en temps opportun ou inopportun présume une violation de l'obligation. L'enjeu est fondamental, parce que si la réponse est négative, on ne pourra pas parler ici de peine conventionnelle, du moins pas de peine conventionnelle proprement dite. En tenant compte de l'opinion du TF, qui permet de prévoir la peine conventionnelle pour la résiliation en temps inopportun, il est clair que le TF voit ici une violation d'obligation[430]. WERRO affirme explicitement que l'utilisation du pouvoir de résiliation présuppose une violation d'obligation[431]. *A contrario*, TERCIER et GAUCH, sont d'avis que la résiliation ne peut être considérée comme une violation d'obligation[432]. Selon GAUCH, une peine conventionnelle prévue pour le cas de résiliation du contrat de mandat ne peut être conçue que comme une peine conventionnelle improprement dite [*unechte Konventionalstrafe*], mais pas comme une peine conventionnelle proprement dite[433].

430 ATF 110 II 380, 383 c. 3/a, JdT 1985 I 274; ATF 109 II 462, 467 c. 4, JdT 1984 I 210.

431 Voir CR CO I-WERRO Art. 404 N 13; WERRO, *Mandat* N 310 et N 357.

432 GAUCH, *recht* 12 ss, voir aussi *La jurisprudence, in* DC 1985 14 ss, 15; TERCIER [*Extinction* N 1191 et N 1164, voir aussi *Contrats* N 4811] parle à juste titre qu'« *[i]l s'agit* [CO 404 II] *d'une indemnisation fondée en équité, destinée à corriger certains effets négatifs du droit inconditionnel de résilier* ».

433 GAUCH, *Jurisprudence* 15.

Accepter l'opinion qui soutient qu'on peut prévoir la peine conventionnelle en cas de résiliation de contrat de mandats atypiques, revient à admettre l'existence d'une peine conventionnelle improprement dite [*Unechten Vertragsstrafe*], mais pas d'une peine proprement dite, parce que la résiliation même en temps inopportun est aussi valable. De fait, nous sommes d'accord avec GAUCH et TERCIER, pour lesquels la résiliation n'est pas une violation de l'obligation, mais une fin de l'obligation [en fait du rapport d'obligation]. Rappelons pour finir que les dispositions de la peine conventionnelle sont aussi appliquées *mutatis mutandis* à la clause pénale indépendante[434].

Un cas similaire à la résiliation du contrat de mandat est mentionné dans l'art. 34 CO concernant la restriction et la révocation de la représentation. Nous sommes conscients que la représentation nécessite une relation de confiance absolue entre le représenté et le représentant, sachant en effet que le représentant engage le représenté par ses propres actes. Pour cette raison, l'art. 34 al. 1 CO admet la révocation et la limitation de la représentation en tout temps[435]. La renonciation anticipée du droit de révoquer ou de limiter la représentation par le représenté est donc considérée comme nulle par l'art. 34 al. 2 CO. Impossible donc de prévoir une peine conventionnelle dans ce domaine[436]. Un cas de figure identique s'offre à nous quand il s'agit de la représentation en faveur du représentant.

iii. La contrariété aux mœurs

Une autre cause qui entraîne la nullité du contrat est la contrariété aux mœurs de l'objet de celui-ci. En plus de l'annulation sur la base de l'art. 20 al. 1 CO (COtr 20 I) des contrats dont l'objet est contraire aux mœurs, l'art. 163 al. 2 CO (COtr 161 II) prévoit que la peine conventionnelle prévue afin de sanctionner une obligation immorale ne peut être exigée. Bien qu'il y ait une différence d'expression entre ces articles, les deux précisent pourtant que les obligations contraires aux mœurs sont nulles.

434 Cf. *supra* première partie § 3, VI, 43 ss.

435 Cf. CR CO I-CHAPPUIS Art. 34 N 4.

436 ATF 98 II 305, 309 c. 2/c, JdT 1973 I 536; CR CO I-CHAPPUIS Art. 34 N 5; EREN 406; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 1367; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 34 N 7; BaK-WATTER CO Art. 34 N 8; BK-ZÄCH CO Art. 34 N 19 ss et 26 ss; *contra* VON TUHR/PETER 368; OĞUZMAN/ÖZ 175. Ces auteurs disent que même en cas de promesse de non-résiliation ou de limitation de la représentation, le représenté peut toujours résilier ou limiter la représentation. Le cas échéant, le représenté doit donc exécuter la peine conventionnelle prévue pour ces cas-là.

Les contrats qui visent un but immoral sont nuls aussi, même si leurs objets ne sont pas contraires aux mœurs[437]. Cette interprétation vient du texte allemand de l'art. 20 al. 1 CO et doit être comprise au sens large du terme, *i.e.* non seulement par leur but intrinsèque mais aussi par le but que les parties visent {*[e]in Vertrag, ... gegen die guten Sitten verstösst [...]*}.

Pour bien déterminer la contrariété aux mœurs, il faut d'abord préciser les mœurs. La loi ne donne aucune définition des mœurs. Les mœurs se caractérisent comme des comportements acceptés par des hommes moyens et raisonnables dans un endroit et un moment précis[438]. Pour que les mœurs se différencient d'un lieu à l'autre, d'un moment à l'autre, il faut apprécier les comportements selon les conceptions morales reçues au sein de la société où ils se réalisent. Lorsque ce comportement est vu comme normal, ou au moins est accepté ou supporté, il s'agit d'un comportement conforme aux mœurs. Sinon, on parle de contrariété aux mœurs. Une telle obligation contraire aux mœurs est nulle et dépourvue d'effet. De la même façon que l'obligation principale est nulle, la peine conventionnelle l'est aussi.

Lorsque le contrat est contraire aux règles qui protègent *la personnalité*, il est également nul (CO 19 II et 20 I, COtr 19 II et 20 I). La violation de l'art. 27 CC (CCtr 23) qui représente une disposition générale de protection de la personnalité entraîne la nullité de l'obligation. Elle est donc une application spéciale de la contrariété aux mœurs[439]. La peine conventionnelle qui est prévue pour une telle obligation ne peut pas être sollicitée non plus[440].

Pour qu'on admette que l'obligation est contraire aux mœurs, il n'est pas nécessaire qu'elle soit contraire à une disposition légale. En fait, une contrariété à une disposition légale peut être en même temps une contrariété aux mœurs. Cependant, s'il existe une illicéité, une violation du droit, il n'y a pas lieu de rechercher en plus une contrariété aux mœurs. Au contraire, on doit se poser la question de la contrariété aux mœurs, lorsqu'il n'y a pas d'illicéité.

b. *L'annulabilité de l'obligation principale*

On parle d'acte annulable, lorsqu'un acte peut être invalidé par l'une des parties ou par un tiers, bien qu'il ne soit pas nul[441]. Si le droit d'annulation n'est pas effectué par un

437 Cf. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 399; ZUFFEREY-WERRO 220 ss.

438 Cf. ENGEL, *Traité* 114 ss.

439 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 658 ss; SCHWENZER 32.21 ss.

440 Voir ATF 73 II 158, 161 c. 2, JdT 1948 I 139; ATF 48 II 439, 442 ss c. 3, JdT 1923 I 176.

441 ENGEL, *Traité* 261; voir aussi ATF 128 III 70, 74 c. 1/b, JdT 2003 I 4.

acte formateur dans les délais prévus par la loi, l'acte reste valable au même titre qu'il l'était au début. L'acte reste en suspens dans le délai d'utilisation du droit d'annulation ou jusqu'à la renonciation à ce droit.

Lorsque la volonté d'une partie a été viciée par erreur, par dol, par crainte fondée ou s'expose à une lésion dans un contrat, cette partie doit utiliser son droit d'invalider le contrat dans une année. Ce délai court pour l'erreur et le dol dès la découverte de ceux-ci, pour la crainte fondée dès qu'elle s'est dissipée et pour la lésion dès la conclusion du contrat. Si l'ayant droit n'utilise pas son droit dans le délai ou s'il y énonce, le contrat reste valable depuis le début[442]. La peine conventionnelle qui a été prévue pour l'exécution de cette obligation est aussi valable avec celle-ci. Lorsqu'on utilise le droit d'invalidation dans le délai, la peine conventionnelle n'aura pas non plus d'effet.

Bien qu'un contrat soit entaché de vice à cause d'erreur, de dol ou de crainte fondée ou encore de lésion, la partie qui est lésée peut promettre une peine conventionnelle pour cette obligation en sachant qu'elle est viciée. Une telle promesse montre la renonciation d'invalider le contrat[443]. C'est-à-dire que cette promesse est un acte concluant [*facta concludentia, Willensbetätigung*] qui montre la volonté de renoncer à l'invalidation du contrat vicié.

Toute la question est de savoir si l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II) concernant la nullité partielle du contrat est applicable aussi pour l'invalidation du contrat. Par une application éventuelle de l'article en question, on pourrait invalider le contrat partiellement mais pas entièrement. Cependant, lorsqu'on admet que les parties n'auraient pas conclu le contrat sans cette partie, le contrat est alors totalement invalidé.

A première vue, autant on admet que le contrat maintient ses effets même partiellement en cas de nullité, autant on l'admet *a priori* en cas d'invalidation[444]. Il semble cependant judicieux d'examiner séparément les cas potentiels d'invalidation.

Lorsqu'il s'agit d'une erreur qui ne touche qu'une partie du contrat, il faut admettre l'invalidité partielle du contrat[445]. Même s'il est raisonnable d'invalider le contrat par

442 Cf. ENGEL, *Traité* 261.

443 TUNÇOMAĞ, *Clause* 84; KOCAAĞA 99. Cf. ATF 108 II 102, JdT 1982 I 542.

444 Cf. ATF 130 III 49, 56 c. 3.2; SJ, 2004 I 285 « *[l]'invalidation partielle d'un contrat pour erreur essentielle est soumise à la condition que son contenu soit divisible, tant subjectivement qu'objectivement, de sorte que la partie restante forme encore une unité contractuelle raisonnable qui puisse subsister en tant que telle* »; ATF 107 II 419, 423 c. 3/a, JdT 1982 I 380; ATF 78 II 216, 217 c. 5, JdT 1953 I 199; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 20 N 71 et Intro. aux art. 23 à 31 N 3; TANDOĞAN Halûk, *La nullité, l'annulation et la résiliation partielles des contrats, Contribution à l'étude de l'inefficacité partielle des actes juridiques*, th., Genève 1952, 257 ss.

l'errans en s'appuyant sur sa propre erreur, il serait toutefois contraire à l'équité de l'étendre au contrat intégralement. Il faut donc limiter cette invalidation au moins à la partie viciée du contrat. L'application de l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II) à l'invalidation du contrat correspond selon nous au système du droit des obligations turco-suisse.

La pratique d'invalidation partielle du contrat en cas de dol (plutôt en cas du dol incident) est discutée en doctrine[446]. Selon nous, il est contraire à l'équité de demander de la victime d'accepter d'être liée par ce contrat, même partiellement. Toutes les conventions nécessitent au moins un peu de confiance de la part de l'autre partie. En cas de dol, la victime perd sa confiance envers l'autre partie, et elle doit être soutenue lorsqu'elle ne veut pas être liée par le contrat, même partiellement. Cette argumentation doit être valable aussi dans le cas où la crainte fondée se réalise. Quant à la lésion, il faut rechercher la mauvaise foi de l'autre partie. En cas de mauvaise foi de l'autre partie, on doit accepter l'invalidation totale du contrat par la victime[447]. Cependant, si la victime du dol, de la crainte fondée ou de la lésion désire rester liée partiellement avec le contrat, on doit se soumettre à sa volonté[448].

En ce qui concerne l'invalidité partielle, la situation de la peine conventionnelle doit être examinée soigneusement. A l'instar de la nullité partielle, dans l'invalidation partielle, la peine subsiste si elle n'a pas de rapport intime avec la partie invalidée. Cependant, si elle n'a aucun sens après l'invalidation partielle, elle est influencée en toute logique par cette invalidation. Lorsque l'invalidation concerne le montant de la prestation principale, le cas échéant, on peut diminuer aussi le montant de la peine.

Pour qu'une personne ait l'exercice de ses droits civils, elle doit être majeure, capable de discernement, et ne doit pas être interdite. Même si on ne peut pas parler de manifestation de volonté pour une personne incapable de discernement, cela est tout à fait envisageable pour les mineurs et les interdits. Néanmoins, les mineurs et les interdits capables de discernement ne peuvent pas s'obliger sans la permission de leurs représentants légaux [ou encore la ratification de ceux-ci] (CC 19 I, CCtr 16 I)[449]. Ces actes, contrairement aux actes annulables, ne nécessitent pas une déclaration d'annulation. Ils sont invalides et n'ont aucun effet depuis le début. Cependant, ils

445 Cf. ATF 130 III 49, 56 c. 3.2, SJ, 2004 I 285; ATF 107 II 419, 423 c. 3/a, JdT 1982 I 380; ATF 96 II 101, JdT 1971 I 162; ATF 78 II 216, 217 c. 5, JdT 1953 I 199; BK-BECKER CO Art. 23 N 20; PIOTET, *RDS 76* I 115 ss; SPIRO, *RJB* 88, 501 ss; TANDOĞAN, *Nullité* 260.

446 Voir ENGEL, *Traité* 359 ss; TANDOĞAN, *Nullité* 264 ss. Voir aussi ATF 123 III 292, 295 c. 2/d, JdT 1998 I 586; KÜRŞAT Zekeriya, *La notion de dol en droit des obligations*, Istanbul 2003, 88 ss.

447 Cf. aussi ATF 123 III 292, 300 c. 2/f, JdT 1998 I 586 et les réf. cit.

448 Cf. ATF 123 III 292, 295 c. 2/d et e, JdT 1998 I 586. Voir aussi ENGEL, *Traité* 360.

449 Cf. DESCHENAUX Henri/STEINAUER Paul-Henri, *Personnes physiques et tutelle*, 4e éd., Berne 2001, N 238 ss.

peuvent demeurer valides dès le début si les représentants légaux les approuvent. Dans ce cas, les obligations et les peines conventionnelles découlant de ces actes sont valables de la même façon que les autres obligations. Une question subsiste: le représentant doit-il approuver l'acte dans son intégralité ou peut-il donner son approbation séparément pour chaque obligation, comme principale et accessoire [la peine conventionnelle]? Nous pensons que le représentant doit pouvoir approuver chacune des obligations découlant de l'acte séparément. Lorsqu'il n'approuve que l'obligation principale, mais pas son accessoire comme la peine conventionnelle, l'autre partie doit pouvoir choisir d'être ou non liée par le contrat sous cette forme et doit informer le représentant qu'elle ne veut pas être liée avec le contrat, et elle doit lui faire connaître le délai pour que ce dernier approuve aussi la peine conventionnelle. Signalons qu'en cas de non-approbation de la peine conventionnelle, l'autre partie n'est pas obligée d'être liée par le contrat.

2. Les effets de l'inefficacité de la clause pénale sur l'obligation principale

a. La nullité de la clause pénale

Contrairement à l'art. 1227 CCfr qui énonce que « *[l]a nullité de celle-ci* [la clause pénale] *n'entraîne point celle de l'obligation principale* »[450], les articles concernant la clause pénale des Codes des obligations turc et suisse n'apportent aucune explication sur les effets de la nullité de la clause pénale sur l'obligation principale. Il faut donc examiner la question à la lumière des dispositions générales.

Les causes qui entraînent la nullité de la clause pénale sont mentionnées aux art. 19 et 20 CO (COtr 19 et 20) concernent tous les actes juridiques. La clause pénale illicite ou impossible, contraire aux mœurs ou aux droits de la personnalité est nulle.

Il n'y a pas de raison de s'écarter du principe de la nullité partielle de l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II) pour la clause pénale[451]. C'est-à-dire, en tant qu'une partie du contrat la clause pénale peut être nulle indépendamment de celui-ci. Bien que le principe envisage la nullité partielle, l'art. 20 al. 2 CO *in fine* (COtr 20 II *in fine*) pose en même temps une exception à ce principe, lequel énonce que lorsqu'il n'y a pas lieu d'admettre que le contrat n'aurait pas été conclu sans cette clause, le contrat est nul en totalité. On

450 La seule différence dans le domaine de la clause pénale du projet 2005 concernant la modification du Code des obligations turc est l'instauration du même principe (art. 181 al. 2 du Projet) que celui contenu dans le code civil français (CCfr 1227 II).

451 Cf. ATF 43 II 660, 661 ss, JdT 1918 I 178; BENTELE 62; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 4 et 163 N 2; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4041; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 3; SECRÉTAN 93.

peut saisir cette résolution à partir des circonstances et de l'interprétation des volontés des parties[452].

Si la clause pénale a été conclue ultérieurement au contrat, il n'y a pas lieu d'appliquer l'art. 20 al. 2 *in fine* CO (COtr 20 II *in fine*), qui envisage la nullité totale du contrat même si le contrat n'est vicié que partiellement. La prétention de la partie allèguant qu'elle n'aurait pas conclue le contrat sans la clause viciée n'est pas valable logiquement.

D'une part, la clause pénale peut être considérée comme nulle en tant que partie du contrat d'après l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II), d'autre part on peut admettre la nullité partielle de la clause pénale en elle-même. En tenant compte de l'expression française {*[...] certaines de ses clauses [...]*} de l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II), on peut dire que la clause pénale représente une clause du contrat et doit être nulle dans son intégralité. Néanmoins, comme le dénoncent à juste titre le Tribunal fédéral et la doctrine, en prenant compte le texte allemand du Code {*[...] einzelne Teile [...]*}, une clause du contrat représente la plus petite partie quantitativement divisible de l'objet du contrat[453]. Dès lors, la clause pénale peut être nulle partiellement, mais pas obligatoirement dans sa totalité.

La nullité de la cause pénale peut découler du montant très élevé de la peine, de sa contrariété aux mœurs ou de son objet [*la prestation de la peine*] qui limite la personnalité d'une manière moralement inadmissible. Bien que l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) prévoie la réduction de la peine excessive, il est quand même possible qu'une peine nulle ne se conforme pas aux mœurs[454]. Lorsque la prestation de la peine est immorale par son montant, il faut qu'elle soit sanctionnée par l'art. 20 CO (COtr 20). Dans le cas échéant, le juge ajuste le montant de la peine à une limite acceptable, lorsqu'elle révoque une contrariété aux mœurs par son montant[455]. Dans ce cas, les applications de l'art. 163 al. 2 CO à cause de l'excessivité de la peine et de l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II) et à cause de la contrariété aux mœurs par son montant vont entraîner

452 TANDOĞAN, *Contrats II* 196 ss.

453 Voir sur ce sujet HÜRLIMANN Roland, *Teilnichtigkeit von Schüldverträgen nach Art. 20 Abs. 2 OR*, th., Fribourg 1984, N 184 ss et les arrêts cités; PIOTET Paul, *De l'invalidité partielle des actes juridiques spécialement en cas de vice de consentement*, *in* RDS 76 I 105; TANDOĞAN, *Nullité* 121 ss. Voir aussi ATF 130 III 49, 56 c. 3, SJ 2004 I 285.

454 Cf. ARSEBÜK, *Clause* 992; SCHOCH 18; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 7 N 28 et § 56 N 1; JdT 1913 549; VON TUHR/ESCHER 284; TUNÇOMAĞ, *Clause* 84. Cf. aussi ATF 38 II 94, 97 c. 2, JdT 1913 I 546. Voir aussi *infra* quatrième partie § 2, I, p. 148 ss et IX, C, p. 183 ss.

455 Cf. VON TUHR/ESCHER 284 n. 60. En droit turc, OĞUZMAN et ÖZ (874) comprennent par la nullité partielle la nullité intégrale de la clause viciée, mais pas une partie [éventuellement] de cette clause. En revanche, les auteurs admettent, dans ce cas, la nullité partielle de la peine conventionnelle en réduisant son montant.

la même conséquence. Néanmoins, dès lors qu'il existe la possibilité d'invoquer la réduction de la peine excessive selon l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III), il ne faut pas invoquer la nullité de la peine conventionnelle selon l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II) qu'exceptionnellement et qu'en cas de besoin[456]. A cause de la contrariété aux mœurs, il faut rechercher pour la nullité de la peine non seulement dans l'excessivité de celle-ci, mais aussi un montant qui ruine la personnalité économique du débiteur[457].

Si nous insistons sur cet aspect, c'est qu'il a son importance en droit turc. En effet, l'art. 24 CComtr empêche la réduction de la peine excessive selon l'art. 161 al. 3 COtr (COtr 163 III). La *ratio legis* de cette disposition est qu'un commerçant prudent ne doit pas s'engager dans une peine conventionnelle qu'il estime excessive. En dépit de cette disposition, la doctrine et la pratique en droit turc proposent, à juste titre, d'admettre que la nullité de la peine conventionnelle représente une excessivité qui ne se conforme pas aux mœurs et aux droits de la personnalité[458]. Nous allons examiner ces cas particuliers ci-après:

- Afin de *protéger les employés faibles* contre leurs patrons, la Cour de cassation turque rend aussi nulles les clauses pénales qui ne sont prévues que pour assurer l'exécution des obligations de l'employé, mais qui auraient pu être stipulées réciproquement pour assurer l'exécution des obligations de deux parties[459].

- Si la validité du contrat dépend du *respect d'une forme*, la clause pénale qui aggrave la responsabilité du débiteur doit aussi se soumettre à la même forme. Sinon ladite clause n'a aucun effet[460]. C'est-à-dire, bien que le contrat principal ait été

456 Cf. GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 30; VON TUHR/ESCHER 284.

457 ATF 38 II 94, 97 c. 2, JdT 1913 I 546. Cf. *infra* quatrième partie § 2, IV, B, p. 156 ss et IX, C, p. 183 ss.

458 Voir pour ce sujet *infra* quatrième partie § 2, IX, p. 172 ss.

459 YARGITAY 9e HD 2.3.1998, 21587/2833; 9e HD 3.6.1997, 7529/10660. Pour ce sujet voir KARAGÖZ 41 ss; SOYER Polat, *Hizmet Akdinin İşçi Tarafından Feshi İçin Öngörülen Cezai Şartın Geçerliliği Sorunu* [Le problème de la validité de la clause pénale prévue en cas de résiliation du contrat de travail par l'employé], *in* Mélanges à Turhan ESENER, Ankara 2000, 363 ss.

460 ATF 113 II 402, 404 c. 2/a, JdT 1988 I 67; ATF 95 II 309, 310 c. 2, JdT 1970 I 243; ATF 82 II 550, 552 c. 1, JdT 1957 I 156; YARGITAY HGK 19.3.2003, 15-124/175; HGK 10.11.1993 13-125/711; ARSEBÜK, *Obligations* 982; BENTELE 32 et 56; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 11; ENGEL, *Traité* 863; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4012; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 3; İNAN 426; KARAGÖZ 21 ss; KELLER/SCHÖBI 111; KOCAAĞA 126; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 20; OĞUZMAN/ÖZ 874; BaK-SCHWENZER CO Art. 11 N 13; ZK-SCHÖNENBERGER/JÄGGI CO Art. 11 N 28; TAYLAN Erbay, *Ödencel Eklenti Sözleşme: Ceza Koşulu*, [La clause pénale], *in* Revue de Yasa Hukuk 1978/1 47 ss, 48; VON TUHR/ESCHER 278, n. 12; TUNÇOMAĞ, *Clause* 61; *contra*: BUCHER 524 n. 14; KUNZ N 419, ces auteurs soutiennent que la clause pénale ne doit pas obligatoirement être prévue dans la même forme que l'obligation principale.

conclu dans la forme requise, la clause pénale qui n'a pas été stipulée dans la même forme est nulle. Pour cette raison, la clause pénale qui envisage le contrat de vente d'immeuble[461] et les interdictions de faire concurrence dans les contrats de travail doit être conclue dans les formes requises pour ces contrats.

- *L'interdiction de faire concurrence dans le contrat de travail* doit être consignée par écrit d'après l'art. 340 al. 1 CO. Cette exigence du medium est aussi valable pour la clause pénale qui est prévue à cette fin (CO 12, COtr 12)[462]. Lorsqu'on examine ensemble l'art. 340 al. 1 CO et l'art. 340b al. 3 CO, on saisit que le législateur exige la forme écrite pour l'interdiction de concurrence et pour la clause pénale.

  Selon l'art. 340b al. 3, « *[l]'employeur peut exiger, s'il s'en est expressément réservé le droit par écrit, outre la peine conventionnelle et les dommages-intérêts supplémentaires éventuels, la cessation de la contravention [...]* ». Certes, l'article en question ne concerne que la cumulation de la peine conventionnelle et pas la forme de validité de la clause pénale, ce que l'art. 340 al. 1 CO dément. C'est-à-dire que la forme écrite exigée sur ce point ne concerne pas la validité de la clause pénale, mais la présomption [*iuris et de jure*] de preuve en faveur de la peine cumulative. Le créancier ne peut pas prouver qu'il s'agit d'une peine cumulative autrement que par recours à l'écrit[463]. Cependant, la nécessité de la forme écrite de la clause pénale elle-même vient de l'art. 340 al. 1 CO et de l'art. 12 CO, mais pas de l'art. 340b al. 3 CO.

b. *L'annulabilité de la clause pénale*

Que se passe-t-il quand une personne promet une peine conventionnelle par erreur, par dol ou par crainte fondée? La personne dont le consentement n'a pas été pas vicié au moment de la conclusion du contrat principal, mais au moment de la promesse de la peine conventionnelle, ne doit pas être liée par cette dernière.

La clause pénale peut être invalidée à cause d'erreur, de dol et de crainte fondée. Du fait qu'il n'y a pas de contre-prestation dans la clause pénale, il ne s'agira point de lésion[464]. Même si les peines conventionnelles ont été prévues pour les obligations de

461 KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 20.

462 BENTELE 57; COTTI Lukas, *Das vertragliche Konkurrenzverbot*, th., Fribourg 2001, N 640 et N 675; BUCHER 524; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4023; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2518.

463 Cf. *supra* deuxième partie § 1, II, p. 54.

464 KARAGÖZ 34; KOCAAĞA 123; OĞUZMAN/ÖZ 885; THILO Emile, *De l'indemnité de retard dans le contrat d'entreprise, in* JdT 1933 I 66 ss, 70; VON TUHR/ESCHER 284 n. 55; WIDMER Urs, *Der richterliche Eingriff in den Vertrag*, th., Zurich 1971, 74. Avec une considération *lato sensu* des prestations réciproques soutiennent qu'il peut s'agir de lésion concernant la peine conventionnelle VON BÜREN 411; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 357; TUNÇOMAĞ,

deux parties, il ne sera pas question de lésion, puisqu'il n'y a pas de réciprocité entre ces deux peines conventionnelles. En fait, il n'y a pas d'inconvénient pour le débiteur de ne pas pouvoir invalider la clause pénale à cause de la lésion, puisque la réduction de la peine excessive est applicable dans le cas échéant.

L'erreur peut découler de diverses causes. On la rencontre fréquemment à propos de la quantité de la prestation et quand il s'agit de la nature du contrat. Ainsi le débiteur qui promet une peine conventionnelle a pu commettre une erreur sur la nature du contrat, en envisageant une clause de fixation forfaitaire de dommages-intérêts. Le cas échéant, le créancier peut déclarer aussi qu'il est prêt à accepter cette clause que le débiteur entendait faire (CO 25 II, COtr 25 II).

Telle qu'elle a été mentionnée au-dessus dans un autre contexte, la nullité partielle du contrat prévue à l'art. 20 al. 2 CO doit être appliquée aussi en principe à l'invalidation de celui-ci[465]. L'invalidation partielle du contrat doit être possible et l'invalidation doit être limitée à la partie [*la clause pénale*] entachée du vice.

La personne dont la volonté est viciée peut invalider la clause pénale dans les conditions prévues par la loi. C'est-à-dire qu'elle doit invalider la clause dans le délai d'un an dès qu'elle a découvert l'erreur ou le dol et dès que la crainte fondée s'est dissipée. Si elle n'invalide pas la clause pénale dans ces délais ou encore si elle la ratifie, la clause pénale est considérée comme valable depuis la conclusion de celle-ci.

La victime de dol et de crainte fondée qui a promis la peine conventionnelle sans qu'il n'y ait eu de vice à la conclusion du contrat principal, peut-elle invalider aussi le contrat principal? Vu les conditions de l'art. 20 al. 2 *in fine*, il faut répondre positivement à cette question, à moins que la clause pénale n'ait été stipulée postérieurement au contrat[466].

Clause 81; indirectement BENTELE 110. Dans un *obiter dictum* YARGITAY HGK 20.3.1974, 1053/222. Cf. aussi ZK-KRAMER CO Art. 21 N 13.

465 Voir *supra* deuxième partie § 2, IV, B, 1, b, p. 105 ss.

466 Voir ENGEL, *Traité* 359 ss.

TROISIÈME PARTIE

LES CONDITIONS D'APPLICATION ET LES EFFETS DE LA CLAUSE PÉNALE

§ 1. LES CONDITIONS D'APPLICATION DE LA CLAUSE PENALE

I. EN GENERAL

L'exigibilité de la peine conventionnelle en tant qu'obligation conditionnelle nécessite l'accomplissement de la condition prévue[467], soit l'inexécution, soit l'exécution non conforme à l'obligation[468]. Toutefois, les parties sont libres de différer les conditions d'exigibilité de la peine conventionnelle[469]. Il faut donc examiner la convention des parties en ce qui concerne l'exigibilité de la peine conventionnelle[470].

La peine conventionnelle devient exigible non suite à n'importe quelle violation, mais en réponse à la violation prévue par les parties[471]. Une peine qui n'est stipulée que pour l'exécution tardive ne peut pas être exigée dans tous les cas d'exécution imparfaite, à moins que les parties n'aient convenu une peine pour tout type de mauvaise exécution[472]. La détermination des conditions d'exigibilité de la peine peut supposer l'interprétation des volontés des parties[473]. Le cas échéant, on applique les règles générales d'interprétation. Néanmoins, en interprétant ces clauses, il ne faut pas oublier de tenir compte de la particularité de la clause pénale, tant de son caractère répressif que de son importance pour le créancier[474].

Précisons qu'on peut prévoir la peine conventionnelle non seulement pour l'exécution de l'obligation principale, mais aussi pour les devoirs accessoires. Lorsque la peine conventionnelle n'est prévue que pour la violation d'un devoir accessoire et lorsque la violation concerne uniquement l'exécution de la prestation principale, on peut dire en principe que la peine ne devient pas exigible pour autant.

---

467 GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2512.

468 Cf. YARGITAY 13e HD 25.1.1993, 8546/348; BK-BECKER CO Art. 160 N 19 et 22; BENTELE 44; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 14; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4009; KELLER/SCHÖBI 112; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 73; SCHWENZER N 71.08. Cf. aussi ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 10.

469 SECRÉTAN 158 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 96.

470 BUCHER 526; KOLLER Alfred, *Das Vorbehaltserfordernis bei Verstpätungsstrafen, in* PJA 1996/12, 1518 [ég. *Verspätungsstrafe* N 73].

471 Cf. BENTELE 44; BUCHER 526; FEYZİOĞLU 398; GAUCH, *Entreprise* N 699 et 2528; Cf. aussi YARGITAY HGK 2.7.1958, 32/34; SECRÉTAN 107; DIETZI 105.

472 Cf. GAUCH, *Entreprise* N 699. YARGITAY 4e HD 7.6.1957, 1400/3837, « *[i]l est déduit de la convention que l'une des peines prévues qui est 2000.- TL a été stipulée pour l'inexécution de l'obligation et l'autre qui est 500.- TL pour chaque mois a été stipulée pour le retard d'exécution. Il s'agit de l'inexécution, mais non de l'exécution tardive dans ce cas. Il faut donc s'arrêter à 2000.- TL* ».

473 BENTELE 44; BUCHER 526; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux art. 160 à 163 N 20.

474 Voir GAUCH, *Entreprise* N 699; ZK-JÄGGI/GAUCH CO Art. 18 N 448.

En bref, la peine conventionnelle devient exigible lorsque l'obligation exigible n'est pas exécutée conformément à l'engagement et lorsque le débiteur est en principe responsable de cette violation. Ci-après, nous examinerons en détail les conditions d'exigibilité de la peine conventionnelle:

II. L'EXIGIBILITE DE L'OBLIGATION PRINCIPALE

L'exigibilité de la peine conventionnelle présuppose l'exigibilité de l'obligation principale. Dès que l'exigibilité de l'obligation principale est évoquée, la peine conventionnelle qui l'assure entre en jeu. Avant que l'obligation principale ne devienne exigible, le débiteur n'a aucune obligation d'exécuter l'obligation principale, pas plus qu'il ne devrait la peine qui est stipulée pour celle-ci[475].

La créance devient exigible dès le moment où le créancier peut réclamer et peut faire condamner le débiteur à l'exécution[476]. Le moment de l'exigibilité des créances dépend en premier lieu de la volonté des parties. Même s'il n'y a pas d'accord des parties sur l'exigibilité, il est possible que cette dernière résulte aussi de la nature de l'affaire. De même, la loi prévoit quelques règles supplétives spéciales qui déterminent le moment de l'exigibilité (*p. ex.* CO 213, COtr 210; CO 257c). La créance est exigible immédiatement [obligation sans terme] lorsque ni les parties ni aucune disposition légale supplétive spéciale n'ont fixé un terme ou même que la nature de l'affaire ne permet pas d'autre solution (CO 75, COtr 74)[477]. Dans ce cas, la créance devient exigible dès sa naissance. Nonobstant ceci, l'immédiateté doit être comprise conformément aux règles de la bonne foi, *i.e.* selon la nature de la prestation et les circonstances[478]. Bien entendu, il faut toutefois donner au débiteur un délai raisonnable pour l'exécution[479].

Les parties peuvent différer ultérieurement le jour d'exécution de l'obligation par une prorogation d'échéance, mais aussi par une convention de sursis même après l'échéance prévue. Dans ce cas, la question demeure de savoir si le créancier renonce à son droit à la peine conventionnelle. Lorsque la convention de sursis est conclue, le maintien de la peine conventionnelle doit se déterminer selon la volonté des parties[480]. S'il est impossible d'atteindre un résultat par l'interprétation de celle-ci, il faut admettre, d'après nous, que le créancier n'a pas renoncé à son droit à la peine conventionnelle. Néanmoins, lorsqu'il s'agit d'une peine cumulative, le créancier perd

475 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 10; VON TUHR/ESCHER 280.
476 Cf. TF, SJ 1993 224, 228 c. 3/c.
477 CR CO I-HOHL Art. 75 N 1 ss.
478 ATF 97 II 58, 63 c. 4, JdT1972 I 94 (rés.), SJ 1972 6. CR CO I-HOHL Art. 75 N 9.
479 CR CO I-HOHL Art. 75 N 9.
480 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 21. Cf. aussi YARGITAY 15e HD 9.4.1992, 1003/1753.

son droit concernant la peine réalisée jusqu'à la date du sursis, à moins qu'il ne l'ait réservé[481].

Même si l'exigibilité de l'obligation principale pour l'exigibilité de la peine conventionnelle est la première condition essentielle, elle n'est pas suffisante en elle-même. Si l'obligation est exécutée, bien entendu il ne sera pas question de la peine conventionnelle. L'exigibilité de la peine conventionnelle nécessite donc d'autres conditions négatives, en plus de l'exigibilité de l'obligation principale. Nous allons traiter ces conditions ci-après:

III. LA VIOLATION DE L'OBLIGATION

Il faut qu'il y ait une condition négative comme la violation de l'obligation en plus de l'exigibilité de celle-ci. La violation de l'obligation se manifeste sous la forme de l'inexécution ou encore de l'exécution imparfaite, *p. ex.* l'exécution tardive, l'exécution non conforme au lieu d'exécution ou aux conditions prévues. La peine conventionnelle devient exigible non pas la suite de chaque violation de l'obligation, mais à la suite de la violation prévue. En d'autres termes, la peine conventionnelle en tant qu'obligation conditionnelle exige que la condition [violation] prévue soit survenue. Nous allons étudier à présent les différents types de violation de l'obligation:

A. L'inexécution de l'obligation

Les prestations négatives et positives doivent être examinées séparément en cas d'inexécution de l'obligation. L'obligation de donner ou de faire quelque chose est une prestation positive, tandis que l'obligation de ne pas faire ou s'abstenir est une prestation négative.

1. L'inexécution de l'obligation de donner et de faire

La violation des obligations de faire ou de donner ressort à l'inexécution de celles-ci, à la non réalisation de l'obligation de faire, à la non délivrance de la prestation de l'obligation de donner et, si nécessaire, à celle de ne pas transférer de la propriété.

Lorsqu'il s'agit d'une obligation de donner, l'inexécution se réalise si le débiteur n'a pas livré la chose. Lorsque l'exécution se réalise même de manière incompatible avec l'obligation, on ne peut plus parler d'inexécution p. ex. dans le lieu autre que le lieu

481 Cf. *infra* troisième partie § 2, II, B, p. 135 ss.

d'exécution tant que le créancier l'accepte. Néanmoins, le créancier n'est pas tenu d'accepter l'exécution qui n'est pas conforme à l'obligation. Ainsi, si le créancier n'accepte pas cette exécution, le cas d'inexécution se réalise. De même, si l'exécution se fait même avec des défauts ou d'autres qualités, il ne s'agira pas non plus d'un cas d'inexécution. Pour cette raison, la peine conventionnelle stipulée pour l'inexécution ne sera pas exigible si l'exécution même avec les défauts est réalisée. Du reste, le créancier peut toujours refuser l'exécution qui n'est pas compatible à l'obligation et cela entraîne l'inexécution[482].

Lorsque la prestation exécutée est différente de par ces caractéristiques [*aliud pro alio*], on parle d'inexécution, mais non d'exécution imparfaite ou d'exécution avec les défauts[483].

Lorsque plusieurs personnes s'obligent solidairement à exécuter une obligation de donner ou de faire, si l'exécution ne s'est pas réalisée par l'acte au moins de l'un d'entre eux ou par d'autre voie, la peine conventionnelle devient exigible. Si la peine conventionnelle est promise par l'un ou quelques-uns des débiteurs solidaires, seuls ces derniers sont tenus de celle-ci (CO 146, COtr 144)[484]. Cependant, le créancier doit réclamer l'exécution de l'obligation principale à tous ces débiteurs [promettant] pour que la peine conventionnelle soit exigible pour tous. Si le créancier a réclamé l'exécution de l'obligation principale seulement d'un débiteur, la peine ne devient pas exigible pour les autres codébiteurs[485]. Ils continuent à être obligés d'exécuter l'obligation principale, mais pas la peine conventionnelle. Le débiteur qui a violé l'obligation principale est en même temps responsable de la peine conventionnelle. Même s'il n'y a pas de grand problème en ce qui concerne les peines cumulatives, reste à savoir si le créancier peut utiliser son droit d'option pour la peine dans le cadre des peines alternatives. D'après nous, le créancier doit interpeller les autres codébiteurs et exiger l'exécution de l'obligation principale. Sinon, il ne peut qu'exiger l'exécution de la peine du débiteur qui n'a pas exécuté son obligation ou qui l'a exécutée de manière partielle.

La situation est identique lorsque les débiteurs d'une prestation indivisible promettent une peine conventionnelle en cas de violation de l'obligation. Et même si l'indivisibilité de la prestation ne crée pas une solidarité entre les débiteurs, elle entraîne des résultats similaires à celle-ci[486]. La peine conventionnelle devient aussi exigible uniquement pour les débiteurs qui l'ont promises.

482 CR CO I-LŒRTSCHER Art. 91 N 14.

483 Cf. GAUCH, *Entreprise* N 1443; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 2267 et 2585 ss; CR CO I-HOHL Art. 71 N 6. Cf. aussi ATF 121 III 453, 455 c. 4/a, JdT 1997 I 199.

484 TUNÇOMAĞ, *Clause* 99.

485 Voir CR CO I-ROMY Art. 146 N 1 ss.

486 VON TUHR/ESCHER 327 ss.

Lorsqu'il n'existe qu'une exécution partielle d'une obligation, il s'agit d'un cas d'inexécution, et non d'exécution imparfaite ou de mauvaise exécution. L'exécution partielle, inaccomplissement de l'exécution de l'obligation, doit être considérée comme une inexécution[487]. En effet, l'exécution de l'obligation proprement dite ne se réalise pas jusqu'à son accomplissement. La peine promise devient donc exigible[488]. Néanmoins, le cas échéant, la partie de la prestation exécutée doit être restituée ou la peine doit être réduite proportionnellement[489]. Ce choix doit quoi qu'il arrive être confié au créancier.

2. L'inexécution de l'obligation de s'abstenir

La violation d'une obligation de ne pas faire est relativement importante. Si la promesse de ne pas faire en temps et lieu convenus est faite, il y a du même coup violation de l'obligation. Néanmoins, les actes préparatoires à l'obligation de ne pas faire ne suffisent pas pour qu'on accepte qu'il existe une telle violation. Les actes préparatoires peuvent concerner la réalisation ultérieure de l'acte au moment de la promesse. Si on empêche le débiteur de faire ces actes préparatoires, il en résultera une prolongation de l'obligation de ne pas faire[490].

Lorsque plusieurs personnes assument solidairement une obligation de ne pas faire, un seul acte d'entre eux qui viole l'obligation affecte tous les autres. Dans ce cas, la peine conventionnelle devient exigible pour tous et peut être réclamée par tous[491]. La disposition de l'art. 146 CO (COtr 144) n'est pas applicable ici, parce que les codébiteurs qui s'engagent dans une obligation de ne pas faire admettent bien entendu leurs responsabilités en cas de violation de cette obligation par l'un d'entre eux. Cette conséquence est soit le résultat naturel de l'obligation de ne pas faire, soit la conséquence de l'obligation solidaire. Les codébiteurs solidaires sont considérés comme un sujet unique au regard du créancier. La violation de l'obligation de l'un d'entre eux qui a des conséquences dans la relation interne est considérée comme une

487 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 4; SECRÉTAN 38 ss. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4018; pour la demeure partielle, voir CR CO I-THÉVENOZ Art. 38 et 39.

488 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4018; TUNÇOMAĞ, *Clause* 98; VON TUHR/ESCHER 283.

489 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 22; ENGEL, *Traité* 864; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4018; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 4; VON TUHR/ESCHER 283 n. 48; un peu plus nuancé ARSEBÜK, *Clause* 992; voir aussi ATF 122 III 420, 423 c. 2/b. YARGITAY 3e HD 8.2.1957, 28/1026, « *[l]orsque l'obligation est l'exécution d'un service et lorsqu'elle est exécutée partiellement, le débiteur doit quand même acquitter la peine dans sa totalité. Cependant, on peut demander la réduction lorsqu'elle est excessive* ».

490 BK-BECKER CO Art. 160 N 22.

491 TUNÇOMAĞ, *Clause* 100; *contra*: BK-BECKER CO Art. 160 N 22 est d'avis que l'on ne peut exiger la peine que du débiteur qui viole l'obligation.

violation de la part de tous. L'intérêt du créancier réside dans la non survenance de la violation. Néanmoins, si la peine est promise par l'un ou par quelques-uns d'entre eux, la peine ne devient exigible que pour lui ou que pour eux (CO 146, COtr 144).

B. L'exécution imparfaite de l'obligation

Bien qu'il y ait une exécution, elle peut être non conforme à l'obligation. C'est ce que l'on appelle l'exécution imparfaite.

L'exécution imparfaite peut se réaliser lorsqu'elle n'est pas faite dans le lieu ou dans le temps convenus [*Modalität der Erfüllung*], lorsqu'elle n'est pas conforme à l'accord des parties, lorsqu'elle a des défauts ou lorsqu'il existe une violation aux devoirs accessoires de l'obligation. Il n'est pas erroné de parler de mauvaise exécution pour ces types de violation de l'obligation.

En général, le créancier n'est pas obligé d'accepter la prestation lorsqu'elle n'est pas offerte dans le lieu convenu ou lorsqu'elle ne correspondre pas à la qualité convenue. Dans ce cas, il ne tombe même pas en demeure lorsqu'il la refuse. En effet, la demeure du créancier ne se réalise que lorsqu'il n'y a pas de motif légitime au refus de l'exécution de l'obligation (CO 91, COtr 90). Mais, si le créancier accepte cette exécution bien qu'elle ne soit pas conforme à l'obligation, il ne s'agira pas d'un cas d'inexécution. Si la peine conventionnelle a été prévue pour le cas d'inexécution, l'acceptation de cette exécution du créancier empêche l'exigibilité de la peine. En d'autres termes, on ne parle plus de la peine conventionnelle lorsqu'elle n'a été prévue qu'en cas d'inexécution et lorsque l'exécution [même défectueuse] se réalise.

Lorsque la peine conventionnelle est prévue pour tous les types de mauvaise exécution, elle devient exigible à partir de n'importe quelle exécution qui n'est pas conforme à l'obligation. Cependant, si la mauvaise exécution ne touche qu'un point objectivement modique, il faut apprécier cette situation d'après les règles de la bonne foi.

La peine ne devient exigible que par la mauvaise exécution stipulée par les parties[492], c'est-à-dire qu'un autre type de mauvaise exécution n'est pas suffisant pour qu'on exige la peine. Cependant, lorsque les parties ont stipulé une peine pour la mauvaise exécution en général, la peine devient exigible également par la violation d'obligation accessoire indépendante [*selbständige Nebenpflichten*].

492 BENTELE 44; BUCHER 526; FEYZİOĞLU 398; GAUCH, *Entreprise* N 699. Cf. aussi YARGITAY HGK 2.7.1958 32/34; SECRÉTAN 107; DIETZI 105.

C. La demeure du débiteur

Arrêtons-nous sur un des sujets les plus discutés dans la clause pénale. Si la demeure du débiteur dans l'exécution de l'obligation principale est nécessaire pour l'exigibilité de la peine conventionnelle, l'inexécution de l'obligation suffit-elle pour que la peine devienne exigible, est-il est indispensable de rechercher la demeure du débiteur à côté de l'inexécution de l'obligation?

Contrairement à ce qu'affirment l'art. 1230 CCfr « *[s]oit que l'obligation primitive contienne, soit qu'elle ne contienne pas un terme dans lequel elle doive être accomplie, la peine n'est encourue que lorsque celui qui s'est obligé soit à livrer, soit à prendre, soit à faire, est en demeure* » et la disposition prise au § 339 BGB « *[...] so ist die Strafe verwirkt, wenn er [der Schuldner] in Verzug kommt* », les Codes des obligations turc et suisse ne sont pas clairs à ce sujet. Cette situation se reflète sous la forme de deux opinions disparates soutenues par la doctrine et la pratique[493].

Avant de se lancer dans le débat, il nous semble nécessaire de rappeler brièvement quelques éléments relatifs à la demeure du débiteur.

L'inexécution d'une obligation exigible dont l'exécution est toujours possible n'est pas suffisante pour que le débiteur soit mis en demeure. D'autres conditions doivent être réunies. Le Code des obligations exige l'interpellation du créancier pour que le débiteur d'une obligation exigible soit mis en demeure (CO 102 I, COtr 101 I). C'est-à-dire que bien que l'exigibilité de l'obligation soit une condition de la demeure, elle ne suffit pas à elle seule. Néanmoins, l'interpellation n'est pas nécessaire, *p. ex.* lorsque les parties déterminent d'un commun accord le jour de l'exécution, ou que l'une des parties le fixe en vertu d'un droit et au moyen d'un avertissement régulier [*Dies*

493 Pour l'opinion selon laquelle l'exigibilité de la peine conventionnelle il n'implique pas que le débiteur soit mis en demeure pour l'exécution de l'obligation principale, voir YARGITAY 13e HD 25.1.1993, 8546/348 « *[l]orsque l'obligation n'a pas été exécutée, la peine conventionnelle doit être acquittée. Le moment qui est pris en compte ici est le moment de l'exigibilité de l'obligation principale* »; BERKI 291; BÜHLER 172; DIETZI 82; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4009; HELVACI 90; KANIK 1074; KARAGÖZ 22; KOCAAĞA 162; MAULER 68; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Rem. prél. aux. art. 160 à 163 N 20; SCHOCH 35; SECRÉTAN 79 ss (not. 82); TANDOĞAN, *Contrat II* 135; VON TUHR/ESCHER 280; TUNÇOMAĞ, *Clause* 95; voir aussi FONTAINE 412. Pour l'opinion qui exige la demeure du débiteur BENTELE 82; BUCHER 526 et aussi 433; GAUCH, *Entreprise* N 696; KOLLER, *PJA* 1518; KUNZ N 421; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 349; en se référant au caractère punitif et en s'appuyant sur le § 339 BGB, BaK-EHRAT CO Art. 160 N 15. Dans certains de ses arrêts YARGITAY 15e HD 27.6.1989, 374/3103; 15e HD 5.10.1987, 892/3421. Voir aussi ENGEL, *Traité* 677; CR CO I-JEANDIN Art. 124 N 8.

interpellat pro homine] (CO 102 II, COtr 101 II)[494]. Dans ces cas, le débiteur est mis en demeure par la seule expiration de ce délai.

Il n'y a pas de problème pour les cas où l'interpellation n'est pas nécessaire pour la demeure du débiteur, puisque l'exigibilité et la demeure coïncident. Quelle est la solution pour les cas où la demeure du débiteur nécessite une interpellation de la part du créancier? Pour répondre correctement à cette interrogation, il faut examiner de plus près les effets de la demeure du débiteur, ceci afin de déceler une précision pour l'exigibilité de la peine conventionnelle [avec une méthode de déduction].

Quels sont les effets de la demeure pour le débiteur ainsi que pour le créancier? Quels sont les effets de la demeure s'agissant de la créance elle-même?

Le débiteur est tenu d'exécuter l'obligation dès qu'elle est exigible. Le créancier peut réclamer au débiteur l'exécution de l'obligation, ouvrir action en exécution et utiliser les voies de l'exécution forcée contre ce dernier dès que l'obligation est exigible. Il n'y a pas de dépendance entre l'exigibilité de l'obligation et la demeure du débiteur. Autrement dit, la demeure ne change rien à l'existence, à l'exigibilité de l'obligation ni à la responsabilité du débiteur quant à son exécution. L'obligation est identique avant et après la demeure du débiteur[495].

En ne modifiant pas l'exigibilité et l'existence de l'obligation, la demeure est une institution juridique qui a des conséquences réprouvées par la loi [et par les parties] et qui permet d'utiliser certains droits.

Partant de là, quelles sont les conséquences de la demeure du débiteur?

Le débiteur en demeure est tenu de réparer le dommage résultant de sa demeure [dommages-intérêts moratoires] lorsqu'il est fautif [présumé] (CO 103 I, COtr 102 I). Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, il doit payer l'intérêt moratoire, même s'il n'est pas fautif (CO 104 I, COtr 103). Le débiteur répond aussi du cas fortuit dès sa demeure (CO 103 I, COtr 102 I). Par ailleurs, dans les contrats bilatéraux, la demeure du débiteur confère au créancier après avoir fixé un délai de grâce au débiteur, un droit de réclamer les dommages-intérêts positifs en renonçant à l'exécution ou de se départir du contrat (CO 107, COtr 106).

494 Pour les autres cas ajoutés par la doctrine et la jurisprudence, voir BARLAS Nami, *Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar* [La demeure du débiteur dans l'exécution des dettes d'argent et les résultats généraux de cette demeure], th., Istanbul 1992, 60 ss; CR CO I-THÉVENOZ Art. 102 N 31.

495 CR CO I-THÉVENOZ Art. 102 N 2. Voir aussi BARLAS 115.

La demeure n'a pas d'autres conséquences à moins que les parties n'en aient stipulées d'autres.

En tenant compte des conséquences de la demeure du débiteur, pour revenir à la question de la peine conventionnelle, selon nous, son exigibilité ne dépend pas de la demeure du débiteur dans l'exécution de l'obligation principale. Les parties peuvent certes prévoir la demeure du débiteur comme condition de l'exigibilité de la peine conventionnelle. Si les parties n'ont pas prévu une telle condition, il n'y a pas lieu de la rechercher étant donné que la loi ne l'exige ni parmi les dispositions régissant la demeure du débiteur, ni parmi les dispositions régissant la clause pénale. Même si on exige la demeure du débiteur pour que la peine soit exigible, on accepte de dire qu'une seule violation de l'obligation est suffisante lorsqu'elle est une obligation de ne pas faire[496].

La peine conventionnelle peut-elle être considérée comme les dommages-intérêts de retard ou l'intérêt moratoire qui sont des conséquences de la demeure du débiteur? Selon nous, c'est impossible. Bien que l'une des fonctions de la peine conventionnelle soit la fixation forfaitaire de dommages-intérêts[497], elle ne peut être considérée comme constituant des dommages-intérêts de retard au sens de l'art. 103 al. 1 CO (COtr 102 I) ni l'intérêt moratoire au sens de l'art. 104 al. 1 CO (COtr 103 I). Les dommages-intérêts de retard prévus par la loi concernent uniquement un domaine abstrait et restreint. L'élargissement de ce domaine entraîne l'intégration de la peine conventionnelle à un domaine étranger. De même, une condition comme la demeure du débiteur pour l'exigibilité de la peine qui n'est pas prévue par la loi amoindrit beaucoup les bénéfices attendus de la clause pénale qui est elle-même prévue en faveur du créancier. En tenant compte équitablement des intérêts des parties, il nous paraît plus convenable de se mettre du côté du créancier.

D'ailleurs, du fait de l'impossibilité d'ajouter d'autres conséquences à la demeure sans qu'il n'y ait de disposition légale, les législateurs allemands et français font figurer la demeure du débiteur à l'exécution de l'obligation principale au nombre des conditions de l'exigibilité de la peine conventionnelle. Or, les codes turc et suisse, afin de fortifier les effets de la clause pénale, n'ont pas exigé la demeure du débiteur comme une condition d'exigibilité de la peine conventionnelle.
Il n'est pas non plus possible de dire *de lege ferenda* que la demeure doit être demandée pour que la peine conventionnelle soit exigible. Il est en effet vraiment difficile de trouver un équilibre entre le créancier et le débiteur. Cependant une condition comme la demeure du débiteur pour l'exigibilité de la peine diminue la puissance et la fonction répressive de la peine conventionnelle.

496 Cf. BGB § 339 *in fine*; CCfr 1230.

497 Cf. *supra* première partie § 2, II, p. 22 ss.

IV. LA FAUTE DU DEBITEUR

Bien que la demeure du débiteur ne soit pas une condition pour que la peine soit exigible, la faute de celui-ci est nécessaire. La loi, qui exige en principe l'existence d'une violation fautive de l'obligation pour engager la responsabilité du débiteur, offre la même solution pour l'exigibilité de la peine conventionnelle[498].

Le code des obligations de 1881 avait une disposition différente de celle d'aujourd'hui. Selon cette disposition [L'art. 181], la peine ne pouvait être exigée « *[...] lorsque l'exécution de l'obligation est devenue impossible par le fait du créancier, ou par un cas fortuit frappant la personne du créancier, ou par suite de force majeure* ». Par une interprétation a contrario, lorsque l'exécution de l'obligation devient impossible en raison d'une cause personnelle du débiteur mais sans sa faute, le débiteur est tout de même tenu d'exécuter la prestation de peine[499].

Le Code des obligations de 1911 ne contient pas une disposition très claire concernant le rapport entre la faute du débiteur et l'exigibilité de la peine conventionnelle. Néanmoins, il contient sans doute une disposition plus restrictive dans le domaine de la faute en faveur du débiteur. D'après l'art. 163 al. 2 CO (COtr 161 II), la peine conventionnelle ne peut être exigée lorsque l'obligation est devenue impossible par l'effet d'une circonstance dont le débiteur n'est pas responsable [sauf convention contraire]. La disposition en question ne parle que d'impossibilité dont le débiteur n'est pas responsable, et non d'autres causes qui empêchent l'exécution de l'obligation dont le débiteur n'est pas responsable. Il peut donc y avoir des doutes dans ce domaine.

Aussi, quand on examine prudemment l'art. 163 al. 2 CO (COtr 161 II), on voit clairement que cet alinéa ne concerne pas la faute du débiteur lors de la violation de l'obligation. L'article en question qui coordonne la relation d'accessoriété entre l'obligation principale et la peine parle de la nullité de l'obligation principale et des causes qui entraînent l'extinction de celle-ci[500]. Il s'ensuit que la question de la faute dans le domaine de la clause pénale se résout selon les dispositions générales du droit des obligations.

Le droit des obligations turco-suisse fonde la responsabilité du débiteur en principe sur la faute en cas de violation de l'obligation. La faute est exigée en principe aussi bien pour la responsabilité contractuelle que pour la responsabilité délictuelle. Le

498 BENTELE 79 ss; BUCHER 526; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 74 ss (et *PJA* 1518); SCHWENZER N 71.08; TANDOĞAN, *Contrat II* 135; TERCIER Pierre, *Introduction au droit privé de la construction*, Fribourg 1994, N 785; *contra*: EREN 1139; ROSSEL, 4e éd., N 330; SCHUMACHER Art. 98 N 1. Cf. aussi BK-GAUTSCHI CO Art. 364 N 6g; KELLER/SCHÖBI 114.

499 ROSSEL, 2 éd. N 226; pour une interprétation en faveur du débiteur MAULER 69 ss (not. 74 ss).

500 Voir EREN 1139.

degré de la faute n'est pas important. Une simple négligence suffit pour que le débiteur soit responsable. Lorsque le débiteur n'a pas de commis de faute [même une simple négligence], on ne peut le rendre responsable de la violation de l'obligation qu'exceptionnellement, dans certains cas prévus par la loi. Lorsque la loi exige un certain degré de gravité de la faute [*p. ex.* une faute grave], on ne peut faire porter au débiteur que cette charge. De même, les parties peuvent convenir d'autres choses sur le degré de la faute. Dans ce cas, la violation se réalise dès cette gravité est atteinte. Il faut toujours tenir compte des prescriptions relatives aux conventions restrictives de responsabilité.

Pour en revenir à la clause pénale, concernant l'exigibilité de la peine conventionnelle, il n'est pas possible de dire que la loi ôte l'existence de la faute lors de la violation de l'obligation principale. Bien que la clause pénale ait une composante punitive, on ne peut pas dire que la peine puisse être exigée en cas de violation non fautive de l'obligation de telle sorte que le caractère punitif de la peine sert à rendre le débiteur plus prudent en ce qui concerne l'exécution de l'obligation. Malgré la bonne volonté du débiteur, restent des cas où l'exécution n'est pas possible. Bien entendu, la faute du débiteur est une condition de l'exigibilité de la peine conventionnelle[501]. De plus, lorsque la loi n'est pas claire en ce qui concerne la responsabilité pour la faute objective, il faut toujours préférer le principe général de la responsabilité pour la faute.

Pourrait-on tirer de l'interprétation *a contrario* de l'article l'art. 161 al. 2 CO (159 II) qui exige que le créancier doit prouver la faute du débiteur afin d'obtenir ses dommages-intérêts supplémentaires, que la conclusion que la peine conventionnelle n'exige pas la faute du débiteur? Selon nous, cela est impossible. Tout d'abord, l'art. 161 al. 2 CO (COtr 159 II) n'est qu'une répétition du principe prévu par les art. 97 al. 1 et l'art. 119 CO (COtr 96 I; COtr 117)[502]. L'art. 161 al. 2 CO vise avant tout à répartir le fardeau de la preuve prévu en général pour la violation de l'obligation. Tout cela pour dire que d'après l'art. 97 al. 1 CO, le débiteur est présumé fautif en cas de violation de l'obligation. Il appartient donc au débiteur de prouver qu'il n'est pas fautif pour se libérer de sa responsabilité. La disposition de l'art. 97 al. 1 CO (CO 96 I) présume la faute du débiteur, qui est valable aussi dans le domaine de la peine conventionnelle. Afin de se libérer de la responsabilité de la peine conventionnelle, le débiteur doit prouver qu'il n'était pas fautif en ce qui concerne la violation de l'obligation principale[503].

501 Pour un arrêt exceptionnel relatant que la faute du débiteur n'est pas nécessaire pour l'exigibilité de la peine conventionnelle, voir YARGITAY 14e HD 5.5.1999, 2536/3371.

502 Cf. OĞUZMAN/ÖZ 881; SECRÉTAN 88; TUNÇOMAČ, *Clause* 102.

503 KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 122.

La faute du débiteur est indispensable tant pour la violation des obligations de faire et de donner que pour la violation des obligations de ne pas faire. Il est difficile de dire que les conséquences de la violation des obligations de ne pas faire sont différentes des conséquences de la violation des obligations de faire et de donner. Bien entendu, la peine conventionnelle qui vise à garantir des obligations de ne pas faire ne devient exigible que par la violation fautive de ces dernières[504].

Même si en règle générale le débiteur doit être fautif lors de la violation de l'obligation, les parties peuvent convenir du contraire[505]. C'est ce qu'exprime précisément l'art. 163 al. 2 CO relatif à l'impossibilité dont le débiteur n'est pas responsable. Si les parties peuvent convenir que le débiteur non fautif sera responsable de l'impossibilité, elles peuvent *a priori* convenir d'autres cas d'inexécution non fautive de l'obligation. L'art. 97 al. 1 CO (COtr 96 I) qui est une règle dispositive ne l'empêche pas. Toutefois, il faut prendre en compte les limites des règles impératives (CO 19, 20, COtr 19, 20; CC 27, CCtr 23).

Lorsque la peine conventionnelle est arrêtée en la forme d'une somme d'argent [ou d'un pourcentage, en cas de retard d'exécution d'une somme d'argent], il n'y a pas lieu de rechercher la faute du débiteur pour le retard de paiement. A l'instar de la responsabilité pour le paiement de l'intérêt moratoire en cas de retard de paiement de l'obligation d'une somme d'argent, le débiteur est aussi tenu de payer la peine prévue en cas de retard, et ce même s'il n'est pas fautif[506]. De même, si la loi n'exige pas la faute du débiteur pour que sa responsabilité soit engagée, il n'y a pas lieu non plus de rechercher la faute du débiteur de la même obligation pour l'exigibilité de la peine conventionnelle[507]. L'art. 101 CO (COtr 100) relatif à la responsabilité pour les auxiliaires est aussi applicable dans le domaine de la clause pénale.

Nous allons traiter ci-dessous des causes de violation de l'obligation dont le débiteur n'est pas responsable:

A. L'inexécution de l'obligation imputable au créancier

L'un des faits empêchant l'exécution de l'obligation qui tient seulement au créancier est la demeure du créancier [*mora creditoris*]. On parle de la demeure du créancier lorsque, sans motifs légitimes, il refuse l'exécution de la prestation qui est conforme à

504 DIETZI 84 ss; SECRÉTAN 87 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 102. Voir aussi ATF 28 II 246, 253; CR CO I-THÉVENOZ Art. 98 N 24; BK-WEBER CO Art. 98 N 114; BaK-WIEGAND CO Art. 98 N 11.

505 OĞUZMAN/ÖZ 882.

506 OĞUZMAN/ÖZ 881.

507 OĞUZMAN/ÖZ 881 ss.

l'obligation ou qu'il n'accomplit pas les actes préparatoires qui lui incombent pour que le débiteur puisse exécuter l'obligation (CO 91, COtr 90). Dans ces deux derniers cas, le débiteur a réalisé tout ce qui lui incombait pour exécuter sa prestation, il a offert la prestation de manière régulière et conforme à l'obligation. Puisque l'exécution n'est pas réalisée en raison de faits qui tiennent seulement au créancier [qu'il soit fautif ou non], le débiteur ne peut se voir reprocher de faute lors de l'inexécution.

Malgré la demeure du créancier, le débiteur se doit toujours d'exécuter l'obligation[508]. A la suite de la demeure du créancier, le débiteur est tenu d'agir conformément à la loi (CO 92 ss, COtr 91 ss). Lorsqu'une peine a été prévue pour le retard de l'exécution de l'obligation, elle ne devient pas exigible, parce que le retard sans aucune faute de la part du débiteur relève de la demeure du créancier. Néanmoins, si la peine a été prévue pour l'inexécution, elle reste valable dès que la demeure du créancier cesse d'exister.

Si la demeure du créancier découle de la non réalisation d'un acte préparatoire qui incombe au créancier, *p. ex.* dans une obligation alternative dans laquelle le droit d'option appartient au créancier et qu'il n'utilise pas cette option, la peine prévue ne devient pas exigible, parce que le débiteur n'a pas commis de faute.

Un autre fait qui tient au créancier et qui empêche l'exécution de l'obligation est l'impossibilité de l'exécution de l'obligation imputable au créancier. Quoique les codes turc et suisse ne contiennent pas de dispositions directes en ce qui concerne l'impossibilité imputable au créancier contrairement au § 324 BGB, on part de l'idée dans la doctrine majoritaire que les dispositions relatives à l'impossibilité sont applicables aussi dans ce cas (CO 119, COtr 117; CO 97, COtr 96). Selon l'art. 119 al. 1 CO (COtr 117 I), lorsque l'exécution devient impossible à la suite de circonstances non imputables au débiteur [*p. ex.* imputable au créancier], l'obligation s'éteint. Dans ce cas, du fait qu'il n'est pas fautif, le débiteur n'est tenu ni des dommages-intérêts, ni de la peine conventionnelle prévue pour l'exécution de cette obligation[509].

Lorsque l'obligation principale ne peut pas être exécutée par une cause personnelle du créancier en dehors de sa demeure et sans aucune faute de la part du débiteur [*p. ex.* le créancier est introuvable] ou lorsqu'il y a incertitude sur la personne du créancier [*p. ex.* lorsque le créancier est décédé et que la succession est litigieuse], la peine conventionnelle ne devient pas non plus exigible.

508 CR CO I-LŒRTSCHER Art. 91 N 17.

509 Voir pour les détails propres à ce sujet PICHONNAZ Pascal, *Impossibilité et exorbitance*, th., Fribourg 1997, N 901 ss.

B. L'impossibilité de l'obligation imputable à aucune partie

Nous venons de voir que le débiteur n'est pas tenu aux dommages-intérêts, ni à la peine conventionnelle par suite de l'impossibilité de l'exécution de l'obligation imputable au créancier. Lorsque l'impossibilité n'est imputable ni au créancier ni au débiteur, le débiteur n'est naturellement pas fautif de l'inexécution de l'obligation. Dans ce cas, le débiteur n'est pas tenu de payer des dommages-intérêts, ni contraint de s'acquitter de la peine conventionnelle[510].

De même, l'art. 163 al. 2 CO (COtr 161 II) a résolu ce problème par une méthode différente, dans le contexte de l'accessoriété entre l'obligation principale et la peine conventionnelle. Lorsque l'exécution de l'obligation devient impossible par suite de circonstances non imputables au débiteur, l'obligation s'éteint (CO 119 I, COtr 117 I) et la peine conventionnelle ne peut être exigée non plus vu l'accessoriété (CO 163 II, COtr 161 II)[511]. Cette solution indiquée par la loi est sans doute un indice du fait que le débiteur est responsable pour sa faute uniquement.

C. La force majeure et le cas fortuit

La force majeure est un événement extérieur, extraordinaire et imprévisible qui se réalise brusquement et que les parties ne peuvent éviter, même si elles prennent tous les soins et les mesures nécessaires à cette fin. Elle peut être une catastrophe naturelle [*p. ex.* tremblement de terre, avalanche], un événement survenu par la participation des facteurs humains [*p. ex.* guerre, grève générale] ou un fait du prince [*p. ex.* embargo, fermeture des frontières][512].

Lorsque la force majeure entraîne l'impossibilité de l'exécution, l'obligation s'éteint (CO 119 I, COtr 117 I). Puisque l'impossibilité n'est pas imputable au débiteur, il n'est pas tenu à la peine, ni aux dommages-intérêts (CO 97, CO 96). Néanmoins, si la force majeure n'a causé qu'un retard, le débiteur est obligé d'exécuter l'obligation dès la fin de celle-ci. Dans ce cas, si une peine a été prévue pour le retard de l'exécution, elle n'est pas exigée. De même, on doit accepter que le moment de l'exécution se prolonge

510 Voir PICHONNAZ N 998 ss (not. 1001).

511 KELLER/SCHÖBI 112.

512 Cf. ENGEL, *Traité* 468 ss; voir pour davantage de détails JUNOD Charles-André, *Force majeure et cas fortuit dans le système suisse de la responsabilité civile, in* Mémoires publiés par la Faculté de droit de Genève (n° 14), Genève 1956, 131 ss. Cf. aussi ATF 38 II 94, 100 c. 4, JdT 1913 I 546.

jusqu'au moment où les effets de la force majeure disparaissent[513]. Si l'exécution ne se réalise pas dans un délai convenable dès la disparition des effets de la force majeure, la peine conventionnelle prévue pour le retard d'exécution de l'obligation devient alors exigible.

Quant au cas fortuit, il est un événement extérieur et accidentel qui survient sans aucune faute ni de la part du débiteur, ni du créancier, ni de leurs auxiliaires. C'est lui seul qui empêche l'exécution de l'obligation [*p. ex.* incendie, vol][514]. Dans ce cas échéant, le débiteur n'est pas responsable puisqu'il n'a commis aucune faute[515]. Il s'ensuit que le débiteur n'est pas tenu non plus de s'acquitter de la peine prévue pour l'inexécution ou l'exécution imparfaite de l'obligation.

Lorsque l'exécution de l'obligation devient impossible par suite d'un cas fortuit, et en raison du fait que l'obligation principale s'éteint, la peine conventionnelle s'éteint aussi à cause de sa nature accessoire. Cependant, lorsque le cas n'a causé qu'un simple retard à l'exécution, la responsabilité du débiteur pour l'exécution continue. Dans ce cas, la peine qui n'est prévue que pour le retard d'exécution n'est plus exigible. Néanmoins, à l'instar de la force majeure, si l'exécution de l'obligation ne se réalise même pas dans un délai convenable dès le moment de la disparition des effets du cas fortuit, la peine conventionnelle devient alors exigible.

Vu que le débiteur n'a pas commis de faute dans les situations de force majeure et de cas fortuit, il n'est pas responsable de l'inexécution de l'obligation ni de la peine conventionnelle. Pourtant, la loi tient le débiteur pour responsable dans certains cas fortuits. Dans ces cas, le débiteur doit en même temps être responsable des peines promises pour l'exécution de ces obligations (*p. ex.* CO 103 I, 306 III, 474 II; COtr 102 I, 300 III, 465 II). Cependant, même dans ces cas, il n'y a pas de responsabilité objective proprement dite, mais une responsabilité basée sur une faute antérieure au cas survenu. *P. ex.*, selon l'art. 306 al. 3 CO (COtr 300 III), l'emprunteur n'a pas le droit d'autoriser un tiers à se servir de la chose (CO 306 II, COtr 300 II). Quand il viole cette disposition, il est responsable du cas fortuit qui endommagerait la chose. Il est également tenu de la peine conventionnelle qui est prévue pour la contravention à l'obligation du débiteur. Il ne s'agit pas ici comme nous le voyons d'un cas de responsabilité objective. Le débiteur crée par son propre acte un état qui n'est pas conforme au contrat et la loi admet de tenir responsable l'emprunteur, même du cas fortuit conformément à l'équité. Néanmoins, même dans ce cas-là, le débiteur a la

513 YARGITAY 15e HD 17.11.2003, 2502/5494 « *[l]a peine conventionnelle doit être arrêtée selon les délais de prolongation pour cause de tremblement de terre et de travaux de reconstruction découlant de celui-ci qui se déterminent et s'ajoutent à la date de livraison [...]* »

514 Cf. ENGEL, *Traité* 467 ss.

515 JUNOD Charles-André, *Inexécution des obligations* (IIIa), *Le rôle et la notion du cas fortuit dans la responsabilité civile, in* FJS 535a, 2.

possibilité de se libérer de sa responsabilité en prouvant que la chose aurait été atteinte même si l'emprunteur avait observé les prescriptions de la loi. Une telle preuve libère l'emprunteur aussi de la responsabilité de la peine conventionnelle.

V. LE DOMMAGE DU CREANCIER

Le débiteur est tenu de la peine conventionnelle même si la violation de l'obligation ne provoque aucun dommage pour le créancier (CO 161 I, COtr 159 I). Cette règle représente une des caractéristiques fondamentales de la clause pénale. C'est pourquoi la clause pénale qui renforce passablement la position du créancier est plus utilisée que la fixation forfaitaire des dommages-intérêts[516].

La prescription de l'art. 161 al. 1 CO qui dit que la peine conventionnelle devient exigible même lorsque le créancier n'a subi aucun dommage à la suite de la violation de l'obligation constitue une exception aux principes généraux de notre droit de la responsabilité, si bien que la responsabilité maximum du débiteur est limitée au dommage survenu. Dans la clause pénale, le créancier n'est pas obligé de prouver le dommage et sa réalisation, de même le débiteur ne peut se libérer de son obligation d'exécuter la peine en prouvant que le créancier n'a subi aucun dommage.

Bien que les parties puissent convenir que la peine conventionnelle sera exigée à côté des dommages-intérêts, son exigibilité ne peut jamais être liée à la survenance d'un dommage ou à la preuve de celui-ci. Sinon, il ne s'agirait pas d'une clause pénale[517]. Dans les cas où on exige la réalisation d'un dommage ou la preuve de celle-ci, on franchit la limite de la clause pénale et on entre dans un autre domaine. Ce domaine est pour la plupart du temps la fixation forfaitaire des dommages-intérêts. Comme l'indique SECRÉTAN, lorsque le créancier doit prouver le dommage qu'il subit et que le débiteur peut se libérer de sa responsabilité en prouvant l'absence de dommage, il ne s'agit pas ici d'une clause pénale[518].

516 Cf. *supra* première partie § 2, II, p. 21 ss et § 3, VII, p. 45 ss.

517 Cf. ATF 102 II 420, 425 c. 4, JdT 1978 I 230; ATF 95 II 532, 539 c. 5, JdT 1971 I 40. Pour l'avis que la peine conventionnelle peut être liée à l'existence d'un dommage, voir BaK-EHRAT CO Art. 161 N 2.

518 SECRÉTAN 90. Cf. aussi *supra* première partie § 3, VII, p. 45.

§ 2. LA RECLAMATION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE

I. LA RECLAMATION DE LA PEINE ALTERNATIVE

Dès que la violation de l'obligation se réalise et que la peine conventionnelle est exigible, le créancier a la possibilité de réclamer la peine prévue. Si la peine est prévue pour la violation de l'obligation en dehors de la violation de l'obligation au temps et dans le lieu convenus, le créancier a le droit d'option entre la prestation principale et la peine conventionnelle. Mais il ne peut pas demander à la fois la peine et l'exécution de l'obligation principale, à moins que les parties n'aient convenu le contraire[519]. En cas de violation de l'obligation, le créancier n'est pas tenu d'opter pour la peine conventionnelle. Il peut insister en faveur de l'exécution de l'obligation principale ou réclamer la peine en renonçant à l'exécution de celle-ci. Il peut aussi utiliser les droits que la loi lui confère en cas de violation de l'obligation.

La peine conventionnelle et l'obligation principale ne sont pas des obligations alternatives tant que la peine n'est pas exigible, parce qu'il ne s'agit pas ici de deux prestations distinctes qui font l'objet de l'obligation. Au début du contrat, l'objet de l'obligation est unique; la prestation principale est fixée comme l'objet de la prestation due. Cependant, la loi confère au créancier une possibilité de remplacer la prestation principale par la peine conventionnelle dès que les conditions se réalisent. De même, il n'est pas possible que la peine devienne l'objet de l'obligation en cas d'impossibilité de l'exécution de l'obligation non imputable au débiteur. Si l'obligation principale devient impossible [*i.e.* non imputable au débiteur], la peine conventionnelle s'éteint. C'est pourquoi le créancier a une faculté alternative concernant la peine conventionnelle avant qu'elle ne devienne exigible[520].

Dès que la peine conventionnelle devient exigible, il s'agira de deux prestations indépendantes: l'obligation principale et la peine conventionnelle. Par son exigibilité, la peine conventionnelle arrive à côté de l'obligation principale qui était l'objet unique de l'exécution. Désormais, il y a une incertitude sur l'objet de la prestation due. L'une de ces obligations, l'obligation principale ou la peine, sera l'objet de la prestation due. L'impossibilité de l'obligation principale n'entraîne plus en principe, désormais, l'extinction de la peine conventionnelle. Par conséquent, dès l'exigibilité de la peine

519 Cf. *supra* deuxième partie § 1, II, p. 54 ss.

520 Cf. ATF 63 II 84, JdT 1937 I 397, SJ 1938 26; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4017; KELLER/SCHÖBI 112; KOCAAĞA 147 ss; KOLLER, *Verspätungsstrafe* N 103 ss; OĞUZMAN/ÖZ 876; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 348 et n. 10; VON TUHR/ESCHER 278. Cf. aussi DIETZI 91, TUNÇOMAĞ, *Clause* 106.

conventionnelle se forme une obligation alternative pour laquelle le créancier a un droit d'option[521].

Lorsque l'obligation principale devient impossible en raison de causes non imputables au débiteur ou au créancier; le créancier ne peut demander que la peine conventionnelle. Cependant, si le débiteur est aussi mis en demeure et s'il est responsable de cette impossibilité selon l'art. 103 CO [le cas fortuit], le droit d'option du créancier entre la peine et l'obligation principale continue. La solution est identique dans les cas d'impossibilité de l'exécution de l'obligation imputable au débiteur. Le créancier est libre d'exiger les dommages-intérêts qui remplacent l'obligation principale ou de réclamer la peine conventionnelle.

Même si l'impossibilité est imputable au créancier, son droit d'option oscille encore entre l'obligation qui est devenue impossible et la peine conventionnelle. Il peut opter soit pour l'obligation en question qui est impossible et la responsabilité du débiteur s'éteint; soit pour la peine conventionnelle, auquel cas celle-ci devient l'objet de l'obligation. Dans ce cas, il peut y avoir une responsabilité sous la forme de dommages-intérêts pour l'impossibilité de l'obligation principale.

Le droit d'option est un droit formateur modificateur[522] et s'exerce par une déclaration unilatérale de volonté, sujette à réception et qui n'est soumise à aucune forme. Il peut être déclaré par écrit, oralement ou par acte concluant. Conformément à son caractère de droit formateur, une fois exercé, le créancier ne peut plus le révoquer. C'est-à-dire que lorsqu'il a opté pour la peine conventionnelle, son droit de demander l'exécution de l'obligation principale s'éteint[523]. En revanche, s'il a exigé l'exécution de l'obligation principale [sans pour autant qu'elle n'ait été pas été exécutée], il peut toujours demander la peine conventionnelle. Il y a ici une ingérence entre un droit d'exiger découlant du contrat [ou de la loi] et un droit d'option. Le droit du créancier d'exiger l'exécution de l'obligation principale est un droit découlant du contrat [ou de la loi] et n'a pas pu être qualifié de déclaration d'option[524]. Si on ne tire pas de la déclaration d'option du créancier des indices indiquant qu'il a renoncé à son droit de demander la

521 Cf. YARGITAY 4e HD 11.5.1979, 4063/6343; SCHOCH 3.

522 ATF 63 II 84, JdT 1937 I 397, SJ 1938 26; BUCHER 528; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 18; ENGEL, *Traité* 864; KILIÇOĞLU 577; KOCAAĞA 181; VON TUHR/ESCHER 281; TUNÇOMAĞ, *Clause* 107 ss.

523 ATF 63 II 84, 85, JdT 1937 I 397, SJ 1938 26; KOCAAĞA 181 et 189 ss. Cf. aussi BK-BECKER CO Art. 160 N 29; BILGE 99.

524 BUCHER 528; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 18; ENGEL, *Traité* 864; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2516; VON TUHR/ESCHER 281; *contra*: KILIÇOĞLU 578, l'auteur pense qu'en cas d'utilisation du droit d'option en faveur de l'exécution de l'obligation principale, la peine s'éteint. Cf. aussi YARGITAY 15e HD 17.6.1996, 2702/3402, « *[...] étant donné que la volonté du plaideur est d'obtenir l'exécution de l'obligation principale, il ne peut plus exiger la peine* ». Voir ég. ATF 63 II 84, 85, JdT 1937 I 397, SJ 1938 26. Cf. aussi KOCAAĞA 183 ss.

peine conventionnelle, il pourra toujours l'exiger et ce tant que l'obligation n'aura pas été exécutée. Pour formuler cela différemment, disons que si la demande concernant l'exécution de l'obligation principale ne peut pas être clairement qualifiée comme un droit d'option, elle doit être comprise en tant que droit découlant du contrat ou de la loi[525]. C'est au débiteur de prouver que la demande du créancier concernant l'exécution de la prestation principale est un droit d'option qui comprend la renonciation à la peine.

Lorsque le créancier exige, par la voie d'une action en justice ou par d'autres voies, tant l'exécution de l'obligation principale que celle de la peine conventionnelle, on doit admettre qu'il exige l'exécution de l'obligation principale, car l'utilisation du droit d'option en faveur de la peine suppose nécessairement la renonciation à l'exécution de l'obligation principale. Or, dans le cas où l'exécution de l'obligation principale et la peine conventionnelle sont exigées simultanément, il n'y a pas de telle renonciation[526].

La loi ne prévoit pas un délai maximum pour utiliser le droit d'option. Le créancier peut utiliser ce droit dans le délai où il aurait pu exiger l'exécution de l'obligation principale. La question est de savoir ce qu'il arrive si le débiteur a envie d'exécuter son obligation, mais que le créancier n'utilise pas son droit d'option[527].

Le problème se résout en vertu des principes de l'*obligation alternative*. Tout d'abord, le débiteur peut actionner le créancier pour que le juge l'oblige à utiliser son droit d'option. Que le créancier n'utilise pas son droit d'option malgré la décision du juge est une solution théoriquement possible mais inutile dans la pratique[528]. Dans ce cas, il s'agit d'un empêchement de l'exécution en raison d'une cause personnelle du créancier. Il s'ensuit que le débiteur doit agir selon les règles de la demeure du créancier (CO 91 ss, COtr 90 ss). Pourtant, étant donné que l'objet de l'obligation n'est pas déterminé, il n'est pas possible de la consigner ou la faire vendre puis d'en consigner le prix. La situation reste identique, même s'il n'y a qu'une différence de montant entre la peine conventionnelle et la prestation principale. Il n'est pas logique de faire pression sur le créancier afin qu'il accepte la peine conventionnelle dont le montant est plus élevé que la prestation principale s'il n'utilise pas son droit d'option.

525 Cf. GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2516.

526 YARGITAY 13e HD 14.11.1988, 3766/5373; 4e HD 11.5.1979, 4063/6343 « *[é]tant donné que la peine conventionnelle n'a pas été prévue en vue de l'exécution de l'obligation au temps ou au lieu convenus et que les parties n'ont pas convenu le contraire, le créancier ne peut pas exiger à la fois l'exécution de l'obligation et la peine. Face à une telle demande, il faut refuser la demande de la peine ou utiliser son droit d'option* »; KOCAAĞA 184; VON TUHR/ESCHER 282 n. 38. Voir TUNÇOMAĞ, *Clause* 110. Voir ég. ZR 9 N 177; RSJ 1938, 109.

527 Voir BK-BECKER CO Art. 160 N 35.

528 Voir MERZ, *Obligations* 117 ss. Voir aussi SELİÇİ Özer, *Seçimlik Borçların İfası* [L'exécution des obligations alternatives], *in* Revue de la Faculté de droit d'Istanbul, Vol. 34/1-4, 375 ss, 393 ss.

Dans les cas où il s'agit de la demeure du créancier, le débiteur ne peut donc que se départir du contrat. Néanmoins, nous ne pensons pas qu'il soit convenable de reconnaître un tel droit au débiteur qui, par ses propres actes, est à l'origine de cette situation, même dans les circonstances où le créancier n'utilise pas son droit d'option. Pour cette raison, il est plus pertinent d'accepter, comme le soutienne aussi une partie de la doctrine, que le droit d'option passe au débiteur à l'instar du § 264 al. 2 BGB[529].

Le débiteur doit exécuter la peine dans un délai convenable dès la communication qui indique que la peine a été choisie. La déclaration d'option est un avertissement régulier au sens de l'art. 102 al. 2 CO par lequel le débiteur est mis en demeure. Lorsque la peine conventionnelle est une somme d'argent, le débiteur est tenu de payer des intérêts moratoires dès cet avertissement (CO 104, COtr 103)[530].

Les autorités de surveillance ne sont compétentes quand il s'agit de décider si la peine conventionnelle doit être exécutée ou non (LP 13 ss, LPtr 16)[531].

II. LA RECLAMATION DE LA PEINE CUMULATIVE

Lorsque la peine est prévue en vue de l'inexécution de l'obligation dans le temps et au lieu convenus, elle peut être exigée à la suite d'une telle violation, et ce même si le créancier a obtenu sa créance. La solution est identique lorsque les parties ont stipulé une peine cumulative pour d'autres types de violation d'obligation[532].

Lorsque la peine cumulative devient exigible, le créancier peut la réclamer à côté de l'exécution de l'obligation principale. Mais lorsqu'il renonce à ce droit ou qu'il ne le

529 Voir MERZ, *Obligations* 118 et les réf. cit.; SELIÇI (394 ss) partage cet avis *de lege ferenda*. Cf. aussi KOCAAĞA 185 ss ; à peu près dans ce sens ATF 42 II 219, 224 c. 3.

530 Il existe différents avis concernant le jour à partir duquel l'intérêt moratoire [pour la peine conventionnelle] peut être exigé dans les anciens arrêts de YARGITAY 4e HD 20.12.1930, 342/387 « *[i]l n'y a pas lieu de l'intérêt moratoire pour la peine conventionnelle* »; 4e HD 3.1.1938, 1097/438 « *[l]'intérêt moratoire se calcule dès le jour de l'action en justice, mais pas depuis la demeure* »; 4e HD 12.4.1948, 2640/1759 « *[l]'intérêt moratoire peut être calculé dès la demeure* ». Dans un arrêt, le Tribunal fédéral a fait démarrer *conformément à la demande du plaideur*, l'intérêt moratoire depuis la comparution [l'audience du juge de paix] devant le juge de paix ATF 91 II 372, 384 c. 11, JdT 1966 I 322.

531 YARGITAY IID 30.12.1960, 9566/9540; IID 18.1.1951, 116. Cf. aussi KURU Baki, *İcra ve İflas Hukuk* [Droit de poursuite et de faillite], 3 vol, 3e éd., Istanbul 1988, 327. Cf. aussi YARGITAY 12e HD 27.2.1984, 12498/2051.

532 BaK-EHRAT CO Art. 160 N 20; ENGEL, *Traité* 865; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 12; KELLER/SCHÖBI 133; KOCAAĞA 192 ss; OĞUZMAN/ÖZ 878; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 4; SCHWENZER N 71.10; VON TUHR/ESCHER 283.

réserve pas au moment de l'exécution de l'obligation principale, il perd son droit sur la peine cumulative.

A. La renonciation de la peine

Le créancier peut renoncer à son droit à la peine conventionnelle avant ou après son exigibilité (CO 160 II, COtr 158 II)[533]. Même s'il est impossible, en règle générale, de renoncer aux créances unilatéralement[534], la loi connaît une exception à ce principe dans le domaine de la clause pénale. Il ne s'agit pas d'une offre de remise conventionnelle. C'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de rechercher l'acceptation expresse ou tacite du débiteur. Il est probable que la disposition de l'art. 160 al. 2 CO (COtr 158 II) qui dit que le créancier perd son droit à la peine lorsqu'il y renonce expressément, sert à permettre la renonciation unilatérale dans ce domaine et de ne pas donner lieu à des discussions éventuelles. Sinon, on aurait pu aboutir à la même solution même si une telle disposition n'existait pas[535].

Bien que le créancier perde son droit à la peine conventionnelle par sa renonciation, il peut toujours recourir aux droits découlant de la loi pour les cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation (CO 97 ss, COtr 96 ss)[536]. La renonciation à la peine conventionnelle n'entraîne pas la renonciation aux autres prétentions légales, à moins qu'elle ne contienne aussi la renonciation à celles-ci[537]. Lorsque l'invocation de ces prétentions dépend de la demeure du débiteur, le créancier doit mettre en demeure le débiteur. Tant que la demeure n'est pas une condition de l'exigibilité de la peine conventionnelle, l'exigibilité de la peine ne permet pas d'utiliser d'autres prétentions légales sans que les autres conditions ne soient remplies.

B. L'acceptation de l'exécution de l'obligation principale sans réserve

Lorsqu'il s'agit d'une peine cumulative, le créancier, même s'il n'avait pas renoncé à son droit à la peine, doit réserver ce droit au moment de l'acceptation de l'exécution de l'obligation principale. Le créancier perd son droit à la peine conventionnelle *ex lege* s'il

533 Cf. YARGITAY HGK 11.5.1960, 22/26; 13e HD 21.1.1988, 6836/6836.

534 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 3308; VON TUHR/ESCHER 173 ss. Voir aussi MunchK-SCHLÜTER BGB § 397 N 1; PALANDT-HEINRICHS BGB § 397 N 1.

535 TUNÇOMAĞ [*Clause* 115] pense que l'importation de cette règle dans la loi est inutile. Cf. aussi VON TUHR/ESCHER 282 n. 40.

536 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 3.

537 GAUCH, *Entreprise* N 707.

ne le réserve pas, et, ce même s'il n'a pas l'intention de renoncer à celui-ci[538], voire même s'il ne connaissait pas son droit[539].

Le Code des obligations suisse de 1881 (art. 179 II) énonçait une présomption légale en faveur de la renonciation à la peine conventionnelle. Selon cette présomption légale, le créancier pouvait toujours prouver qu'il n'avait pas l'intention de renoncer à la peine, et qu'il acceptait l'exécution de l'obligation principale sans aucune réserve sur la peine. En revanche, le Code des obligations actuel stipule que l'acceptation sans réserve de l'exécution de l'obligation principale entraîne l'extinction du droit du créancier sur la peine conventionnelle [*Præsumptio iuris et de iure*][540]. En droit allemand, où l'on trouve une disposition similaire (BGB § 341 III), on admet également qu'il s'agit ici d'une présomption irréfragable[541].

La réserve est une manifestation de volonté par le créancier ou par son représentant au débiteur ou à son représentant sujette à réception[542]. Elle n'est soumise en règle générale à aucune forme spéciale. Si du point de vue du débiteur il est clair que le créancier va toutefois exiger la peine, la réserve peut être réalisée aussi par actes

538 ARSLANLI 456; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 3; TANDOĞAN, *Contrat II* 136; YARGITAY 15e HD 28.1.1977, 219/140, « *[l]es parties ont convenu par l'art. 4 de la convention qu'une peine déterminée mensuellement sera payée en cas de livraison tardive de l'œuvre. La peine prévue est devenue exigible par l'exécution tardive. [...] Même si le créancier a réservé son droit pour les défauts, cela ne signifie pas qu'il peut exiger la peine prévue jusqu'à l'accomplissement de l'obligation. La prestation de peine a été prévue pour l'exécution tardive, mais pas pour l'exécution défecteuse* »; *contra*: SCHNEIDER Albert/FICK Heinrich, *Commentaire du Code fédéral des obligations*, Vol. I (trad. française par PORRET Max-Eugène), Neuchâtel 1915, Art. 160 N 28. Cf. KOCAAĞA 153.

539 ATF 97 II 350, 352 c. 2/a, JdT 1972 I 280; ARSLANLI 456; GAUCH, *Entreprise* N 700; BAMBERGER/ROTH-JANOSCHEK BGB § 341 N 3; KOCAAĞA 199; VON TUHR/ESCHER 282; voir aussi BGHZ 97, 227, NJW 1986, 1758. L'acceptation de la prestation sans réserve démontre l'intention de renoncer selon VON BÜREN 409; YARGITAY 13e HD 18.2.1993, 221/1322, « *[l]e créancier qui accepte l'exécution sans réserve pour la peine perd son droit sur celle-ci, il y a donc ici une renonciation tacite* »; 15e HD 14.4.1975, 493/2079.

540 ATF 97 II 350, 352 c. 2/a, JdT 1972 I 280; BK-BECKER CO Art. 160 N 31; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 21; EREN 1135 ss; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4025; BK-GAUTSCHI CO Art. 364 N 6/g; OĞUZMAN/ÖZ 879; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 160 N 3; VON TUHR/ESCHER 282; TUNÇOMAĞ, *Clause* 115. Pour l'avis que la situation actuelle est semblable à l'ancienne, soit qu'il s'agit d'une présomption simple [*juris tantum*], voir SCHNEIDER/FICK CO 160 N 28. Voir aussi BUCHER 529 n. 32.

541 MunchK-GOTTWALD BGB § 341 N 6; PALANDT-HEINRICHS BGB § 341 N 3b; BAMBERGER/ROTH-JANOSCHEK BGB § 341 N 3; StauK-RIEBLE BGB § 341 N 53.

542 VON TUHR/ESCHER 282; YARGITAY 13e HD 18.2.1993, 221/1322; 15e HD 14.10.1980, 943/973.

concluants[543]. Lorsque le débiteur emploie un auxiliaire pour l'exécution, la réserve ne peut pas lui être faite, à moins qu'il n'y soit autorisé au préalable[544].

La réserve doit être faite jusqu'à acceptation de l'exécution[545] de l'obligation principale, cependant il est nécessaire de fixer au créancier un délai convenable[546]. En particulier, lorsque l'obligation est exécutée entre les mains de l'auxiliaire du créancier qui n'est pas autorisé à faire une réserve, le créancier doit pouvoir réserver son droit à la peine même après l'exécution de l'obligation principale dans un délai convenable[547]. Lorsqu'on a besoin vérifier cela afin de constater s'il y a des défauts, la réserve sur la peine doit pouvoir être faite dans le délai où un avis aurait pu être envoyé.

Lorsque la peine conventionnelle a été traduite en justice ou en poursuite, il n'est pas nécessaire de réserver le droit de demander celle-ci au moment de l'exécution de l'obligation principale[548]. De même, lorsque la peine a été réservée avant l'exécution de l'obligation principale, il n'est pas nécessaire de la répéter au moment de celle-ci[549]. L'opinion majoritaire en Allemagne[550] soutient qu'une réserve faite avant l'exécution

543 GAUCH, *Entreprise* N 700.

544 Cf. BK-BECKER CO Art. 160 N 31; TUNÇOMAĞ, *Clause* 117.

545 GAUCH, *Entreprise* N 700; KOLLER, *PJA* 1519; TUNÇOMAĞ, *Clause* 115. Aussi YARGITAY 13e HD 18.2.1993, 221/1322; 13e HD 8.7.1981, 4419/5230, « *[l]a réserve doit être faite au moment de l'exécution ou au plus tard immédiatement juste après l'exécu-tion* »; 15e HD 11.11.1997, 4257/4805 « *[...] à l'art. 14 de la lettre de l'offre, il est précisé que les machines et le matériel seront prêts à la livraison après avoir fait leurs montages et les essais. [...] il est établi que le système ne fonctionne pas. On ne peut donc pas parler de livraison. S'il n'y a pas de livraison, on ne peut pas non plus parler de réserve* »; 15e HD 27.1.1983, 2556/70, « *[l]es parties ont convenu à l'art. 20 du contrat [24.2.1978], la date de l'obtention du permis d'habitation comme la terminaison de l'affaire [la livraison]. L'occupation [1.8.1980] de facto des appartements par les plaideurs n'enlève pas le droit de demander la peine. Les ayants droits peuvent l'exiger [...] jusqu'à l'obtention du permis d'habitation* ».

546 TANDOĞAN, *Contrat II* 136.

547 Cf. TANDOĞAN, *Contrat II* 136; TUNÇOMAĞ, *Jurisprudence* 569.

548 GAUCH, *Entreprise* N 703 et 705; KOLLER, *PJA* 1519; voir aussi BGHZ 62, 328, 329, NJW 1974, 1324.

549 GAUCH, *Entreprise* N 706; KOCAAĞA 202; YARGITAY 15e HD 23.5.1979, 1071/1228, « *[l]e maître, par l'avertissement envoyé à l'entrepreneur, a exigé la peine conventionnelle et a réservé ses droits. En tenant compte du manque de preuve de la part de l'entrepreneur que l'ouvrage a été délivré avant l'avertissement, on ne peut pas dire que le maître a accepté l'ouvrage sans réserve* »; voir pour l'arrêt qui admet comme valable la réserve faite même avant l'exigibilité de l'obligation 15e HD 31.3.1992, 4718/1681, « *[l]e maître a informé l'entrepreneur par l'avertissement qu'il demande l'exécution de l'obligation et la peine conventionnelle en cas de non livraison du projet au temps convenu dans le contrat. Il a donc réservé son droit* ».

550 MunchK-GOTTWALD BGB § 341 N 6; PALANDT-HEINRICHS BGB § 341 N 3b; BAMBERGER/ROTH-JANOSCHEK BGB § 341 N 4; BGHZ 85, 305, 309, NJW 1983, 385, 387; BGHZ 33, 236, 237, NJW 1961, 115.

de l'obligation doit être renouvelée au moment de son exécution, sinon le droit à la peine conventionnelle s'éteint. Cette idée ne nous paraît pas concluante. Néanmoins, la volonté de réserver du créancier manifestée avant l'exécution de l'obligation doit nécessairement continuer au moment de l'exécution de l'obligation[551]. Il appartient au débiteur de prouver que cette volonté ne continue pas. Dans ce cas, il bénéficie de tous les types de preuves.

Lorsque les parties ont convenu du moment où l'exécution de l'obligation a été acceptée comme accomplie, la réserve peut être émise au plus tard jusqu'à ce moment. De même, lorsqu'il y a un protocole de réception en dehors d'une livraison effective [surtout dans les contrats d'entreprises], on peut se demander jusqu'à quel moment une éventuelle réserve peut être faite. D'après nous, la réserve peut être faite jusqu'à la conclusion du protocole qui indique que la livraison est juridiquement complète[552]. En fait, le motif d'un protocole qui fait l'objet d'une livraison de la chose est de permettre de vérifier la chose, de faire valoir ces droits et de refuser le cas échéant la réception définitive de la chose[553].

Si la violation de l'obligation objet de la peine conventionnelle est un défaut qui ne peut pas être constaté par la livraison, le créancier peut bien entendu réserver son droit après la livraison[554]. P ex. le délai [CO 201 III, COtr 198 III immédiatement] pour signaler au vendeur les défauts cachés dans les contrats de vente mobilière et le délai prévu à l'art. 370 al. 3 (COtr 362 III) [aussitôt qu'on en a connaissance] pour signaler à l'entrepreneur les défauts cachés dans les contrats d'entreprise, sont aussi applicables pour faire une réserve en faveur de la peine conventionnelle.

Lorsque la réserve ne concerne qu'une partie de la peine conventionnelle, le créancier perd ses droits jusqu'à concurrence de la partie qu'il ne s'est pas réservée. Lorsqu'il s'agit d'une exécution de l'obligation en plusieurs parts, la réserve doit être faite au plus tard au moment de l'acceptation de chaque part. Le créancier ne peut pas différer sa déclaration de réserve jusqu'au moment de l'exécution de la dernière partie, *i.e.*, jusqu'à l'accomplissement de l'exécution en totalité, au risque de perdre son droit à la peine[555].

551 YARGITAY 13e HD 8.7.1981, 4419/5230, « *[s]i la volonté du débiteur en vue de réserver la peine conventionnelle continue clairement, la réserve faite même avant l'acceptation est valable* »; BENTELE 105; GAUCH, *Entreprise* N 705; KOCAAĞA 202;

552 Cf. KOLLER, *PJA* 1519; TANDOĞAN, *Contrat II* 137 ss.

553 Cf. ATF 97 II 350, 352 c. 2/b, JdT 1972 I 280.

554 ATF 97 II 350, 355 c. 2/c, JdT 1972 I 280; YARGITAY 15e HD 7.5.1980, 925/1056; KOCAAĞA 202.

555 GAUCH, *Entreprise* N 704; KOCAAĞA 203; SCHUMACHER Art. 98 N 12.

Bien que le créancier perde son droit à la peine conventionnelle pour cause de manquement de réserve à l'acceptation de l'exécution de l'obligation principale, il peut toujours user des prétentions générales prévues par loi en regard de cette violation[556]. Mais il faut qu'il remplisse les conditions particulières exigées par la loi à propos de ces prétentions[557], à moins qu'il n'y ait renoncé[558].

La disposition de l'art. 160 al. 2 CO (COtr 158 II) concernant la réserve de la peine conventionnelle au moment de l'exécution de l'obligation principale n'est pas impérative[559]. Les parties peuvent donc convenir que la peine sera exigée quand bien même le créancier ne l'aurait pas réservée ou que la déclaration de réserve aurait été faite dans un délai déterminé dès l'exécution de l'obligation principale.

L'invocation de l'acceptation de l'exécution sans réserve est une objection [*Einwendung*], et si elle parvient officiellement au juge dans le cadre du débat judiciaire, celui-ci l'examine d'office[560]. Il appartient au créancier de prouver que la réserve a été faite[561].

III. LA RECLAMATION DE LA PEINE EXCLUSIVE

Dans le cas de peine exclusive, lorsque la violation qui a été l'objet de la peine conventionnelle est réalisée, le créancier perd le droit d'exiger l'exécution de l'obligation principale, et du même coup d'autres prétentions prévues par la loi pour une telle violation de l'obligation, comme les dommages-intérêts *p. ex.* La responsabilité du débiteur est focalisée et cristallisée sur la peine conventionnelle. La

556 VELIDEDEOĞLU/ÖZDEMIR, Art. 158 N 2.

557 BK-BECKER CO Art. 160 N 32; BUCHER 529; BaK-EHRAT CO Art. 160 N 21; GAUCH, *Entreprise* N 707; YARGITAY 13e HD 29.9.1983, 3693/6491, « *[l]e plaideur a exigé les dommages-intérêts qu'il a subis à la suite de la livraison tardive, mais pas la peine conventionnelle prévue. Etant donné que la demande ne concerne pas la peine conventionnelle mentionnée à l'art. 158 COtr (CO 160), l'acceptation des magasins sans aucune réserve n'entraîne pas l'extinction de ses droits* ».

558 Voir TF, SJ 1958 609, 615 c. II/3; GAUCH, *Entreprise* N 707. YARGITAY 15e HD 13.5.1981, 699/1121, « *[l]'appartement du plaideur a été livré au 30.4.1978, et le procès a été intenté au 3.1.1979 et, l'avertissement du plaideur a été envoyé le 2.11.1978. Les délais prévus par les art. 158 al. 2, 359 et 362 CO[tr] [CO 160 II, 367, 370] ont été dépassés entre la livraison et l'avertissement. Etant donné que le plaideur n'a pas réservé ses droits en acceptant la livraison de l'ouvrage [...] il faut admettre qu'il est déchu de ses droit* ».

559 GAUCH, *Entreprise* N 708; KOLLER, *PJA* 1519.

560 YARGITAY 13e HD 18.2.1993, 221/1322; 15e HD 5.10.1987, 892/3421; 15e HD 26.1.1981, 29/113; REISOĞLU 390.

561 YARGITAY 15e HD 19.10.1993, 5923/4091; ARSLANLI 456; KOCAAĞA 204; KOLLER, *PJA* 1520; SECRÉTAN 109; TUNÇOMAĞ, *Clause* 119.

violation de l'obligation entraîne, automatiquement une transformation de l'obligation principale en la peine conventionnelle.

QUATRIÈME PARTIE

LES DOMMAGES-INTÉRÊTS SUPPLÉMENTAIRES, LA RÉDUCTION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE ET LA FIN DE LA CLAUSE PÉNALE

§ 1. LES DOMMAGES-INTÉRÊTS SUPPLÉMENTAIRES

I. EN GÉNÉRAL

La plupart du temps, les parties prévoient que le montant de la peine conventionnelle sera plus élevé que les éventuels dommages-intérêts. Le créancier s'efforce de faire accepter à l'autre partie comme peine conventionnelle une somme qui comprend non seulement les dommages-intérêts, mais également un montant supérieur à ceux-ci [ou alors une autre prestation qui a une valeur élevée], et, en général il y parvient. Cependant, il est difficile, voire impossible de connaître à l'avance l'étendue du dommage, puisque celui-ci concerne l'avenir et plusieurs autres paramètres. De temps en temps, la peine prévue peut rester en dessous du dommage réalisé. Dans ce cas, la clause pénale prévue en faveur du créancier aura donc des conséquences à son détriment[562].

Les législateurs turc et suisse (CO 161 II, COtr 159 II) et le législateur allemand (BGB § 343 II) considèrent plus conforme à l'équité le fait que le créancier soit en mesure d'exiger ses dommages-intérêts supplémentaires, lorsqu'il subit un dommage plus élevé que la peine prévue.

Le créancier peut exiger des dommages-intérêts supplémentaires à la fois dans la peine alternative et dans la peine cumulative[563]. Concernant la demande de dommages-intérêts supplémentaires, on peut dire qu'il n'y a pas de différence entre ces deux types de peine. Les parties peuvent toujours supprimer le droit d'exiger les dommages-intérêts supplémentaires[564]. La peine exclusive enlève à la fois la possibilité d'exiger les dommages-intérêts selon les règles générales de la responsabilité et les dommages-intérêts supplémentaires[565].

Le créancier exige ses dommages-intérêts supplémentaires par rapport au montant du dommage et de la valeur de la peine. La nature de la prestation de peine n'a aucune importance pour la demande de dommages-intérêts supplémentaires[566]. Lorsque la peine n'est pas une somme d'argent mais autre chose, elle doit être convertie en une valeur pécuniaire. Il faut donc différencier selon qu'il s'agit ou non d'un dommage supérieur à la peine conventionnelle. En transformant la valeur de la peine en valeur

---

562 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 161 N 3. Voir aussi SECRÉTAN 98; DIETZI 116 ss.

563 YARGITAY 13e HD 12.5.1982, 3344/3439; BERKİ 295; EREN 1139 ss; KOCAAĞA 206 ss; SCHOCH 56 ss; SECRÉTAN 113; TUNÇOMAĞ, *Clause* 121.

564 BK-BECKER CO Art. 161 N 3; BUCHER 530 ss; EREN 1139; TUNÇOMAĞ, *Clause* 125.

565 Cf. *supra* deuxième partie § 1, III, p. 55 ss.

566 Cf. TUNÇOMAĞ, *Clause* 122; KOCAAĞA 207. Cf. aussi BGB § 342 *in fine*. Voir aussi StauK-RIEBLE § 342 N 1 ss.

pécuniaire, on tient compte de sa valeur objective, et non pas de sa valeur subjective pour le créancier. Lorsque la valeur de la peine conventionnelle varie d'un lieu à l'autre, il faut prendre sa valeur au lieu d'exécution.

Les dommages-intérêts supplémentaires représentent une différence entre les dommages-intérêts subis par le créancier à la suite de la violation de l'obligation et la peine prévue[567]. Il faut d'abord déterminer les dommages-intérêts subis par le créancier dans leur totalité, ensuite diminuer le montant de la peine de cette somme pour obtenir les dommages-intérêts supplémentaires. Lorsque le débiteur doit aussi l'intérêt moratoire pour le paiement de la peine conventionnelle, l'intérêt moratoire ne s'ajoute pas au montant de la peine conventionnelle[568].

Le moment déterminant pour calculer l'existence de dommages-intérêts supplémentaires est le moment de l'exécution de la peine conventionnelle. Il n'y a pas de raison de prendre en considération le moment de la violation de l'obligation, ni celui du jugement cantonal de dernière instance. Rien n'indique qu'il faille laisser au créancier la liberté de choisir le moment pour calculer les dommages-intérêts, étant donné que le débiteur a fait tout ce qu'il doit, *i.e.* qu'il a exécuté la prestation de la peine dans les peines alternatives ou la prestation de l'obligation principale et la peine dans les peines cumulatives.

Le créancier doit prouver qu'il a subi un dommage qui dépasse la peine prévue selon les règles générales de la responsabilité, et, doit prouver la faute du débiteur dans la violation de l'obligation principale. A présent, nous allons tenter d'examiner les conditions auxquelles on peut demander des dommages-intérêts supplémentaires:

II. LES CONDITIONS DE RÉCLAMATION DES DOMMAGES-INTÉRÊTS SUPPLÉMENTAIRES

A. La preuve de la faute du débiteur par le créancier

En cas de violation du contrat, le créancier n'est pas tenu de prouver la faute du débiteur pour pouvoir exiger des dommages-intérêts. La faute est présumée en cas de violation de l'obligation contractuelle. Il appartient donc au débiteur de prouver qu'il n'a pas commis de faute dans cette violation[569]. Il est possible quand il s'agit de l'obligation portant sur une somme d'argent que le créancier réclame des dommages supplémentaires dépassant le montant de l'intérêt moratoire, et ce sans avoir à prouver

567 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4033.
568 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4033; KOCAAĞA 210.
569 CR CO I-THÉVENOZ Art. 97 N 50 ss.

la faute du débiteur. La faute du débiteur est aussi présumée[570]. Quant à la clause pénale, pour exiger la peine conventionnelle, le créancier n'est pas tenu de prouver la faute du débiteur. En revanche, le débiteur peut se libérer de cette responsabilité en prouvant simplement qu'il n'était pas fautif[571].

Dans le domaine de la peine conventionnelle, on peut imaginer trois types de solutions touchant à la question des dommages-intérêts supplémentaires. Premièrement, on ne permet jamais au créancier d'exiger des dommages-intérêts supplémentaires en se référant au caractère forfaitaire de la peine conventionnelle. Deuxièmement, on tient le débiteur pour responsable des dommages-intérêts supplémentaires en admettant sa faute présumée[572]. La dernière option consiste à répondre à la demande de dommages-intérêts supplémentaires en renversant le fardeau de preuve au détriment du créancier, comme c'est le cas dans la législation turco-suisse. Les Codes turco-suisses ont décidé d'une règle qui rend vraiment la position du créancier plus défavorable. Cette règle sous-entend en effet que dans la mesure où la peine a été déterminée en la présence du créancier et qu'il lui fallait déterminer ce montant correctement. Sinon, il doit conséquemment supporter lui-même ce résultat négatif concernant la preuve de la faute[573].

Pour cette raison, l'une des dispositions les plus discutées de la clause pénale est celle qui charge le créancier du fardeau de la preuve concernant la faute pour exiger des dommages-intérêts supplémentaires[574]. Il serait préférable qu'il n'existe pas une telle disposition dans une institution destinée à sauvegarder les intérêts du créancier.

Pour pouvoir obtenir des dommages-intérêts supplémentaires, le créancier doit prouver la faute du débiteur dans la violation de l'obligation. Une faute légère, une simple négligence du débiteur suffit (CO 99 I, COtr 98 I)[575]. Les faits établis par le créancier qui montrent une probabilité très élevée de la faute selon le cours ordinaire de la vie peuvent être considérés comme suffisants[576].

Le créancier ne doit prouver la faute du débiteur dans la violation que pour les cas où la faute est nécessaire pour la responsabilité de celui-ci soit engagé. Si la loi rend le

570 Voir TANDOĞAN, *Responsabilité* 421; CR CO I-THÉVENOZ Art. 106 N 5.
571 Cf. *infra* troisième partie § 1, IV, p. 124 ss.
572 Pour cette approche, voir BGB § 340 I.
573 Pour les motifs du législateur, voir BK-BECKER CO Art. 161 N 3. Voir aussi GAUCH, *Entreprise* N 2531.
574 Voir *p. ex.* BUCHER 530; DIETZI 133 ss; BAK-EHRAT CO Art. 161 N 6; FEYZİOĞLU 401; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4034; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 10; KELLER/SCHÖBI 114; VON TUHR/ESCHER 283; TUNÇOMAĞ, *Clause* 121. Voir aussi KOCAAĞA 211 ss.
575 Cf. ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 99 N 2; TANDOĞAN, *Responsabilité* 417.
576 Cf. VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, Art. 159 N 1.

débiteur non fautif responsable dans la violation de l'obligation, on ne recherche pas non plus la faute de celui-ci pour les dommages-intérêts supplémentaires[577]. *P. ex.* lorsque la violation de l'obligation concerne la responsabilité pour les auxiliaires (CO 101, COtr 100), le créancier n'a pas à prouver la faute du débiteur, ni celle de l'auxiliaire afin d'exiger des dommages-intérêts supplémentaires[578]. Lorsque l'obligation est le paiement d'une somme d'argent, le créancier peut réclamer l'intérêt moratoire selon l'art. 104 CO (COtr 105) même si le débiteur n'est pas fautif[579]. De même, la faute du débiteur n'est pas exigée pour la responsabilité de l'intérêt moratoire. D'ailleurs, on ne recherche pas non plus la faute pour les dommages-intérêts supplémentaires lorsque la peine prévue est inférieure au montant de l'intérêt moratoire, mais seulement jusqu'à concurrence de ce montant.

Du fait que la disposition de l'art. 161 al. 2 CO (COtr 159 II) concernant les dommages-intérêts supplémentaires n'est pas impérative, les parties peuvent y déroger, soit s'accorder différemment sur la faute et sur le fardeau de la preuve[580].

B. La preuve du dommage excédant la peine

Une autre condition pour exiger des dommages-intérêts supplémentaires en sus de la faute du débiteur est la preuve de l'existence de dommages supplémentaires[581]. Les principes généraux sont applicables pour la preuve du dommage. L'art. 42 CO (COtr 42) est par conséquent applicable dans ce cas. C'est donc au créancier de prouver à la fois l'existence et l'étendue du dommage réalisé[582]. Lorsqu'il est difficile, voir impossible d'établir le montant exact du dommage, le juge le déterminera conformément à l'équité (CO 42 II, COtr 42 II)[583]. L'art. 42 al. 2 CO (COtr 42 II) est applicable non seulement à l'étendue du dommage, mais aussi à son existence[584].

577 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4034; KOCAAĞA 212; OĞUZMAN/ÖZ 883.

578 EREN 1139; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4034; OĞUZMAN/ÖZ 883.

579 ATF 123 III 290, 294 c. 4/b, JdT 1998 I 290.

580 Cf. YARGITAY 15e HD 16.9.2002, 1563/3909; 4e HD 12.1.1950, 429/145; BK-BECKER CO Art. 161 N 3; BENTELE 97; BİLGE 111 ss; BUCHER 530 ss; EREN 1139; KOCAAĞA 212; TUNÇOMAĞ, *Clause* 125.

581 YARGITAY 11e HD 8.7.1997, 5188/5532; ENGEL, *Traité* 866; EREN 1139.

582 ATF 122 III 219, 221 c. 3/a, JdT 1997 I 246.

583 Cf. TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 578 ss; CR CO I-WERRO Art. 42 N 24.

584 Voir *p. ex.* ATF 122 III 219, 221 c. 3/a, JdT 1997 I 246; ATF 97 II 216, 218 c. 1, JdT 1972 I 466 (rés.); DESCHENAUX Henri/TERCIER Pierre, *La responsabilité civile*, 2e éd., Berne 1982, § 21 N 21; ENGEL, *Traité* 505; TANDOĞAN, *Responsabilité* 263; CR CO I-WERRO Art. 42 N 24.

Lorsqu'il y a une différence entre l'intérêt moratoire et la peine conventionnelle, le dommage est évident au moins jusqu'à ce montant (CO 104 I, COtr 104)[585]. Néanmoins, il ne faut pas oublier que l'intérêt moratoire nécessite la demeure du débiteur. Bien qu'on ne recherche pas la demeure du débiteur pour que la peine soit exigée, le débiteur doit quand même être mis en demeure afin que le créancier puisse exiger les dommages-intérêts supplémentaires [pour le retard d'exécution].

585 Cf. GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4034.

§ 2. LA RÉDUCTION DE LA PEINE EXCESSIVE

I. EN GÉNÉRAL

En principe, les parties peuvent convenir d'une peine conventionnelle de n'importe quel genre et de n'importe quelle étendue selon le principe de la liberté contractuelle. L'art. 163 al. 1 CO (COtr 161 II) énonce ainsi que « *[l]es parties fixent librement le montant de la peine* » est une répétition de la liberté contractuelle conférée aux parties[586]. Cette liberté concernant la détermination de la peine conventionnelle [montant, forme, étendue etc.] est sujette aux limites fixées par les règles générales du droit des obligations, à l'instar d'autres contrats. En d'autres mots, l'accord des parties ne doit pas être contraire aux dispositions impératives, aux mœurs et à l'ordre public. Si tel est le cas, la contrariété entraîne la nullité de la clause pénale[587].

La loi qui a permis au créancier, dans la clause pénale, d'exiger ses dommages-intérêts supplémentaires, a donné aussi la possibilité au débiteur d'exiger la réduction de la peine conventionnelle lorsqu'elle est excessive. La peine prévue par les parties peut présenter une étendue accablante, même si elle n'est pas contraire aux dispositions impératives, à l'ordre public ou aux mœurs. Dans ce cas, la loi impose donc au juge de la réduire.

La réduction de la peine excessive est une pratique qui dépasse les attributions normales du juge, elle lui permet d'intervenir dans le contrat non pas d'après les causes juridiques, mais d'après la conformité aux circonstances[588]. La loi apporte sans doute une limite à la liberté contractuelle ainsi qu'au principe de « *pacta sunt servanda* » en imposant cette mission au juge[589]. D'une part, le principe de la liberté contractuelle et d'autre part, le sentiment de protéger le débiteur faible nécessitent l'établissement d'un équilibre très délicat dans ce domaine. Le juge réduira la peine qui atteint un montant non conforme aux sentiments de justice et de l'équité à des limites supportables. Mais, il ne faut pas oublier que la clause pénale est une convention

586 Cf. ATF 68 II 169, 173 c. 3, JdT 1943 I 99; BK-BECKER CO Art. 163 N 1; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 1.

587 Cf. *supra* deuxième partie § 2, IV, B, 2, a, p. 107 ss.

588 VON TUHR/ESCHER 284. Cette intervention du juge crée une certaine « insécurité » juridique et judiciaire selon KRAFFT Olivier, *Clause pénales, A quel niveau les réduire ou les augmenter ?, in* Gaz. Pal. du 7 avril 1994, 386 ss.

589 Cf. ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129, 134 c. 4, JdT 1978 I 150; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 10.

comme les autres, elle oblige les parties qui se sont accordées par leurs volontés libres et mérite d'être protégée[590].

L'étendue de la peine conventionnelle peut être plus élevée que le dommage lorsqu'elle a pu être estimée plus ou moins au début du contrat, ou lorsqu'il était encore très probable qu'il n'y aurait aucun dommage en cas de violation de l'obligation. Mais le changement des circonstances aurait pu entraîner aussi un montant élevé, même si cette dernière ne posait pas de problème au début. L'excessivité de la peine peut être due à des facteurs extérieurs, ou causée par les effets inattendus des critères déterminés à l'avance pour évaluer le montant exact de la peine.

Du fait que l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) relatif à la réduction de la peine excessive est une disposition impérative[591], le débiteur ne peut pas renoncer à ce droit à l'avance[592]. Néanmoins, dès que la peine devient exigible, il lui est possible de renoncer à ce droit[593].

Il existe une limite vraiment confuse entre l'excessivité de la peine conventionnelle et la contrariété aux mœurs de celle-ci[594]. Mais, en regard de l'application de l'art. 20 al. 2 CO (COtr 20 II) qui impose la nullité partielle du contrat, on aperçoit un parallélisme évident dans leurs conséquences. De telle sorte que lorsque la peine conventionnelle manifeste une excessivité qui est une limite au-dessous de la nullité, on doit appliquer l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) pour la réduction, et n'utiliser qu'exceptionnellement la nullité partielle (CO 20 II, COtr 20 II) pour cause de contrariété aux mœurs[595]. Autrement dit, lorsque la peine conventionnelle atteint une mesure accablante, le juge ne doit pas être obligé, en principe, de statuer sur son éventuel dépassement des limites de mœurs.

590 Cf. ATF 116 II 302, 304 c. 4, JdT 1991 I 170; ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129, 134 c. 4, JdT 1978 I 150; YARGITAY HGK 8.3.1961, 4-2/10; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 10; ENGEL, *Traité* 866; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 1; OĞUZMAN/ÖZ 884; VON TUHR/ESCHER 285.

591 BENTELE 111; BK-BECKER CO Art. 163 N 11; VON BÜREN 411; EREN 1133; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 17; REİSOĞLU 392; VON TUHR/ESCHER 286.

592 CR CO I-MOOSER Art. 163 N 5; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 17; REİSOĞLU 392; SCHOCH 62; VON TUHR/ESCHER 286.

593 GRISEL 8.

594 Imprécis sur cette limite ARSEBÜK, *Clause* 992; KILIÇOĞLU 583.

595 Cf. BENTELE 110; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 2; GAUCH/SCMID/SCHLUEP/REY 3947.

II. LA NATURE JURIDIQUE DE LA RÉDUCTION

A. La nullité

La peine excessive est *nulle* selon une opinion de la doctrine, puisqu'elle est contraire aux mœurs et/ou aux dispositions impératives (CO 163 III, COtr 161 III). Cependant, il s'agit ici non pas de la nullité totale, mais la nullité partielle relative à la partie excédentaire de la peine conventionnelle. Et l'art. 163 al. 3 CO (CO161 III) est une application spéciale de l'art. 20 al. 1 et 2 CO (COtr 20 I et II)[596].

B. L'annulabilité

Cette opinion voit dans l'excessivité de la peine conventionnelle une sanction d'*annulabilité* [*Anfechtung*] pour la partie excédentaire de celle-ci. Bien que la clause pénale soit valable à l'origine, elle devient nulle [perd sa validité] non seulement rétroactivement mais aussi partiellement [pour la partie excessive] à la suite de l'utilisation du droit d'annulation. La demande de réduction du débiteur est l'annulation partielle de la peine conventionnelle. Le débiteur en alléguant cette excessivité de la peine refuse d'exécuter la peine dans sa totalité et demande la validité partielle de la clause pénale[597].

C. L'enrichissement illégitime

Selon une opinion isolée, la peine conventionnelle n'a pas de cause valable pour sa partie excessive. Lorsqu'un droit est acquis sans cause valable, il s'agit de *condictio indebiti promissi*. La prétention du débiteur de la peine conventionnelle concerne ici la constation et la restitution de cet enrichissement[598].

596 KUNTER Nurullah, *La réduction de la peine déjà acquittée*, *in* RDS 61, 97 ss, 104, « *[t]outes les peines excessives, donc réductibles sont nulles parce qu'elles sont ou immorales ou illicites* » (ég. *Ödendikten Sonra Azaltılabilmeleri Bakımından Fahiş Cezai Şartlar* [La réduction des peines excessives déjà acquittées], *in* Revue de Justice [Istanbul] 1940, 971 ss). Pas clair CR CO I-MOOSER Art. 163 N 5.

597 VON TUHR/PETER 231; pas claire EREN 1140; GAUCH/SCHLUEP/TERCIER N 2532.

598 REICHEL Hans, *Rechtskraft und ungerechtfertigte Bereicherung*, *in* Mélanges à Adolf WACH, Leipzig 1913, Tome III, 35.

D. Le jugement formateur

Une opinion importante, soutenue majoritairement en droit allemand en particulier, considère comme jugement formateur l'intervention du juge au contrat pour la réduction de la peine excessive[599]. Dans les cas où le montant de la peine n'est pas contraire aux mœurs, mais contraire au sens de l'équité, il s'agit d'une excessivité. Il y a une invalidité qui déploie ses effets par l'utilisation du droit formateur (BGB § 343 I *[...] auf Antrag des Schuldners [...]*). On parle, en droit allemand, d'une sanction d'*invalidité partielle automatique* liée à la demande du débiteur[600]. Ce droit formateur produit ses effets par l'exercice d'une action formatrice. La réduction ne se réalise qu'avec le jugement. De cette manière, la décision du juge est un jugement formateur qui modifie le rapport entre les parties[601].

E. Analyse des opinions

Il n'est pas correct de dire que la peine excessive est nulle. Sinon, on devrait admettre qu'il n'y a aucune différence entre l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) et l'art. 20 CO (COtr 20). S'il n'y a aucune différence d'application et d'effets entre l'art. 163 al. 3 et l'art. 20 CO (particulièrement en ce qui concerne l'alinéa 2) qui permet la nullité partielle, il est difficile d'expliquer cette répétition [après 143 articles] par le comportement général et la méthodologie législative, et ce même quand on se trouve dans un contexte particulier. En plus, la nullité, même partielle, entraîne ses propres effets[602]. De cette manière, l'expression du texte de la loi qui s'adresse au juge en ce qui concerne la réduction de la peine est inutile et non conforme à la nature de la nullité[603]. Par ailleurs, l'excessivité de la peine ne se réalise pas lors de la stipulation de celle-ci. En d'autres termes, on ne pourra pas parler d'excessivité avant la violation de l'obligation

599 MunchK-GOTTWALD § 343 N 1; StauK-RIEBLE § 343 N 37 ss. Pour cet avis en droit turc voir TUNÇOMAĞ, *Clause* 165. Voir aussi KURU Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usûlü* [Droit de procédure civile], 6 vol., 6e éd., Istanbul 2001, 1479 ss. Cf. aussi PETITJEAN 50.

600 StauK-RIEBLE § 343 N 37. Soulignons que cette notion d'invalidité partielle automatique comme une variante d'annulation a été soutenue par la deuxième Commission du BGB pour trouver une solution intermédiaire entre les différentes idées sur la nature de la réduction de la peine excessive.

601 StauK-RIEBLE § 343 N 38. Pour l'avis qu'il ne s'agit pas d'un jugement formateur, étant donné que pour que « *l'on puisse parler d'un effet formateur, il faut qu'il se produise, dans les situations des parties une véritable transformation; la simple constation judiciaire [...] d'un droit existant avant la demande ne produit pas un effet formateur* » L'HUILLIER 77 n. 54. Cf. aussi TANDOĞAN, *Nullité* 110 ss.

602 Cf. VON TUHR/PETER 225 ss.

603 Cf. *infra* quatrième partie § 2, IV, C, p. 162 ss et VIII, p. 169 ss.

principale[604]. Il est probable qu'une peine qui représente un montant élevé au début, serait égale, voire même en dessous du dommage réalisé.

Lorsqu'il n'y a pas de disposition légale expresse sur la nature de l'invalidité, elle se détermine en tenant compte de l'objectif visé par le législateur en prévoyant cette disposition et les cas similaires[605]. Il n'est pas étonnant de dire que le législateur avait imaginé l'excessivité de la peine en dehors de la nullité. A l'inverse, il a voulu tirer une autre démarcation pour la peine excessive en dehors et au-dessous des limites de contrariété aux mœurs et aux dispositions impératives[606]. Il se peut que cette limite soit autre chose que la nullité.

La théorie de l'annulabilité de la peine excessive elle n'est pas non plus convaincante. Si le législateur voyait comme conséquence l'annulabilité en cas d'excessivité de la peine, il aurait dû tenir compte du débiteur comme sujet de ce droit, à l'instar de l'erreur, du dol et de la crainte fondée, mais pas du juge, comme l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) le stipule. Lorsqu'on parle de l'annulabilité, la demande du débiteur concernant la réduction est indispensable. Pour cette raison [l'effet naturel de cette opinion] VON TUHR qui défend l'annulabilité de la peine excessive parle de la nécessité de l'existence d'une requête du débiteur au premier volume de son œuvre[607]. Alors que dans le second volume[608], il déclare, à l'inverse, que la demande du débiteur n'est pas nécessaire pour que le juge réduise la peine excessive. Ceci n'est pas conforme à la nature de l'annulabilité,

Il ne faut pas oublier que l'appréciation du caractère excessif de la peine a été laissée au juge. D'ailleurs ce dernier appréciera cette excessivité selon certains critères qui ne sont pas forcément déterminés par la loi. Certains de ces critères dépendent des faits qui se réalisent après la stipulation de la clause pénale. Cette situation nous montre donc que la nullité et l'annulabilité ne sont pas adéquates pour expliquer la nature de la peine excessive, étant donné que l'excessivité dépend des faits réalisés au fil du temps et particulièrement de la réalisation du dommage[609].

Quant à la nature d'enrichissement illégitime, elle ne peut être discutée que quand la peine a déjà été acquittée. Car on ne peut pas parler ni de l'enrichissement du créancier, ni de l'appauvrissement du débiteur avant qu'il n'y ait eu exécution de la peine conventionnelle. Les conditions de l'enrichissement illégitime ne sont pas réalisées avant l'exécution de la peine[610]. Parfois, on ne peut même pas dire que les

604 VON BÜREN 411; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4043. Cf. aussi ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 69 II 76, 79 c. 1, JdT 1943 I 406.

605 ATF 81 II 613, 619 c. 2, JdT 1956 I 483.

606 Cf. PETITJEAN 50.

607 VON TUHR/PETER 232.

608 VON TUHR/ESCHER 285.

609 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4043.

610 Voir CR CO I-PETITPIERRE Art. 62 N 5 ss (not. 7).

conditions se réalisent avec l'exécution de la peine parce que la cause de l'exécution de la peine conventionnelle, même excessive, est encore valable[611].

A propos de la théorie du jugement formateur, elle dépend bien entendu de l'utilisation d'un droit formateur. En droit allemand, le § 343 BGB qui exige précisément la demande du débiteur pour la réduction de la peine excessive suffit à admettre un tel droit formateur. Certes, ce droit formateur s'utilise par voie de jugement et entraîne un *jugement formateur*. Cependant, le droit turco-suisse charge le juge du devoir de réduire la peine excessive sans parler d'une demande du débiteur concernant la réduction.

Il s'agit en droit turc et suisse d'une intervention du juge dans le contrat prévue exceptionnellement par la loi [*revisio in jure, Vertragskorrektur*]. En d'autres termes, le juge va diminuer le montant de la peine et modifier le contrat, quand bien même il n'y a pas de demande du débiteur[612]. Ici, il y a une *modification de la convention par le juge*. Ainsi, le jugement concernant la réduction s'appuie directement sur la loi, mais non sur la demande du débiteur. Si on est d'accord avec le fait que l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) confère une telle compétence au juge, cette disposition est sans doute plus favorable pour le débiteur. Tel ne serait pas le cas si le législateur s'était contenté de lui lui conférer un droit formateur.

III. L'AUTORITÉ COMPÉTENTE POUR LA RÉDUCTION

A. Le juge

L'art 163 al. 3 CO crée un devoir de la réduction de la peine excessive. C'est le tribunal qui est l'organe principal pour la réduction[613].

Lorsqu'il y a un autre litige relatif à l'obligation principale [en dehors de la peine conventionnelle], le tribunal va résoudre les deux litiges, mais devra d'abord examiner le litige concernant l'obligation principale. L'excessivité et la réduction sont les derniers problèmes à résoudre.

Si le débiteur ne conteste que le montant de la peine, la compétence du tribunal se détermine conformément aux règles générales qui relèvent de la compétence des

611 Cf. *infra* quatrième partie § 2, VIII, p. 170 n. 702.

612 Cf. infra quatrième partie § 2, IV, C, p. 162 ss.

613 Cf. TC, JdT 1980 II 31, 32, « *[l]e juge de mainlevée ne peut réduire les peines excessives, mais doit refuser la mainlevée si la peine est disproportionnée de façon déraisonnable à l'intérêt du créancier à l'exécution* ». Dans le même sens YARGITAY IID 18.1.1951, 116.

tribunaux. Le tribunal compétent concernant la peine conventionnelle qui est une obligation accessoire est le tribunal compétent pour l'obligation principale.

B. L'arbitre

Bien que la loi désigne le juge comme compétent pour la réduction de la peine excessive, la question est de savoir si cette compétence est exclusive ou si les arbitres peuvent être aussi considérés comme compétents dans ce domaine. On peut formuler le problème de cette manière: peut-on laisser à l'arbitre la compétence de résoudre le litige sur la clause pénale?

En droit suisse, les parties peuvent soumettre leurs litiges à l'arbitrage, à moins que la cause ne relève de la compétence exclusive d'une autorité étatique en vertu d'une disposition impérative de la loi (CIA 5). On considérera comme indisponibles tous les droits auxquels les parties ne peuvent, en vertu d'une disposition expresse ou implicite de la loi, renoncer, ou ceux qu'elles ne peuvent valablement transiger[614]. La question est de savoir si la clause pénale est un des sujets sur lequel les parties ne peuvent pas transiger. Nous avons déjà dit que l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) est une disposition impérative. Mais, cette nature impérative n'empêche pas de laisser cette compétence à l'arbitre. La *ratio legis* de l'art. 5 CIA ne vise que les cas dans lesquels la nature des prétentions ne correspond pas à l'arbitrage. Même si intuitivement, l'art. 163 al. 3 CO (CO 161 III) est perçu comme une disposition impérative sur la compétence du juge, puisqu'il le désigne clairement, elle n'entend pas conférer au juge une compétence exclusive. De même, quand on compare avec les cas non susceptibles d'arbitrage évoqués casuistiquement en doctrine, on peut facilement saisir la différence entre ces situations et la clause pénale[615]. Il s'ensuit que les parties peuvent convenir de l'arbitrage concernant les litiges sur la peine conventionnelle et/ou sur sa réduction[616].

Quant à l'arbitrage international, l'art. 177 al. 1 LDIP, postulant que « *[t]oute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage* », indique dans quels cas l'arbitrage n'est pas possible. Même si l'article parle des causes patrimoniales, et bien qu'elles ne soient pas déterminées par la loi[617], la doctrine préfère suivre une méthode casuistique[618]. En prenant compte de ces situations, les litiges relevant du droit des contrats à l'arbitrage international, à l'instar de l'arbitrage interne, sont également

614 Voir JOLIDON Pierre, *Commentaire du Concordat suisse sur l'arbitrage*, Berne 1984, 152 ss.

615 Voir *p. ex.* DUTOIT Bernard/KNŒPFLER François/LALIVE Pierre/MERCIER Pierre, *Répertoire de droit international privé suisse*, Tome I, Berne 1982, 265 ss; JOLIDON 155 ss.

616 Cf. ZR 30 N 136; JOLIDON 159.

617 Cf. DUTOIT Bernard, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4e éd., Bâle-Genève-Munich 2005, Art. 177 N 2.

618 Voir *p. ex.* ZK-VISCHER LDIP Art. 177 N 5 ss.

arbitrables[619]. Les parties peuvent donc convenir de l'arbitrage sur la clause pénale en ce qui concerne l'art. 176 al. 1 et l'art. 177 al. 1 LDIP. De cette manière, nous pouvons dire que les parties sont libres de laisser arbitrer les litiges découlant de la clause pénale indépendamment ou avec le contrat principal à l'arbitrage interne et international. Dans ce cas, le devoir de réduire la peine excessive appartient à l'arbitre ou aux arbitres[620].

Quant au droit turc qui a des dispositions similaires dans le domaine de l'arbitrage interne ainsi que dans le domaine de l'arbitrage international, les litiges présents ou éventuels peuvent être aussi soumis à l'arbitre ou aux arbitres. L'art. 518 LPtr, qui traite de l'arbitrage interne en disant qu'il n'est pas possible d'y recourir pour les affaires pour lesquelles les parties ne peuvent transiger, le permet la plupart du temps. Pour les affaires non arbitrables, on note qu'il y a un parallélisme avec le droit suisse[621]. En droit turc aussi, il est possible de laisser les litiges sur la peine conventionnelle à l'arbitrage[622]. Il n'y a pas de différence avec le droit suisse tant pour l'arbitrage interne que l'international. L'art 1 AItr qui traite de l'arbitrage international est identique à l'art. 518 LPtr et à l'art. 177 al. 1 LDIP. On déduit de cela que les parties peuvent également convenir de l'arbitrage concernant les litiges sur la peine conventionnelle et/ou sur sa réduction en droit turc.

IV. LES CONDITIONS DE LA RÉDUCTION DE LA PEINE EXCESSIVE

A. L'existence d'une peine exigible

L'existence d'une peine conventionnelle n'est pas suffisante en elle-même pour pouvoir procéder à une réduction. La première condition de la réduction de la peine

619 Cf. BUCHER Andreas/BONOMI Andrea, *Droit international privé*, 2e éd., Bâle-Genève-Munich 2004, N 1234; DUTOIT Art. 177 N 2; MÜLLER Christoph, *International Arbitration, A Guide to the Complete Swiss Case Law (Unreported and Reported)*, Zurich-Bâle-Genève 2004, 20; ZK-VISCHER LDIP Art. 177 N 5.

620 TUNÇOMAĞ, Clause 162.

621 Cf. ERTEKİN Erol/KARATAŞ İzzet, *Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması* [L'arbitrage volontaire dans la pratique et la reconnaissance, des décisions arbitrales internationales], Ankara 1997, 75 ss; KURU, *Procédure* 5945 ss. Cf. aussi ÜSTÜNDAĞ Saim, *Medeni Yargılama Hukuku* [Droit de procédure civile], Tome I-II, 6e éd., Istanbul 1997, 941 ss.

622 POSTACIOĞLU İlhan E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri* [Cours de droit de procédure civil], 6e éd., Istanbul 1975, 446; KOCAAĞA 245; TUNÇOMAĞ, *Clause* 162 « *[l]e parties ne peuvent cependant pas limiter ou supprimer le droit d'alléguer l'excessivité de la peine* ».

conventionnelle, voire la discussion de son excessivité est son exigibilité[623]. Alors que le § 343 al. 1 BGB en parle expressément, l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) n'est pas clair du tout à ce sujet. Reste que cette seule impression n'est pas suffisante pour retenir une solution différente en droit turco-suisse. Et ce parce que, tout d'abord, le débiteur n'a pas d'intérêt juridiquement protégé à la demande de réduction de la peine non encore exigible[624]. L'intérêt éventuel du débiteur, dans ces cas-là, est de savoir précisément quel sera le montant de sa responsabilité en cas de violation de l'obligation. Cet intérêt ici du débiteur, ne mérite pas de protection juridique, et ceci pour deux raisons. D'une part, le fait de permettre au débiteur de demander la réduction de la peine non encore exigible prime sur le comportement de celui-ci. Ce comportement montre aussi que le débiteur envisage de violer son obligation en demandant une réduction de la peine qu'il estime excessive. D'autre part, une éventuelle réduction de la peine avant son exigibilité diminue les effets psychologiques de la clause pénale qu'attend le créancier. De plus, il n'est même pas possible de déterminer, ni de réduire la peine conventionnelle avant son exigibilité. Il s'ensuit qu'avant l'exigibilité de la peine, non seulement on ne peut pas demander la réduction, mais on ne peut même pas discuter une telle excessivité. Ainsi il est hors de question d'autoriser une action en constatation du caractère excessif de la peine[625].

B. L'excessivité de la peine

1. En général

Il est impossible de donner des règles absolues et générales concernant l'excessivité de la peine. C'est une notion relative qui doit être appréciée différemment dans chaque cas concret[626]. De cet effet, la loi a préféré laisser cette appréciation au juge au lieu d'établir des règles dans ce domaine. Le pouvoir d'appréciation délégué au juge dans le domaine de la peine conventionnelle concerne l'existence et le montant de la réduction[627]. En revanche, une fois que le juge relève l'excessivité, il est obligé de réduire la peine conventionnelle, *i.e.*, il n'a plus le pouvoir d'appréciation de ne pas la

623 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 69 II 76, 79 c. 1, JdT 1943 I 406; BENTELE 122; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 11; EREN 1140; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4050; ÖZSUNAY 166; TUNÇOMAĞ, *Clause* 144.

624 SCHERRER 24.

625 Cf. ATF 69 II 76, 79 c. 1, JdT 1943 I 406; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 11; KOCAAĞA 226; TUNÇOMAĞ, *Clause* 144.

626 Cf. ARSEBÜK, *Clause* 993; SCHERRER 24; THILO 68 ss; TUNÇOMAĞ, *Clause* 144. Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4047 ss.

627 GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4042; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 7.

réduire[628]. A l'instar d'autres cas où le pouvoir d'appréciation du juge rentre en jeu, le juge doit se baser sur des motifs objectifs[629].

Le juge doit décider en tenant compte de toutes les particularités du cas concret[630]. La peine prévue est-elle conforme aux principes de l'équité? La peine conventionnelle qui atteint un montant déraisonnablement élevé et qui dépasse manifestement la limite admissible en toute justice et équité, est-elle excessive?[631] Lorsque les limites du montant de la peine sont fixées par une disposition légale, il ne s'agira jamais d'excessivité lorsque la peine conventionnelle est au-dessous de ces limites.

Lorsque le dommage réalisé à la suite de la violation de l'obligation est supérieur à la peine, la réduction n'est jamais possible[632]. C'est-à-dire que la peine conventionnelle dans ce cas n'est pas excessive. L'excessivité ne peut être discutée que lorsque la peine est supérieure au dommage réalisé.

Bien qu'il soit impossible de réglementer l'appréciation du caractère excessif de la peine par des règles absolues, il est pourtant clair qu'à la suite d'une longue pratique, certains critères ont été appliqués à ce sujet. Tous ces critères servent à apprécier s'il s'agit bien d'une excessivité en ce qui concerne la prestation de la peine. Néanmoins, au regard de chaque cas particulier, ces critères ne sont pas astreignants, ni ne constituent un *numerus clausus*[633]. Tous les critères énoncés dans la pratique et dans la doctrine visent à orienter le juge. Nous les présentons ci-dessous.

628 ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 12; SCHERRER 11.

629 Cf. ATF 127 III 153, 154 c. 1/a, JdT 2001 I 366; ATF 123 III 246, 255 c. 6/a, JdT 1998 I 300; YARGITAY HGK 3.10.1973, 4-391/751; 15e HD 28.12.1989, 1938/5496. Voir aussi LE ROY Yves/SCHŒNENBERGER Marie-Bernadette, *Introduction générale au droit suisse*, Zurich-Bâle-Genève 2002, 328. Cf. aussi POSTACIOĞLU 432, « *[s]i le juge commet une erreur dans son appréciation, c'est une cause de cassation* »; pour une jurisprudence qui justifie cette opinion YARGITAY HGK 24.1.1968, 4-365/45.

630 BaK-EHRAT CO Art. 163 N 15; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4047; KELLER/SCHÖBI 114; OĞUZMAN/ÖZ 883; THILO 68.

631 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129, 134 c. 4, JdT 1978 I 150; ATF 95 II 532, 539 c. 5, JdT 1971 I 40; ATF 91 II 372, c. 11, JdT 1966 I 322; Extraits 1976 29; YARGITAY 13e HD 5.3.1991, 9362/2424; 15e HD 9.10.1986, 1071/3211; BK-BECKER CO Art. 163 N 8; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 10 et 17; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4048; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 7; REISOĞLU 391; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 355.

632 ATF 103 II 108, JdT 1978 I 194; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4048.

633 CHAPPUIS 71.

2. Les critères de l'appréciation de l'excès

a. L'intérêt du créancier à l'exécution

L'un des critères qui sert à apprécier l'excessivité de la peine est l'intérêt poursuivi par le créancier au moment de l'exécution de l'obligation[634]. Les intérêts du créancier à l'exécution doivent être déterminés non seulement comme les intérêts matériels, mais aussi comme tous les intérêts légitimes de ce dernier[635]. Il faut même tenir compte non seulement du dommage réalisé chez le créancier, mais aussi des dommages qu'il aurait pu subir en raison de la violation de l'obligation[636]. De même, les dommages normatifs du créancier peuvent être aussi pris en considération.

Le fait que le dommage subi par le créancier ou l'intérêt attendu de l'exécution de l'obligation principale par celui-ci est inférieur au montant de la peine conventionnelle ne suffit pas à lui seul pour admettre que la peine est excessive[637]. La plupart du temps, la peine est en effet déterminée comme un montant éventuellement supérieur au dommage réalisé ou à l'intérêt attendu de l'exécution de l'obligation principale. Pour qu'il s'agisse de l'excessivité de la peine conventionnelle, il faut qu'elle atteigne un montant *déraisonnablement élevé* qui dépasse manifestement la limite admissible en toute justice et équité.

Il ne suffit pas non plus d'admettre pour la réduction de la peine que le créancier ne subit aucun dommage suite à la violation de l'obligation principale[638]. La loi dit clairement que la peine est encourue même si le créancier ne subit aucun dommage. C'est pourquoi il faut aussi rechercher si le montant est déraisonnablement élevé au point de dépasser la limite admissible en toute justice et équité.

Au stade de l'appréciation du caractère excessif de la peine, le créancier ne peut pas être obligé de prouver le dommage subi[639]. Il faut admettre que sa déclaration est

634 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129, 134 c. 4, JdT 1978 I 150; ATF 91 II 372, 383 c. 11, JdT 1966 I 322; YARGITAY 13e HD 11.11.1986, 4726/5410; ARSEBÜK, *Clause* 993; BUCHER 532; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 16; ENGEL, *Traité* 866; KELLER/SCHÖBI 114; OĞUZMAN/ÖZ 883; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 355; TUNÇOMAĞ, *Clause* 146; VON TUHR/ESCHER 285; SCHWENZER N 71.15.

635 ARSEBÜK, *Obligations* 989; VON TUHR/ESCHER 285. Voir aussi THILO 69; YARGITAY 15e HD 7.6.1984, 1521/1999.

636 ATF 114 II 264, 265 c. 1/b, JdT 1989 I 74; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4048

637 ATF 114 II 264, 265 c. 1/b, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 108, 109, JdT 1978 I 194; ATF 40 II 224, JdT 1915 I 130; Extraits 1976 29; BK-BECKER CO Art. 163 N 10; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 18; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4048; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 7.

638 Cf. ATF 40 II 224, JdT 1915 I 130.

639 TUNÇOMAĞ, *Clause* 146.

valable en ce qui concerne le dommage réalisé. Lorsque le débiteur prétend qu'il y a disproportion entre la peine conventionnelle et le dommage réalisé, il lui appartient de prouver le montant réel du dommage réalisé. Il est contraire à l'esprit de la clause pénale d'exiger du créancier la preuve du dommage réalisé. Néanmoins, les règles d'équité peuvent exceptionnellement entraîner qu'on lui impose cette preuve.

b. La gravité de la faute du débiteur

Un autre facteur pris en compte par le juge est la gravité de la faute du débiteur lors de la violation de l'obligation principale[640]. Même si une simple négligence du débiteur suffit pour que la peine soit exigible, la légèreté de la faute facilite la possiblité de la réduction de la peine excessive selon l'équité[641]. En effet, le degré de la faute est toujours appréciable lorsqu'il s'agit de l'équité[642]. Cependant, la légèreté de la faute n'est pas un critère en soi déterminant pour réduire la peine excessive[643]. Il faut toujours rechercher un montant déraisonnablement élevé et non-conforme à l'équité.

La responsabilité du débiteur ne peut toujours être traitée de manière identique. Ainsi, il faut faire une différence selon que la faute de celui-ci n'est pas nécessaire pour que l'on admette la violation de l'obligation principale, que la faute n'a pas à être attribuée au débiteur ou au contraire que la faute du débiteur est exigée et que l'on exige un certain degré de gravité en ce qui la concerne.[644]. Voilà pourquoi, le cas échéant, il faut tenir compte de la gravité de la faute du débiteur.

Lorsque la peine conventionnelle assure l'exécution de plusieurs obligations et que le débiteur a déjà exécuté l'une ou quelques unes d'entre elles, ou encore lorsque l'obligation a été exécutée partiellement, il est conforme à l'équité de réduire la peine conventionnelle[645]. Cependant, en cas d'exécution partielle, l'excessivité de la peine trouve sa justification dans la partie déjà exécutée.

640 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129, 134 c. 4, JdT 1978 I 150; ATF 103 II 108, 109, JdT 1978 I 194; ATF 95 II 532, 539 c. 5, JdT 1971 I 40; ATF 91 II 372, 383 c. 11, JdT 1966 I 322; YARGITAY 13e HD 5.3.1991, 9362/2424; 13e HD 11.11.1986, 4726/5410; ARSEBÜK, *Clause* 993; BK-BECKER CO Art. 163 N 12 ss; BUCHER 532; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 16 et 18; ENGEL, *Traité* 866; EREN 1141; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4048; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 7; KELLER/SCHÖBI 114; OĞUZMAN/ÖZ 883; SCHWENZER N 71.15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 355; VON TUHR/ESCHER 285; TUNÇOMAĞ, *Clause* 147.

641 TUNÇOMAĞ, *Clause* 148.

642 BK-BECKER CO Art. 163 N 16.

643 BK-BECKER CO Art. 163 N 16.

644 BK-BECKER CO Art. 163 N 16.

645 BK-BECKER CO Art. 163 N 13; SCHERRER 27; TUNÇOMAĞ, *Clause* 148. Cf. CCfr 1231.

Lorsqu'il s'agit d'une faute grave et particulièrement d'une faute intentionnelle du débiteur ou d'un comportement contraire aux mœurs dans la violation de l'exécution de l'obligation principale, le juge doit apprécier l'excessivité plus prudemment. Voire, dans ce cas, le juge ne doit pas, en principe, réduire la peine conventionnelle[646].

c. *Les situations économiques des parties*

En considérant l'excessivité de la peine, on peut constater que la situation économique des parties joue un rôle important[647]. Puisque l'excessivité est une notion subjective, il ne faut pas faire abstraction de la situation économique des parties, notamment de celle du débiteur. Le juge devra pour apprécier l'excessivité de la peine se mettre en situation empathique.

Alors qu'une peine peut être considérée comme excessive pour un débiteur économiquement faible, elle peut être normale pour une personne plus aisée[648]. Du coup, si le débiteur sera placé dans une situation défavorable après l'exécution de la peine, il faut apprécier de manière plus attentive l'excessivité de la peine. En revanche, il importe bien de ne pas confondre l'excessivité de la peine par rapport à la situation économique du débiteur et la nullité de celle-ci en raison de sa contrariété aux droits de la personalité. La peine conventionnelle peut être excessive même si elle n'est pas contraire aux droits de la personnalité et même si elle n'atteint pas un montant qui aurait pû ruiner celui-ci. C'est-à-dire que la peine conventionnelle conforme aux droits de la personnalité du débiteur par rapport à son montant peut représenter une somme dépassant manifestement la limite admissible en toute justice et équité. Cependant, comme nous l'avons dit plus haut, une fois que l'excessivité de la peine est déterminée, il est en principe inutile de rechercher encore la contrariété aux mœurs[649].

Quand il s'agit de la situation économique du débiteur, il s'agit de la situation qui serait la sienne à la suite d'une éventuelle exécution de la peine conventionnelle. Lorsque l'exécution de la peine n'influera pas la situation du débiteur, *p. ex.* lorsqu'un

646 BK-BECKER CO Art. 163 N 16; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 18; VON TUHR/ESCHER 285; TUNÇOMAĞ, *Clause* 147. Voir aussi ATF 91 II 372, 383 c. 11, JdT 1966 I 322.

647 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 129, 134 c. 4, JdT 1978 I 150; ATF 91 II 372, 383 c. 11, JdT 1966 I 322; YARGITAY 13e HD 5.3.1991, 9362/2424; 13e HD 11.11.1986, 4726/5410; ARSEBÜK, *Clause* 993; BK-BECKER CO Art. 163 N 17; BUCHER 532; CHAPPUIS 71; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 16; ENGEL, *Traité* 866; EREN 1141; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4048; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 7; GÜNAY 193; KELLER/SCHÖBI 114; OĞUZMAN/ÖZ 883; SCHOCH 68; SCHWENZER N 71.15; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 355; VON TUHR/ESCHER 285; TUNÇOMAĞ, *Clause* 149 ss.

648 TUNÇOMAĞ, *Clause* 149.

649 Cf. *supra* deuxième partie § 2, IV, B, 2, a, p. 107 ss.

tiers promet l'exécution de la peine au débiteur, il n'y aura pas lieu de se référer à la situation économique de ce dernier[650].

On doit tenir compte non seulement de la situation économique du débiteur pour l'appréciation de l'excès, mais encore de celle du créancier. Pourtant, la situation économique du créancier n'est pas déterminante au même titre que celle du débiteur[651]. La situation économique du créancier est plus importante lorsqu'un équilibre est recherché entre les situations économiques des parties en appréciant l'excès. Lorsque la peine n'a pas beaucoup d'importance pour un créancier qui est économiquement fort, et lorsqu'elle entraîne une charge considérable pour le débiteur, on peut admettre d'autant plus facilement l'excessivité de la peine conventionnelle.

d. *Les autres critères*

En dehors des trois critères principaux mentionnés ci-dessus, il y a sans doute d'autres éléments dont il faut tenir compte pour l'appréciation de l'excès de la peine conventionnelle[652]. Ainsi en va-t-il de la nature, de la durée et du genre du contrat [ou du rapport d'obligation][653], de la faute éventuelle du créancier[654], de l'expérience des parties dans le domaine de l'objet de l'obligation[655], du rapport de dépendance entre elles[656], ainsi que du caractère personnel de l'obligation principale. La nature de la prestation de la peine et son étendue peuvent être aussi prises en considération pour déterminer l'excessivité de la peine. Le caractère cumulatif ou exclusif de la peine peut être aussi significatif et important en ce qui concerne l'excessivité [plutôt en cas de prohibition de faire concurrence, *p. ex.* la quantité de reprise de la peine conventionnelle, en cas de prohibition de faire concurrence].

D'ailleurs, les avantages réalisés par le créancier ou par le débiteur à la suite de la violation de l'obligation principale doivent aussi être prises en considération pour l'appréciation de l'excès[657]. Il convient de dire encore une fois que l'excessivité de la peine conventionnelle est une notion relative qui dépend de chaque cas concret. Le

650 BK-BECKER CO Art. 163 N 17; SCHOCH 68; TUNÇOMAĞ, *Clause* 150.

651 Cf. BK-BECKER CO Art. 163 N 18.

652 Voir notamment CHAPPUIS 71 ss; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 17; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 8.

653 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 108, 109, JdT 1978 I 194; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 17; EREN 1141; SCHWENZER N 71.15.

654 ATF 105 II 200, 204 c. 6/c, JdT 1980 I 165.

655 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 17.

656 ATF 114 II 264 c. 1/a, JdT 1989 I 74; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 7; RECK 121.

657 YARGITAY 13e HD 5.3.1991, 9362/2424; BK-BECKER CO Art. 163 N 9; SECRÉTAN 134; SCHOCH 67.

juge peut se prononcer librement le cas échéant, *i.e.* qu'il n'est lié par aucun des critères mentionnés ci-dessus.

C. La demande du débiteur

Contrairement au BGB, les codes des obligations turc et suisse n'apportent pas de précision sur la nécessité de la demande du débiteur pour la réduction de la peine excessive. Le § 343 al. 1 BGB dit clairement que le juge réduit la peine excessive à la suite de la demande du débiteur {*[...] auf Antrag des Schuldners [...]*}. Or, de l'avis des lois turque et suisse, c'est le juge qui doit réduire les peines excessives, plus précisément les peines qu'il estime excessives.

Au regard du contenu des dispositions, la doctrine n'est pas unanime en Turquie comme en Suisse. En attirant l'attention sur l'expression de la loi {« *[l]e juge* ***doit*** *réduire [...]* », « *[...]* ***hat*** *der Richter [...] herabzusetzen* », « *[h]akim [...] tenkis ile* ***mükelleftir*** »} (CO 163 III, COtr 161 III) une partie de la doctrine[658] soutient que la demande du débiteur n'est pas un préalable nécessaire pour la réduction des peines excessives. Même si le débiteur ne l'exige pas, le juge réduit *ex officio*. La Cour de cassation turque suit cette opinion assez rigoureusement[659]. Si bien qu'il n'y a presque aucun arrêt dans lesquels la Cour suprême n'aurait pas rappelé au juge son devoir de vérifier l'excessivité de la peine[660]. Lorsqu'il s'agit de la peine conventionnelle, YARGITAY exige donc que le juge examine son montant et son éventuel excessivité, sous peine de voir le jugement cassé en cas d'omission.

D'après une autre opinion[661] qui s'appuie sur la théorie du droit formateur, la demande du débiteur en vue de la réduction est indispensable. Selon elle, lorsqu'il s'agit d'un droit, il est très rare voire impossible que le juge se prononce sans aucune demande[662]. L'expression de la loi qui oblige le juge à réduire les peines qu'il estime excessives ne signifie pas que le juge agisse d'office. Cette expression se rapporte au devoir du juge concernant la réduction. Une fois que le juge se rend compte de l'excessivité de la peine, il n'est pas libre de la réduire ou pas, il y est obligé. Il s'ensuit

658 *P. ex.* ARSEBÜK, *Clause* 993; BK-BECKER CO Art. 163 N 21; FEYZİOĞLU 403; KUNTER 103; ÖZSUNAY 166; REİSOĞLU 391; SCHOCH 68 ss; VON TUHR/ESCHER 283. Cf. aussi ÜSTÜNDAĞ 248 ss.

659 Voir pour des critiques sur ce sujet GÖKTÜRK 404 ss. L'auteur demande si « *[lle pouvoir d'appréciation du juge est-elle la démolition des piliers [axes] de la liberté contractuelle?* ».

660 L'attitude de la Cour de cassation turque face à la clause pénale n'est pas différente de l'attitude du Sénateur romain Marc Ponti CATON à Carthage [*Delenda est Carthago*].

661 *P. ex.* BUCHER 532; KOCAAĞA 239 ss (not. 240); ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 12; SCHERRER 31; SCHWENZER N 71.15; TUNÇOMAĞ, *Clause* 153. Cf. aussi VON TUHR/PETER 232.

662 TUNÇOMAĞ, *Clause* 152.

que la demande de réduction est tout de même indispensable. Si on oblige le juge à réduire la peine excessive d'office, il doit assumer lui-même le fardeau d'allégation [*Behauptungslast*][663] ce qui est contraire aux règles de la procédure civile[664]. Certains auteurs du même avis[665], prennent appui sur d'autres dispositions légales. Ainsi en arguant qu'il n'y a pas de différence entre la réduction du salaire du courtier (CO 417, COtr 409) et celle de la peine conventionnelle excessive, il n'est pas logique, selon ces spécialistes, d'exiger la demande formelle du débiteur pour la première et non pour la seconde. De même, ils considèrent inexplicable et injustifiable avec l'esprit [raison] de la loi, une éventuelle différence entre la lésion qui est une disposition impérative et qui concerne l'ordre public et la peine conventionnelle.

Nous n'adhérons pas à l'opinion qui prétend qu'il s'agit d'un jugement formateur à la réduction de la peine excessive et qui exige la demande du débiteur pour la réduction. Si on qualifie la demande de réduction comme un droit formateur, cette opinion peut être soutenue. Néanmoins, il n'est pas juste de parler de la nécessité de la demande du débiteur pour que la peine excessive soit réduite. Comme on l'a mentionné ci-dessus, l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) qui charge le juge de la réduction des peines excessives nie l'existence d'un droit formateur dans ce domaine[666] et oblige le magistrat à statuer *ultra petita*.

D'ailleurs, la disposition concernant la réduction du salaire excessif du courtier ne doit pas être appliquée par analogie pour la peine conventionnelle. Premièrement, la disposition en question (CO 417, COtr 409) parle expressément de la demande du débiteur contrairement à l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 II). Si le législateur avait eu une intention similaire pour la réduction de la peine conventionnelle, il aurait rédigé le texte autrement. D'autre part, l'excessivité du salaire du courtier et la lésion ne peuvent pas être considérés de la même manière, la justification de ces deux institutions étant différente. La réduction du salaire du courtier est prévue pour protéger les travailleurs et le marché immobilier, elle doit aussi empêcher les prélèvements exagérés dans ce domaine[667]. La lésion, quant à elle, sert à empêcher l'exploitation d'une partie par l'autre[668]. Or, pour la peine conventionnelle, le motif de

663 Même s'il admet que le juge agit d'office à la réduction, BK-BECKER [CO Art. 163 N 19] est d'avis qu'il appartient au débiteur de prouver l'excessivité de la peine [les critères de réduction].

664 TUNÇOMAĞ, *Clause* 152.

665 SCHERRER 31; TUNÇOMAĞ, *Clause* 152.

666 Cf. *supra* quatrième partie § 2, II, E, p. 151 ss.

667 ATF 111 II 366, 369 c. 3/a, JdT 1986 I 499; TURRETTINI Pierre, *Le contrat de courtage et le salaire du courtier*, th., Genève 1952, 87. Voir pour les détails sur la réduction du salaire du courtier MARQUIS Christian, *Le contrat de courtage immobilier et le salaire du courtier*, th., Lausanne 1993, 272 ss. Cf. aussi ATF 109 II 120, 122 c. 2/b, JdT 1984 I 41.

668 CR CO I-SCHMIDLIN Art. 21 N 1.

la réduction se trouve dans le montant déraisonnablement élevé. Il ne peut pas être expliqué par la structure établie entre le dommage et l'indemnité par le système juridique.

Une troisième opinion[669] intermédiaire admet, à juste titre, que le juge peut réduire la peine excessive même s'il n'y a pas de demande du débiteur. Cependant, il n'assume jamais l'examen de l'excessivité de la peine lui-même. En fait, si le juge constate dans le contenu du dossier judiciaire la peine excessive, il doit la réduire[670]. Quoique les expressions de la loi obligent expressément le juge à réduire la peine excessive, on ne peut pas exiger son intervention dans le montant de la peine s'il ne décèle point d'excessivité dans le dossier. Il est plus favorable d'interpréter les expressions de la loi dans ce sens. De même on ne peut pas exiger du juge qu'il examine l'excessivité de la peine à chaque fois qu'il rencontre une clause pénale[671]. Il s'ensuit que lorsque le juge ne peut tirer le montant du dommage du dossier, il n'a donc pas à examiner l'excessivité. Car avant de connaître le montant du dommage, il est impossible d'apprécier l'excessivité de la peine conventionnelle. En conclusion, lorsque le dommage ne ressort pas du dossier, ou lorsqu'il n'est pas allégué par le débiteur, il n'y aura pas lieu de parler d'excessivité.

De ce point de vue, l'attitude de YARGITAY qui consiste à imposer au juge d'examiner l'excessivité de la clause pénale dans chaque cas est malheureuse. La clause pénale perdra de sa valeur aux yeux des créanciers, si on fait toujours appel à la réduction et à l'excessivité à chaque fois que l'on est en présence d'une clause pénale qui est déjà affaiblie par l'acceptation de la possibilité de la réduction.

Il appartient, bien entendu, au débiteur de prouver l'excessivité de la peine et l'accomplissement des autres conditions de la réduction[672].

V. LE MOMENT DE L'EXCESSIVITÉ

Par rapport à quel moment l'excessivité de la peine sera-t-elle déterminée? Plusieurs solutions sont envisageables. Le moment où la peine conventionnelle est prévue, le

669 BUCHER 532; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 11; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4054; KARAGÖZ 38; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 6.

670 ATF 109 II 120, 121 c. 2/a, JdT 1984 I 41.

671 YARGITAY HGK 3.10.1973, 4-391/751, « *[l]'application de cette disposition qui se tient d'office par le juge nécessite d'examiner le montant du dommage consécutif à la violation de l'obligation [...]* »; 13e HD 1.2.1974, 168/232.

672 ATF 114 II 264, 265 c. 1/b, JdT 1989 I 74; ATF 103 II 108, 109, JdT 1978 I 194; Extraits 1987 12; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 11; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 6; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 12.

moment où celle-ci devient exigible, voire même, le moment où le jugement est rendu[673]. On peut également laisser la question à l'appréciation du juge.

Le moment de la stipulation de la peine conventionnelle n'est pas convenable quand il s'agit d'apprécier l'excès de la peine, parce que l'excessivité de la peine ne peut pas être connue avant la violation de l'obligation, avant la réalisation du dommage, avant d'être sûre qu'il n'y ait pas de dommage ou encore avant l'exigibilité de la peine. Il n'est donc pas possible de prendre comme base le moment de la détermination de la peine pour l'appréciation de l'excessivité laquelle se réalisera ultérieurement[674].

Le moment du jugement n'est pas non plus toujours conforme à l'équité. Lorsqu'on tient compte de ce moment, le débiteur qui, après avoir violé l'obligation principale, n'exécute pas non plus la peine conventionnelle est avantagé dans le cas où la peine n'était pas excessive auparavant mais qu'elle devient excessive moment du jugement. Le débiteur qui n'exécute pas la peine conventionnelle au moment où elle aurait dû être exécutée doit supporter les effets négatifs des faits *a posteriori*. De même, lorsqu'on accepte la possibilité de la réduction des peines déjà acquittées, il n'est pas non plus convenable de prendre en considération le moment du jugement.

D'après nous, le moment de l'appréciation de l'excès doit donc être, en principe, le moment de l'exigibilité de la peine[675]. Le moment du jugement peut être exceptionnellement pris en compte le cas échéant. Ainsi en est-il lorsque la peine était excessive auparavant et qu'elle ne l'est plus au moment du jugement.

VI. LA MESURE DE LA RÉDUCTION

A. En général

Après avoir constaté l'accomplissement des conditions de la réduction de la peine excessive, le juge réduit la peine à une limite raisonnable et conforme à l'équité[676]. Il appartient au juge de déterminer cette limite de réduction. Néanmoins, il ne peut pas utiliser son pouvoir d'appréciation pour supprimer totalement la peine[677], même si le

673 KOCAAĞA 238.

674 Cf. DESCHENAUX Henri, *Note sur l'imprévision et la réduction de la peine conventionnelle du chef de circonstances nouvelles, in* JdT 1943 I 107 ss, 109.

675 ATF 114 II 264; ATF 69 II 76, JdT 1943 I 406, SJ 1944 62; BK-BECKER CO Art. 163 N 11; BENTELE 122; CHAPPUIS Fernand, *La clause de prohibition de concurrence dans une convention d'actionnaires, in* SJ 2003 317 ss, 332; BaK-EHRAT CO Art. 163 N 11; ENGEL, *Traité* 867; CR CO I-MOOSER Art. 163 N 7. Cf. aussi DESCHENAUX 109.

676 Cf. GAUCH/SCLUEP/SCHMID/REY N 3956; OĞUZMAN/ÖZ 884.

677 OĞUZMAN/ÖZ 884; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 13.

créancier ne subit aucun dommage suite à la violation de l'obligation, ou même s'il n'a plus d'intérêt à l'exécution[678]. Dans le cas contraire, ce comportement du juge dépasse les limites de son pouvoir d'appréciation.

L'art. 1189 al. 2 du projet 1905 du Code des obligations limitait le montant de la réduction au montant du dommage prouvé[679]. Cette disposition ne se conformait pas aux caractéristiques de la clause pénale, et elle a été refusée et éliminée du projet par la commission d'experts[680]. En effet, permettre la réduction jusqu'au montant du dommage prouvé est contraire à l'esprit d'une institution énonçant que la peine doit être exécutée, et ce même si le créancier ne subit aucun dommage.

Comme YARGITAY l'affirme à plusieurs reprises, la limite maximale de la réduction la plus adéquate doit être le montant qui dépasse le dommage réalisé [le dommage prouvé par le débiteur] plus une somme qui confirme la nature répressive de la clause pénale[681].

La nature de la prestation de la peine n'a aucune importance pour la réduction[682]. Le cas échéant, la nature de la peine peut aboutir à des problèmes, lorsqu'elle ne correspond pas à une somme d'argent ou à autre chose du même genre. Nous allons examiner le mode de réduction par rapport à la nature de la prestation de la peine.

678 Voir les auteurs qui pensent qu'il est possible, dans ce cas, de supprimer totalement la peine BK-BECKER CO Art. 163 N 11; SCHOCH 68; VELİDEDEOĞLU/ÖZDEMİR, Art. 161 N 1. Voir aussi KRAFFT 387.

679 « *Jedoch ist der Richter befugt, übermässige Strafen nach seinem Ermessen* ***bis auf den Betrag nach gewiesenen Schadens*** *herabzusetzen* ».

680 Voir « Le protocole de la commission d'experts de la révision du code des obligations suisse, 2e Session, 12-23 octobre 1908 ». Voir aussi ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 13.

681 YARGITAY 13e HD 3.5.2004, 16053/6546; 13e HD 14.11.1977, 4495/5010, « *[i]l est contraire à la loi de réduire la peine jusqu'au montant du dommage réalisé, en ne tenant pas compte de sa fonction punitive* ». Cf. aussi GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY N 4052; GUHL/KOLLER/SCHNYDER/DRUEY § 56 N 7; KOCAAĞA 249 ss.

682 EREN 1140.

β. Les modalités de la réduction

1. Les prestations divisibles

On parle de prestation divisible, lorsque la prestation peut se faire en plusieurs fois sans qu'elle ne change de nature ou qu'elle ne perde de sa valeur[683]. Il en va ainsi lorsque la prestation est une somme d'argent ou une autre prestation de genre.

La réduction se réalise par une diminution proportionnelle des montants des prestations. Lorsqu'il s'agit d'une prestation de faire réductible, le juge la réduit d'une manière convenable. Lorsqu'une obligation de ne pas faire est prévue comme peine conventionnelle, tout particulièrement en cas de prohibition de faire concurrence, elle peut être réduite par application analogique de l'art. 340a CO. Le juge la réduit quant au lieu, quant à la durée et quant au genre d'affaires; à moins que le cas concret ne rende pas cela possible. Le juge agirait alors d'après les circonstances, *p. ex.* il peut limiter la prestation de la peine soit quant à sa durée, à son lieu ou encore au genre d'affaires, et traiter ces aspects indépendamment ou simultanément les uns des autres[684].

2. Les prestations indivisibles

Lorsque la prestation prévue comme peine est de nature indivisible, elle pose un problème lors de la réduction. Si la prestation est indivisible, comment donc la réduction sera-t-elle réalisée?

On peut imaginer deux possibilités dans cette situation. Soit le débiteur exécute la peine et le créancier compense l'excessivité par un paiement; soit il donne au créancier une somme d'argent au lieu de la peine conventionnelle. Il n'y a guère d'autre solution pour la réduction. Il nous faut donc choisir une de ces deux solutions.

A qui cette option appartient-elle? Au débiteur, au créancier, au juge? Nous pensons qu'il convient d'attribuer cette option au créancier[685] dans la mesure où les intérêts à préserver ici doivent être ceux du créancier. Après avoir obtenu la constatation de l'excessivité de la peine, le débiteur est satisfait par la seule réduction à faire, point n'est besoin de lui conférer en outre le choix des modalités. Aucun argument convaincant ne permet dès lors d'avancer qu'il faille laisser cette option au débiteur. Pourtant, le créancier se trouve face à une prestation réduite différente de son attente. Etant donné que le créancier avait d'autres attentes, c'est à lui qu'appartient

683 VON TUHR/ESCHER 325.

684 SCHERRER 10.

685 Pour l'avis que cette option appartient au juge, voir KOCAAĞA 248; TUNÇOMAĞ, *Clause* 171 ss.

dorénavant la tâche de réfléchir minutieusement à ses intérêts. Le créancier doit donc pouvoir préférer l'exécution de la peine conventionnelle en payant le montant excessif au débiteur, lorsqu'il considère que l'exécution de la peine est plus avantageuse, ou au contraire opter pour la solution de recevoir une somme d'argent au lieu de la peine prévue[686].

VII. LES FRAIS JUDICIAIRES ET LES DÉPENS

Les frais judiciaires comprennent essentiellement les émoluments judiciaires et les débours du tribunal [*p. ex.* les montants payés aux témoins, aux experts, etc.][687]. En règle générale, ils sont mis à la charge de la partie qui succombe (voir OJ 156 I, CPC/NE 152 I, CPC/FR 111, CPC/VD 92 I, LPC/GE 176 I[688])[689]. Lorsqu'aucune des parties n'a entièrement gain de cause ou que la partie qui a succombé pouvait de bonne foi se croire fondée à poursuivre le procès, les frais peuvent être répartis proportionnellement entre les parties (voir *p. ex.* OJ 156, CPCtr 417, CPC/NE 152 II, CPC/FR 111 II, CPC/VD 92, LPC/GE 176). La réduction de la peine excessive ne suffit pas pour admettre que le créancier succombe, et ce en raison de la nature différente de l'action en réduction de la peine excessive, le débiteur étant dans le rôle du plaideur contrairement à la logique de la structure de la procédure judiciaire. De cette manière, il n'est pas juste d'imputer tous les frais judiciaires au créancier[690]. Mais il n'est également pas judicieux de les faire payer dans leur intégralité au débiteur, puisqu'on se situe dans un procès qui vise à le protéger[691]. La solution la plus cohérente pour résoudre ce problème consiste à répartir les frais judiciaires conformément à l'équité entre le débiteur et le créancier. Il n'est pas nécessaire que ce partage soit proportionnel. Le juge peut répartir différemment la somme selon les circonstances et surtout l'équité.

Quant aux dépens, soit l'indemnité versée à la partie qui a gain cause et qui couvre tous les frais indispensables pour le litige occasionné[692], la partie qui succombe est aussi condamnée à les payer[693]. Lorsque aucune des parties n'a entièrement gain de cause, le juge peut répartir proportionnellement les dépens (voir OJ 159 III, CPCtr 417,

686 Cf. StauK-RIEBLE BGB § 343 N 17.

687 HOHL Fabienne, *Procédure civile*, (Tome II), *Organisation judiciaire, compétence, procédure et voies de recours*, Berne 2002, N 1937 ss; KURU, *Procédure* 5304 ss; VOGEL Oscar/SPÜHLER Karl, *Grundriss des Zivilprozessrechts*, 7e éd., Berne 2001, 294 ss.

688 Pour d'autres cantons, voir VOGEL/SPÜHLER 294 ss.

689 Cf. HOHL N 1949; KURU, *Procédure* 5332 ss.

690 TUNÇOMAĞ, *Clause* 170.

691 TUNÇOMAĞ, *Clause* 170.

692 HOHL N 1959; KURU, *Procédure* 5327 ss. Voir aussi VOGEL/SPÜHLER 296 ss.

693 HOHL N 1976; KURU, *Procédure* 5332 ss.

CPC/NE 152 II, CPC/FR 111 II, CPC/VD 92, LPC/GE 176[694]). Le problème de la condamnation aux dépens doit être résolu selon la solution de la condamnation aux frais judiciaires. C'est-à-dire que le juge les repartira conformément à l'équité, sans aucune condition de proportionnalité[695].

Il faut bien distinguer l'action en réduction de la peine excessive ouverte par le débiteur de l'action en exécution de la peine ouverte par le créancier. Pour la dernière, le juge prononce l'exécution de la peine conventionnelle, mais simultanément avec une réduction de celle-ci lorsqu'elle est excessive. Dans ce cas, il faut accepter que le débiteur succombe, même s'il existe une réduction de la peine. Il en ressort que les frais judiciaires et les dépens doivent être placés à la charge du débiteur[696].

VIII. LA RÉDUCTION DE LA PEINE ACQUITTÉE

Le débiteur peut-il exiger une réduction de la peine déjà acquittée, c'est-à-dire déjà exécutée? C'est un autre sujet des plus discutés de la clause pénale[697].

D'une part, on peut soutenir que toutes les exécutions de peines excessives ne comprennent pas nécessairement la renonciation à la réduction. D'autre part, on peut penser que le débiteur doit exiger la réduction de la peine avant de l'exécuter, sinon l'exécution implique une renonciation à la réduction. Cependant, il est possible d'alléguer que le législateur n'avait pas l'intention de permettre la réduction des peines acquittées.

Dans le premier cas de figure, KUNTER[698], en soutenant le caractère nul de la peine excessive, est d'avis que « *[...] le juge peut réduire, même après le paiement, la peine conventionnelle qu'il estime excessive [...]* ».

MOOSER[699] admet quant à lui la réduction de la peine acquittée « *[...] pour autant qu'on ne puisse inférer de ce paiement la renonciation à demander la réduction ou la reconnaissance du caractère équitable de la peine* ».

694 Pour d'autres cantons, voir VOGEL/SPÜHLER 296 ss.

695 Cf. TUNÇOMAĞ, *Clause* 170 ss.

696 La Cour de cassation prononce qu'on ne peut pas faire endosser au plaideur [le créancier] la charge des frais judiciaires, étant donné que le juge décide d'office et que le créancier n'a pas pu apprécier l'excessivité auparavant YARGITAY 4e HD 1.11.1977, 7/10331; TD 6.11.1965, 975/3137; TD 18.1.1964, 4661/157; du même avis KURU, *Procédure* 5395; ÜSTÜNDAĞ 470 ss.

697 Le TF n'a pas résolu le problème ATF 88 II 511, 512 c. 3/a, JdT 1963 I 597 (rés.), SJ 1963 313; JdT 1934 267; YARGITAY n'en a pas dit mot non plus.

698 KUNTER 107.

SECRÉTAN[700], parlant du caractère d'ordre public de l'art. 163 al. 3 CO, allègue dans sa thèse que « [*l*]*a réduction de la peine n'est pas exclue lorsque celle-ci a déjà été acquittée* ».

TEKİNAY, AKMAN, BURCUOĞLU et ALTOP[701] sont d'avis qu'en droit turc, il n'y a pas d'obstacles à la réduction même après que la peine a été acquittée, mais que le juge doit, le cas échéant, agir beaucoup plus prudemment en ces occasions. Ainsi, il devra prendre sérieusement en compte la situation économique du débiteur[702].
Dans le second cas de figure, VON TUHR[703], en s'appuyant sur le § 343 al. 1 BGB, renonce à la réduction de la peine excessive une fois versée. BECKER[704] ajoute que si le législateur avait voulu permettre la réduction d'une peine déjà exécutée, il aurait fixé un délai pour la demande de réduction, comme il l'a fait à l'art. 21 CO.

De même, OĞUZMAN et ÖZ[705] pensent qu'une fois que la peine a été exécutée volontairement et sciemment, cela signifie que le débiteur a admis l'inexistence de l'excessivité de la peine. Il ne peut donc plus exiger la réduction[706].

En droit allemand, la loi (BGB § 343 I) a expressément privé le débiteur de la possibilité d'exiger la réduction une fois qu'il a exécuté la peine conventionnelle. En revanche, le droit turco-suisse ne contient pas de disposition expresse. En droit turc et suisse, étant donné qu'il n'y a pas une disposition similaire, on ne peut pas prendre en compte le § 343 al. 1 BGB pour empêcher la réduction de la peine déjà exécutée.

---

699 CR CO I-MOOSER Art. 163 N 12.

700 SECRÉTAN 125.

701 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 356.

702 Les auteurs qui permettent la réduction de la peine acquittée ENGEL, *Traité* 867; SCHERRER 25; SCHOCH 69; ZK-OSER/SCHÖNENBERGER CO Art. 163 N 17. Certains auteurs [*P. ex.* BENTELE 125; BUCHER 532; BaK-EHRAT CO Art. 158 N 5 et 163 N 12; GAUCH/SCHMID/SCHLUEP/REY N 3957; GRISEL 8; KELLER/SCHÖBI 115] exigent pour la réduction de la peine déjà acquittée la réalisation des conditions de l'enrichissement illégitime. A notre avis, il n'y a pas de vice dans la cause lors de l'exécution de la peine, même si elle est excessive. C'est le jugement [concernant la réduction] qui rend invalide la cause de l'exécution de la peine. On ne peut pas parler d'invalidité de la cause avant le jugement qui est rétroactif. Alors, il s'agit ici d'une cause qui a cessé d'exister [*condictio ob causam finitam*] par le jugement relatif à la réduction, mais pas de *condictio indebiti promissi* ni de l'absence d'une cause valable [*condictio sine causa*].

703 VON TUHR/ESCHER 285.

704 BK-BECKER CO Art. 163 N 17; dans le meme sens ARSEBÜK, *Clause* 993.

705 OĞUZMAN/ÖZ 884

706 Pour l'avis qu'il y a renonciation à l'exécution et que la réduction n'est plus possible BUCHER 532; KARAGÖZ 35; TUNÇOMAĞ, *Clause* 156; dans le même sens ARSEBÜK, *Clause* 993; BERKİ 300; VON BÜREN 412; EREN 1140; KOCAAĞA 228.

Il n'est pas toujours juste de dire que le débiteur renonce à la réduction en exécutant la peine conventionnelle. Dans certains cas, le débiteur peut être obligé d'exécuter la peine sans avoir l'intention de renoncer à la réduction, lorsque, *p. ex.* il y a un cautionnement solidaire, et lorsque la caution solidaire a dûment exécuté la peine en faveur du créancier, on ne peut pas parler de renonciation de la part du débiteur. De même, lorsqu'il y a une peine conventionnelle payée d'avance ou lorsqu'il y a des arrhes ou du dédits réel qui ont aussi la fonction de peine conventionnelle, il n'y aura pas une telle renonciation. Il peut y avoir aussi des cas où l'exécution de la peine est faite sciemment et non pas obligatoirement avec une volonté de renonciation.

Même si le Code ne prévoit pas de délai, on peut se demander jusqu'à quand la réduction peut-elle être exigée sans que cela n'empêche la possibilité de la réduction. Néanmoins, il ne doit pas être possible d'appliquer les délais de restitution de l'enrichissement illégitime, parce que, selon nous, une exécution de la peine conventionnelle même excessive ne représente pas un enrichissement illégitime. La cause de l'exécution est toujours valable, mais perd sa validité par la décision du juge[707]. Il faut donc admettre que le débiteur peut exiger la réduction de la peine excessive dans un délai qui ne constitue pas un abus de droit. Ce délai change, bien entendu, dans chaque cas spécifique.

D'un autre point de vue, eu égard aux critères de réduction de la peine excessive, l'exécution de la peine elle-même ne suffit pas à présumer de manière irréfragable que le débiteur renonce et perd son droit relatif à la réduction. Si on avait tenu compte uniquement de la situation économique du débiteur pour la réduction, on aurait pu admettre que le débiteur renonçait à la réduction et donnait son accord sur la conformité à l'équité de la peine. Or, il existe d'autres critères dont il faut tenir compte pour l'excessivité de la peine à côté de la situation économique des parties[708]. Il va cependant sans dire que la situation économique du débiteur sera beaucoup moins importante pour la réduction de la peine déjà acquittée. Le juge doit donc tenir compte prudemment de la situation économique du débiteur[709].

Le débiteur peut exiger la réduction de la peine excessive même après son exécution tant par une action en réduction indépendante que par une exception ou par une éventuelle demande reconventionnelle. Bien que l'exécution de la peine n'empêche pas une telle réduction, si le débiteur a renoncé expressément ou implicitement à la réduction au moment même ou après l'exécution, la réduction ne sera plus possible[710].

---

707 Cf. *supra* quatrième partie § 2, VIII, p. 170 n. 702.

708 Cf. *infra* quatrième partie § 2, IV, B, 2, p. 158 ss.

709 TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 356

710 SCHERRER 25.

Les déclarations et les comportements qui sous-entendent la conformité de la peine conventionnelle montrent la volonté de la renonciation.

IX. LA RÉDUCTION DE LA PEINE EXCESSIVE EN DROIT COMMERCIAL TURC

A la différence du droit suisse, le droit turc contient une disposition différente dans le domaine de la clause pénale. Un débiteur qui possède le statut de commerçant selon l'art. 24 CComtr ne peut pas exiger la réduction de la peine excessive d'après l'art. 161 al. 3 COtr.

Il faut tout d'abord indiquer que lors la réception du Code des obligations suisse, au cours de la réforme juridique en Turquie, au début du siècle, on a préféré recevoir le Code partiellement plutôt que dans son intégralité. On a laissé de côté les dispositions après le titre vingt-troisième [de la société simple]. La Turquie qui avait des expériences différentes dans le domaine du droit commercial avait donc préparé un code de commerce différent du code des obligations suisse. A l'instar du droit français et du droit allemand, le droit commercial turc avait aussi une codification séparée dans ce domaine. Il contenait des dispositions et des principes différents du Code des obligations suisse. Après le code de commerce de 1926, la révision de ce code opérée en 1956 et intitulée « le Code de commerce turc » est toujours en vigueur en Turquie[711]. La disposition du Code de commerce turc qui ne permet pas aux commerçants de demander une réduction des peines excessives marque une différence par rapport au droit suisse. Il n'est pas erroné de dire que le Code de commerce turc [1956] actuel s'est inspiré du Code de commerce allemand [HGB][712], dans ce domaine[713].

L'application de l'article en question implique deux conditions: que le débiteur soit commerçant ou considéré comme tel et que l'obligation découle d'une affaire commerciale.

711 Voir pour le sujet de la réception du droit étranger en Turquie et la situation dans le domaine du droit commercial HIRSCH Ernst E., *Rezeption als sozialer Prozeß, Erläutert am Beispiel Türkei, in* Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung (n° 50), Berlin 1981, 29 ss et 90 ss.

712 Voir pour la même disposition HGB § 348.

713 D'ailleurs, le Code de commerce turc 1956 a été préparé par le professeur allemand Ernst E. HIRSCH qui a résidé pendant de longues années en Turquie.
L'art. 647 al. 1 aCComtr renfermait aussi [mais c'etait quand même controversé] la même disposition, voir pour les discussions KUNTER Nurullah, *La question de la réduction des peines conventionnelles excessives en droit commercial, in* Revue du Barreau d' Istanbul (n° 5), 295 ss.

A. Le débiteur commerçant ou considéré comme commerçant

En définissant le titre de commerçant, le Code de commerce turc détermine des conditions différentes pour les personnes physiques et pour les personnes morales. Malgré le fait que l'entreprise commerciale est à la base de la détermination du titre de commerçant, il y a tout de même une divergence de nature entre les personnes physiques et morales.

1. La personne physique commerçante

L'art. 14 al. 1 CComtr définit la personne physique commerçante comme « *une personne qui exploite une entreprise commerciale, même partiellement, à son propre nom* ». La loi prévoit deux conditions pour que la personne acquière le titre de commerçant: la première est l'existence d'une entreprise commerciale, la seconde est l'exploitation [au moins partielle] de cette entreprise en son propre nom.

a. L'existence d'une entreprise commerciale

La première condition la suivante: La personne doit être en mesure d'attester de l'existence d'une entreprise commerciale[714]. Si le propriétaire n'a pas encore commencé à exploiter l'entreprise commerciale, il suffit soit qu'il ait informé le public par des moyens de publicitaires [circulaire, journal, radio] soit qu'il ait fait inscrire son entreprise au registre du commerce avec les publications nécessaires (CComtr 14 II) pour être considéré comme un commerçant. Comme nous pouvons le déduire de cet article, avoir commencé l'exploitation de l'activité n'est pas toujours une condition d'acquisition qui permet l'accès au statut de commerçant[715]. De même, la loi n'exige pas l'inscription de l'entreprise au registre du commerce en vue de l'obtention du titre de commerçant[716].

En ce qui concerne l'entreprise commerciale, aucune définition n'est donnée dans le Code. Néanmoins, il existe une définition dans l'Ordonnance sur le registre du commerce (ORCtr 14 II). En prenant comme base l'art. 52 al. 3 ORC suisse [717], l'Ordonnance définit l'entreprise commerciale d'un point de vue négatif en disant en

714 ARKAN Sabih, *Ticari İşletme Hukuku* [Le droit de l'entreprise commerciale], 7e éd., Ankara 2004, 109; POROY Reha/YASAMAN Hamdi, *Ticari İşletme Hukuku* [Droit de l'entreprise commerciale], 10e éd., Istanbul 2004, N 172.

715 ARKAN 112.

716 ARKAN 112; POROY/YASAMAN N 169.

717 ORC 52 III, « *[e]st réputée entreprise, au* sens *de la présente ordonnance, toute activité économique indépendante exercée en vue d'un revenu régulier* ».

quoi il ne peut s'agir d'une entreprise commerciale. L'article en question affirme ainsi: « *[l]es activités par lesquelles on ne vise pas un revenu régulier [activités lucratives], ou qui ne sont pas perpétuelles, et les activités indiquées à l'art. 17 CComtr qui n'outrepassent pas une activité artisanale ne sont pas des entreprises commerciales* ».

L'art. 11 CComtr, qui énumère les entreprises commerciales, désigne: « *[l]es maisons de commerce, les entreprises industrielles et autres établissements qui sont exploités en la forme commerciale* ». Nous sommes donc face à deux différentes dispositions, celle de la loi et celle de l'Ordonnance. Pour cette raison, on doit d'abord rechercher l'existence des entreprises au sens indiqué à l'art. 11 CComtr. Une fois cette condition remplie, il faut alors rechercher si elle est conforme à la définition donnée par l'Ordonnance, c'est-à-dire si l'entreprise vise à obtenir un revenu, si elle a une continuité, si elle présente un dépassement de l'activité artisanale, ou encore si elle est indépendante[718].

De cette manière, tout d'abord, il faut rechercher s'il y existe une maison de commerce, une entreprise industrielle ou un autre type d'établissement exploité d'une façon commerciale. L'art. 12 CComtr énumère les maisons de commerce à l'al. 1, et s'arrête sur les entreprises industrielles à l'al. 2. L'art. 13 CComtr parle quant à lui des autres établissements exploités en la forme commerciale.

i. La maison de commerce (CComtr 12/I)

En déterminant leurs activités, l'art. 12 al. 2 CComtr énumère en douze alinéas ce qu'elle considère comme maisons de commerce:

α. L'acquisition de biens mobiliers et la vente ou le loyer de ces biens sans ou après transformations;

β. L'acquisition des papiers-valeurs et leurs vente;

γ. La fabrication et la production de n'importe quelle nature;

δ. La métallurgie;

ε. L'imprimerie, le journalisme, la maison d'édition et les renseignements;

ζ. L'exploitation de locaux comme le théâtre, le cinéma, l'hôtel, l'auberge et le restaurant, l'école et l'hôpital privé et de locaux publics consacrés à la vente;

718 POROY/YASAMAN N 54.

η. L'exploitation des magasins généraux et d'autres dépôts ou entrepôts;

θ. L'opération cambiaire et de bourse, le changeur, la banque;

ι. Les compagnies d'assurance hormis les assurances sociales;

κ. Le transport de personnes et de marchandises de n'importe quelle nature [terre, air, mer, rivière et lac];

λ. La distribution d'eau et d'électricité, la transmission et la communication de renseignements par téléphone et radio;

μ. L'exploitation d'une agence, d'un courtier, d'un commissionnaire et de tout autre type d'intermédiaire.

De l'expression de l'article *{[...] et les autres établissement fondées afin d'exploiter des affaires similaires [...]}*, il ressort avec clarté que l'énumération de ces activités n'est pas exhaustive. De cette manière, les établissements qui exploitent des affaires similaires [le foyer d'étudiants privé, les entreprises des établissements de finance, le service concernant la transmission des émissions de télévisions, des connections Internet et de données etc.] sont considérés aussi comme maison de commerce[719].

ii. L'entreprise industrielle (CComtr 12/II)

Etabli en tenant compte l'art. 53/B ORC suisse, l'art. 12 al. 2 CComtr afin de parler d'une entreprise industrielle, démontre l'existence d'une activité en stipulant qu'il faut: « *[t]ransformer à l'aide de machines ou d'autres moyens techniques des matières premières ou d'autres marchandises en des produits nouveaux ou perfectionnés* ». Lorsqu'il y a une telle activité, il existe une entreprise industrielle, donc une entreprise commerciale selon le Code de commerce.

iii. Les autres établissements exploités en la forme commerciale (CComtr 13 I et II)

Il y a aussi existence d'une entreprise commerciale (CComtr 13 I), lorsque le volume [la nature] et l'importance [la valeur] de l'établissement entraînent l'utilisation de la comptabilité commerciale, et lorsque cet établissement est fondé en vue de réaliser les activités mentionnées ci-dessous:

719 Cf. ARKAN 28.

α. La vente de produits agricoles par un propriétaire de terrien ou par un agriculteur sans ou après transformation;

β. La création et la vente des œuvres faites par un artisan, avec ou sans l'aide d'employés ou de machines.

Même s'il n'exerce pas l'une des activités d'une maison de commerce ou d'une entreprise industrielle, lorsque la capacité et l'importance des activités d'un établissement entraîne l'utilisation de la comptabilité commerciale et lorsque celles-ci donnent à cet établissement la nature d'une entreprise commerciale, il s'agit aussi d'un établissement exploité en la forme commerciale (CComtr 13 II).

iv. Les conditions de l'art. 14 al. 2 ORCtr

Dès qu'il y a une entreprise mentionnée au sens défini ci-dessus, il faut se demander si cette entreprise remplit les conditions posées par l'art. 14 al. 2 ORCtr. Selon cette disposition, il faut chercher à savoir si cette entreprise commerciale a l'objectif d'obtenir un revenu régulier, la continuité, l'indépendance ainsi que le dépassement de l'activité artisanale.

α. *L'objectif d'obtenir un revenu*

Ce qui distingue l'entreprise commerciale c'est l'objectif d'obtenir un revenu régulier[720]. Lorsqu'un tel objectif n'existe pas, il ne s'agira pas d'une entreprise commerciale. La réalisation de cet objectif n'a aucune importance[721].

β. *La continuité*

Les activités opérées dans une entreprise commerciale doivent être permanentes. De cette manière, les activités occasionnelles [courtage seulement pour un contrat] excluent l'entreprise commerciale[722]. Pour la constatation de ce caractère, la volonté est déterminante[723]. Il y a une entreprise commerciale dès la première activité, lorsque la volonté est de continuer ces activités. De même, le caractère intermittent de l'activité

720 ARKAN 19; İMREGÜN Oğuz, *Kara Ticareti Hukuku Dersleri* [Cours de droit commercial], 11e éd., Istanbul 2001, 7 ss; POROY/YASAMAN N 56.
721 ARKAN 19; İMREGÜN 8.
722 ARKAN 19; POROY/YASAMAN N 56.
723 ARKAN 20; İMREGÜN 8.

n'affecte pas la continuité[724]. Lorsqu'il y a la volonté de continuer l'activité, par de manière régulière ou irréguliaire, la condition sera réalisée.

γ. *L'indépendance*

Bien que ni le Code de commerce, ni l'ordonnance ne la mentionne, la doctrine turque, en s'inspirant de l'art. 52 al. 3 ORC suisse, ajoute la condition de l'indépendance en ce qui concerne l'entreprise commerciale[725]. Si l'activité n'est pas indépendante, il s'agira d'une filiale liée à une entreprise centrale, mais pas d'une entreprise commerciale proprement dite[726].

δ. *Le dépassement de l'activité artisanale*

Même si une entreprise agit dans un domaine mentionné par la loi et remplit les conditions susmentionnées sans que son volume d'activité ne dépasse la limite d'une activité artisanale il ne s'agit pas encore d'une entreprise commerciale[727]. En d'autres termes, le volume des activités d'une entreprise détermine sa nature commerciale[728].

L'activité artisanale est définie à l'art. 17 CComtr [le titre marginal: l'artisan] de la manière suivante: « *[l]es artisans et les gens de commerce ne sont pas considérés comme commerçants, lorsque leurs activités économiques s'appuient plutôt sur leurs travaux corporels que sur leurs fonds pécuniaires; et lorsque leurs revenus ne sont suffisants qu'à leur subsistance* ». A cause de l'imprécision de ce montant, la loi, à l'art. 1463 al. 2 CComtr, a délégué au Conseil des ministres la compétence de déterminer par montant annuel. En s'appuyant sur cette compétence, le Conseil des ministres a précisé ce montant ainsi que d'autres conditions avec le décret 86/10313 daté du 25.1.1986[729]. En raison de la situation économique du pays dans les années quatre-vingt et du taux d'inflation très élevé qui en était une des conséquences, le Conseil des ministres ne l'a même pas chiffré précisement, mais s'est contenté de se référer à certaines limites présentes dans le Code de procédure fiscale (CPFtr 177). Dès qu'on excède ces limites, on entre enfin dans le domaine de l'entreprise commerciale.

724 ARKAN 20; İMREGÜN 8.
725 ARKAN 20; KARAYALÇIN Yaşar, *Ticaret Hukuku, Giriş – Ticari İşletme* [Droit commercial, Introduction - Entreprise commerciale], 3e éd., Ankara 1968, 160; POROY/YASAMAN N 56.
726 Cf. ARKAN 20.
727 ARKAN 20; İMREGÜN 9.
728 Imprécis concernant les critères YARGITAY HGK 8.10.1997, 13-407/769; 15e HD 20.11.1995, 3975/6704; 15e HD 28.5.1991, 4811/2821; relativement plus clair 11e HD 10.6.1991, 2178/3877.
729 RG 19.2.1986 [n° 19024].

b. L'exploitation au moins partiellement en son propre nom

Pour qu'une personne soit considérée comme commerçante, il n'est pas nécessaire qu'elle exploite l'entreprise commerciale totalement[730]. Il s'ensuit que tous les associés d'une société simple qui exploitent une entreprise commerciale sont des commerçants[731]. Lorsque l'entreprise est exploitée par un mandataire, le statut de commerçant appartient au mandant[732]. Contrairement à la nécessité d'exploiter l'entreprise commerciale en son propre nom, la loi n'attache aucune importance au fait de l'exploiter pour le compte d'une autre personne. Dans une société simple privée [sociétariat interne], est commerçant l'associé actif qui dirige la société en son propre nom, mais non l'associé passif pour le compte duquel la société est dirigée[733].

De même, lorsque l'entreprise commerciale est exploitée par l'intermédiaire des parents ou d'un tuteur, le titre de commerçant appartient aussi au mineur ou à l'interdit, mais non aux parents ou au tuteur (CComtr 15)[734].

c. Les personnes considérées comme commerçantes même si elles n'exploitent pas une entreprise commerciale

Même s'il n'existe pas d'entreprise, les personnes qui agissent en établissant une telle apparence sont responsables envers le tiers de bonne foi comme commerçantes. L'art. 14 al. 2 Ccomtr dit ainsi: « *[l]a personne qui agit, comme i elle avait créé une entreprise commerciale, soit, en son propre nom, soit au nom d'une société simple, ou soit encore au nom d'une autre société (au titre d'associé) qui est considérée juridiquement inexistante pour n'import quelle cause, est responsable envers le tiers de bonne fois comme commerçant* ». Le législateur a décidé conformément à l'équité de tenir pour responsables les personnes qui se présentent sous une fausse apparence. Ces personnes ne peuvent pas non plus exiger la réduction de la peine excessive; et par cette apparence, elles auraient dû renseigner l'autre partie dans la relation d'obligation.

2. La personne morale commerçante

La loi repartit les personnes morales commerçantes en deux groupes: les personnes morales qui sont toujours commerçantes [les sociétés commerciales] et les personnes

730 ARKAN 110.
731 ARKAN 110 ss.
732 ARKAN 110; POROY/YASAMAN N 175.
733 ARKAN 111; POROY/YASAMAN N 175.
734 Cf. ARKAN 111; İMREGÜN 31 ss.

morales qui peuvent obtenir ce titre par rapport à leurs activités [l'association, la fondation etc.] (CComtr 18).

a. Le titre commerçant des sociétés commerciales

L'art. 18 Ccomtr confère le titre de commerçant à toutes les sociétés commerciales sans aucun égard au fait qu'elles exploitent une entreprise commerciale ou non. Les sociétés commerciales, selon l'art. 136 Ccomtr, sont les sociétés « *[...] en nom collectif, en commandite, anonyme, à responsabilité limitée et coopérative [...]* »[735]. Les sociétés commerciales obtiennent ce titre par l'acquisition de la personnalité juridique, c'est-à-dire par l'inscription au registre du commerce (Ccomtr174, 256, 301 I, 512 I; LCoop 7)[736]. La publication des statuts dans la Feuille du registre du commerce [Le Feuille officielle turque du commerce] n'a aucune importance en vue de l'obtention du titre de commerçant[737].

b. Le titre de commerçant des autres personnes morales

Bien qu'elles n'aient pas directement le titre de commerçant, certaines personnes morales sont considérées comme telles lorsqu'une exploitation d'une entreprise commerciale est attestée dans leurs activités. Ceci est valable pour:

i. Les associations qui exploitent une entreprise commerciale (CComtr 18 I)

Les associations en tant que personnes morales « *[...] sont fondées afin de réaliser un but précis et commun en dehors de partager le revenu [...]* » (CCtr 56 I)[738]. Même il n'est pas possible de fonder une association afin d'en partager le bénéfice, une association peut exploiter des entreprises commerciales afin d'avoir les ressources nécessaires au maintien de ses activités[739]. Dans ce cas, elle est considérée comme commerçante.

735 Voir pour les arrêts que les coopératives [dans ce cas, la coopérative de construction] ne sont pas considérées comme commerçantes, étant donné que l'art. 1 LCoop les désigne comme des organisations et non comme des sociétés commerciales YARGITAY HGK 7.2.1996, 956/45; 15e HD 11.3.1996, 1048/1263.
736 ARKAN 117.
737 ARKAN 117.
738 Cf. CC 60 I.
739 ARKAN 117.

Exceptionnellement, les associations qui ont le statut d'association d'intérêt public [*p. ex.* Le Croissant Rouge] ne sont jamais commerçantes, et ce même si elles exploitent des entreprises commerciales. (CCtr 100; LdA 27; CComtr 18 II; ORCtr 75).

ii. *Les fondations qui exploitent une entreprise commerciale*

L'art. 18 CComtr qui confère sous certaines conditions aux associations le titre de commerçant n'est pas explicite en ce qui concerne les fondations. Néanmoins, la doctrine est presque unanime: cet article est aussi applicable dans le domaine des fondations[740]. Les fondations qui exploitent l'entreprise commerciale afin d'avoir les ressources nécessaires au maintien de leurs activités, sont donc considérés comme commerçants. L'art. 101 CCtr dit que les fondations: « *[...] qui sont des communautés de biens et qui sont des personnes morales se forment pour un but précis et permanent par l'attribution de biens suffisants qui appartiennent à des personnes physiques et morales [...]* »[741].

iii. *Les organisations et les établissements fondés par les personnes morales publiques afin d'être gérés dans le cadre des dispositions du droit privé ou d'être exploités en la forme commerciale selon leurs lois constituantes (CComtr 18 I)*

Les organisations et les établissements fondés par des personnes morales publiques [Etat, Ville, Mairie etc.] sont des entreprises économiques publiques [Organisations économiques d'Etat et Etablissements économiques publics], des établissements liés à ces entreprises ou des autres organisations ou des établissements fondés par les personnes morales publiques afin d'être gérés dans le cadre des dispositions du droit privé ou d'être exploités en la forme commerciale selon leurs lois constituantes. Ces organisations et établissements sont considérés aussi comme commerçantes[742].

c. *La société d'armement*

Bien qu'elle ne soit pas personne morale, les dispositions concernant les commerçants sont aussi applicables, selon l'art. 19 CComtr, à la société d'armement. La société d'armement ne peut donc exiger une réduction de peine excessive (CComtr 24). On parle de société d'armement lorsque « *[u]n navire, appartenant à plusieurs personnes qui*

740 ARKAN 118 ss et les réf. cit. (n. 4).
741 Cf. CC 80.
742 Voir ARKAN 119 ss.

sont propriétaires communistes, est exploité autour par accord entre les propriétaires, dans le commerce maritime au nom et au compte de tous » (CComtr 951 I)[743].

3. Le moment où le titre commerçant est exigé

Le moment où on exige le titre commerçant correspond au moment de l'engagement. Même si le débiteur [commerçant] ne porte plus le titre de commerçant après avoir promis une peine conventionnelle, il ne peut pas exiger la réduction de la peine excessive[744]. On tient compte ici du statut du débiteur à l'époque de la promesse. En revanche, si la dette a été reprise par un tiers qui n'a pas le titre commerçant, la disposition en question (Ccomtr 24) concernant les débiteurs commerçants n'est plus applicable[745]. Dans ce cas, d'après le Code de commerce, lorsque le tiers reprenant n'est pas commerçant il peut demander une réduction si la peine conventionnelle est excessive.

B. L'obligation découlant de l'affaire commerciale

L'art. 24 CComtr concernant les débiteurs commerçants ne mentionne pas la source de l'obligation. Il est donc légitime de se demander si l'article ne permet pas aux commerçants d'exiger une réduction de la peine conventionnelle accessoire à toutes leurs obligations, ou s'il faut rechercher une connexion entre le titre de commerçant et l'obligation, donc la peine conventionnelle.

Malgré le manque de clarté du texte de la loi, il faut tout de même admettre une telle connexion entre le titre de commerçant et la relation d'obligation[746]. La *ratio legis* de la disposition est de ne pas permettre la réduction des peines excessives acceptées par les débiteurs commerçants, car ceux-ci doivent agir dans leurs affaires avec la clairvoyance que la vie des affaires nécessite (CComtr 20 II), sinon, la confiance et la

743 HGB § 489 I « *[w]ird von mehreren Personen ein ihnen gemeinschaftlich zustehendes Schiff zum Erwerb durch die Seefahrt für gemeinschaftliche Rechnung verwendet, so besteht eine Reederei* ».
744 ARKAN 138; UÇAR Salter, *Cezai Şart ve Uygulaması* [La clause pénale et son application], Istanbul 1993, 116 ss.
745 ARKAN 138.
746 YARGITAY 15e HD 29.5.1990, 4875/2498; ARKAN 138 ss; DOĞANAY 232 et 238; ERİŞ Gönen, *Türk Ticaret Kanunu, Ticari İşletme ve Şirketler* [Code de commerce turc, Entreprise commerciale et Sociétés], Tome I, 3e éd., Ankara 2004, 741 ss; İMREGÜN 41; KOCAAĞA 259; OĞUZMAN/ÖZ 885; TAYLAN 52; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP 358; UÇAR 117; Perplexe, dans leurs anciennes éditions, vis-à-vis du texte de la loi qui ne parle que de commerçant, mais pas de la nature de l'affaire POROY/YASAMAN N 193 *in fine* (8e éd.). Voir aussi EBENROTH/BOUJONG/JOOST-KORT HGB § 348 N 16.

stabilité de la vie commerciale pourraient en souffrir. Lorsqu'ils s'engagent distraitement et sans soin, ils doivent en supporter les conséquences[747]. La loi ne permet pas la réduction des peines excessives dans tous les cas où le débiteur est commerçant, mais l'obligation qui comporte la peine conventionnelle doit toujours découler d'une affaire commerciale du débiteur commerçant.

L'affaire commerciale, à l'art. 3 CComtr se définit ainsi: « *[l]es matières disposées dans le présent code ainsi que tous les actes, actions et affaires qui concernent une maison de commerce, une entreprise industrielle et autres établissements exploités en la forme commerciale* ». Donc, l'achat des marchandises utilisées dans l'entreprise commerciale, le contrat de bail pour la même entreprise, le contrat de travail avec les employés sont autant de choses qui relèvent de l'affaire commerciale[748].

A côté de cet article qui détermine l'affaire commerciale, l'art. 21 CComtr prévoit en même temps une présomption [*iuris tantum*] qui stipule que les dettes d'un commerçant sont en principe commerciales. Selon cette disposition, l'obligation n'est pas commerçante: lorsque la personne physique commerçante, au moment de l'acte, annonce à l'autre partie que l'affaire ne concerne pas son entreprise commerciale ou lorsque cette nature résulte des circonstances (CComtr 21). Dans ce cas, la personne physique commerçante [débiteur] peut exiger la réduction de la peine excessive, parce que l'obligation d'agir avec sagacité se limite à son domaine d'affaire. En dehors de ce domaine, on ne peut pas attendre de sa part plus de soin et de prévoyance que ce qu'on attend des autres personnes[749]. En revanche, même si l'obligation ne découle pas d'une affaire commerciale, si le débiteur commerçant ne l'annonce pas à l'autre partie au moment de l'acte ou si cette nature n'est pas déductible des circonstances, elle est considérée comme commerciale, et le débiteur ne peut pas exiger la réduction.

Contrairement aux personnes physiques commerçantes qui peuvent annoncer que l'affaire ne concerne pas leur entreprise commerciale, ou que les circonstances le prouvent, cela est impossible pour les personnes morales commerçantes. Les personnes morales commerçantes n'ont pas de domaine simple, toutes leurs obligations sont commerciales[750].

747 Cf. ARKAN 137; DOĞANAY 233; KARAYALÇIN 221.

748 ARKAN 61. La Cour suprême turque dit que le contrat de travail [la relation d'emploi dans l'entreprise commerciale] entre l'employé et l'employeur commerçant n'est pas une affaire commerciale YARGITAY HGK 15.10.1997, 9-486/822.

749 ARKAN 139.

750 ARKAN 139 n. 1.

C. La contrariété de la peine aux mœurs

Même si le débiteur commerçant ne peut pas exiger la réduction de la peine excessive, la peine conventionnelle peut quand même atteindre un montant contraire aux mœurs et aux droits de la personnalité. Dans ce cas, l'art. 20 COtr la rend nulle[751]. Comme on a mentionné plus haut, la possibilité de réduire la peine excessive ou l'excessivité elle-même n'empêche pas la nullité de la peine conventionnelle. De cette manière, la peine conventionnelle qui dépasse les limites de nullité peut être contestée aussi par le débiteur commerçant[752]. Dans ce cas, par l'application de l'art. 20 al. 2 COtr, la peine conventionnelle sera, en principe, ramenée vers une limite acceptable[753].

Il existe bon nombre de différences entre l'excessivité de la peine et la nullité de celle-ci. L'excessivité se trouve à la limite de la liberté contractuelle et de la nullité de l'obligation. Si l'on se demande pourquoi la peine est excessive, cette différence devient plus claire. Lorsque le montant de la peine conventionnelle met en danger la personnalité économique du débiteur ou lorsqu'elle atteint un montant qui peut ruiner le débiteur, il s'agira de contrariété aux mœurs et aux droits de la personnalité, donc de nullité[754]. Il faut prendre note que l'exécution de la peine pourrait ruiner le débiteur. En revanche, la nécessité de réorganiser, réordonner, diminuer les dépenses ou d'en abandonner certaines n'est pas un critère convenable pour qu'on accepte que la peine conventionnelle est contraire aux mœurs ou aux droits de la personnalité[755]. Quant à

751 Cf. *supra* deuxième partie § 2, IV, B, 2, a, p. 107 et quatrième partie § 2, I, p. 148.

752 YARGITAY HGK 20.3.1974, 1053/222; 11e HD 15.6.1982, 1982/2887; ARKAN 138; DOĞANAY DOĞANAY İsmail, *Türk Ticaret Kanunu Şerhi* [Commentaire du Code de commerce turc], Tome I, 4e éd., Istanbul 2004, 234 ss et 237; ERİŞ 741; İMREGÜN 41; OĞUZMAN/ÖZ 885; POROY/YASAMAN N 192. Voir aussi EBENROTH/BOUJONG/JOOST-KORT HGB § 348 N 19.

753 Pour l'avis que le juge peut appliquer aussi l'art. 161 al. 3 COtr 161 (CO 163 III), voir EREN 1141; imprécis TAYLAN 52.

754 ARKAN 138; İMREGÜN 41; YARGITAY HGK 20.3.1974, 1053/222; 15e HD 10.6.1999, 1658/2437; 15e HD 5.5.1999, 1120/1768; 15e HD 8.4.1996, 1857/1961; 15e HD 24.6.1992, 5216/3281; un arrêt divergent et imprécis pour les critères de nullité YARGITAY 15e HD 11.5.2000, 4655/2324, « *[...] la prestation de peine, qui est au-délà des dommages-intérêts éventuels [à cause de cela elle rend la corvée légitime], persécute moralement la société. De cette manière, la peine conventionnelle est contraire à l'art. 18 de la Constitution et l'art. 19 CO, donc nulle selon l'art. 20 [al. 2] CO* ».

755 YARGITAY 11e HD 15.6.1982, 1982/2887; 15e HD 28.3.2002, 1188/1472 « *[l]orsque la peine prévue est très élevé par rapport à son montant et ruine économiquement le débiteur, elle est contraire aux mœurs et doit donc être [annulée] partiellement ou totalement. La contrariété aux mœurs ici doit être appréciée non pas selon les appréciations subjectives des parties ou du juge, mais selon les considérations moyennes de personnes raisonnables. Cependant, l'appréciation de la contrariété aux mœurs est une question de droit laquelle appartient au tribunal* »; ARKAN 138.

l'excessivité, il suffit que si la peine dépasse manifestement la limite admissible en toute justice et équité[756].

X. LA RÉDUCTION EN DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

Nous avons dit plus haut que l'art. 163 al. 3 CO (COtr 163 III) concernant la réduction de la peine excessive est une disposition impérative. Quelles sont alors les conséquences de cette impérativité dans le domaine du droit international privé, soit lorsque la relation entre les parties présente des éléments d'extranéité et lorsqu'un droit étranger s'applique au litige sur l'obligation et sur la peine conventionnelle? Comment la disposition en question s'applique-t-elle?

L'art. 18 LDIP par son titre marginal « *application de dispositions impératives du droit suisse* » admet une réserve à l'application d'un droit étranger selon le droit international privé suisse. Le droit turc renferme une pareille disposition à l'art. 5 LDIPtr, laquelle est intitulée « *contrariété à l'ordre public* » et dit que « *[s]i la disposition d'un droit étranger applicable dans un cas, serait manifestement contraire à l'ordre public turc, elle n'est pas applicable. Le cas échéant, le droit turc est appliqué* ». Les deux droits se réfèrent par ces dispositions à l'ordre public. Il faut donc se demander si l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) est compris dans l'ordre public.

La notion d'ordre public [ordre public international] dans le domaine du droit international privé est différente de celle du droit interne [ordre public interne][757]. L'ordre public international se borne à un domaine différent et restreint de l'ordre public interne[758]. L'art. 5 LDIPtr, qui impose une contrariété **manifeste** à l'ordre public, fait allusion à cette différence. Il s'ensuit qu'une disposition impérative qui est à considérer dans l'ordre public interne, ne représente pas obligatoirement une contrariété à l'ordre public international[759]. D'après les expressions de ÇELİKEL « *[u]n contrat peut avoir des dispositions qui sont contraires à l'ordre public du droit interne. Néanmoins, elles peuvent être appréciées comme non contraires vis-à-vis de l'ordre public du droit international privé* »[760]. Mais qu'entend-t-on par l'ordre public international?

756 Cf. *supra* quatrième partie § 2, IV, B, p. 156 ss.

757 BUCHER/BONOMI N 473; ÇELİKEL Aysel, *Milletlerarası Özel Hukuk* [Droit international privé], 7e éd., Istanbul 2004, 129; DUTOIT, Art. 17 N 4; ZK-VISCHER LDIP Art. 17 N 4. Cf. ALTUĞ Yılmaz/YASAN Mustafa, *Milletlerarası Özel Hukukta Kamu Düzeni* [L'ordre public en droit international privé], *in* Mélanges à Ergun ÖNEN, Istanbul 2003, 139 ss, 142.

758 ÇELİKEL 129.

759 DUTOIT, Art. 17 N 4; NOMER Ergin/ŞANLI Cemal, *Devletler Hususi Hukuku* [Droit international privé], 12e éd., Istanbul 2003, 168 ss; SIEHR Kurt, *Das Internationale Privatrecht der Schweiz*, Zurich 2002, 602.

760 ÇELİKEL 130.

Il n'y a pas de consensus *in extenso* au sein la doctrine à propos de la définition de l'ordre public international. De fait, on se réfère à des notions comme « *les intérêts essentiels de la société*[761] », « *les principes essentiels* », « *les règles fondamentales* » ou « *un noyau de l'ordre juridique national*[762] ». L'ordre public international peut être caractérisé comme « *un ensemble de valeurs fondamentales ou essentielles de l'ordre juridique du for*[763] », soit selon les termes du TF, lorsqu'il y a des résultats qui « *heurtent de manière choquante les principes les plus essentiels de l'ordre juridique, tel qu'il est conçu en [suisse]*[764] », qui « *heurt[ent] de façon insupportable les mœurs et le sentiment du droit [en Suisse]*[765] » ou qui « *heurterai[ent] de manière intolérable le sentiment du droit, tel qu'il existe généralement [en Suisse] et violerai[ent] les règles fondamentales de l'ordre juridique [suisse]*[766] ». On peut aussi dire que le rôle principal de l'ordre public est de protéger des valeurs essentielles de la justice qui sont à la base de l'ordre juridique[767]. Dans la mesure où l'ordre public international concerne un domaine plus restreint, il faut donc être plus prudent dans son application éventuelle, celle-ci empêche en effet l'application du droit étranger[768].

L'ordre public international renvoie à deux types d'intervention dans le domaine du droit international privé. L'application d'un droit étranger est exclue lorsqu'elle conduit à un résultat incompatible avec l'ordre public international suisse, on parle alors de « *réserve [dite] négative* » de l'ordre public (LDIP 17, LDIPtr 5 *ab initio*)[769]. Lorsqu'il y a des dispositions du droit suisse [et turc] qui doivent s'appliquer impérativement et indépendamment de tout renvoi aux règles de conflit de lois [*lois d'application immédiate*], on parle de « *réserve [dite] positive* » de l'ordre public (LDIP 18, LDIPtr 5 *in fine*)[770]. Il s'agit ici de règles matérielles du droit interne, lesquelles ont été prévues par le législateur afin de sauvegarder des intérêts majeurs de nature politique, sociale et économique[771]. Cependant, bon nombre d'auteurs refusent l'assimilation de

761 ALTUĞ/YASAN 140; ÇELİKEL 130.

762 Voir BUCHER/BONOMI N 475.

763 BUCHER/BONOMI N 475.

764 ATF 123 III 443, 447 c. 3/d, JdT 2001 I 289.

765 ATF 117 II 494, 501 c. 7, JdT 1993 I 158 (rés.).

766 ATF 102 Ia 574, 581 c. 7/d.

767 BUCHER/BONOMI N 476.

768 Cf. ATF 93 II 379, 382 c. 4/a, JdT 1968 I 338; DUTOIT Art. 18 N 5; KNŒPFLER François/SCHWEIZER Philippe, *Droit international privé suisse*, 2e éd., Berne 1995, N 352; NOMER/ŞANLI 160 ss.

769 ALTUĞ/YASAN 146 ss; BUCHER/BONOMI N 480; DUTOIT Art. 17 N 2; NOMER/ŞANLI 165; ZK-VISCHER LDIP Art. 17 N 7.

770 ALTUĞ/YASAN 147 ss; DUTOIT Art. 17 N 2; NOMER/ŞANLI 165; ZK-VISCHER LDIP Art. 17 N 7.

771 Cf. DUTOIT Art. 18 N 1; KNŒPFLER/SCHWEIZER N 376; NOMER/ŞANLI 167.

l'ordre public positif aux lois d'applications immédiate non seulement en droit turc[772], mais aussi en droit suisse[773].

Pour la clause pénale, l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III) concernant l'ordre public positif, *i.e.* « *loi d'application immédiate* » est problématique[774]. On a mentionné ci-dessus dans le texte que le caractère impératif d'une disposition n'était pas suffisant pour être considérée comme une disposition se heurtant à l'ordre public international. A côté de l'impérativité, la disposition a dû être prévue par le législateur afin de protéger les intérêts majeurs de nature politique, sociale, économique de la société, et aussi les valeurs essentielles de justice qui sont à la base de l'ordre juridique. Cela dit, on est désormais en droit de se demander si en cas de non application de l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III), c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas de réduction de la peine excessive, le sentiment du droit tel qu'il existe généralement dans le pays est heurté de manière intolérable.

Au début du siècle dernier, le Tribunal fédéral a décidé que l'article en question avait un caractère impératif, et ce même dans le domaine du droit international privé[775]. Selon le Tribunal suprême, « *[l]es dispositions établies dans l'intérêt de l'ordre public sont d'application impérative [...] une disposition est d'ordre public dès qu'il résulte de sa teneur qu'elle doit trouver son application en toute circonstance, parce qu'elle a pour origine une intention d'ordre social et moral du législateur qui ne saurait être contrecarrée par les volontés des parties. Tel est le cas [...] en particulier de l'art. 163 al. 3 CO* ». BECKER[776], l'un des premiers commentateurs du Code des obligations [suivi dans les années 80 par IMHOFF-SCHEIER[777]] a également soutenu cette idée du Tribunal fédéral[778]. En droit turc, certains auteurs prétendent aussi que la disposition en question est une « *loi d'application immédiate* »[779]. L'un d'eux, ÖZDEMİR-KOCASAKAL, dans sa thèse intitulée « *[l]es lois d'application immédiate et leurs effets sur les contrats* », dit que « *[l]a disposition*

772 ÖZDEMİR KOCASAKAL Hatice, *Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerindeki Etkileri* [Les lois d'application immédiate et leurs effets sur les contrats], th. [1999], Istanbul 2001, 20 ss.

773 VOSER Nathalie, *Die Theorie der lois d'application immédiate im Internationalen Privatrecht, Untersuchung zur zwingenden Anwendung von Bestimmungen des schweizerischen Recht gemäss Art. 18 IPRG*, th., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1993, 247 ss; SCHWANDER Ivo, *Einführung in das internationale Privatrecht*, 3e éd., St. Gall 2000, N 480.

774 Cf. CR CO I-MOOSER Art. 163 N 5, il s'agit ici selon l'auteur de l'art. 17 de LDIP [*i.e.* de l'ordre public négatif].

775 ATF 41 II 138, 141 c. 1, JdT 1915 I 450.

776 BK-BECKER CO Art. 163 N 25.

777 IMHOFF-SCHEIER Anne-Catherine, *Protection du consommateur et contrats internationaux, in* Etudes suisse de droit international (n° 22), th., Genève 1981, 149.

778 Pas claire CR CO I-MOOSER Art. 163 N 5.

779 ÇELİKEL 136, l'auteur énonce sans motifs que l'art. 161 al. 3 COtr (CO 163 III) est une « loi d'application immédiate ».

concernant la réduction de la peine excessive sert à des objectifs si importants que le juge agit d'office, et pour cette raison, qui est d'ordre public, la disposition doit être appliquée, pour qu'elle réalise ces effets, même si le litige présente des éléments d'extranéité »[780].

L'excessivité de la peine conventionnelle est un cas exceptionnel, qui se trouve entre la liberté contractuelle et la nullité. Son impérativité, voire son caractère d'ordre public pour le droit interne et aussi l'intervention du juge d'office par rapport à son montant n'est pas suffisante pour admettre qu'elle est une disposition d'ordre public international. Nous ne pensons pas que l'éventuelle exclusion de l'application de cette disposition nuise au « *sentiment du droit de manière intolérable* ». De même, l'ordre public international ne doit pas s'occuper de la peine conventionnelle tant qu'elle ne contrevient pas aux mœurs. Il n'est pas non plus possible de dire qu'une peine excessive est contraire aux droits de la personnalité économique sans être contraire aux mœurs, parce que la contravention aux droits de la personnalité économique implique la contravention aux mœurs. Dès le dépassement de cette limite, il s'agira d'une contravention à l'ordre public international [aussi interne, bien entendu], ce qui entraîne donc la nullité à cause de la contrariété aux mœurs et aux droits de la personnalité, et non à cause de la seule contravention à l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III). C'est pour cette raison que nous pensons que l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III), concernant la réduction de la peine excessive n'est pas une disposition d'ordre public international[781]. De cela, il résulte que le droit applicable pour la relation entre les parties doit être appliqué sans aucune réserve vis-à-vis de l'art. 163 al. 3 CO (COtr 161 III)[782].

780 ÖZDEMİR KOCASAKAL 172.

781 Les auteurs qui mentionnent les lois d'application immédiate par une méthode casuistique ne la mentionnent pas dans leurs énumérations, voir BUCHER/BONOMI N 485; DUTOIT, Art. 18 N 8; ZK-VISCHER LDIP Art. 18 N 11 ss.

782 Voir aussi à ce sujet FONTAINE 437 ss.

§ 3. L'EXTINCTION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE

I. L'EXTINCTION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE AUPRÈS DE L'OBLIGATION PRINCIPALE

Lorsque l'obligation principale s'éteint, en règle générale, la peine conventionnelle s'éteint aussi, étant donné la nature accessoire de la clause pénale l'exige[783]. Cependant, il existe des cas où la peine conventionnelle subsiste, malgré l'extinction de l'obligation principale. Il est donc opportun d'examiner les causes d'extinction de l'obligation.

Quand l'obligation principale s'éteint par l'exécution, la peine alternative s'éteint en même temps. Lorsqu'il s'agit de la peine cumulative prévue pour certains types de violation de l'obligation, l'exécution de l'obligation principale n'entraîne pas en elle-même l'extinction de ladite peine. La peine cumulative qui devient exigible par la violation de l'obligation ne s'éteint que lorsque le créancier y renonce expressément ou lorsqu'il accepte l'exécution en ne réservant pas la peine encourue[784] [et certes par son exécution].

La remise conventionnelle de dette éteint l'obligation qui est l'objet du contrat, mais aussi, bien entendu, la peine non encore exigible, et cela parce qu'il n'y a plus d'obligation qui aurait pu être assurée par la peine conventionnelle. En revanche, lorsque la peine conventionnelle est exigible, il dépend de la volonté des parties d'admettre si la peine conventionnelle s'éteint aussi par la remise conventionnelle de dette. Si les parties visent à libérer le débiteur de toute responsabilité, la peine exigible s'éteint aussi, conformément à la volonté des parties. Cependant, pour rappel, tous les cas particuliers doivent être examinés d'une manière indépendante.

La novation de l'obligation principale qui éteint cette obligation entraîne aussi l'extinction de la peine conventionnelle qui n'est pas encore exigible. C'est une conséquence de l'accessoriété. Après l'exigibilité de la peine, la novation implique évidemment la présomption que le créancier a opté en faveur de l'obligation principale au lieu d'avoir opté pour la peine [la peine alternative]; en ce qui concerne la peine cumulative, en principe, elle ne s'éteint pas, à moins que le créancier n'ait pas réservé la peine au moment de la conclusion du contrat de novation (application analogique de CO 160 II, CO 158 II)[785].

Par la confusion, la peine conventionnelle exigible ou pas, s'éteint naturellement avec l'obligation principale. L'art. 118 al. 2 CO (CO 116 II), n'en reste pas moins toujours

783 Cf. aussi *supra* deuxième partie § 2, IV, A, p. 84 ss.
784 Cf. *supra* troisème partie § 2, II, A et B, p. 135 ss.
785 Cf. *supra* troisème partie § 2, II, B, p. 135 ss.

applicable, même pour la peine conventionnelle, *i.e.* quand l'obligation, qui était l'objet de la confusion, renaît dès l'origine, la peine conventionnelle la suit aussi.

Lorsque l'exécution devient impossible pour des raisons qui échappent à la volonté du débiteur, l'obligation s'éteint, la peine conventionnelle également, à moins qu'elle n'ait été prévue particulièrement pour ce type d'impossibilité. Dès l'exigibilité de la peine conventionnelle, l'impossibilité de l'obligation principale même non imputable au débiteur n'entraîne plus l'extinction de la peine[786].

Par la compensation, les deux dettes sont considérées éteintes jusqu'à concurrence de la plus faible à partir du moment où elles pouvaient être compensées. Lorsque la partie la plus faible des dettes appartient au débiteur de la peine conventionnelle, celle-ci est donc considérée de la même manière, *i.e.* que la peine conventionnelle s'éteint. Lorsque le créancier est le compensant, il doit réserver son droit pour la peine encourue jusqu'au moment où la compensation produit ses effets (application analogique CO 160 II, COtr 158 II)[787]. En revanche, si le débiteur est compensant, le créancier n'est pas tenu de réserver son droit sur la peine exigible jusqu'à ce moment, du fait que la compensation se réalise par la volonté unilatérale du débiteur[788].

En cas de résolution du contrat, selon la prescription légale, [*p. ex.* CO 107 II *in fine*, COtr 106 II *in fine*] ou conventionnelle [*p. ex.* le dédit], la peine conventionnelle s'éteint avec l'obligation principale, étant donné que la relation contractuelle est détruite *ab initio*[789].

Lorsque l'obligation principale devient prescrite, cette prescription n'a aucun effet sur la peine conventionnelle, qui elle, est déjà exigible, étant donné qu'elle devient une créance indépendante dès son exigibilité[790].

II. L'EXTINCTION DE LA PEINE CONVENTIONNELLE INDÉPENDAMMENT DE L'OBLIGATION PRINCIPALE

A l'instar des autres obligations, l'exécution est aussi la cause ordinaire de l'extinction de la peine conventionnelle. L'acquittement [l'exécution] de la peine exigible [soit la peine alternative et la peine cumulative, soit la peine exclusive] éteint l'obligation de peine. Cependant, la seule cause qui éteint la peine n'est pas son exécution.

786 Cf. *supra* deuxième partie § 2, IV, A, p. 84 ss et IV, B, 1, a, i, p. 91 ss.
787 Cf. PICHONNAZ Pascal, *La compensation*, th. d'agrégation, Fribourg 2001, N 2160 et 2165 [voir aussi N 1483 et N 1636]. Cf. aussi *supra* troisème partie § 2, II, B, p. 135 ss.
788 CR CO I-JEANDIN Art. 127 N 1.
789 Cf. *supra* deuxième partie § 2, IV, A, p. 84 ss.
790 Cf. *supra* deuxième partie § 2, IV, A, p. 84 ss.

S'il s'agit de la peine cumulative, l'acceptation de l'exécution principale sans aucune réserve sur la peine conventionnelle entraîne l'extinction celle-ci[791]. Une autre cause de l'extinction de la peine cumulative est la renonciation expresse à celle-ci[792].

Les parties peuvent éteindre la peine conventionnelle par un contrat de remise de dette, et aussi par un contrat de novation. De même, la confusion des qualités de débiteur et de créancier sur la même personne éteint la peine conventionnelle, par l'application toujours de l'art. 118 al. 2 CO (COtr 116 II). En d'autres termes, si la confusion vient à cesser, l'obligation de la peine conventionnelle renaît. D'ailleurs, la peine peut être aussi éteinte par la compensation.

Lorsque l'exécution de la prestation de peine devient impossible pour des raisons non imputables à la responsabilité du débiteur, la peine conventionnelle s'éteint.

Une autre cause qui empêche d'exiger la peine conventionnelle est sa prescription. Etant donné qu'il n'y a pas de disposition particulière sur le délai de prescription de la peine conventionnelle, elle se prescrit par dix ans dès son exigibilité selon l'art. 127 CO (COtr 125)[793].

791 Cf. *supra* troisème partie § 2, II, B, p. 135 ss.
792 Cf. *supra* troisème partie § 2, II, A, p. 135.
793 TUNÇOMAĞ, *Clause* 182.

RÉSUMÉ et CONCLUSION

Ni le principe de « *pacta sunt servenda* » ni les sanctions prévues par la loi pour la violation des obligations ne sont suffisantes pour que le débiteur agisse conformément à son engagement. Le créancier, qui se trouve face à ces risques, veut les diminuer au minimum, en s'adressant à des garanties différentes. Nous venons de voir que la clause pénale est l'une de ces garanties. Lorsque le créancier saisit que le débiteur néglige son obligation, la clause pénale acquerra une importance considérable. Cependant, lorsqu'il y a en même temps le risque d'insolvabilité du débiteur, il est conseillé de garantir la clause pénale par une sûreté réelle ou personnelle. Dans ce cas, le créancier se sent en sécurité.

Le débiteur devra agir plus soigneusement, à propos de son obligation, par une peine conventionnelle qui peut servir à une sanction éventuellement plus grave que les sanctions légales. C'est la pression psychologique de la clause pénale. D'ailleurs, le débiteur est au courant qu'il exécutera la peine même si le créancier ne subit aucun dommage à la suite de la violation de l'obligation. Grâce à ce caractère, on apporte une exception au principe selon lequel les dommages-intérêts sont limités aux dommages subits par le créancier. De plus, on franchit une étape supérieure par la clause pénale en permettant aux parties de stipuler une peine conventionnelle pour l'impossibilité de l'obligation non imputable au débiteur. On garantit de ce fait les attentes du créancier d'une manière optimale.

Nous avons défini la clause pénale comme un acte par lequel le débiteur promet d'exécuter une prestation représentant une valeur économique, en cas d'inexécution ou d'exécution imparfaite de l'obligation au créancier. Il est bien clair que notre définition est relativement différente des termes utilisés par les dispositions légales. Même si le code mentionne une obligation contractuelle au sujet de la clause pénale et une somme d'argent pour la prestation de celle-ci; nous pouvons dire, à la fin de notre travail, d'une part que l'obligation assurée par la clause pénale n'est pas forcément une obligation contractuelle, et d'autre part que la peine conventionnelle ne doit pas nécessairement être une somme d'argent.

La clause pénale vise l'exécution de l'obligation: elle suppose donc l'existence d'une telle obligation. Etant donné qu'elle assure une obligation, il existe bien entendu un rapport d'accessoriété entre l'obligation principale et la peine conventionnelle. Néanmoins, malgré ce caractère accessoire, il est possible que la peine conventionnelle et l'obligation principale puissent faire l'objet d'actes différents [*p. ex.* cession de créance, gage].

La clause pénale vise aussi le cas de la violation de l'obligation. Cependant, il ne s'agira pas dans la clause pénale de la réalisation d'un dommage, ni de sa preuve. C'est là une des caractéristiques essentielles de la clause pénale. Les parties qui

stipulent l'exigence du dommage et sa preuve dépassent les limites de la clause pénale. Une telle stipulation peut être valable mais doit être considérée hors des dispositions de la clause pénale.

Elle est différente des arrhes qui sont une somme d'argent ou un autre objet remis comme signe de la conclusion du contrat, et rien d'autre. Mais elle est aussi différente du dédit réel et du dédit consensuel, qui sont quant à eux prévus pour la résolution du contrat. La clause de déchéance ou de réduction d'un droit et la fixation forfaitaire de dommages-intérêts qui posent des problèmes de confusion avec la clause pénale sont également différentes. Tout d'abord, la clause pénale nécessite une prestation indépendante et distincte de l'obligation principale. Or, l'acceptation des désavantages juridiques ne représente pas une nouvelle prestation. Et puis pour la fixation forfaitaire de dommages-intérêts, contrairement à la clause pénale, la responsabilité du débiteur dépend toujours de l'existence du dommage. Nous pensons que l'institution de la clause pénale a été mieux cernée par une comparaison avec des institutions ressemblantes.

Lorsque la peine conventionnelle est prévue en général pour la violation de l'obligation, il s'agit de peine alternative. En cas de violation de l'obligation principale, le créancier doit donc faire un choix entre la créance principale et la peine conventionnelle. Lorsque la violation de l'obligation est stipulée comme la violation de l'exécution de l'obligation principale au temps et dans le lieu convenus, le créancier peut exiger l'exécution de la peine avec l'exécution de l'obligation principale (peine cumulative). Etant donné qu'il n'y a pas de règle impérative à propos de la cumulation, les parties peuvent stipuler la cumulation des prétentions pour d'autres types de violation. Bien que la loi ne mentionne que deux types de peine conventionnelle, les parties peuvent quand même prévoir, selon la liberté contractuelle, un troisième type, qui est celui de l'exécution exclusive de la peine conventionnelle en cas de violation de l'obligation (peine exclusive).

La peine conventionnelle devient exigible dès que la violation de l'obligation principale prévue par les parties est survenue. Son exigibilité ne nécessite donc pas la demeure du débiteur lors de l'exécution de l'obligation principale. En revanche, nous proposons aux législateurs de régler explicitement cette situation afin d'éviter les hésitations dans la doctrine. En établissant une telle disposition, les législateurs peuvent sans doute agir librement; *i. e.* ils peuvent ajouter la demeure du débiteur lors de l'exécution de l'obligation principale comme une condition de l'exigibilité de la peine conventionnelle. Néanmoins, nous pensons qu'une condition comme la demeure du débiteur dans une institution qui est prévue en faveur du créancier et qui sert à faire pression sur le débiteur à propos de l'exécution de son obligation, affaiblit la situation du créancier.

Lorsque la peine prévue est au-dessous des dommages-intérêts réalisés, par le changement des circonstances, par la survenance des faits qui n'ont pas pu être réfléchis au début, voire quand le créancier agit au cours de sa détermination sans bien réfléchir, le créancier n'est pas obligé de subir cette différence. Le principe d'incontestabilité qui existe à la fixation forfaitaire de dommages-intérêts n'existe pas dans la clause pénale. Et puisque la clause pénale est prévue en faveur du créancier, la disposition à propos de la possibilité des dommages-intérêts supplémentaires est conforme à l'institution. En revanche, la condition concernant la preuve de la faute du débiteur pour exiger les dommages-intérêts supplémentaires n'est pas tout à fait conforme ni aux principes généraux du système du droit des obligations turco-suisse, ni aux dispositions de la clause pénale. Il aurait été judicieux de supprimer la condition de la preuve de la faute du débiteur à l'exigence des dommages-intérêts supplémentaires. Il aurait donc fallu accepter la présomption de la faute du débiteur, même pour les dommages-intérêts supplémentaires dans la clause pénale.

Dans notre travail, nous n'avons pas remarqué de grandes différences (mis à part quelques nuances) en ce qui concerne l'application de la clause pénale entre le droit turc et le droit suisse. On peut expliquer cela de deux manières. D'une part, la raison objective rationnelle entraîne la même solution, bien qu'il soit difficile, voire impossible de la prouver. D'autre part, la Turquie a suivi avec attention l'application du code des obligations suisse dans son pays d'origine depuis son adoption en 1926. En d'autres termes, la relation de la Turquie avec le droit privé suisse ne s'est pas arrêtée au moment de la réception. Nous pouvons dire que cette attitude est conforme à la réalité, mais aussi qu'elle est une obligation pour un pays qui passe d'un système juridique à un autre. L'uniformité entre les jurisprudences que nous avons remarquée dans ce travail n'a donc, de ce point de vue, rien de spectaculaire.

Les nuances perceptibles entre l'application des deux droits relèvent aussi des comportements des tribunaux concernant la protection des parties faibles. Une telle protection découle d'abord de la volonté des législateurs. On peut facilement remarquer que les effets de cette protection ne se trouvent pas seulement en Suisse et en Turquie mais aussi en Allemagne et dans d'autres pays du continent. L'opinion publique dominante veut que les législateurs aient une tendance protectrice envers les parties faibles. La réduction de peine excessive est un indice de ce comportement. Pour s'en convaincre, il suffit simplement de regarder les critiques qui ont été adressées au premier projet du BGB et leurs effets. Si bien que le § 343 BGB, concernant la réduction de la peine excessive a été introduit dans le second projet à la suite de ces critiques, ce qui s'est répercuté sur le code des obligations suisse. Néanmoins, une telle limite à la liberté contractuelle nécessite d'agir plus prudemment par rapport à son application.

Selon nous, la vraie limite à la liberté contractuelle n'est pas l'existence d'une disposition relative à la réduction d'une peine excessive, mais l'excessivité de son application. Dans ce domaine, il ne faut pas oublier que la clause pénale est une

convention comme les autres et on doit rechercher à ce que la peine atteigne une limite vraiment accablante. Sans doute, quand nous examinons les codes, le législateur suisse, et du même coup le législateur turc, sont conscients de cette réalité. En revanche, les tribunaux sont plus rigides que les législateurs. Le Tribunal turc est plus rigide que son homologue suisse.

LISTE DES ARRÊTS DU YARGITAY

En tenant compte des difficultés rencontrées par les lecteurs suisses en vue d'atteindre et/ou de bénéficier des arrêts de la Cour suprême turque, nous traiterons, dans le cadre de notre travail des points essentiels de ses arrêts et en rédigerons, aussi souvent que possible, de petits résumés dans les notes de bas de page. De même, bien que l'usage veuille que l'on mentionne le lieu d'édition juste après le renvoi aux arrêts, nous préférons mettre ce tableau concernant le lieu d'édition. Lorsqu'il y a plusieurs lieux d'édition, nous nous contenterons d'une ou deux références au lieu d'en indiquer la totalité.

Nous ajouterons également la Revue des arrêts de Yargıtay lorsqu'ils y ont été publiés

IBK 19.6.1940, 7/71	RG 9.9.1940, n° 4067.
IBK 30.9.1988, 2/2	RG 21.12.1988, n° 2026.
HGK 16.7.1930, 48	ÖCAL 525; KARAHASAN, *Article* 473.
HGK 16.8.1936	ÖCAL 525; KARAHASAN, *Article* 473.
HGK 21.1.1951, 31-4/35	KARAHASAN, *Article* 473.
HGK 20.2.1957, 3/24	UÇAR 28.
HGK 28.12.1957, 2/67-65	TUNÇOMAG, *Obligations* 238 ss.
HGK 2.7.1958, 32/34	UÇAR 25.
HGK 7.1.1959, 4-3/1	UÇAR 157 ss.
HGK 11.5.1960, 22/26	TUNÇOMAĞ, *Clause* 115.
HGK 8.3.1961, 4-2/10	KARAHASAN, *Obligations* 1158 et 1158.
HGK 4.10.1961, 1-105/41	KARAHASAN, *Obligations* 1046 ss.
HGK 28.2.1962, 1-20/26	UÇAR 30 et 73 ss.
HGK 20.5.1964, 3-751/383	UÇAR 28 et 35; TUNÇOMAĞ, *Obligations* 896.
HGK 24.1.1968, 4-365/45	UÇAR 125.
HGK 24.1.1970, 4-1348/50	KARAHASAN, *Obligations* 1044 ss; UÇAR 75 et 128 ss.
HGK 28.1.1970, 670/59	UÇAR 29.
HGK 17.2.1971, 4-405/85	UYGUR Turgut, *Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat*

	Hukuku [Code des obligations annoté, Droit de la responsabilité], Tome IV, Ankara 2003, 4263 ss.
HGK 4.10.1972, 1-110/772	KARAHASAN, *Obligations* 1043 ss et 1087 ss.
HGK 3.10.1973, 4-391/751	UÇAR 124; UYGUR 4351.
HGK 20.3.1974, 1053/222	YKD 1977/1, 21 SS; UYGUR 4343 ss.
HGK 2.10.1974, 2-810/1043	YKD 1974/9, 1193 ss.
HGK 6.10.1978, 9-101/800	Revue du Barreau d'Istanbul 1979/1 122.
HGK 16.3.1979, 602/263	İKİD 1979/6942.
HGK 16.4.1986, 13-730/416	UÇAR 139 ss.
HGK 12.4.1989, 11-135/270	KARAHASAN, *Obligations* 1062 ss; UYGUR 4261 ss.
HGK 10.11.1993 13-125/711	YKD 1994/3 343.
HGK 7.2.1996, 956/45	ERİŞ Gönen, *Açıklamalı – İçtihatlı – Uygulamalı Kooperatif Hukuku* [Le droit de coopérative - annoté] , 3e éd., Ankara 2003, 16.
HGK 8.10.1997, 13-407/769	UYGUR 4362 ss.
HGK 15.10.1997, 9-486/822	YKD 1999/3, 303 ss; UYGUR 4363 ss.
HGK 21.2.2001, 10-133/161	DEMİRKIRAN İhsan/DEMİR Aysel Cemile/BİLGİN Çağlar, *Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10 Yıllık Emsal Kararları* [La jurisprudence d'une dizaine d'années du Conseil des Chambres civiles réunis de Yargıtay (1995-2004), Ankara 2004, 115 ss.
HGK 19.3.2003, 15-124/175	DEMİRKIRAN/DEMİR/BİLGİN 1023 ss.

IID 18.1.1951, 116	POSTACIOĞLU 446.
TD 10.11.1952, 3149/4880	UÇAR 32
TD 28.7.1954, 5761/5610	UÇAR 32.
TD 9.10.1959, 4077/4015	UÇAR 28.
3e HD 8.2.1957, 28/1026	TUNÇOMAĞ, *Clause* 111.
3e HD 6.3.1961, 2158/1671	KARAHASAN, *Obligations* 1047.
3e HD 24.1.1969, 5170/4225	UÇAR 29.
3e HD 29.12.1997, 11339/12497	ÖZKAYA 706 ss.
4e HD 20.12.1930, 342/387	TUNÇOMAĞ, *Clause* 112.
4e HD 3.1.1938, 1097/438	TUNÇOMAĞ, *Clause* 112.
4e HD 12.4.1948, 2640/1759	TUNÇOMAĞ, *Clause* 112.
4e HD 7.6.1957, 1400/3837	UÇAR 25.
4e HD 24.6.1957, 1586/4175	UÇAR 38 et 158; UYGUR 4260.
4e HD 8.5.1965, 9861/2457	KARAHASAN, *Obligations* 1045 ss; UÇAR 129.
4e HD 31.5.1974, 3787/2959	UÇAR 35; UYGUR 4259.
4e HD 3.3.1976, 9494/2244	YKD 1977/7 921 SS.
4e HD 1.11.1977, 7/10331	UÇAR 138 ss; UYGUR 4356.
4e HD 11.5.1979, 4063/6343	UÇAR 70; UYGUR 4295.
4e HD 15.5.1980 1600/6365	ÖZKAYA 706 ss.
9e HD 28.2.1995, 16567/6006	YKD 1995/12, 1856 ss; UYGUR 4362.
9e HD 3.10.1995, 20327/30169	YKD 1996/2, 220 ss.
9e HD 3.6.1997, 7529/10660	YKD 1997/9, 1427 ss; UYGUR 4361.
9e HD 2.3.1998, 21587/2833	YKD 1998/10, 1483 ss; UYGUR 4360 ss.

11e HD 15.6.1982, 1982/2887	UÇAR 159 ss; UYGUR, 4351 ss.
11e HD 6.5.1987, 1948/2766	UÇAR 147.
11e HD 10.6.1991, 2178/3877	UYGUR 4364 ss.
11e HD 8.7.1997, 5188/5532	YKD 1997/10, 1567 ss; UYGUR 4339 ss.
12e HD 27.12.1984, 12498/2051	KURU, *Poursuite* 327.
13e HD 1.2.1974, 168/232	KARAHASAN, *Obligations* 1155 ss; YKD 1976/3, 363.
13e HD 24.4.1975, 5757/2713	KARAHASAN, *Obligations* 1043 et 1082 ss.
13e HD 15.4.1976, 6307/3229	YKD 1975/12, 87; UÇAR 39.
13e HD 4.6.1976, 2605/4575	Revue du Barreau d'Ankara 1976, 957 ss
13e HD 3.11.1977, 3450/4832	YKD 1978/4, 594 ss; UÇAR 38.
13e HD 14.11.1977, 4495/5010	YKD 1978/11, 597; UÇAR 88 ss.
13e HD 19.10.1978, 3741/4266	YKD 1979/5, 680.
13e HD 25.9.1979, 3966/4619	KARAHASAN, *Obligations* 1078 ss; YKD 1979/12, 1750.
13e HD 20.12.1979, 5455/6754	YKD 1980/4, 547 ss.
13e HD 26.5.1980, 2333/3412	YKD 1980/9, 1259 ss; UÇAR 37.
13e HD 10.11.1980, 5020/5684	KARAHASAN, *Obligations* 122 ss.
13e HD 19.2.1981, 591/1118	KARAHASAN, *Obligations* 1041 ss et 1049 ss; UYGUR 4253.
13e HD 14.4.1981, 2018/2787	UYGUR 4265 ss.
13e HD 8.7.1981, 4419/5230	KARAHASAN, *Obligations* 1116 ss; UYGUR 4313 ss.
13e HD 25.12.1981, 7896/8497	KARAHASAN, *Obligations* 1048 ss.
13e HD 3.3.1982, 7508/1442	UÇAR 137 ss et 160 ss; UYGUR 4355 ss.

13e HD 10.5.1982, 3004/3300	UÇAR 47; UYGUR 4317 ss.
13e HD 10.5.1982, 3049/3373	UÇAR 89 ss; UYGUR 4334.
13e HD 12.5.1982, 3344/3439	UÇAR 88; UYGUR 4330 ss.
13e HD 29.9.1983, 3693/6491	UYGUR 4266 ss.
13e HD 7.10.1983, 1922/2312	UÇAR 48 ss; UYGUR, 4319 ss.
13e HD 22.11.1983, 7823/8211	YKD 1984/6, 913 ss; UÇAR 36; UYGUR 4261.
13e HD 17.4.1984, 2071/2917	YKD 1985/4, 549 ss; UYGUR 4334 ss.
13e HD 29.5.1984, 2594/4113	YKD 1986/2, 242 ss; UÇAR 34.
13e HD 11.11.1986, 4726/5410	UÇAR 134; UYGUR 4353.
13e HD 21.1.1988, 6836/188	YKD 1989/3, 377 ss; UÇAR 40 et 66.
13e HD 21.4.1988, 1091/2231	YKD 1989/8, 1143; UYGUR 35.
13e HD 14.11.1988, 3766/5373	YKD 1989/7, 988 ss; UYGUR 4285 ss.
13 HD 11.6.1990, 271/4196	KARAHASAN M. Reşit, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler [Droit des obligations, Dispositions générales], Tome III, Istanbul 2004, 119 ss.
13e HD 8.10.1990, 1575/6049	UYGUR 4255.
13e HD 5.3.1991, 9362/2424	UYGUR 4359.
13e HD 25.1.1993, 8546/348	YKD 1993/4, 548 ss.
13e HD 18.2.1993, 221/1322	YKD 1993/4, 557 ss; UYGUR 4278 ss.
13e HD 3.5.2004, 16053/6546	YKD 2005/1, 57 ss.
13e HD 24.1.2005, 17705/746	Revue du Barreau d'Istanbul 2005/3, 1014 ss.
14e HD 21.12.1973, 613/726	KARAHASAN, *Obligations* 1085 ss.
14e HD 5.6.1975, 6575/3812	KARAHASAN, *Obligations* 1043.
14e HD 31.10.1978, 3941/4667	UÇAR, 28.
14e HD 29.1.1980, 4906/416	KARAHASAN, *Obligations* 1050 ss; YKD 1980/8, 1129.

14e HD 24.12.1984, 6592/8181	YKD 1986/2, 2489; UÇAR 34 ss.
14e HD 18.3.1986, 3898/1799	KARAHASAN, *Obligations* 1065 ss.
14e HD 28.9.1993, 10778/7097	YKD 1994/3, 417 ss.; UYGUR 4310.
14e HD 5.5.1999, 2536/3371	YKD 1999/12, 1675 ss; UYGUR 4293 ss.
15e HD 14.4.1975, 493/2079	YKD 1976/8, 1186; UÇAR 42; UYGUR 4320.
15e HD 17.9.1976, 1335/3022	YKD 1977/2, 250.
15e HD 28.1.1977, 219/140	YKD 1978/6, 978; UÇAR, 41 ss.
15e HD 23.5.1979, 1071/1228	YKD 1980/7, 1011 ss; UÇAR 41.
15e HD 14.6.1979, 970/1468	YKD 1980/2, 260; UÇAR 34.
15e HD 9.10.1979, 1898/2012	YKD 1980/8, 1134 ss; UYGUR 4295.
15e HD 14.10.1980, 943/973	YKD 1981/1, 78; UÇAR 40.
15e HD 26.1.1981, 29/113	YKD 1981/8, 1036 ss; UYGUR 4281.
15e HD 13.5.1981, 699/1121	YKD 1982/3, 384 ss; UÇAR 43.
15e HD 27.1.1983, 2556/70	UYGUR 4271.
15e HD 7.6.1984, 1521/1999	UÇAR 91; UYGUR 4336 ss.
15e HD 13.5.1985, 4407/1614	YKD 1985/10, 1515 ss; UYGUR 4265.
15e HD 9.10.1986, 1071/3211	YKD 1987/2, 273 ss; UÇAR 139.
15e HD 5.10.1987, 892/3421	YKD 1988/8, 1123 ss; UYGUR 4296.
15e HD 7.3.1989, 2481/1066	UYGUR 4289 ss.
15e HD 27.4.1989, 4461/2179	YKD 1989/10, 1458; UÇAR 35.
15e HD 27.6.1989, 374/3103	UÇAR 66; UYGUR 4299.
15e HD 25.10.1989, 1170/4438	KOSTAKOĞLU 464.
15e HD 28.12.1989, 1938/5496	YKD 1990/10, 1515 ss; UYGUR 4361 ss.
15e HD 29.5.1990, 4875/2498	KOSTAKOĞLU 482.
15e HD 12.11.1990, 1727/4686	UYGUR 4324.
15e HD 15.11.1990, 1771/4823	KARAHASAN, *Obligations* 1120; UYGUR 4324.

15e HD 28.5.1991, 4811/2821	UYGUR 4358.
15e HD 31.3.1992, 4718/1681	UYGUR 4269.
15e HD 9.4.1992, 1003/1753	YKD 1993/8, 1200 ss; UYGUR 4278.
15e HD 24.6.1992, 5216/3281	UYGUR 4358 ss.
15e HD 19.10.1993, 5923/4091	YKD 1994/9, 1466 ss; UYGUR 4275.
15e HD 5.2.1995, 245/598	UYGUR 4326 ss.
15e HD 19.10.1995, 3101/5671	KOSTAKOĞLU 459 ss.
15e HD 20.11.1995, 3975/6704	UYGUR 4359 ss.
15e HD 21.11.1995, 5022/6822	UYGUR 4327.
15e HD 29.11.1995, 5016/7044	UYGUR 4309.
15e HD 14.2.1996, 463/821	UYGUR 4310 ss.
15e HD 29.2.1996, 305/1016	UYGUR 4275.
15e HD 11.3.1996, 1048/1263	UYGUR 4366.
15e HD 13.3.1996, 665/1346	UYGUR 4308 ss.
15e HD 8.4.1996, 1857/1961	UYGUR 4360.
15e HD 17.6.1996, 2702/3402	YKD 1997/1, 68 ss. UYGUR 4291 ss.
15e HD 11.11.1997, 4257/4805	KARAHASAN, *Obligations* 1113 ss; YKD 1998/1, 76 ss.
15e HD 19.3.1998, 684/1085	YKD 1998/7, 1022 ss; UYGUR 4328.
15e HD 5.5.1999, 1120/1768	KOSTAKOĞLU 490 ss.
15e HD 26.5.1999, 774/2125	YKD 2000/1, 69 ss; UYGUR 4299 ss.
15e HD 10.6.1999, 1658/2437	YKD 2000/3, 404 ss.
15e HD 11.5.2000, 4655/2324	YKD 2000/9, 1394 ss; UYGUR 4356 ss.
15e HD 8.11.2000, 2826/4884	UYGUR 4321.
15e HD 28.3.2002, 1188/1472	YKD 2002/9, 1362 ss.
15e HD 16.9.2002, 1563/3909	YKD 2003/8, 1237 ss.
15e HD 17.11.2003, 2502/5494	YKD 2004/9, 1406 ss.