

80. Le Groupe de travail ne s'était pas accordé sur les principes à appliquer à cette question<sup>69</sup> : un article en vertu duquel, dans tous les cas, le créancier ne pourrait que recouvrer la somme convenue risquerait de donner lieu à une indemnisation insuffisante; par contre, un article selon lequel, dans tous les cas, le créancier non seulement recouvrerait la somme convenue, mais pourrait également prétendre à l'exécution de l'obligation, serait parfois cause de surindemnisation. On s'est donc efforcé, aux paragraphes 1 et 2 du projet d'article, de prévoir deux cas fréquemment rencontrés dans la pratique et d'énoncer des règles adaptées à ces situations<sup>70</sup>. Le paragraphe 3 donne aux parties la liberté de modifier ces règles en prévision de situations différentes.

81. On notera que la limitation des recours possibles n'est qu'un des moyens d'éviter une indemnisation inéquitable. Le montant de la somme convenue à titre de pénalité ou de dommages-intérêts libératoires entre aussi en considération. Par exemple, en vertu du paragraphe 1, si la somme convenue dépasse la valeur du préjudice causé par l'inexécution, le créancier sera surindemnisé. La modification de la somme convenue en vertu du projet d'article 6 ci-dessous serait un moyen efficace d'éviter les indemnisations inéquitables.

#### 82. *Projet d'article 5 révisé*<sup>71</sup>

"En cas d'inexécution de l'obligation pour laquelle les parties sont convenues du versement ou de l'abandon d'une somme, le créancier ne peut prétendre qu'au versement ou à l'abandon de la somme, et non à des dommages-intérêts. Les parties peuvent convenir que le créancier, s'il prouve que le préjudice subi dépasse la somme stipulée, pourra également exiger la différence."

#### *Commentaire*

83. Les principes énoncés dans ce projet d'article se retrouvent dans la plupart des contrats examinés<sup>72</sup>.

#### 84. *Projet d'article 6 révisé*

##### *Variante 1*

"La somme convenue ne peut être ni augmentée ni réduite."

##### *Variante 2*

"La somme spécifiée peut être réduite lorsqu'elle est [manifestement] [nettement] excessive [par rapport au préjudice subi], mais seulement si cette somme ne correspond pas à une estimation de bonne foi, par les parties, du préjudice que le créancier pourrait subir."

##### *Variante 3*

"Est réputée nulle toute convention du type visé à l'article premier si la somme convenue est [manifestement] [nettement] excessive par rapport : a) au préjudice que l'on pouvait raisonnablement prévoir en cas d'inexécution de l'obligation; et b) au préjudice effectivement subi. La convention n'est pas réputée nulle si le préjudice ne pouvait être estimé avec précision, ou ne peut être exactement établi."

#### *Commentaire*

85. Les variantes ci-dessus sont inspirées des propositions qui avaient été soumises au Groupe de travail<sup>73</sup>. La variante 1 stipule que la somme spécifiée ne saurait être réduite; la variante 2, qu'elle peut être réduite à certaines conditions; et la variante 3, qu'une clause à cet effet peut être nulle dans certaines circonstances. L'orientation des travaux futurs à ce sujet sera fonction des décisions du Groupe de travail.

<sup>69</sup> A/CN.9/177, par. 22 à 28 (Annuaire . . . 1980, deuxième partie, II).

<sup>70</sup> Voir par. 29 ci-dessus.

<sup>71</sup> Le Groupe de travail avait décidé de supprimer l'avant-projet d'article 4 (A/CN.9/177, par. 28) (Annuaire . . . 1980, deuxième partie, II).

<sup>72</sup> On trouvera les variantes examinées par le Groupe de travail aux par. 29 à 36 du document A/CN.9/177 (Annuaire . . . 1980, deuxième partie, II).

<sup>73</sup> A/CN.9/177, par. 37 à 39 (Annuaire . . . 1980, deuxième partie, II).

## 2. RAPPORT DU SECRÉTAIRE GÉNÉRAL : ANALYSE D'AVIS DE JURISTES ET DES RÉPONSES AU QUESTIONNAIRE DU SECRÉTARIAT SUR LES DOMMAGES-INTÉRÊTS LIBÉRATOIRES ET LES CLAUSES PÉNALES (A/CN.9/WG.2/WP.33/ADD.1)\*

### TABLE DES MATIÈRES

	<i>Paragraphes</i>
INTRODUCTION . . . . .	1-2
ANALYSE DES AVIS ET DES RÉPONSES . . . . .	3-20
Question 1 . . . . .	3-4
Question 2 . . . . .	5-6
Question 3 . . . . .	7-8
Question 4 . . . . .	9-10
Question 5 . . . . .	11-12
Question 6 . . . . .	13-15
Question 7 . . . . .	16-18
Question 8 . . . . .	19-20

\* 9 mars 1981.

ANALYSE D'AVIS DE JURISTES ET DES RÉPONSES  
AU QUESTIONNAIRE DU SÉCRÉTARIAT

*Introduction*

1. Le Secrétariat a demandé l'avis de certains juristes sur la pratique commerciale en ce qui concerne les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales, et en particulier sur les difficultés rencontrées à l'occasion de la négociation, de l'élaboration et de l'exécution de telles clauses. Il a également prié la Chambre de commerce internationale (CCI) de distribuer un questionnaire sur la question à ses comités nationaux<sup>1</sup>.

2. L'Allemagne, République fédérale d', la Belgique, la Finlande, la France, l'Inde, Israël, l'Italie, le Japon, la Norvège, la République de Corée, la Suède et la Turquie ont répondu au questionnaire. Les questions qui y étaient posées sont reproduites ci-après et les réponses correspondantes sont analysées sous chacune d'elles. Quelques avis ont été fournis par des juristes et il a semblé qu'il valait la peine de les consigner dans le présent document. Ils figurent dans des notes de bas de page sous chacune des questions du questionnaire auxquelles ils se rapportent.

*Analyse des avis et des réponses*

*Question 1 :*

3. *Les contrats internationaux comportent-ils des clauses prévoyant le paiement de dommages-intérêts ou de pénalités en cas d'inexécution totale ou partielle du contrat?*

- a) *Souvent?*
- b) *Parfois?*
- c) *Jamais?*

4. D'après la majorité des réponses, les contrats internationaux comportaient souvent de telles clauses, et d'après certaines d'entre elles, ils en comportaient parfois; certains ont fait observer que les chances de voir les contrats comporter de telles clauses dépendaient du type de contrat, celles-ci étant normalement insérées dans les contrats de fourniture de marchandises, pour sanctionner le non-respect de délais de livraison stipulés, et dans les contrats prévoyant la fourniture ou la construction d'usines ou de machines<sup>2</sup>.

*Question 2 :*

5. *Avez-vous jamais rencontré des difficultés pour insérer de telles clauses dans des contrats internationaux? Pouvez-vous donner des détails?*

6. D'après la majorité des réponses, si la nécessité de telles clauses était souvent admise, il était difficile de par-

venir à un accord sur leur teneur (en particulier sur le montant de la somme à acquitter et les limites de la responsabilité). D'après quelques réponses, aucune difficulté ne se posait lorsque la somme convenue visait simplement à compenser un dommage, mais il n'en allait pas de même lorsqu'elle était également destinée à sanctionner l'inexécution. On a noté qu'il était parfois difficile de parvenir à un accord sur les recours auxquels les acheteurs pourraient prétendre en sus du recouvrement de la somme convenue<sup>3</sup>.

*Question 3 :*

7. *Si la réponse à la question 1 est soit a soit b, dans quels types de contrats internationaux sont insérées de telles clauses?*

8. On a noté que de telles clauses étaient insérées dans une grande variété de contrats. Les types de contrats suivants ont été mentionnés en particulier : fourniture de marchandises, fabrication et installation d'usines et de machines, contrats de construction, co-entreprises, et fourniture de services à long terme. En ce qui concerne les prêts, on a noté que la pénalité devait consister en une majoration du taux d'intérêt<sup>4</sup>.

*Question 4 :*

9. *Quels sont les types de cas d'inexécution (par exemple retard d'exécution, non-conformité aux normes contractuelles) généralement visés dans de telles clauses et quels sont les avantages spécifiques de ces clauses dans ce type de cas d'inexécution?*

<sup>3</sup> a) Un juriste a noté que des difficultés pouvaient se poser au sujet des questions suivantes : le droit qui devait régir le contrat et la clause de dommages-intérêts libératoires ou la clause pénale; le montant des dommages-intérêts libératoires lorsqu'ils étaient prévus en cas de retard dans la livraison d'usines ou de matériel (par exemple, devaient-ils être proportionnels à la valeur de l'ensemble de l'unité, à celle de l'élément livré avec retard, ou à celle des éléments non utilisables en raison du retard); et les moyens de réparation supplémentaires dont devait bénéficier l'acheteur, si des dommages-intérêts libératoires étaient prévus en cas d'inexécution partielle (par exemple, production inférieure à la production spécifiée), et qu'il y avait inexécution totale (l'unité était totalement inutilisable).

b) Un autre juriste a noté qu'il pouvait être difficile de garantir que la clause proposée serait exécutoire en vertu du droit retenu comme le droit applicable. Les solutions suivantes avaient été utilisées pour surmonter d'éventuelles difficultés à cet égard : i) contrats prévoyant des obligations alternatives (c'est-à-dire des contrats spécifiant des obligations différentes pour différentes qualités, quantités ou dates d'exécution), ii) escomptes en cas de paiement anticipé ou primes en cas d'exécution anticipée, iii) clauses stipulant des paiements accélérés et iv) disposition prévoyant le droit de prononcer la résolution du contrat avant terme, sous réserve du versement d'une pénalité. Il se peut que l'une des solutions susmentionnées convienne mieux à un type de contrat particulier ou soit plus facilement acceptable par une partie.

<sup>4</sup> Un juriste a noté que le type de contrat n'était qu'un des facteurs pris en considération au moment de décider s'il convenait d'insérer de telles clauses. Les autres facteurs étaient : l'importance de l'entreprise envisagée (par exemple, le délai d'exécution pouvait avoir des incidences en matière de développement ou d'ordre politique); les difficultés qu'il y aurait à prouver une perte dans le cas de certains types de contrevention; le traitement probable de ces clauses par le droit applicable; et l'attitude adoptée vis-à-vis de telles clauses par le for choisi pour le règlement des différends.

<sup>1</sup> Le Secrétariat remercie vivement la Chambre de commerce internationale de sa coopération et son secrétariat du concours qu'il lui a prêté.

<sup>2</sup> Voir également les réponses à la question 4 ci-après.

10. D'après toutes les réponses, les retards d'exécution étaient généralement visés dans de telles clauses<sup>5</sup>. Il était également indiqué dans de nombreuses réponses que de telles clauses visaient parfois la non-conformité aux normes contractuelles, et ce généralement dans les contrats prévoyant la fourniture de marchandises, d'usines ou de machines.

*Question 5 :*

11. *Avez-vous jamais rencontré des difficultés dans l'application ou l'exécution de telles clauses dans des contrats internationaux? Pouvez-vous donner des détails? En particulier, est-ce que des clauses de dommages-intérêts libératoires ou de pénalité*

a) *ont été déclarées nulles?*

b) *ont été réduites par des tribunaux judiciaires ou arbitraux?*

12. La plupart de ceux qui ont répondu à cette question ont indiqué qu'ils n'avaient rencontré aucune difficulté et qu'ils n'avaient connaissance d'aucune clause de dommages-intérêts libératoires ou clause pénale qui aurait été déclarée nulle ni d'aucun montant convenu qui aurait été réduit. D'après quelques réponses, ces clauses étaient rarement déclarées nulles, sauf lorsque le montant convenu était manifestement excessif. Les montants convenus étaient parfois réduits lorsque le juge ou l'arbitre était habilité à le faire. On a également fait observer que les parties réglèrent parfois à l'amiable leurs différends relatifs au paiement de dommages-intérêts libératoires ou de pénalités<sup>6</sup>.

*Question 6 :*

13. *Vaut-il la peine d'élaborer une loi uniforme applicable aux contrats internationaux et réduisant les difficultés qui résultent de l'usage de telles clauses?*

<sup>5</sup> Un juriste a noté qu'il n'était pas toujours possible de parvenir à un accord pour chiffrer la perte qui pourrait résulter d'un retard d'exécution (par exemple, pour chiffrer le manque à gagner causé par le défaut de livraison d'une unité à la date prévue, la perte causée par la répercussion sur d'autres activités économiques de l'absence de l'unité manquante). Parallèlement, on a noté que même s'il était possible de le chiffrer, le coût d'un retard (par exemple, dans un grand projet de développement industriel) pouvait être si élevé qu'aucun entrepreneur n'accepterait une clause de dommages-intérêts libératoires couvrant un tel coût.

<sup>6</sup> a) Un juriste a noté qu'une méthode utilisée pour que la validité de telles clauses ait plus de chances d'être reconnue consistait à essayer tout d'abord de parvenir à un accord sur le droit applicable et le for chargé du règlement des différends. Ensuite, la clause serait rédigée de façon qu'il y ait le maximum de chances que sa validité soit admise par le droit et le for choisis. Ce juriste a noté, toutefois, qu'il pourrait être difficile pour les parties de convenir du droit applicable et du for, et que la mesure dans laquelle celles-ci pouvaient choisir le droit applicable ou le for pouvait également avoir des limites.

b) Un autre juriste a noté que des difficultés se posaient souvent lorsque le plan d'origine dans un contrat de construction était modifié, mais que les clauses de dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales n'étaient pas ajustées en conséquence. Des difficultés se posaient également lorsque les parties prévoyaient un plafond global pour l'ensemble des dommages-intérêts libératoires, mais n'indiquaient pas clairement quels seraient les moyens de réparation en cas d'inexécution totale.

14. Les avis étaient également partagés sur cette question. Ceux qui ont indiqué qu'il vaudrait la peine d'élaborer une loi uniforme ont fait valoir les arguments suivants : une loi uniforme réduirait les difficultés causées par les différences entre les législations nationales sur les dommages-intérêts libératoires et les clauses pénales; une telle loi simplifierait les négociations sur les questions qu'elle régirait et, en tout état de cause, fournirait des principes directeurs quant aux questions devant être traitées; enfin, elle fournirait de meilleures voies de recours à la partie ayant droit à des dommages-intérêts libératoires ou à une pénalité.

15. Ceux qui ont indiqué qu'il ne vaudrait pas la peine d'élaborer une loi uniforme ont avancé les arguments suivants : les Etats étaient peu disposés à accepter des lois uniformes dans le domaine des contrats, et, en particulier, les Etats qui avaient des lois nationales visant à empêcher les abus en matière de dommages-intérêts libératoires et de pénalités accepteraient difficilement d'exclure les contrats commerciaux internationaux de leur champ d'application; les difficultés dans ce domaine étaient d'ordre pratique et variaient avec chaque contrat, et elles ne pouvaient être résolues par une loi uniforme; enfin, le texte d'une loi uniforme serait vague et général et son utilité serait donc douteuse.

*Question 7 :*

16. *Y a-t-il d'autres approches que celle de l'élaboration d'une loi uniforme qui seraient susceptibles de réduire les difficultés couramment rencontrées par les parties dans l'usage de clauses de dommages-intérêts libératoires et de clauses pénales (par exemple l'élaboration de recommandations à l'intention de parties désireuses d'utiliser une clause de dommages-intérêts libératoires ou une clause pénale)?*

17. Deux autres méthodes possibles ont été indiquées : premièrement, l'élaboration de contrats types ou de conditions générales, qui comporteraient des clauses permettant de résoudre les difficultés actuellement rencontrées; deuxièmement, l'analyse des problèmes rencontrés et l'élaboration de principes directeurs permettant éventuellement de résoudre ces problèmes.

18. La plupart de ceux qui étaient opposés à l'élaboration d'une loi uniforme ont témoigné de l'intérêt pour l'une ou l'autre des méthodes susmentionnées et certains de ceux qui s'étaient prononcés en faveur de l'élaboration d'une loi uniforme ont jugé qu'elles pouvaient constituer des solutions de rechange intéressantes<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Un juriste a noté que l'élaboration de clauses types n'était pas souhaitable, car l'impossibilité de contester la validité d'une clause de dommages-intérêts libératoires ou d'une clause pénale en invoquant des motifs d'ordre public ou d'autres motifs dépendait principalement du caractère raisonnable de la clause eu égard aux circonstances du contrat particulier dans lequel elle figurait.

**Question 8 :**

19. *Avez-vous d'autres observations à formuler?*

20. La plupart des réponses ne comportaient pas d'autres observations. Ceux qui ont répondu à cette question ont fait les observations suivantes au sujet de la négociation des clauses de dommages-intérêts libératoires et des clauses pénales :

- 1) Un plafond devrait toujours être fixé en ce qui concerne la somme à acquitter. Ce plafond devrait généralement se situer entre 5 p. 100 et 8 p. 100 du montant du contrat;
- 2) Dans les contrats forfaitaires, qui étaient très fréquents dans le secteur de la construction indus-

trielle, les clauses de dommages-intérêts libératoires ou les clauses pénales ne devraient viser que les cas où la date de livraison finale n'était pas respectée. Elles ne devraient pas viser le non-respect des délais pour les phases successives de la fabrication, du transport et de la construction;

- 3) Le contrat ne devrait pas contenir de clause prévoyant la déduction des dommages-intérêts libératoires ou des pénalités des sommes dues au fournisseur;
- 4) Les clauses prévoyant des dommages-intérêts libératoires ou des pénalités en cas de retard étaient souvent assorties de clauses prévoyant une prime en cas d'exécution anticipée.

### C. Rapport du Secrétaire général : clauses protégeant les parties contre les effets des fluctuations monétaires (A/CN.9/201)\*

1. A sa onzième session, la Commission avait décidé que, dans le cadre de l'étude générale des pratiques en matière de contrats internationaux, il faudrait accorder une attention particulière aux clauses que les parties qui cherchent à se protéger contre les effets des fluctuations monétaires insèrent dans les contrats commerciaux internationaux<sup>1</sup>. A cette même session, elle avait demandé au Secrétaire général d'établir une étude préparatoire sur cette question.

2. A sa douzième session, la Commission a été saisie d'un rapport du Secrétaire général intitulé "Clauses protégeant les parties contre les effets des fluctuations monétaires"<sup>2</sup>. Ce rapport exposait les raisons commerciales qui conduisent à prévoir des clauses protégeant les créanciers contre les changements de valeur d'une monnaie par rapport à d'autres monnaies ou des clauses par lesquelles les créanciers cherchent à maintenir le pouvoir d'achat de l'obligation monétaire découlant des contrats. Il analysait les différentes catégories de clauses qui tendent à ces deux résultats et examinait le droit et les principes qui constituent le cadre dans lequel ces dispositions entrent en jeu dans un certain nombre de pays.

3. La Commission a reconnu à sa douzième session que c'était là une question d'actualité, en raison du flottement des principales monnaies utilisées dans le com-

merce<sup>3</sup>. Les membres se sont largement accordés à reconnaître que l'élaboration de clauses comme celles qui étaient décrites dans le rapport serait utile pour le commerce international. Cependant, des doutes ont été exprimés au sein de la Commission quant à la capacité de ces clauses d'assurer une protection efficace contre les fluctuations monétaires liées aux contrats à long terme.

4. En conséquence, la Commission a prié le Secrétaire d'effectuer de nouvelles études concernant les clauses destinées à protéger les parties contre les effets des fluctuations monétaires et, afin de déterminer notamment s'il était souhaitable et concrètement possible qu'elle étudie cette question, de lui présenter un rapport sur les résultats de ses travaux, accompagné de recommandations appropriées<sup>4</sup>.

5. Le Secrétariat étudie actuellement les problèmes posés par les fluctuations monétaires dans deux contextes :

- 1) La Commission sera saisie à la présente session d'un rapport sur l'établissement d'une unité de compte universelle d'une valeur constante à utiliser dans les conventions internationales<sup>5</sup>. Dans ce rapport, il est suggéré d'employer le DTS, en le liant à un indice approprié et en procédant à des ajustements compte tenu de la situation des Etats non membres du Fonds moné-

\* 2 avril 1981. Cité dans le Rapport de la CNUDCI, par. 48 (première partie, A, ci-dessus).

<sup>1</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-troisième session, Supplément n° 17 (A/33/17), par. 67 (Annuaire . . . 1978, première partie, II, A).

<sup>2</sup> A/CN.9/164 (Annuaire . . . 1979, deuxième partie, I, D).

<sup>3</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-quatrième session, Supplément n° 17 (A/34/17), par. 32 à 40 (Annuaire . . . 1979, première partie, II, A).

<sup>4</sup> Ibid., par. 40.

<sup>5</sup> A/CN.9/200 reproduit dans le présent volume, Deuxième partie, II, C.