

TRAVAUX DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ DE FRIBOURG

*Edités par Peter Gauch*

270

---

GASPARD COUCHEPIN

# La clause pénale

Etude générale de l'institution  
et de quelques applications pratiques  
en droit de la construction

## TABLE DES MATIERES

AVANT-PROPOS	IX
SOMMAIRE	XI
TABLE DES MATIERES	XIII
TABLE DES ABREVIATIONS	XXIX
BIBLIOGRAPHIE	XXXV
<b>INTRODUCTION</b>	<b>1</b>
I. L'objet et l'intérêt du thème	1
II. Les délimitations	2
III. Le plan	3
<b>PREMIERE PARTIE : LA PRESENTATION GENERALE</b>	<b>5</b>
CHAPITRE I : LES FONDEMENTS	5
§ 1 <i>Les notions</i>	5
I. La clause pénale	5
A. La clause pénale au sens large : l'institution	5
B. La clause pénale au sens étroit : la stipulation	6
II. La peine conventionnelle	7
III. L'obligation principale	9
§ 2 <i>Les sources</i>	11
I. Les sources conventionnelles	11
A. Le contrat individuel	11
B. Les conditions générales	11
C. Les statuts et les conventions d'actionnaires	12
1. Les statuts	12
2. La convention d'actionnaires	13
II. Les sources légales	14

A. Les sources en droit interne	14
B. Les règles de conflit de lois	16
III. L'origine des règles	17
A. Le droit romain	17
1. La clause pénale en droit romain	17
2. Une comparaison avec le droit actuel	19
B. Le Moyen Âge et l'Ancien Régime	20
1. Le Haut Moyen-Âge	20
2. L'époque scolastique	21
3. L'Ancien Régime	22
C. Le droit fédéral suisse	22
1. L'ancien Code de 1881	22
2. Le Code de 1911 et ses modifications	24
§ 3 <i>Les fonctions</i>	25
I. La fonction primaire en vue de l'exécution	26
A. Un moyen de pression	26
B. L'admissibilité	27
II. Les fonctions secondaires en cas d'inexécution	27
A. La fonction indemnitaire	28
B. La fonction répressive	29
C. La fonction de défense personnelle	29
CHAPITRE II : UNE COMPARAISON ENTRE LES DIFFERENTES CONCEPTIONS	30
§ 4 <i>Quelques conceptions en droit comparé</i>	30
I. Présentation générale des quatre conceptions	31
A. La conception dualiste	31
B. La conception moniste	33
C. La conception de la <i>Common Law</i>	36
D. La conception napoléonienne	36
II. La clause pénale en droit allemand	37
A. Les fondements	37
1. Les généralités	37
2. Les fonctions	40
B. Les conditions d'exigibilité	41
1. L'inexécution ou l'exécution imparfaite de l'obligation garantie	41

2. La responsabilité du débiteur	42
C. La relation entre la peine et les autres prétentions du créancier	43
1. En cas de peine portant sur l'inexécution de l'obligation	43
2. En cas de peine portant sur la mauvaise exécution de l'obligation	44
III. La clause pénale en droit français	44
A. Les fondements	44
1. Les généralités	44
2. La fonction	49
B. Les conditions d'exigibilité	51
1. L'inexécution de l'obligation principale	51
2. La responsabilité du débiteur	52
3. La mise en demeure	53
C. La relation entre la peine et les autres prétentions du créancier	54
1. En cas de peine portant sur l'inexécution de l'obligation	54
2. En cas de peine portant sur le retard dans l'exécution de l'obligation	55
IV. La clause pénale dans les pays de <i>Common Law</i>	55
A. Les fondements	56
1. Les généralités	56
2. Les fonctions	62
B. Les critères de distinction entre <i>penalties</i> et <i>liquidated damages</i>	62
1. Les quatre tests en droit anglais	62
2. Les deux conditions en droit américain	64
C. Les conditions d'exigibilité des <i>liquidated damages</i>	65
1. Le <i>breach of contract</i>	65
2. Le dommage	66
§ 5 <i>Quelques considérations tirées de la pensée économique</i>	67
I. Les arguments	68
A. En faveur de la validité de la clause pénale	68
1. Une pression économiquement utile	68
2. Une meilleure appréciation des intérêts en jeu	69
3. L'allocation des risques	70
4. D'autres arguments	71
B. En faveur de la nullité de la clause pénale	72
1. L'atteinte au principe de la compensation	72

2. L'argument de l' <i>efficient breach</i>	73
3. Le coût de la clause pénale	75
II. Une synthèse	75
A. Notre proposition	76
1. Le critère de l'efficacité	76
2. Les clauses pénales inefficaces	76
3. Les clauses pénales efficaces	77
B. La confrontation des différentes conceptions	79
1. Les conceptions absolues	79
2. La conception moniste	80
3. La conception dualiste	80
<b>DEUXIEME PARTIE : L'ANALYSE DE L'INSTITUTION</b>	<b>83</b>
CHAPITRE I : LA CLAUSE PENALE	83
§ 6 <i>La nature juridique</i>	83
I. La nature accessoire	83
A. Le principe	83
B. Les effets	84
II. La nature conditionnelle	85
A. Le principe	85
B. Les effets	86
III. La nature autonome	87
A. Le principe	87
B. Les effets	87
§ 7 <i>L'adoption de la clause pénale</i>	88
I. Les parties	88
A. En général	88
B. En cas de pluralité de parties	88
1. Pluralité de débiteurs	88
2. Pluralité de créanciers	90
C. Deux cas particuliers	92
1. La représentation au sens des art. 32 ss CO	92
2. La stipulation pour autrui	93
L'accord des volontés	94
. Les manifestations de volonté	94

1. Les principes	94
2. Deux cas particuliers : les conditions générales et les statuts	94
B. Les éléments de l'accord	96
1. Les éléments essentiels	96
2. Les éléments secondaires	97
III. Le moment de l'adoption	97
A. La règle	97
B. Les exceptions	98
1. La clause convenue antérieurement à l'obligation principale	98
2. La clause convenue postérieurement à l'obligation principale	98
§ 8 <i>Les conditions de validité</i>	98
I. La forme	99
A. Le principe	99
B. Les cas particuliers	99
1. La forme légale propre à la clause	99
2. La forme légale déduite	100
3. La forme conventionnelle	102
II. Le contenu	103
A. En général	103
1. La libre détermination du contenu	103
2. Les limites	104
B. Les limites tirées de l'illicéité	104
1. L'illicéité par contagion (l'illicéité du contrat)	104
2. L'illicéité propre à la clause pénale	105
C. Les limites tirées de l'impossibilité	106
1. L'impossibilité par contagion (l'impossibilité du contrat)	106
2. L'impossibilité propre à la clause pénale	107
D. Les limites tirées de la contrariété aux bonnes mœurs	107
1. La contrariété aux bonnes mœurs par contagion (la contrariété aux bonnes mœurs du contrat)	107
2. La contrariété aux bonnes mœurs propre à la clause pénale	109
E. La théorie des vices du contenu	110
1. Les vices par contagion (les vices du contrat)	111
2. Les vices propres à la clause pénale	114
III. L'absence de vices du consentement et de lésion	116
A. Les différents vices du consentement et la lésion	116

1. En général	116
2. Les vices du consentement	116
3. Un cas particulier : la lésion	117
B. Les effets juridiques	118
1. En général	118
2. Les effets des vices du consentement sur la clause pénale	119
3. Les effets juridiques de la lésion sur la clause pénale	119
CHAPITRE II : LA PEINE CONVENTIONNELLE	121
§ 9 <i>La typologie des peines selon leur contenu</i>	121
I. Le système général	121
A. Les droits du créancier en cas d'inexécution	121
B. La relation entre les différents droits en cas d'inexécution	122
1. Les principes	122
2. Les règles d'interprétation et le fardeau de la preuve	123
II. La peine alternative	124
A. La notion	124
B. Le droit d'option du créancier	124
1. Les droits des parties en cas d'inexécution	124
2. L'exercice du droit d'option du créancier	126
3. Le sort des prestations partiellement exécutées	128
C. La relation entre la peine et le dommage	129
1. La peine comme indemnisation minimale	129
2. La peine comme indemnisation de l'intérêt à l'exécution	130
3. Le cas particulier de la peine non pécuniaire	130
III. La peine cumulative	131
A. La notion	131
B. Le cumul des droits	131
1. La peine cumulative légale	131
2. La peine cumulative conventionnelle	133
C. La relation entre la peine et le dommage	134
1. En cas de peine portant sur une mauvaise exécution	134
2. En cas de peine portant sur l'inexécution	135
IV. La peine exclusive	136
A. La notion	136
B. Le droit exclusif	136
C. La relation entre la peine et le dommage	136

3. La situation particulière de la lésion	164
D. Le rôle du juge	164
1. Le devoir légal de réduire la peine excessive	164
2. Le pouvoir d'appréciation du juge	165
3. Le recours contre la décision du juge	167
II. La condition : le caractère excessif de la peine	168
A. La notion de peine excessive	168
1. L'absence de notion légale	168
2. La notion développée par la pratique	169
3. L'allégation des faits et le fardeau de la preuve	170
B. Le moment déterminant pour apprécier la peine	171
1. Le jugement comme moment déterminant	171
2. Les modifications des circonstances et l'exception de l'imprévision	172
C. Le critère principal : l'intérêt du créancier	173
1. La notion	173
2. Le rapport entre l'intérêt du créancier et la peine	175
3. La mesure de l'intérêt du créancier	175
D. Les critères secondaires	177
1. La gravité de la violation objective	177
2. La gravité de la faute des parties	178
3. La situation économique du débiteur	180
4. D'autres critères secondaires	183
III. L'effet : la réduction de la peine	184
A. L'exercice du droit à la réduction	184
1. Les conditions matérielles	184
2. La condition formelle	185
B. Le jugement	186
1. La nature juridique	186
2. La mesure de la réduction	187
C. Deux situations particulières	189
1. La réduction des peines non pécuniaires	189
2. La réduction des peines déjà acquittées	190
IV. L'appréciation du système	192
A. Les critiques	193
1. Les effets négatifs indirects	193
2. L'insécurité juridique	194

3. L'absence de contrôle préventif	195
B. Une appréciation personnelle	196
CHAPITRE III : LES DISTINCTIONS ET LES DELIMITATIONS	197
§ 13 <i>Les formes particulières de clauses pénales</i>	197
I. La clause pénale de déchéance	197
A. La notion	197
B. L'analyse de l'institution	198
II. La clause pénale garantissant une obligation imparfaite	200
A. La notion	200
B. L'analyse de l'institution	201
III. La clause pénale-assurance	201
A. La notion	201
B. L'analyse de l'institution	203
1. La qualification	203
2. Les types de clauses	204
§ 14 <i>Les institutions voisines</i>	206
I. La convention d'indemnisation forfaitaire du dommage	206
A. La présentation de l'institution	206
1. La notion	206
2. Le rapport avec le dommage	207
B. La délimitation d'avec la clause pénale	208
1. Les différences	208
2. Les critères de distinction	209
C. Le cas particulier de l'indemnité forfaitaire excessive	212
1. La présentation	212
2. Un récapitulatif	214
II. La clause pénale indépendante	216
A. La présentation de l'institution	216
1. La notion	216
2. Les cas d'application	217
B. La délimitation d'avec la clause pénale	218
III. Le dédit réel et les arrhes	219
A. La présentation des institutions	219
1. La notion de dédit réel	219
2. La notion d'arrhes	220

3. La distinction	221
B. La délimitation d'avec la clause pénale	221
1. Le dédit réel et la peine	221
2. Les arrhes et la peine	222
IV. La clause portant sur une peine résolutoire	223
A. La présentation de l'institution	223
1. La notion	223
2. La délimitation d'avec le dédit réel	224
3. L'exercice	224
B. La délimitation d'avec la clause pénale	225
1. La distinction	225
2. Les cas d'application	226
V. L'astreinte	226
A. La présentation	226
1. La notion	226
2. Les types d'astreintes	227
3. L'astreinte en Suisse	229
B. La délimitation d'avec la clause pénale	232
VI. L'intérêt moratoire	233
A. La présentation de l'institution	233
1. La notion	233
2. L'analyse de l'institution (survol)	234
B. La délimitation d'avec la clause pénale	235
1. Les critères de distinction	235
2. Le concours entre les deux institutions	237

### **TROISIEME PARTIE : QUELQUES APPLICATIONS EN**

### **DROIT DE LA CONSTRUCTION 239**

#### CHAPITRE I : LA PRESENTATION GENERALE 239

##### § 15 *Les fondements* 239

#### I. Le contrat de construction 239

##### A. La notion 239

##### 1. La définition 239

##### 2. Les parties 239

##### 3. Les éléments de la définition 240

##### B. Les distinctions et les délimitations 242

1. Les distinctions	242
2. Les délimitations	243
II. La clause pénale dans les contrats de construction	244
A. L'application pratique	244
1. L'évolution générale de la pratique contractuelle	244
2. La place de la clause pénale	245
B. L'intérêt économique de conclure une clause pénale	246
1. Les avantages	246
2. Les inconvénients	248
3. Une appréciation personnelle	249
C. La juste peine économique	250
1. Le contexte : le prix global du contrat	250
2. Une première approche : l' <i>optimum</i> du contrat	251
3. Une seconde approche : la détermination des inefficacités	256
§ 16 <i>Les sources spécifiques au contrat de construction</i>	256
I. Le contrat	257
A. En général	257
B. Les conditions générales comportant une clause pénale	257
II. Les règles légales	258
A. En droit suisse	258
1. Les règles applicables au contrat de construction	258
2. L'absence de règles spécifiques à la clause pénale	258
B. En droit étranger	259
1. En Allemagne et en France	259
2. Dans les pays de <i>Common Law</i>	260
III. Les normes associatives	260
A. Les principales normes associatives suisses	260
1. La norme SIA-118	260
2. D'autres normes suisses	262
B. D'autres normes	263
1. Les conditions FIDIC ?	263
2. Deux normes étrangères : les <i>VOB</i> et les <i>US AIA Document A201</i>	263
§ 17 <i>Les différentes peines en droit de la construction</i>	266
I. La peine de retard	266
A. La notion	266

B. Les différents types de peines	267
1. Selon le rapport entre la peine et le droit à l'exécution de l'obligation principale	267
2. Selon le contenu de la peine	268
C. Deux situations particulières	270
1. L'ouvrage défectueux livré dans les délais	270
2. La peine de retard dans les marchés publics	271
II. La peine pour le défaut de l'ouvrage	273
A. La notion	273
B. Les différents types de peines	275
1. Selon leurs rapports avec les droits découlant de l'obligation principale	275
2. Selon le contenu de la peine	277
C. Le déclenchement de la peine	277
1. Les conditions	277
2. Les effets juridiques	280
III. Les autres peines et les primes	282
A. Les autres peines	282
1. En faveur du maître	282
2. En faveur de l'entrepreneur ou d'un tiers	284
B. Un excursus : les primes d'avance	285
1. La notion	285
2. Le lien avec la peine	286
3. La réduction de la prime excessive ?	288
CHAPITRE II : LA MISE EN ŒUVRE DE LA PEINE DE RETARD	288
§ 18 <i>Le moment de l'exécution de l'ouvrage</i>	289
I. Le moment	289
A. Le programme des travaux	289
1. La notion	289
2. La planification	290
3. Les divers types de retard	291
4. La portée juridique	292
5. Les responsabilités et la peine	292
B. Les termes et les délais garantis par la peine	293
1. Le délai final	293
2. Le délai pour commencer les travaux	294

3. Les délais intermédiaires	296
C. La détermination des délais	298
1. La fixation des délais	298
2. La peine et la détermination des délais	299
II. L'exécution	300
A. Le système légal	300
B. Le système de la norme SIA-118	301
§ 19 <i>Le retard</i>	303
I. Le déclenchement de la peine	303
A. La demeure comme terme du déclenchement	303
B. Deux exceptions	305
1. Les conventions contraires	305
2. La violation anticipée du contrat	305
II. La demeure de l'entrepreneur débiteur	306
A. En général	306
B. Les effets conventionnels : le droit à la peine	311
1. Les conditions	311
2. Le droit à une indemnité supplémentaire	312
III. La prolongation des délais et son influence sur la peine	313
A. Le retard justifié	313
1. La présentation	313
2. L'influence sur la peine	314
B. La modification de commande	316
1. La présentation	316
2. L'influence sur la peine	317
C. Le gel des travaux	318
1. La présentation	318
2. L'influence sur la peine	319
§ 20 <i>Le respect des incombances</i>	320
I. Les incombances du maître liées à l'obligation principale	320
A. En général	320
B. Les devoirs de collaboration du maître	320
1. La notion	320
2. L'énumération des principaux devoirs de collaboration	321
II. Les incombances spécifiques à la peine de retard	322

A. L'acceptation avec réserves	322
1. La notion	322
2. L'effet juridique de l'absence de réserves	323
3. L'exercice de l'incombance	324
4. Le moment des réserves de la peine	326
5. Quelques situations particulières	328
B. L'absence de renonciation expresse à se prévaloir du retard	330
1. La notion	330
2. Les effets juridiques	331
3. La forme de la renonciation	332
4. Le moment de la renonciation	332
§ 21 <i>La responsabilité de l'entrepreneur en cas de retard</i>	332
I. La règle ordinaire : la responsabilité subjective	333
A. La notion de responsabilité de l'entrepreneur	333
1. Selon la loi	333
2. Selon la norme SIA-118	333
B. La répartition du fardeau de la preuve	334
II. L'exception : la responsabilité objective	334
A. La responsabilité objective dans les contrats de construction	334
B. La répartition du fardeau de la preuve	335
CHAPITRE III : LE DROIT DU MAITRE A LA PEINE DE RETARD	336
§ 22 <i>La créance</i>	336
I. La détermination de la quotité de la peine	336
A. Les règles de calcul du retard	336
1. La computation du retard	336
2. Le <i>dies a quo</i>	338
3. Le <i>dies ad quem</i>	339
B. La relation entre la peine et les autres droits du maître	339
1. En cas d'exécution tardive	339
2. En cas d'inexécution définitive	340
II. L'exécution de la peine	343
A. L'exercice d'un droit formateur	343
1. La nature juridique	343
2. Les conditions	343
3. Le moment	344

4. Les effets juridiques	345
B. Les modalités d'exécution de la peine	346
1. En général	346
2. Un cas particulier : l'exécution par compensation	346
III. L'inexécution de la peine	348
A. L'inexécution injustifiée	348
B. L'inexécution justifiée	348
 § 23 <i>La peine de retard excessive et sa réduction en droit de la construction</i>	 349
I. Le système	349
A. La peine excessive	349
B. La réduction	350
C. Les critères d'appréciation de la peine de retard	350
1. L'intérêt du maître	350
2. Les autres critères	351
II. Une synthèse	354
A. Une approche pratique en deux temps	354
1. Une analyse <i>prima facie</i> : une approche économique	354
2. Une analyse approfondie : les critères ordinaires	354
B. Une appréciation personnelle	355
 <b>CONCLUSION GENERALE – THÈSES</b>	 <b>357</b>
I. La présentation générale	357
II. L'analyse de l'institution	358
III. Quelques applications en droit de la construction	362
 <b>ALLGEMEINE SCHLUSSFOLGERUNGEN - THESEN</b>	 <b>367</b>
I. <i>Allgemeine Einführung</i>	367
II. <i>Analyse des Rechtsinstituts</i>	369
III. <i>Einige Anwendungen aus dem Baurecht</i>	372
 <b>GENERAL CONCLUSION – THESES</b>	 <b>377</b>
I. <i>General introduction</i>	377
II. <i>Analysis of the institution</i>	378
III. <i>Some applications in construction law</i>	382
 <b>RÉPERTOIRE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES</b>	 <b>387</b>