

UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTÉ DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

A propos du dommage
indirect et imprévisible
et
des clauses s'y
rapportant

par Denis-M. PHILIPPE

Doc. 95/1

A publier dans la R.D.A.I.

A PROPOS DU DOMMAGE INDIRECT ET IMPREVISIBLE et DES CLAUSES S'Y RAPPORTANT.

Denis PHILIPPE,

Avocat au Barreau de Bruxelles,¹
Professeur à l'Université de Louvain.

Le professeur Fontaine a consacré dans la présente revue une importante chronique aux clauses d'exonération de responsabilité²; il y écrivait:

" Un des problèmes les plus importants auxquels doivent faire face les rédacteurs de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est celui des dommages indirects ou imprévisibles. " ³

L'éminent auteur adresse aux rédacteurs de ces clauses la recommandation suivante:

*" Les intérêts en jeu sont considérables et les solutions des droits nationaux peuvent présenter des différences appréciables, compte tenu notamment des interprétations jurisprudentielles. "*⁴

Le législateur ou les parties contractantes cherchent à limiter l'ampleur du dommage auquel le débiteur devrait faire face en cas de manquement à ses obligations contractuelles; c'est la raison pour laquelle ils ont cherché à ne pas mettre à charge du débiteur de l'obligation, des dommages dont il ne pouvait avoir égard en contractant ou qui sont trop éloignés de la

¹ Association d'avocats Balon, Buyle, Maingain et Philippe.

² R.D.A.I., 1985, pp.435 e.s. Cette chronique a été reprise et refondue dans l'ouvrage du professeur Fontaine, *Droit des contrats internationaux*, Feduci, 1990, p.171 e.s. ouvrage auquel nous nous référerons dans la suite de cet exposé.

³ *Op.cit.*, p.203.

⁴ *Ibid.*

violation du contrat.

Dans un premier temps, nous chercherons à définir ce qu'il faut entendre par dommage indirect ou imprévisible; dans un second temps, nous étudierons le régime du dommage indirect dans différents systèmes juridiques; enfin, nous nous attacherons, plus brièvement, à l'étude de la validité des clauses de dommage indirect et imprévisible.

CHAPITRE I. DEFINITION.

Qu'entend-on par dommage indirect ou imprévisible?

1.Dommage imprévisible

Le professeur DE PAGE écrit: ⁵

*" le juge, pour apprécier les dommages et intérêts prévus et imprévus, doit **se mettre à la place du débiteur**, et voir quelles sont les conséquences de l'inexécution, de la non-obtention de l'objet du contrat, **qu'il a pu prévoir ou qu'il était possible de prévoir**, en considérant le contrat et la situation des parties tels qu'ils se présentaient in concreto."*

1.1.L'on peut *distinguer le dommage imprévisible des concepts voisins.*

1.1.1. Une distinction doit être établie entre **l'imprévision et le dommage imprévisible.**

L'imprévision permet au juge de revoir ou de résilier le contrat lorsque, postérieurement à la conclusion du contrat, surviennent des circonstances non imputables à la partie qui l'invoque, imprévisibles et qui ont pour effet de bouleverser l'économie du contrat.⁶

L'imprévision étudie le problème du partage entre parties des charges nouvelles engendrées par le changement de circonstances dont le débiteur n'assumera pas, du moins en partie, la charge; l'imprévision s'interroge sur l'*existence* d'une *responsabilité* dans le chef de la partie

⁵ *Traité élémentaire de Droit civil*, TomeII, Bruxelles,Bruylant, p.145:

⁶ D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*,Bruylant, 1986,p.13. Voy. aussi, H.J.L. MAZEAUD, M. de JUGLART et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*,1978, t.II, n° 734, pp. 685 et 686.

charge; l'imprévision s'interroge sur l'*existence* d'une *responsabilité* dans le chef de la partie contractante victime du changement de circonstances; par contre, le problème de l'évaluation et de la modération du dommage suppose au contraire que la *responsabilité* du contractant invoquant l'imprévisibilité du dommage soit *établie*⁷.

Les deux concepts sont parfois confondus puisque des décisions ont octroyé une réduction de dommages et intérêts eu égard au changement de circonstances, notamment à l'occasion de la première guerre mondiale.⁸

1.1.2. Une autre distinction doit être établie entre la **prévisibilité de la faute et l'article 1150**

La prévisibilité de la faute est requise dans la responsabilité civile en droit belge mais non dans la responsabilité contractuelle⁹; par contre, le caractère prévisible ou imprévisible du dommage n'est pas requis en responsabilité civile.¹⁰

1.1.3. L'on peut également distinguer **dommage imprévisible et causalité adéquate**.

La causalité adéquate retient parmi les dommages rentrant en lien causal avec la faute, ceux qui, selon l'expérience acquise, constituent les suites prévisibles de cet événement; cette théorie n'est pas reconnue de manière générale en droit civil belge, mais dans plusieurs

⁷ Au lieu du terme *responsabilité*, l'on pourrait parler du terme *risque* contractuel; en effet, l'imprévision étudie si certains changements de circonstances ne sont pas de nature telle qu'il dépasse l'aléa contractuel normal. L'on constate donc que l'imprévision se situe dans un champ autre que la faute, et en tout cas ne présuppose pas la faute comme le dommage imprévisible.

⁸ M. PLANIOL & G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Tome VI, 1930, p.549; P. VOIRIN, *De l'imprévision dans les rapports de droit privé*, Thèse, Nancy, 1922, p.208 et références citées, not. Rouen, 27 mars 1871, *D.*, 1971, 2, 79; D.M. PHILIPPE, *op.cit.*, p.143.

⁹ Voy. G. SCHAMPS, La prévisibilité de la faute, *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1993, pp...; R.O. DALCQ, La prévisibilité de la faute, *Mélanges Heenen...*

¹⁰ Voy. P. VAN OMESLAGHE, Examen de jurisprudence, Les Obligations, *Revue critique de jurisprudence belge*, 1975, p.524: " le calcul du dommage et les règles relatives à sa détermination ne sont pas différents en matière contractuelle et en matière extracontractuelle, à cela près que seul le dommage prévisible doit être réparé lorsque la responsabilité trouve sa source dans un contrat."

systèmes juridiques dont l'Allemagne.¹¹

Domage imprévisible et causalité adéquate peuvent appréhender des hypothèses similaires; ainsi, lorsqu'une personne est victime d'une crise cardiaque parce qu'une usine n'a pas été construite dans les délais requis, l'on peut considérer qu'il s'agit d'un dommage qui n'est pas en lien causal avec la faute; l'on peut aussi prétendre que le dommage ne trouve pas sa cause dans la faute.¹²

Cependant, les concepts se situent sur des plans différents; la règle relative au dommage imprévisible suppose que le lien de causalité soit établi entre la faute et le dommage; prenons l'exemple d'un vendeur qui reste en défaut de livrer les marchandises commandées; l'acheteur doit s'approvisionner ailleurs; à la suite d'une guerre non prévisible à la conclusion du contrat, la plupart des sources d'approvisionnement se sont taries; vu la rareté de la matière, le prix a augmenté fortement; il semble assez évident que la différence de prix entre la marchandise commandée et la marchandise achetée constitue un dommage en lien causal avec le manquement du vendeur; ce ne sera donc pas sur le terrain de la causalité mais sur celui de l'imprévisibilité du dommage pour le vendeur que devra être abordé la question de l'indemnisation de l'acheteur.

Précisons aussi que ce lien de causalité sera certes plus facilement établi dans les régimes juridiques qui reconnaissent une théorie assez large de la causalité comme la théorie de l'équivalence des conditions.¹³

Ainsi, la Cour de cassation belge énonce que :

*" Le lien de causalité entre une faute et un dommage est établi dès lors que le juge constate que, sans cette faute, le dommage, tel qu'il s'est présenté in concreto, ne se serait pas produit. "*¹⁴

En d'autres termes, la Cour ne fait aucune mention de la prévisibilité des conséquences dans

¹¹ Bundesgerichtshof, 7 juin 1968, *N.J.W.*, 1968, p.2287; D.M. PHILIPPE, *op.cit.*, p.471 et références citées.

¹² Voy. notre article sur les relations entre la causalité et la relativité aquilienne, in *Mélanges R.O. DALCQ*, 1994, spéc., p.481 et les exemples données à propos de la crise cardiaque à la vue d'un accident de voiture.

¹³ Les considérations émises ci-dessus à propos de la relativité aquilienne sont applicables au dommage indirect.

¹⁴ Voy. not., Cass., 11 octobre 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12007; 6 janvier 1993, *Dr.circ.*, p.166, n°93/83; voy. notre article sur les relations entre la causalité et la relativité aquilienne, in *Mélanges R.O. DALCQ*, 1994, spéc., p.470.

l'application de la causalité; elle précise cependant que le lien de causalité doit revêtir un caractère de nécessité.

En conséquence, dans la mesure où l'on souhaite limiter le dommage, le filtre limitateur pourrait sans doute se situer plus au niveau du caractère imprévisible du dommage qu'au niveau de la causalité.

1.1.4. Dommage imprévisible et devoir pour le créancier de limiter son propre dommage.

Dans la plupart des systèmes juridiques, l'on admet l'obligation dans le chef du créancier de limiter son propre dommage¹⁵; cette obligation est par ailleurs inscrite dans la Convention de Vienne organisant la vente commerciale internationale en son article 77.

Le dommage peut être imprévisible de par le fait du créancier, soit que celui-ci n'a pas informé, à la conclusion du contrat, de l'importance éventuelle du dommage, soit que celui-ci n'a pas pris, en cours d'exécution du contrat, les mesures de prévention ou limitation du dommage auxquelles le débiteur pouvait légitimement s'attendre. Dans cette dernière hypothèse, l'on peut prétendre que le dommage n'était pas prévisible de par le manquement du créancier à l'obligation de limiter son propre dommage.

Cependant, hormis ce point de rapprochement, les deux institutions sont distinctes; en effet, le dommage imprévisible peut trouver d'autres raisons d'être que le comportement du créancier; ainsi, le dommage imprévisible trouvera souvent sa source dans des circonstances extérieures aux parties; au surplus, le caractère imprévisible du dommage s'apprécie généralement à la conclusion du contrat.

1.2. D'autres notions pourront intervenir dans l'**appréciation** du dommage imprévisible;

- * les circonstances qui ont donné lieu à l'imprévisibilité étaient-elles extraordinaires ou non?
- * est-ce la cause ou l'étendue du dommage qui furent imprévisibles?
- * le caractère imprévisible du dommage était-il présent à la conclusion ou au cours de l'exécution du contrat?

Nous mentionnerons dans le point 2., les questions qui doivent être abordées de manière **commune** pour le dommage indirect et le dommage imprévisible.

¹⁵ Voy. B. HANOTIAU, Régime juridique de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international, cette revue, 1987, pp.393 e.s.; D.PHILIPPE, De rechter en de bepaling van de inhoud van de overeenkomst, in *De overeenkomst, Vandaag en morgen*, 1991, p.551.

2. Dommage indirect

L'on peut reprendre la définition donnée par De Page:

" Le dommage indirect est celui qui, en réalité, se rattache à d'autres causes que l'inexécution. Il est, d'emblée, en dehors de la réparation. Les dommages prévus ou imprévus supposent au contraire, TOUS DEUX, la relation causale. Et c'est dans le domaine de cette relation causale que la distinction doit être faite.

2.1. Dommages indirects et concepts voisins.

2.1.1. L'on peut ainsi distinguer **causalité et dommage indirect**.

La définition donnée par le professeur De Page exclut le dommage indirect du champ causal. Cependant, l'on peut concevoir qu'un dommage indirect trouve sa cause dans la faute. L'on pense aux pertes de profit, à la perte d'une commande, à l'accident survenu à la suite de la défectuosité de la machine; l'on peut aussi mentionner la perte de clientèle pour les années futures...

La perte de profit, la perte d'une commande sont parfois appelés dommages consécutifs et non dommage indirects.

La question pourra varier selon que l'on applique la théorie de l'équivalence des conditions ou la causalité adéquate ou la causalité immédiate qui ne retient que les conséquences **les plus proches** de la faute.

2.1.2. **Dommage indirect et force majeure** ont également fait l'objet d'une distinction en jurisprudence.

Ainsi, dans un arrêt du 23 février 1928¹⁶, la Cour de cassation a rejeté l'assimilation abusive faite par le débiteur entre le " *dommage qui a une cause étrangère au contrat*" et celui " *qui n'est pas une suite immédiate et directe de l'inexécution du contrat* ."

Il est en effet assez clair que le dommage indirect ne doit pas résulter d'un événement imprévisible, irrésistible et étranger à la partie qui l'invoque; la force majeure a pour objet

¹⁶ Cass., 23 février 1928, P., 1928, I, 85.

de décharger le débiteur de son obligation tandis que la notion de dommage indirect vise à limiter le dommage indemnisable, à ce qui est en relation avec la faute, que ce dommage soit dû ou non à un événement imprévisible.

2.2.D'autres notions pourront intervenir dans l'appréciation** du dommage indirect et imprévisible.**

Le débiteur était-il de mauvaise foi ou a-t-il eu une attitude dolosive? Dans l'affirmative, l'on pourrait ne pas tenir compte du caractère imprévisible ou indirect du dommage.

Le débiteur a-t-il contrevenu à une obligation fondamentale du contrat? Une aggravation dans l'appréciation du dommage doit-il s'ensuivre?

De quel type de dommage s'agissait-il? un dommage physique, économique...

Quid du dommage résultant de la faute d'un tiers (qui n'exécute pas son contrat?)

CHAPITRE II. LE REGIME JURIDIQUE DU DOMMAGE IMPREVISIBLE ET INDIRECT.

Nous évoquerons dans le présent chapitre le régime juridique du dommage indirect et imprévisible en droit belge (section I), français (section II), anglais (section III), allemand (section IV),et nous terminerons par la Convention de Vienne relative à la vente commerciale internationale (section V).

SECTION I. LE DROIT BELGE.

A. Introduction commune aux droits français et belge.

Il est peut-être utile de rappeler pour la clarté de l'exposé, le texte des articles 1150 et 1151 du Code civil français qui sont également en vigueur en Belgique.

Le premier exclut le dommage imprévisible du champ de l'indemnisation:

" Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée. "

Le second prescrit à propos du dommage indirect:

" Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre à l'égard de la perte éprouvée par le créancier et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention. "

Il convient de citer également, en matière de vente, l'article 1633 du Code civil qui énonce:

" Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de vente. "

Pothier a consacré d'intéressants développements à cette question.

L'éminent auteur établissait une distinction entre les dommages et intérêts **intrinsèques** et **extrinsèques**. Les premiers touchent à la chose même qui fait l'objet de l'obligation, les autres portent sur les dommages relatifs à d'autres biens. Ainsi, je loue une maison que je croyais m'appartenir; en fait, je suis évincé de ce bien; le locataire me réclame les frais de déménagement; il s'agit de frais propres à l'obligation; le locataire a dû se relouer moyennant un loyer plus élevé; la différence constitue elle aussi un dommage intrinsèque; mais si, après l'entrée en jouissance, le locataire a installé un commerce et s'il perd une partie de revenu à la suite de ce déménagement, cette perte ne sera pas incluse car elle n'a pas été prévue lors du contrat.¹⁷

Pothier adopte donc une conception restrictive, à la fois sur le plan pratique et conceptuel, de la notion de dommage, basée sur l'équité.

B. Le dommage imprévisible.

1. En droit belge, l'imprévisibilité doit porter sur la cause et non sur l'étendue du

¹⁷ POTHIER, *Des Obligations*, n° 161, cité par LAURENT, *Principes de droit civil*, t. XVI, p. 345.

dommage.

Peut-être pourrait-on invoquer à nouveau l'important arrêt du 23 février 1928¹⁸. Un contrat de vente n'est pas exécuté; survient une contestation sur le montant du dommage; le juge d'appel énonça que le dommage consistait en la différence entre le prix convenu et la valeur de la marchandise au jour où le créancier avait su que le marché ne serait pas exécuté. La Cour de cassation rejeta le pourvoi introduit contre cet arrêt en considérant que:

" le Code civil ne subordonne pas le droit qui appartient au juge de porter les dommages et intérêts à la différence entre les prix du marché et le cours du jour où l'inexécution fut certaine, à la condition que les dommages et intérêts ainsi calculés n'excèdent pas ceux résultant des fluctuations normales du marché."

L'arrêt considère en outre que c'est le caractère prévisible du dommage qui est requis, *" sans préciser aucune autre circonstance pouvant influencer sur le montant du dommage."*

L'on peut donc déduire de cet arrêt que le montant ou l'ampleur du dommage peut être imprévisible; c'est son caractère ou sa nature qui doivent être prévisibles pour qu'indemnisation puisse avoir lieu.

Plusieurs décisions ont confirmé par la suite que c'est la **cause** ou le caractère du dommage qui doit être imprévisible et non son **montant**.¹⁹²⁰

Epinglons tout particulièrement un arrêt du 11 avril 1986²¹ qui portait sur les faits suivants.

Le débiteur avait négligé de prendre des mesures préventives afin d'éviter que des particules d'ardoise, de quartz et de silex ne pénétrèrent dans l'évent qui était relié à l'installation de filtrage; la cour d'appel a mis à charge du débiteur non seulement les frais de réparation de l'installation mais aussi le dommage résultant de la destruction de la production. La cour d'appel motiva sa décision en précisant que le caractère prévisible ou non du dommage concerne la survenance du dommage et non son étendue; le pourvoi critiquait cette considération; la Cour de cassation rejeta le pourvoi en énonçant que:

" pour que le débiteur puisse être condamné, du chef d'inexécution, à réparer

¹⁸ Cass., 23 février 1928, *P.*, 1928, I, 85.

¹⁹ Voy. not. Liège 28 mars 1991, *J.L.M.B.*, 1992, p.77; Mons, 29 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p.61.

²⁰ Voy. not. en doctrine, LAURENT, *op.cit.*, p.351, n° 292.

²¹ *R.C.J.B.*, 1990, p.79 et note L. CORNELIS, Le sort imprévisible du dommage prévisible.

le dommage qui était prévu ou qui était prévisible lors du contrat, il n'est pas requis que l'étendue du dommage soit déjà prévue ou puisse être prévue. " 22

Quels sont les dommages prévisibles?

La perte de bénéfice constitue un dommage prévisible.²³ Il en est de même des dommages afférents à l'inexécution de contrats successifs; ainsi, en est-il des frais dus à la résiliation amiable d'un second contrat de vente entre B et C à la suite de la non exécution du premier contrat de vente entre A et B, non exécution qui empêchait B d'exécuter son obligation de délivrance envers C.²⁴²⁵

2. Doit-on tenir compte uniquement du dommage que l'on a réellement prévu ou du dommage que l'on pouvait prévoir.

Le professeur De Page évoque le dommage prévu sans mentionner aussi le dommage que l'on pouvait prévoir sans discuter plus avant du problème.²⁶ Les autres auteurs envisagent le dommage prévu ou prévisible.²⁷ Cette thèse doit être retenue; il faut, à notre avis, introduire un élément normatif; en effet, l'on ne peut permettre à un débiteur de ne pas indemniser un dommage alors qu'il pouvait le prévoir à la conclusion du contrat; en effet, la limitation du dommage constitue déjà une faveur faite au débiteur et il lui appartenait de déterminer ses engagements en fonction de tous les éléments qu'il pouvait prendre en compte, dont les dommages qu'il pouvait prévoir.²⁸²⁹

²² Voy. aussi Cass., 23 octobre 1987, P., 1988, I, 212.

²³ Bruxelles, 24 juin 1957, J.P.A., 1959, p.20.

²⁴ Sent.arb. 24 mai 1988, J.P.A., 1988, p.197.

²⁵ Dans une décision du tribunal de commerce d'Anvers prononcé le 11 décembre 1972, (J.C.B., 1973, p.166), il s'agissait d'évaluer le dommage résultant de la non livraison d'une machine; le juge indemnise la différence entre le prix convenu et le prix d'achat d'une machine équivalente; il rejette cependant des demandes tendant à réparer le préjudice résultant du maintien en service d'un ouvrier que la fourniture de la machine en temps utile aurait permis de licencier plus tôt.

²⁶ Op.cit., n°112.

²⁷ Voy. not. R.O. DALCQ, op.cit., t.I, n°67 et les références citées.

²⁸ Voy. sur la notion d'imprévisibilité en matière contractuelle, D.M. PHILIPPE, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, 1986, n°1.3.2.3.

Certaines décisions opèrent au demeurant une confusion entre dommage indirect ou dommage imprévu.³⁰

3. Quid des hausses imprévisibles de prix portant sur des éléments du dommage?

Un contrat portait sur le transport de balles de jute entre Calcutta et Anvers. Trois balles manquaient à l'arrivée du navire à Anvers.³¹ Le jute a connu une hausse anormale entre le départ de Calcutta et son arrivée à Anvers de par des " *événements économiques et politiques et des facteurs qui étaient totalement imprévisibles par quiconque et qui constituent un véritable cas de force majeure* ". Le capitaine responsable de la perte, devait-il payer le prix des balles de jute tel qu'il pouvait être prévu à la conclusion du contrat ou bien la valeur commerciale le jour de l'arrivée? Le tribunal de commerce d'Anvers écarta les variations de prix postérieures à la conclusion du contrat, car le débiteur " *n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus au moment de la conclusion du contrat.* " Cette décision ne distingue pas la cause et l'étendue du dommage; elle nous semble contraire à l'interprétation que donne le droit belge de l'article 1150 du Code civil; en effet, la hausse des prix de la marchandise concerne l'ampleur du dommage et non sa cause.

Certes, l'article 1633 du Code civil, précité, porte sur les variations de prix prévisibles ou imprévisibles en matière de garantie d'éviction; cependant, cette décision n'adopte pas non plus le principe énoncé dans cet article.

1.4. En cas de **dol** du débiteur, il ne pourra se prévaloir des dommages et intérêts imprévisibles.³²

En droit belge, la faute lourde n'est pas assimilée au dol; il suffit que l'inexécution de l'obligation ait été volontaire pour qu'elle soit dolosive.³³

²⁹ Voy. sur d'autres applications de la notion de prévisibilité, Cass., 5 janvier 1962, *P.*, 1962, I, p.531; cass., 24 juin 1977, *P.*, 1977, I, 1087.

³⁰ Voy. Bruxelles, 14 mai 1890, *J.T.*, 1890, p.657; civ. Anvers, 22 décembre 1880, *P.A.*, 1881, 1, 206.

³¹ Comm. Anvers, 12 juillet 1955, *J.P.A.*, 1956, p.75 e.s.

³² Voy. P. VAN OMMESLAGHE, *op.cit.*, p.526.

³³ Le professeur Van Ommeslaghe, *op.cit.*, cite le procureur général Hayoit de Termicourt qui écrit: il demeure hors de doute que le dol est une faute intentionnelle, c'est-à-dire que son auteur a voulu non seulement le fait qui a déterminé le dommage mais ses conséquences (*J.T.*, 1957, p.601); *contra* : J. DABIN, *RCJB*, 60, p.16.

B. Dommage indirect

1. Pothier écrivait:

" Ordinairement, les parties sont censées n'avoir prévu que les dommages et intérêts que le créancier par l'exécution de l'obligation, pourrait souffrir par rapport à la chose même qui en a été l'objet et non ceux que l'inexécution de l'obligation lui a occasionnés d'ailleurs dans ses autres biens; c'est pourquoi dans ces cas, le débiteur n'est pas tenu de ceux-ci, mais seulement de ceux soufferts par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation. " ³⁴

Pothier se situe donc sur le plan du lien de causalité.

S'agissant du dommage indirect, Bigot-Préameneu écrit que le concept de dommage immédiat et direct n'englobait que le *" dommage souffert par rapport à la chose ou au fait de cette obligation et non à ceux que l'exécution de cette obligation aurait d'ailleurs occasionnés dans ses autres affaires ou dans ses autres biens. "* ³⁵

Dans un arrêt du 24 juin 1977, la Cour de cassation a énoncé que les dommages et intérêts ne doivent comprendre que ce qui est la suite nécessaire de l'inexécution de la convention. ³⁶

2. Dans un arrêt du 23 octobre 1987, la Cour de cassation a énoncé que les articles 1150 et 1151 ne concernent que la cause du dommage et non son étendue. ³⁷

Le professeur Cornélis précise :

" Il résulte incontestablement de cet arrêt, ce qui est d'ailleurs relevé par la doctrine, que l'article 1151 du Code civil se réduit ainsi à l'exigence d'une relation de cause à effet entre la faute contractuelle et le dommage dont on demande réparation. Il faut, mais il suffit que le juge du fond constate que le dommage ne se serait pas produit ou, à tout le moins, ne se serait pas

³⁴ Traité des Obligations, 1770, 150, n° 160-161.

³⁵ LOCRE, Législation civile, commerciale et criminelle, 1836, t. VI, n°43, par.2.

³⁶ Pas., 1977, I, 1087.

³⁷ Pas., 1988, I, 212.

produit de la même façon."³⁸

C'est d'ailleurs la même thèse qui est soutenue par le professeur DALCQ .³⁹

En conséquence, l'article 1151 du Code civil ne fait aucunement obstacle à l'indemnisation, en matière contractuelle, de la perte de profit, des arrêts de production etc... Nous croyons cependant que la définition qui est donnée par la jurisprudence aux termes " *dommages indirects* " est trop étroite par rapport à l'acception généralement donnée à ce terme; en effet, les dommages indirects sont, dans les clauses ou dans le langage courant, souvent considérés comme les dommages autres que ceux portant sur la chose elle-même.⁴⁰

Dans le jugement précité du tribunal de commerce de Bruxelles du 11 mars 1992, les conditions générales écartaient le dédommagement du dommage indirect; sans mettre en cause la validité de la clause, le tribunal ne l'applique pas au motif que les frais de réencodage, de recherche d'un nouveau programme ne devaient pas être considérés comme un préjudice indirect.

SECTION II. LE DROIT FRANÇAIS.

Nous n'étudierons que le dommage imprévisible qui offre des solutions résolument distinctes du droit belge.

1. En droit français, la distinction entre cause et étendue du dommage n'est pas reconnue; en d'autres termes, le dommage ne sera pas indemnisé si la cause ou l'étendue du dommage étaient imprévisibles.

L'on peut illustrer ce principe par un exemple classique, à savoir la mise en dépôt d'une voiture auprès d'un garagiste dans laquelle se trouvent deux valises qui contiennent des objets précieux. Le garagiste doit-il indemniser de la perte de ces objets précieux en cas de vol du

38 Le sort imprévisible du dommage prévisible, *R.C.J.B.*, 1990, p.92. L'auteur se réfère à Van Omneslaghe, *R.C.J.B.*, 1986, 219-220.

39 *Novelles*, tome V, 2 n° 2474.

40 Voy. aussi pour cette acception du dommage indirect, la directive européenne RC Produits, *supra*.

véhicule qui lui a été confié?

Dans un arrêt du 12 juin 1950, la cour de Lyon a considéré que le garagiste n'était tenu d'indemniser son client qu'à concurrence de 200.000frs alors que la valeur des objets était de 300.000frs; la cour énonça:

*" n'étant tenu, en vertu de l'article 1150 du Code civil, que des dommages - intérêts prévisibles lors de la conclusion du contrat, la cour ne doit prendre en considération que la qualité et la valeur des objets que l'automobiliste pouvait normalement emporter avec lui, eu égard à sa profession, à sa situation de fortune, à l'objet de son voyage et aux personnes de sa famille qui l'accompagnaient. "*⁴¹

La décision repose sur des critères très concrets; en d'autres termes, va-t-on tenir compte de l'origine sociale d'une personne, de son apparence extérieure pour déterminer le montant de l'indemnisation ?

Si l'on avait suivi les principes admis en droit belge, l'indemnisation aurait été totale puisque la cause du dommage, le vol, était prévisible.⁴² La solution reconnue en droit belge a été défendue par certains auteurs; elle a cependant été rejetée, en effet " *elle pêchait par manque de précision, car ces partisans n'ont jamais défini ce qu'ils entendaient par " cause du dommage. "* "⁴³

La Cour de cassation a par ailleurs énoncé de manière très claire, en 1924, que:

" l'article 1150 ne fait aucune allusion à la prévision de la cause du dommage et que, loin de mettre à la charge du débiteur de bonne foi des dommages et intérêts dont la quotité dépasserait ses prévisions, il déclare explicitement que, hors le cas du dol, le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus lors du contrat. " ⁴⁴

2. Cause de l'imprévisibilité.

⁴¹ G.P., 1950, 2.120; Revue trimestrielle de Droit civil, 1950, p.504, n°25.

⁴² G. VINEY, *op.cit.*, p.424.

⁴³ G. VINEY, *op.cit.*, p.425.

⁴⁴ Chambre commerciale, S., 1925, I, 321 et note LESCOT.

Le caractère imprévisible du dommage s'apprécie à la **conclusion du contrat**⁴⁵.

La cause du dommage peut être imputable au créancier ⁴⁶ou à des circonstances extérieures (guerre, grève etc...).

La notion d'imprévisibilité ne concerne pas les éléments extrinsèques de nature économique et monétaire.

Quid si, à la suite de la dépréciation monétaire, le montant du dommage vient à augmenter sensiblement entre le jour de sa survenance et celui de sa réparation?

Certains ont estimé que les critères de prévisibilité visés à l'article 1150 du Code civil s'appliquaient aux **éléments intrinsèques du dommage et non aux variations de son expression monétaire**. En d'autres termes, en cas de dépréciation imprévisible de la monnaie, peut-on se limiter à tenir compte de la valeur monétaire du dommage au jour de sa survenance ? Saisie de la question, la Cour de cassation a énoncé que:

*" dans ce cas, l'article 1150 est sans application, ce texte ne concernant pas une telle variation, une fois le dommage déterminé dans sa nature et dans son étendue; il importe uniquement d'assurer à la victime l'équivalent monétaire dudit dommage au jour de sa réparation. "*⁴⁷

Même s'il s'agit d'une solution constante, hormis la dépréciation monétaire, il est difficile de déterminer ce que recouvre la notion d'éléments extrinsèques.

3. Appréciation de l'imprévisibilité

⁴⁵G. VINEY, *Traité de droit civil*, La responsabilité, p.424.

⁴⁶ Voy. Cass. civ.27 juin 1984, *Revue de droit immobilier*, 1985, p.166 qui censure une décision qui avait condamné le constructeur d'une maison individuelle à réparer le préjudice subi par le maître de l'ouvrage résultant d'une sensibilité allergique aux moisissures dues à un défaut du système de ventilation; la Cour suprême a reproché à l'arrêt attaqué de ne pas avoir rechercher si le dommage était prévisible. Voy. G. VINEY, *op.cit.*,p.429. Des engagements antérieurs du créancier peuvent également constituer un fait amplificateur imprévisible. Cass. civ., 5 mars 1963, cité par G. VINEY, *op.cit.*,p.429, note 38.

⁴⁷ Cass. comm. 16 février 1954, *D.*,1954, 334 et note R. RODIERE. Voy. G. VINEY,*op.cit.*,p.427.

Quels sont les indices qui permettront d'établir que le débiteur avait connaissance des facteurs amplificateurs du dommage? L'on tiendra compte des déclarations, apparences extérieures, de l'importance de la contreprestation, de la nature et des clauses du contrat.⁴⁸

4. Le dol.

Contrairement au droit belge, le droit français applique l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*. En d'autres termes, l'article 1150 du Code civil ne trouvera pas application dans l'hypothèse de la faute lourde, ce qui restreint considérablement le champ d'application de l'article commenté, d'autant plus que les obligations du professionnel se trouvant aujourd'hui renforcées, les applications de la faute lourde se multiplient.

SECTION III. LE DROIT ANGLAIS.

Le droit anglais opère lui aussi une sélection dans les dommages indemnisables. C'est la théorie du *remoteness of damage* que l'on peut illustrer par la célèbre affaire **Hadley v. Baxendale**.⁴⁹

Le moulin de Hadley est interrompu dans son exploitation, par la rupture d'un arbre coudé (*crankshaft*). L'objet défectueux doit être envoyé comme modèle au charpentier chargé de fabriquer un nouvel arbre coudé. Cet objet défectueux est donc remis au transporteur, Baxendale, avec la seule information que " *l' article à transporter est l'arbre de transmission cassé du moulin et que l'expéditeur en est le propriétaire, M. Hadley.* " Le transport traîne et le moulin ne peut donc reprendre ses activités qu'avec retard.

Hadley réclame l'indemnisation des pertes résultant de l'interruption de son exploitation ensuite du retard dans l'exécution du transport.

La Cour de l'échiquier rejeta cette prétention; le juge Alderson énonça:

" Le préjudice qui donne lieu à réparation dans le cas d'inexécution d'un contrat, est celui qui, en justice et selon la raison, ou bien doit être regardé comme la conséquence naturelle de l'inexécution même du contrat,- c'est-à-dire un préjudice qui se produit selon le cours normal des choses,- ou bien a été envisagé par les parties au moment où elles ont conclu le contrat, celles-ci

⁴⁸ G. VINEY, *op.cit.*, p.429 e.s.

⁴⁹ 9Ex. 341 156 Eng. Rep. 145 (1854)

ayant alors eu en vue, d'après ce qui pouvait être raisonnablement conjecturé, qu'un certain dommage se produirait vraisemblablement en cas d'inexécution."⁵⁰

Le juge constata que les circonstances particulières, à savoir la perte de profit, n'avaient pas été communiquées au transporteur; celui-ci pouvait très bien croire que le meunier disposait d'un autre arbre coudé ou que d'autres défauts rendaient la machine inutilisable.

Un tel dommage ne constitue pas une circonstance qui découle naturellement du retard dans la livraison de la pièce.

L'on peut regrouper les deux branches de cet arrêt en un seul principe:

*" The aggrieved party is only entitled to recover such part of the loss actually resulting from the breach as was at the time of the contract reasonably foreseeable as liable from the breach. "*⁵¹

A. Comment déterminer dans la première branche de l'arrêt, le dommage qui découle de l'ordre des choses.⁵²

En matière de vente, le dommage résultant de la non-livraison par le vendeur, consiste en la différence entre le prix convenu et le prix auquel le bien doit être acquis par l'acheteur. De même, si l'acheteur refuse de prendre livraison du bien, le dommage consiste en la différence entre le prix convenu et le prix auquel le bien peut être livré par le vendeur.

Si le prix est identique, le vendeur peut-il réclamer la perte de profit résultant de la non-réalisation de la vente?

Une réponse affirmative fut donnée dans l'affaire *W.L. Thompson, Ltd v. Robinson (Gunmakers) Ltd*.⁵³ Par contre, dans l'affaire *Charter v. Sullivan*, la cour d'appel a considéré

⁵⁰ *Ibid.*, traduit par R. DAVID & R. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais*, 1985, n° 443, p. 325.

⁵¹ ANSON, *Law of contract*, 24ème Ed., 1974, p. 534. Trad. libre: " La partie préjudiciée n'est en droit de prétendre qu'à la partie du dommage qui résulte de la violation du contrat telle que l'on pouvait raisonnablement prévoir, à la conclusion du contrat, comme constituant une conséquence de la violation du contrat. "

⁵² L'on remarquera que les critères utilisés se rapprochent de ceux de la causalité adéquate.

⁵³ [1955], Ch. 177.

que la perte de profit ne pouvait être indemnisée car, eu égard à l'état du marché, le revendeur pouvait vendre tous les véhicules qu'il pouvait obtenir du fabricant.⁵⁴

Les fluctuations du marché de matières premières rentrent dans les dommages prévisibles, eu égard à la situation d'affaires des parties; ainsi, un transporteur doit prévoir que, à la suite du retard dans le transport, le vendeur ne pourra revendre les marchandises au prix escompté en raison des fluctuations à la baisse des marchandises transportées.⁵⁵ Cette décision est à rapprocher de l'arrêt précité de la Cour de cassation de Belgique du 23 février 1928 qui avait considéré que l'acheteur est en droit de réclamer la différence entre le prix convenu et la valeur de la marchandise au jour où l'acheteur sait que le bien ne serait pas livré, même si des circonstances imprévues ont fait exceptionnellement monter les cours.

Comme les deux exemples suivants en témoignent, la **guerre** et le **vol** sont susceptibles d'entraîner des dommages prévisibles tout en constituant des circonstances, en tout cas pour la guerre, extraordinaires et hors du contrôle du débiteur.

Un navire est affrété en avril 1939; le navire devait atteindre sa destination en juin; le navire reste hors d'état de marche jusqu'en septembre à la suite de l'état défectueux de la chaufferie; la guerre éclate, et le navire ne peut atteindre sa destination; les dépenses pour se procurer les marchandises avaient considérablement augmenté; la *House of Lords* considéra que l'éventualité de la guerre et de ses conséquences devait être prise en considération à la conclusion du contrat.⁵⁶

La banque du Portugal confie l'impression de billets de banque à Waterlow. Les billets sont délivrés de manière fautive au chef d'une bande internationale de criminels; ces billets sont mis en circulation; la banque du Portugal doit alors retirer de la circulation tous les billets de ce type et les échanger. La banque réclame la valeur des billets échangés; la *House of Lords* a considéré ce dommage comme résultant de la situation d'affaires des parties et découlant naturellement de la violation du contrat.

Les **contrats consécutifs** ne seront pas pris en considération sauf s'ils sont connus par le débiteur de l'obligation contractuelle. Ainsi, si le fabricant sait que son acheteur est un grossiste, il a ou doit avoir connaissance des contrats de revente entre le grossiste et les

⁵⁴[1957], 2 Q.B., 117.

⁵⁵ En l'occurrence, il s'agissait de sucre. *Koufos v. C. Czarnikow, Ltd*, [1969], 1 A.C., 350.

⁵⁶ *Monarch Steamship Co., v. Karlshamns Oljefabriker*, [1949] A.C., 196.

détaillants.⁵⁷

B. Si le débiteur a connaissance des circonstances particulières, il sera tenu de réparer le dommage résultant de la violation du contrat, dû à ces circonstances; ainsi, dans une affaire *Hammond Co. v. Bussey*⁵⁸, le demandeur avait contracté avec le défendeur pour l'achat de " charbon à vapeur (*steamcoal*) ", à utiliser dans des bateaux à vapeur, le défendeur sachant que l'acheteur agissait en qualité de revendeur; le charbon n'étant pas approprié aux bateaux à vapeur, le demandeur réclame au défendeur les dommages qu'il a dû payer à ses sous-contractants; le juge fit droit à sa demande et lui accorda aussi l'indemnisation de ses frais de défense dans l'action intentée contre lui par les sous-contractants. En effet, le défendeur avait connaissance des sous-contrats et connaissait l'usage qui serait fait du charbon par ceux-ci. Tout en citant des références en sens contraire, Anson écrit qu'une acceptation implicite ou explicite de la prise en charge de ses frais par le débiteur n'est pas requise.⁵⁹ Il précise:

" No doubt a casual intimation would not suffice, for the special circumstances must be disclosed in such a manner as to render it a fair inference of fact that both parties contemplated the exceptional loss as a probable result of the breach. " ⁶⁰

SECTION IV. LE DROIT ALLEMAND.

Le **droit allemand** vise lui aussi à limiter le dommage indemnisable.

⁵⁷ ANSON, *op.cit.*, p.540; voy. aussi *Victoria Laundry (Windsor), Ltd v. Newman Industries, Ltd*, [1949], 2, K.B., 528. Dans cette espèce, un nouveau boiler devait être livrée pour une société de lavage et de séchage; la livraison fut tardive; la société réclama les profits et plus particulièrement les profits importants devant résulter d'un contrat avec les pouvoirs publics; réformant le jugement de première instance, la Cour estima que le débiteur devait savoir que la société avait un besoin immédiat de cet appareil et devait escompter la perte de profit; cependant, le débiteur ne pouvait avoir connaissance du contrat particulièrement profitable conclu avec les pouvoirs publics. Un expert fut désigné pour évaluer les profits qui pouvaient être considérés comme normaux dans les circonstances de l'espèce.

⁵⁸ (1887), 20 Q.B.D., 79.

⁵⁹ *Op.cit.*, p.543.

⁶⁰ *Ibid.* Trad. libre: " Il est certain qu'une indication donnée par hasard ne suffit pas; en effet, les circonstances spéciales doivent être communiquées de manière à ce que l'on puisse établir le fait que les deux parties ont pris en considération la perte exceptionnelle comme un résultat probable de la violation du contrat. "

Le paragraphe 276 du BGB prévoit la responsabilité pour sa propre faute (*Verschulden*). Il semble admis que la faute suppose que le dommage ait pu être prévu à la conclusion du contrat, même si le débiteur ne pouvait se faire une idée précise de la nature et de l'étendue de ce dommage.⁶¹ Sans préjudice de ce qui sera dit au paragraphe suivant, en cas de dommages successifs, la faute suppose que le dommage qui naît en premier lieu soit prévisible et non les dommages consécutifs.⁶²

En outre, le droit allemand applique, dans la recherche du lien causal, la théorie de la **causalité adéquate**.⁶³ Est susceptible d'indemnisation, le dommage qui est la conséquence du fait qui, selon le cours normal des choses, devait entraîner cette conséquence. L'on tient ainsi compte de la prévisibilité du dommage.⁶⁴

Au surplus, le droit allemand reconnaît la théorie de la **relativité aquilienne** tant en matière quasi-délictuelle qu'en matière contractuelle; ainsi, en vertu de cette théorie, " *l'action en réparation n'appartient qu'aux personnes que la règle protège et ne s'étend qu'aux dommages contre lesquels la règle offrait sa protection.* " ⁶⁵

Cette règle applicable en premier lieu dans la responsabilité civile, vit son application étendue à la responsabilité contractuelle.⁶⁶ Ainsi, si une personne vient à décéder d'une crise cardiaque à la suite du retard des travaux, l'on va considérer que le droit à l'indemnisation ne porte pas sur ce dommage puisque la règle contractuelle qui obligeait de terminer les travaux dans les délais ne visait pas ce type de dommage.

La jurisprudence allemande offre plusieurs beaux exemples dont notamment le cas suivant. La loi régit le travail de nuit des enfants; un enfant travaille dans un bowling le soir, en dehors des heures autorisées par la loi; il est blessé par une boule de bowling lancée prématurément par un joueur; le juge a estimé que la loi qui régissait le travail de nuit des enfants, visait à protéger contre la fatigue excessive mais non contre un accident survenu pendant le travail

⁶¹ PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 38 auflage, p.277 et les références citées.

⁶² *Ibid.*

⁶³ ESSER/SCHMIDT, *Schuldrecht*, Bd I, *Allgemeiner Teil*, 6ème édition, pp.519 e.s. spéc. p.528.

⁶⁴ D.M. PHILIPPE, La théorie de la relativité aquilienne, *Mélanges R.O.DALCQ*, Larcier, 1994, p.470; R.O.DALCQ, B. HANOTIAU et D. PHILIPPE, Les tendances du droit de la responsabilité, *Revue de droit international et de droit comparé*, 1983, p.31.

⁶⁵ J. LIMPENS, La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé, *Mélanges Savatier*, Paris, 1966, pp.559 e.s. spéc. p.560.; D.M. PHILIPPE, *op.cit.*, p.467.

⁶⁶ W. GRUNSKY, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2 Ed., Munich, 1985, p.324.

alors que le jeune travailleur était bien reposé.⁶⁷

Enfin, sont indemnisés tous les dommages qui sont liés directement au dommage et non celui qui ne **s'y rattache que plus tard**.⁶⁸ La plupart des auteurs, peut-on lire⁶⁹, ne s'attache pas au critère de la prévisibilité et de l'inévitabilité des dommages postérieurs.

SECTION V. LA CONVENTION DE VIENNE

La Convention prescrit en son article 74, la réparation intégrale du dommage; non seulement le *damnum emergens*, mais aussi le *lucrum cessans* feront l'objet d'une indemnisation.

La Convention prévoit cependant des tempéraments voisins de ceux introduits aux articles 1150 et 1151 du Code civil français.

Ne pourra faire l'objet d'une indemnisation que le dommage que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir.

Ce critère de prévisibilité s'apprécie:

* à la conclusion du contrat; ce n'est donc pas au moment où la contravention est commise que s'appréciera la prévisibilité;

* en tenant compte des faits dont elle a ou aurait dû avoir connaissance; ainsi, l'on tiendra compte de l'expérience acquise en qualité de marchand par exemple, ou des informations transmises par le cocontractant.

La Convention reste muette, contrairement à l'article 1151 du Code civil, quant au caractère direct du dommage. Il faut en déduire que le dommage indirect, par exemple les pertes d'exploitation, pourront faire l'objet d'une indemnisation dans la mesure où ces pertes étaient prévisibles.⁷⁰

⁶⁷ Landsgericht Hannover Recht, 1910, nr 36.

⁶⁸ ESSER-SCHMIDT, *op.cit.*, p.542; BGHZ, 29, 207 (215).

⁶⁹ ESSER-SCHMIDT, *op.cit.*, p.538.

⁷⁰ B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, 1991, p.163.

De même, la Convention ne contient pas d'exclusion de la condition de prévisibilité du dommage en cas de fraude ou de dol; la réparation doit donc être envisagée de manière objective ⁷¹⁷²

⁷¹ KNAPP, *International law on the sales of good, Commentary*, p.543.

⁷² Enfin, il convient de souligner que la réclamation du dommage peut être cumulée avec d'autres moyens de défense organisés par la Convention. (Voy. les articles 45.2 & 61.2 de la Convention).

Il n'entre pas dans nos intentions d'étudier le régime des clauses d'exonération de responsabilité en droit comparé⁷³; rappelons cependant que dans plusieurs régimes juridiques, la clause d'exonération ne sera pas valable lorsqu'elle met à néant l'obligation ou lorsqu'elle touche aux racines du contrat.⁷⁴ La même solution s'applique en cas de dol et dans plusieurs

⁷³ Voy. pour un aperçu de droit comparé, les différentes contributions parues sur la validité des clauses en droit anglais, droit américain, droit mexicain, droit allemand, droit français, dans la *Revue de droit des affaires internationales*, 1985, p. 479 e.s. Voy. en droit anglais, ANSON, *Law of contract*, 24 Ed., p. 150 e.s.

⁷⁴ La clause d'exonération de responsabilité est licite en droit belge.

Cependant, elle ne sortira pas d'effets lorsque:

a) elle détruit l'objet de l'obligation; ainsi, lorsque le contractant assume une obligation de résultat, l'on a énoncé que la clause qui vient l'exonérer de responsabilité en cas de faute, vient mettre à néant l'objet de l'obligation.

b) le cocontractant s'exonère de son dol; il est permis de s'exonérer de sa faute lourde ou du dol de ses préposés.

La mauvaise foi peut-elle être assimilée au dol ?

Le Procureur général Hayoit de Termicourt avait souligné que le dol suppose l'intention de nuire et de causer le dommage.

Beaucoup d'auteurs ainsi qu'une bonne partie de la jurisprudence donnent une interprétation plus large à la notion de dol, estimant que la mauvaise foi ne permet pas de se prévaloir d'une clause d'exonération de responsabilité. Dans un arrêt du 21 avril 1988, la Cour de cassation a effectivement considéré que le dol du professionnel peut résulter de la présomption d'aptitude à connaître le vice. En d'autres termes, le seul fait d'être apte à connaître le vice permet d'écarter l'application des clauses d'exonération de responsabilité stipulées par le professionnel.

On sait que la faute lourde n'est pas assimilée au dol; l'adage *culpa lata dolo aequiparatur* n'est pas d'application en droit belge.

c) elle est contraire à l'ordre public et aux dispositions impératives.

Les clauses sont d'interprétation restrictive. Ainsi, dans un important arrêt

systèmes juridiques, en cas de faute lourde.

La clause qui exonère des dommages indirects ou imprévisibles touche-t-elle le fondement du contrat?

Par ailleurs, le débiteur de mauvaise foi ou qui a une attitude dolosive est généralement privé du droit d'invoquer la clause d'exonération; ceci s'applique-t-il aussi aux dommages indirects? Nous nous attacherons plus spécialement à la garantie des vices cachés en matière de **vente**. Nous tenterons de répondre brièvement à ces questions en nous référant essentiellement au droit belge.

1. Dommages indirects ou imprévisibles et objet de l'obligation.

En droit belge, l'on peut s'exonérer de son dommage imprévisible. La Cour de cassation belge a énoncé que:

" Le débiteur n'est pas tenu de l'indemnisation du dommage imprévisible en application de l'article 1150 du Code civil, lorsque ce n'est pas par son dol que l'obligation n'est point exécutée, mais seulement par sa faute lourde. " ⁷⁵

En cas de faute lourde, en droit belge du moins, l'on peut donc s'exonérer des dommages imprévisibles puisque le droit commun lui-même le prévoit. Les clauses d'exonération de responsabilité étant en principe licites en droit belge, cette solution s'appliquera également s'il s'agit de s'exonérer de dommages dont non seulement la cause mais aussi l'étendue étaient imprévisibles.

L'on peut également s'exonérer des dommages indirects puisque le droit commun le prévoit. Mais, comme les clauses d'exonération de responsabilité sont en principe licites, le débiteur pourra s'exonérer du dommage indirect conçu de manière large, c'est-à-dire l'indemnisation de la perte de profit etc...

du 22 octobre 1979, la Cour suprême a estimé que l'exonération de la faute lourde n'était possible que si elle avait été prévue expressément dans la clause; il est fort probable que la Cour suprême aurait adopté le même raisonnement s'il s'était agi de dol des préposés.

⁷⁵ Cass., 18 mai 1987, *Pas.*, 1988, p.1125.

Une seule réserve doit être émise dans l'hypothèse où l'exemption mettrait à néant l'objet de l'obligation; supposons une vente portant sur un appareil de contrôle de toute une installation électrique devant fournir de l'électricité à toute une région; la moindre défectuosité de l'appareil peut perturber toute l'usine ainsi que son environnement; une exclusion des dommages indirects, à savoir le non approvisionnement en électricité de la région, serait, à notre avis, de nature à détruire l'objet de l'obligation.

2. La mauvaise foi ou le dol du débiteur; le vendeur professionnel.

L'on ne peut s'exonérer de sa responsabilité en cas de dol. En droit français et belge, mauvaise foi et dol sont souvent assimilés.

L'on sait qu'en droit français et belge, le vendeur **professionnel** est **présumé de mauvaise foi**.⁷⁶ En droit belge, contrairement au droit français, la présomption de responsabilité est réfragable mais l'on n'admet pas la validité des clauses d'exonération entre professionnels de même spécialité.⁷⁷ Le vendeur présumé de mauvaise foi est considéré comme connaissant le vice, et partant, ne peut se prévaloir d'une clause d'exonération de garantie de vices qu'il est censé connaître.

Comme on ne peut limiter la garantie des vices, l'on ne peut non plus s'exonérer du dommage imprévisible et, a fortiori, du dommage indirect portant sur la perte de profit, pour un vendeur de mauvaise foi. En effet, exclure un dommage comme la perte de profit vient limiter la garantie.

Les rédacteurs des conditions générales de vente à l'exportation des matériels d'équipement, excluent généralement les dommages indirects (conçus comme perte de production etc...) sauf en cas de faute lourde.⁷⁸ Selon Madame PARISIS-DRESSE, ces clauses sont longuement

⁷⁶ En droit belge, Cass., 13 novembre 1959, *Pas.*, I, 313; cass. 7 décembre 1990, *R.D.C.*, 1991, p.221. J.L. FAGNART, l'obligation de renseignement du vendeur fabricant, *R.C.J.B.*, 1983, p.286.

⁷⁷ Voy. en droit français, Cass., 18 janvier 1972, *J.C.P.*, 1972, II, 17072; G. VIRASSAMY, Les relations entre professionnels, Séminaire conjoint Louvain-la-Neuve & Paris I, 15 octobre 1994 et B.DUBUISSON & G. TOSSENS, *Ibid.*, à paraître dans la L.G.D.J. Voy. aussi ULB, Univ. de Paris Val de Marne, *Les obligations en droit français et en droit belge*, Bruylant, Dalloz, 1994, spéc. o. TOURNAFOND et P.A. FORIERS, La responsabilité du vendeur professionnel.

⁷⁸ D.PARISIS DRESSE La réglementation conventionnelle des vices cachés dans la vente connue, *Ann. Dr. Louvain*, 1971, p 264.

négociées, largement répandues et leur validité doit être reconnue.⁷⁹

Les usages ont acquis dans certains codes de commerce ainsi que dans le droit du commerce international, une valeur particulière ⁸⁰.

En droit français et belge, cependant, les usages n'ont qu'une valeur complétive ou interprétative. En effet, l'article 1135 du Code civil permet de compléter le contrat par ce que prescrivent les usages tandis que l'article 1160 du Code civil permet d'interpréter en fonction des usages. Les usages ne permettent pas de déroger à une règle de droit bien établie. Il faut aussi que les usages soient reconnus et par l'acheteur et par le vendeur.⁸¹

Nous croyons que l'on ne peut pas en inférer que la jurisprudence admettrait la valeur d'une clause limitant le montant du dommage parce que tous les autres commerçants du secteur ont inclus la même clause; l'expérience professionnelle a montré que beaucoup d'entreprises préfèrent laisser une clause dont la validité n'est pas certaine, plutôt que de ne rien insérer du tout. La jurisprudence, du moins en Belgique, a vocation à s'appliquer de la même manière aux contrats industriels et aux contrats standards de consommation, quoique, de lege ferenda, cette situation soit discutable et parfois choquante dans la pratique.

Après avoir souligné l'importance des clauses relatives aux dommages imprévisibles et indirects dans les contrats internationaux, le professeur Fontaine énonce d'ailleurs:

" Les clauses qui écartent ou limitent la réparation des dommages indirects et/ou imprévisibles ne semblent pas menacées par une cause d'invalidité distincte de celles qui pèsent sur les clauses exonératoires ou limitatives en général (dol, faute lourde...)" ⁸²

La clause est donc soumise au même régime de validité et d'invalidité que les clauses portant sur les conditions ou la mise en oeuvre de la responsabilité.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰Voy. notre rapport à l'académie de droit comparé sur l'harmonisation du droit, Montréal, 1991.

⁸¹ Voy. dans le même sens, B. DUBUISSON, Les clauses de garantie, *op.cit.*, p.233.

⁸² *Le droit des contrats internationaux*, 1989, p.207.

A notre avis, l'on pourrait donc considérer que la mauvaise foi assimilable au dol, - l'on pense principalement à la vente en droit français et belge - est de nature à exclure l'application des clauses d'exonération de responsabilité relatives au dommage imprévisible. C'est d'ailleurs la conclusion auquel le professeur Ghestin aboutit, après un long raisonnement consacré à cette problématique, citant un arrêt de la Cour de cassation de France qui retient la responsabilité du vendeur pour le dommage causé par la présence imprévisible d'un morceau de métal dans le carter étanche renfermant l'engrenage différentiel d'une bétonnière.⁸³

L'on peut cependant se demander si la même sévérité doit être appliquée au débiteur qui a *effectivement* un comportement dolo et celui qui est *présumé* de mauvaise foi.

3. Relation entre différentes clauses * Quelques brefs exemples d'application de clauses de dommages indirects.

3.1. Dans certaines hypothèses, la clause pénale peut constituer en fait une clause d'exonération de responsabilité.⁸⁴

Une clause qui fixe les indemnités de retard constitue une clause pénale; elle peut constituer une clause d'exonération de responsabilité si elle a pour effet de limiter à un montant forfaitaire plafonné, tous les dommages résultant du retard. La clause d'exonération de responsabilité étant d'interprétation restrictive, nous croyons cependant que cette clause, même si elle devait être considérée comme valable au regard des principes applicables en matière de garantie des vices cachés, ne peut viser que le dommage qui est la conséquence directe du retard; ainsi, le dommage qui est causé par le défaut de la machine vendue(coût de l'intervention du maître de l'ouvrage dans la réparation de celle-ci, perturbations dans le planning de production dus à des arrêts et des remises en marche successives de la machine défectueuse...) n'est pas visé par cette clause d'indemnité forfaitaire même si ce dommage s'accompagne d'un retard dans la mise en route de la machine vendue.

La solution sera plus délicate en ce qui concerne les pertes de production proprement dites dues au retard.

3.2. Etudiant les clauses relatives à l'exclusion des dommages indirects, le Lamy informatique se limite à souligner que ces clauses sont valables sauf dol ou faute lourde.⁸⁵

Dans la *Wingull arbitration award* rendue en 1978, la clause d'exonération de responsabilité a été écartée par le tribunal arbitral norvégien sur la base principalement du comportement

⁸³ J. GHESTIN, *op.cit.*, p.259.

⁸⁴ Voy. M. FONTAINE, *op.cit.*, pp.175-176, p.187.

⁸⁵ 1993, n° 1078.

du créancier en cours d'exécution du contrat.⁸⁶

SYNTHESE & CONCLUSIONS.

Les systèmes étudiés visent, de manière plus ou moins large à limiter le dommage indemnisable. A partir du même texte de loi, le droit français exclut l'indemnisation du dommage imprévisible soit dans son étendue, soit dans sa cause tandis que le droit belge limite l'indemnisation aux dommages imprévisibles dans leur cause; le droit anglais retient un système alliant à la fois le caractère imprévisible ou indirect du dommage tandis que le droit allemand a égard à la nature et la portée de la norme ainsi qu' à la causalité pour limiter les dommages indemnissables.

En droit anglais comme en droit français, les *informations fournies par le créancier au débiteur* ainsi que la situation des parties sont prises en considération pour déterminer le caractère imprévisible du dommage.

La communication d'éléments par le créancier au débiteur rend le dommage lié à la connaissance de ces circonstances prévisible; le caractère prévisible est apprécié en droit français et en droit anglais en fonction d'une analyse minutieuse des faits de la cause, et tient compte aussi de l'économie du contrat, à savoir notamment le prix payé par le débiteur.

Différentes hypothèses de fait sont discutées dans les droits analysés, à savoir le dommage résultant des contrats postérieurs affectés par l'inexécution, la dévaluation monétaire etc... Nous nous rallions à la thèse majoritaire énonçant que la **dévaluation monétaire** entre le jour où la faute a été commise et le jour de l'indemnisation oit faire l'objet d'une réparation puisque le dommage doit être évalué au jour où le juge statue. Il doit en être de même de l'augmentation des coûts d'indemnisation postérieurs à la naissance du dommage (hausse des coûts de production etc...) De même, si le **contrat postérieur** faisait partie de l'ordre normal des choses, le dommage que le créancier contractant a dû payer à son propre cocontractant, doit faire l'objet d'une indemnisation par le débiteur. Nous croyons donc que le principe

⁸⁶ L. ARENTZ-HANSEN, *R.D.A.I.*, 1985, p.509 e.s.

inverse qui semble reconnu en droit anglais, ne peut pas être admis.

Le caractère imprévisible du dommage est apprécié, dans les différents systèmes juridiques étudiés, à la conclusion du contrat.

S'agissant du dommage indirect, il est inclus lui aussi dans la théorie anglaise de *remoteness of damage*; en droit belge et français, il est directement lié à la causalité. La Convention de Vienne reste muette à son égard. Notre brève étude du droit allemand ne nous a pas permis de déceler des développements particuliers dans ce système juridique.

S'agissant du dommage imprévisible, faut-il retenir la *cause ou l'étendue* du dommage?

Il est juste que la solution retenue par la jurisprudence belge est sans doute plus difficile d'application puisqu'il n'est pas facile de distinguer la cause et l'étendue du dommage.

A notre avis, la réparation intégrale du dommage doit rester un principe de base;⁸⁷ les problèmes relatifs à la charge de la preuve (preuve du préjudice commercial par exemple), le coût des litiges, la modération des juges, notamment des juges belges par rapport aux juges américains dans l'évaluation du dommage sont tels que le souci de limiter le dommage indemnisable est déjà rencontré. En outre, pourquoi ne pas permettre à une partie d'être déchargée, même partiellement, de ses obligations en cas de changement de circonstances qui ne lui est pas imputable⁸⁸ et autoriser par ailleurs cette même partie alors qu'elle a commis une faute, à ne réparer que partiellement le dommage.

Ne faudrait-il donc pas appréhender la problématique du dommage imprévisible dans le cadre de l'obligation de bonne foi ? Le dommage imprévisible restant au surplus à charge du débiteur dont la responsabilité est engagée. Pourquoi admettre le transfert des risques au débiteur par la mise en demeure , c'est-à-dire la mise à charge des événements imprévisibles par le seul retard dans l'exécution et le décharger de l'indemnisation du dommage imprévisible lorsqu'il a commis une faute?

Par ailleurs, si le fait amplificateur du risque avait été communiqué au contractant, les conditions contractuelles auraient-elles changé? En d'autres termes, si le client avait déclaré au garagiste que les valises laissées dans le coffre de la voiture à lui confiée, contenaient des objets précieux, le garagiste aurait-il demandé un prix plus élevé pour les réparations? Non sans doute, mais peut-être aurait-il pris certaines précautions pour éviter le vol.

⁸⁷ Voy. pour une application de ce principe, Cass.com.fr., 2 novembre 1993, *D.*, 1994, *Somm. comm.*, Obligations, p.212 et note P. DELEBECQUE.

⁸⁸ En effet, la théorie de l'imprévision n'est, de manière générale, pas admise en droit belge. Voy. notre ouvrage, *Changement de circonstances et bouleversement de l'économie contractuelle*, précité, deuxième partie, chapitre II.

Ceci étant, lorsqu'un créancier s'abstient à la conclusion du contrat, d'informer le débiteur des conséquences dommageables importantes et particulières qui peuvent résulter du non respect de ses obligations, et que ce débiteur ne pouvait pas, sur la base des éléments en sa possession, avoir conscience de ces conséquences, ne peut-on pas prétendre que le créancier manque à l'obligation de bonne foi? En effet, par son silence, le créancier a trompé les légitimes attentes du débiteur puisqu'il n'a pu mesurer l'ampleur du dommage potentiel en contractant. La bonne foi qui prescrit une obligation de loyauté et de collaboration aux parties, permet de prendre en considération toutes les circonstances de la cause et présente une solution, à notre avis, plus juste, sans entraîner une insécurité juridique plus grande que le régime actuel; en effet, la bonne foi ne permet, comme l'ont écrit plusieurs auteurs, qu'un contrôle marginal.⁸⁹

Cette solution dépasse le clivage entre le droit belge et le droit français, le premier excluant du champ d'application de l'article 1150 du Code civil, le dommage dont l'ampleur est imprévisible, le second permettant d'appliquer l'article 1150 au dommage dont soit l'ampleur, soit la cause est imprévisible; en effet, la mauvaise foi du créancier peut porter tant sur la cause que sur l'étendue du dommage.

Nous croyons que le contrôle par la voie de la bonne foi, assorti d'une théorie de la causalité qui ne prend en considération que les événements postérieurs auxquels on peut raisonnablement s'attendre (causalité adéquate), offre une solution juridique juste et équilibrée.

En matière de dommage imprévisible, l'approche doit être **différente en droit des contrats et en droit de la responsabilité civile**; en effet, le régime du dommage imprévisible est lié à la conclusion du contrat; l'évaluation des risques à la conclusion du contrat, l'économie du contrat sont des éléments qui sont à prendre en considération dans la détermination du dommage imprévisible; il est clair que, dans l'hypothèse des valises confiées au garagiste chargé de réparer la voiture, la solution peut être différente selon le prix proposé, selon les déclarations faites par le déposant etc... Par ailleurs, l'on peut, et il s'agit d'une solution qui a le mérite d'une plus grande sécurité juridique, également insérer des clauses venant déterminer au préalable le dommage de manière forfaitaire.

Sans entrer dans les détails, nous croyons que la *faute lourde ne doit pas être assimilée au dol* seule une faute intentionnelle ou, à tout le moins, présumée comme telle, comme pour le vendeur professionnel, doit priver le débiteur du bénéfice d'une clause d'exonération qui a été librement acceptée et parfois âprement négociée.

⁸⁹ Voy. D. PHILIPPE, La bonne foi dans la formation du contrat, Rapport belge aux journées louisianaises de l'Association Capitant, in *La bonne foi*, 1994, p.25 e.s. et les références citées; voy. dans le même ouvrage, le rapport français de P. JOURDAIN.

Certaines *clauses* ne sont pas toujours aisées à qualifier (s'agit-il d'une clause pénale ou d'une clause limitative de responsabilité?), ce qui rend le régime juridique applicable plus difficile à déterminer; l'on peut se demander s'il est justifié d'appliquer le même régime aux contrats commerciaux dans lesquels la clause d'exonération de responsabilité a été longuement négociée et fait partie de l'économie contractuelle et les contrats de consommation où la clause est insérée dans les conditions générales; en outre, si de manière générale, la clause visant les dommages consécutifs ne prive pas l'obligation de son objet, des exemples montrent qu'il n'en est pas toujours ainsi. Enfin, l'on peut se demander si la notion de mauvaise foi présumée doit être assimilée au dol.