

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

UNIVERSITE CATHOLIQUE
LOUVAIN - LA NEUVE
FACULTE DE DROIT
BIBLIOTHEQUE

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

Régime juridique et portée de l'obligation
de modérer le dommage
dans les ordres juridiques nationaux
et le droit du commerce international

par Bernard HANOTIAU

Doc. 87/2

Rapport de synthèse à la
Conférence sur "L'obligation de
minimiser les dommages en cas
d'inexécution des contrats inter-
nationaux" (Paris, CCI/FEDUCI,
1 - 2 décembre 1986).

I. La problématique.

1. La modération (°) du dommage est une préoccupation commune à la plupart des systèmes juridiques, tant en matière contractuelle que dans le domaine extra-contractuel. Le but de la présente analyse est de tenter de mieux cerner la place qu'occupe la modération dans les systèmes juridiques nationaux et dans le droit du commerce international, afin d'une part, de déterminer si et dans quelle mesure les ordres juridiques internes reconnaissent l'existence d'une véritable obligation de modérer le dommage et d'autre part, d'affiner et de mieux situer la place et la portée de la modération dans nos propres systèmes juridiques nationaux, à la lumière des principes que l'on aura pu dégager de l'analyse de la législation et de la jurisprudence existant dans d'autres systèmes de droit.

La raison qui a justifié cette étude est d'une part la conviction que la modération du dommage est un phénomène important et aux incidences multiples, au plan moral, juridique et économique; d'autre part, qu'une meilleure perception et définition du régime juridique et de la portée de l'obligation de modérer le préjudice ne peut être que bénéfique tant au plan de la théorie générale du droit des obligations que dans la perspective juridico-économique du bon fonctionnement du commerce international. L'obligation de modérer le dommage apparaît de la sorte comme un excellent exemple de l'interaction entre la recherche juridique fondamentale et les impératifs particuliers de la vie des affaires.

(°) La "modération" du dommage apparaît une expression plus correcte que "minimisation". L'on parlera donc d'une obligation de modérer plutôt que d'une obligation de minimiser, de mitiger ou de minorer le dommage.

2. Dans la perspective qui vient d'être évoquée, les problèmes qui doivent être posés sont les suivants : en premier lieu, qu'entend-on par modération ou obligation de modérer le dommage ? Une telle obligation existe-t-elle dans les ordres juridiques nationaux et dans le droit du commerce international ? Est-elle reconnue explicitement dans la législation ou la jurisprudence ? Ou n'apparaît-elle qu'en filigrane et de manière implicite dans la doctrine et les décisions jurisprudentielles ? L'obligation de modérer le dommage est-elle une obligation autonome ou n'existe-t-elle qu'à travers l'application d'autres théories juridiques, telles que la causalité ou l'abus de droit ? Quelle est la portée de l'obligation de modérer le dommage ? Et en fin de compte, est-il important de reconnaître et d'affirmer l'existence d'une obligation spécifique de modération ?

II. Définitions

3. L'obligation de modérer le dommage ne doit pas être entendue d'une manière trop large. Il ne s'agit nullement de l'obligation in abstracto de ne pas provoquer le dommage ou de prendre toutes les mesures de prévention pour éviter que celui-ci ne se produise. La spécificité de l'obligation de modération ne peut apparaître que dans la mesure où on lui donne un contenu plus restreint.

D'une part, on ne parlera d'obligation de modérer le dommage qu'après la survenance du fait générateur du dommage ou d'un dommage initial : en matière contractuelle, il s'agira généralement de la résiliation du contrat. L'on exclut donc de l'analyse l'obligation éventuelle de prévenir, surtout en

matière extra-contractuelle, la survenance de tout dommage (1) : ainsi, l'obligation pour le titulaire d'une police d'assurance-vol de prendre toutes les mesures de nature à dissuader les voleurs éventuels. Certaines dispositions légales, tel l'article 17 de la loi belge sur les assurances, visent tant l'obligation de prévention que l'obligation de modérer le dommage après la survenance du fait générateur; ce n'est que dans la mesure où elles concernent cette dernière qu'elles entrent dans le champ d'application de la présente étude.

4. La démarcation est d'autant plus délicate que la modération du dommage comporte une obligation de prévention. En effet, dans la plupart des systèmes juridiques, modérer le dommage c'est :

- d'une part, limiter ou réduire le préjudice causé par l'auteur responsable;

- d'autre part, prévenir l'extension du dommage causé ou la survenance d'un nouveau dommage, ce que l'on exprime parfois par l'obligation de ne pas augmenter le dommage.

Dans les deux hypothèses, l'on se situe dans le temps après la survenance du fait générateur du dommage ou d'un dommage initial.

III. L'obligation de modérer les pertes dans le droit du commerce international.

5. L'obligation de modérer les pertes est incontestablement reconnue dans les relations commerciales internationales. Cette

(1) Selon HONORE A.M., International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, chap. 7, p. 102 : "Failure initially to avert harm is simply a form of contributory negligence ... Failure to mitigate or minimize damage is, however, regarded as the breach of a special duty".

reconnaissance s'exprime dans la législation, la jurisprudence arbitrale et la doctrine.

6. Les auteurs affirment sans réserve que l'obligation de modérer les pertes est un des principes les mieux établis de la Lex Mercatoria. Ainsi que l'a écrit Derains :

" que le créancier soit tenu de minimiser ses pertes est, par contre ,
 " indiscutablement un principe du droit national régissant les rela-
 " tions commerciales internationales même s'il ne s'agit pas d'une
 " création arbitrale ! Cette règle ... reçoit application dans la
 " plupart des sentences statuant sur des problèmes de responsabilité
 " contractuelle, sans que les arbitres ne s'appuyent pour cela sur
 " une loi nationale, et indépendamment du fait qu'ils aient ou non
 " les pouvoirs d'amiables compositeurs." (2).

7. Et de fait, de très nombreuses sentences arbitrales publiées consacrent l'obligation de la victime de modérer ses pertes. Il s'agit dans la plupart des cas de ventes internationales, mais le principe n'est pas limité à ce type de contrats. L'obligation est par ailleurs exprimée sous sa double formulation : d'une part, l'obligation de limiter ou réduire le dommage existant, d'autre part, l'obligation de ne pas augmenter le préjudice.

8. L'obligation de modération est à ce point une composante du droit du commerce international qu'elle a été consacrée par deux conventions internationales importantes : d'une part, la Convention de La Haye portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers corporels du 1er juillet 1964 (LUVI), d'autre part la Convention des Nations-Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises du 10 avril 1980. L'article 88 de la LUVI énonce que :

"La partie qui invoque la contravention au contrat est tenue de
 "prendre toutes les mesures raisonnables afin de diminuer la perte
 "subie. Si elle néglige de le faire, l'autre partie peut demander
 "la réduction des dommages et intérêts."

(2) Note sous sentence n° 2216, Clunet 1975, 918.

C'est en des termes fort semblables que l'article 77 de la Convention de Vienne dispose que :

"La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre
 "les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour
 "limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la
 "contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut
 "peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au mon-
 "tant de la perte qui aurait dû être évitée".

Les termes "doit" ou "est tenue" évoquent un devoir, une obligation, ou à tout le moins un duty to mitigate, une incombance (obligenheid). S'agit-il véritablement d'une obligation ? La formulation retenue dans les deux textes semble traduire l'approche anglo-américaine; or, tant aux Etats-Unis qu'en Angleterre, l'on considère qu'il n'y a pas de véritable obligation au sens strict de modérer le dommage : si la victime néglige de le faire, elle se verra refuser l'indemnisation de la partie du dommage qui aurait pu être évitée. La doctrine américaine estime qu'il n'y a pas lieu de voir dans ce refus d'indemnisation la sanction d'une obligation de modérer le préjudice. Cette interprétation semble très discutable, ainsi qu'il sera précisé ci-après.

9. Au-delà de cette querelle de termes, il paraît que sur le terrain du commerce international, l'obligation de modérer le dommage ne fait pas de doute. Elle est clairement établie comme un principe autonome.

IV. La modération du dommage dans les droits nationaux.

10. Une première remarque s'impose : même dans une étude principalement consacrée à l'inexécution des contrats, l'on ne peut limiter l'analyse à la responsabilité contractuelle, à l'exclusion de la responsabilité extra-contractuelle ou délictuelle.

D'une part, même entre les parties au contrat, les règles de la responsabilité extra-contractuelle vont entrer en jeu en cas d'annulation de la convention pour vices de consentement, éventuellement en cas d'abus de droit commis par l'une des parties dans l'exécution de ses obligations et surtout en cas de multiplicité des conventions conclues par une partie avec différents cocontractants, notamment dans les contrats de construction : en effet, les rapports entre les différents sous-traitants de l'entrepreneur général ne sont pas contractuels mais quasi-délictuels. D'autre part, plusieurs systèmes juridiques, et principalement les droits américains et anglais, ne font pas de distinction, en ce qui concerne les damages, entre l'évaluation du préjudice causé en cas de résiliation du contrat ou en cas de faute délictuelle. De même, les principes de modération énoncés dans différents ordres juridiques sont parfois déclarés applicables tant en matière contractuelle que extra-contractuelle.

Enfin, à la recherche des fondements de l'obligation de modérer le dommage, l'on relèvera avec le plus grand intérêt que "l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats ne se différencie guère, en son principe et dans sa justification, du devoir de correction de l'homme normalement prudent et avisé" (3).

A. Les systèmes juridiques de la common law.

1. Le "duty to mitigate damages", principe général du droit.

11. Tous les ouvrages doctrinaux, tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis, affirment que le duty to mitigate damages est

(3) Dalcq R.O., "L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité extra-contractuelle", n° 3.

un principe général de la common law (4). Selon ce principe, la victime d'une faute contractuelle ou extra-contractuelle doit diminuer autant que possible le préjudice qu'elle subit, en prenant toutes les mesures raisonnables à cet effet.

Le principe est ancien. Il est né à l'époque où les tribunaux ont pris sous leur contrôle l'évaluation des dommages en cas d'inexécution des obligations contractuelles. Farnsworth cite même une décision anglaise de 1677 dans laquelle la King's Bench Court fit application du principe au détriment du demandeur (5). Le défendeur restant en défaut de prendre livraison de marchandises, le demandeur avait dû laisser ses chevaux en attente à l'extérieur alors qu'ils étaient ruisselants de sueur. Ils en étaient finalement morts mais la Cour refusa néanmoins d'accorder au demandeur la contrevaletur des chevaux en faisant valoir qu'il aurait pu les détacher du charroi et laisser les marchandises en quelque endroit au lieu de destination.

Le principe de mitigation a fait depuis lors, tant en Angleterre qu'aux Etats-Unis, l'objet d'une importante jurisprudence et a été également consacré dans divers textes législatifs.

12. En Angleterre, les articles 50 et 51 du Sale of Goods Act de 1979 énoncent d'une part, que le préjudice de l'acheteur non-livré correspond au prix du marché à la date prévue pour la livraison, diminué du prix contractuel, et d'autre part, que le préjudice du vendeur dont la marchandise a été refusée par l'acheteur équivaut au prix contractuel moins le prix du

(4) ELLAND-GOLDSMITH M., Rapport sur "La "Mitigation of Damages" en droit anglais", p. 2. Voy. également WILLINSTON on Contracts, § 1353; CORBIN on Contracts, § 1039; CHITTY on Contracts, § 1714; FLEMING, The Law of Torts, sixth edition, 1983, 227; FARNSWORTH A., Contracts, Boston, 1982, § 12.12.

(5) FARNSWORTH A., ibidem.

marché à l'époque où l'acheteur aurait dû accepter la marchandise. Il résulte clairement de ces deux dispositions que tant l'acheteur que le vendeur, selon l'hypothèse, sont présumés modérer leur dommage en cherchant un marché de remplacement à la date prévue pour la livraison.

13. Aux Etats-Unis, les dispositions des articles 2/708 et 2/713 du Uniform Commercial Code (6) vont dans le même sens et l'article 2/715(2)(a) dispose en outre que les consequential damages ne couvrent pas les pertes que l'acheteur a pu raisonnablement éviter par un contrat de substitution.

Le Restatement on Contracts, Second, réaffirme également le principe de modération. Son paragraphe 350 énonce en effet que la victime ne peut recouvrer de dommages-intérêts au titre des pertes qu'elle aurait pu éviter sans encourir de charge ou de risque injustifié ou sans qu'il en résulte une quelconque humiliation. L'indemnisation pourra néanmoins intervenir dans la mesure où la victime a accompli des efforts raisonnables pour éviter la perte, sans que ceux-ci soient pour autant couronnés de succès (7).

2. La spécificité du "duty to mitigate damages".

14. Le duty to mitigate damages est uniformément reconnu en Angleterre et aux Etats-Unis dans la doctrine, la jurispru-

- (6) U.C.C. 2-713. The measure of damages for non-delivery or repudiation by the seller is the difference between the market price at the time when the buyer learned of the breach and the contract price.
U.C.C. 2-708(1). The measure of damages for non-acceptance or repudiation by the buyer is the difference between the market price at the time and place for tender and the unpaid contract price.
- (7) § 350. Avoidability as a limitation on damages.
(1) Except as stated in subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation.
(2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss.
Le Restatement first contenait déjà une règle semblable, le § 336.

dence et la législation. S'agit-il néanmoins d'une véritable obligation ?

Tous les auteurs répondent à cette question par la négative justifiant leur position par l'absence prétendue de sanctions (8). Selon Farnsworth, l'utilisation du terme duty est trompeuse parce que la victime n'encourt aucune responsabilité vis-à-vis de l'auteur du dommage en négligeant de prendre les mesures de nature à limiter celui-ci. Il est simplement privé de toute indemnisation pour la partie du préjudice qu'il aurait pu éviter (9).

Certes, cette position peut sans doute s'expliquer dans le contexte du droit anglo-américain où le duty ne peut exister qu'en relation avec une personne déterminée, la violation de ce duty entraînant une responsabilité à l'égard de la personne concernée. En revanche, si l'on se place dans la perspective du droit romano-germanique, le duty to mitigate est une véritable obligation dans la mesure où son non-respect est assorti d'une sanction l'absence d'indemnisation pour la partie du préjudice qui aurait pu être évitée.

La position américaine n'est-elle pas tout simplement le résultat d'une querelle terminologique ? En droit français, si le devoir est sanctionné, il constitue une obligation. De ce point de vue, le duty to mitigate apparaît incontestablement comme une obligation aux yeux des juristes romano-germaniques.

15. Peut-on d'autre part trouver une explication à l'obligation de modération dans le principe de good faith que

(8) Voy. notamment CORBIN on Contracts, § 1039; Restatement Second on Contracts, § 350, commentaire b.

(9) FARNSWORTH A., op.cit., § 12.12, p. 859.

les tribunaux ont de plus en plus souvent tendance à considérer comme un terme implicite de toute convention (10). Il ne semble pas que le premier doive être considéré comme trouvant son fondement dans le second, la victime du dommage ayant selon certains auteurs ou tribunaux, le droit d'agir comme bon lui plaît dans la gestion de son préjudice (11). Le principe de mitigation est en soi un principe général du droit au même titre que les principes de causation et remoteness. Il a lui-même donné naissance à différentes règles juridiques au fil de son application par la jurisprudence. Certaines de ces règles seront examinées plus loin.

16. Une autre question mérite d'être analysée : quelle est la spécificité du duty to mitigate ? La plupart des auteurs anglais et américains rapprochent le principe de modération de celui de causation et de remoteness. Le premier n'est-il qu'un aspect des deux autres ou constitue-t-il un concept spécifique ? Certes, mitigation tout comme causation et remoteness remplissent leur fonction dans la définition de l'étendue de l'indemnisation du dommage. Il n'en reste pas moins, comme l'a démontré M. Michaud dans une thèse défendue à l'Université de Montréal, que le principe de mitigation joue un rôle unique et distinct dans le droit contractuel (12).

17. Selon Michaud, la théorie de la causalité en common law n'est pas suffisante ni appropriée pour justifier l'état

(10) FARNSWORTH A., Contracts, Boston, 1982, § 7.17.

(11) FARNSWORTH A., op.cit., § 12.12 et notamment la note 3 p.859. Cette opinion n'est pas partagée par le professeur HONORE pour qui le principe de minimisation est une application de la notion de bonne foi. International Encyclopedia of Comparative Law, New York, Oceana, 1971, vol. XI, chapter 7, § 153.

(12) Voy. un résumé de cette thèse dans MICHAUD Anne, "Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract", Revue générale de Droit, 1984, 293.

actuel du concept de mitigation. Ainsi, il arrivera le plus souvent que la partie du préjudice exclue de l'indemnisation aura été "causée" par l'auteur du dommage. Le rejet de toute indemnisation ne peut dès lors s'expliquer uniquement en termes de causalité mais par recours à une obligation spécifique de minimiser le dommage.

18. Les auteurs anglo-saxons partagent également le point de vue que le principe de modération ne peut être considéré comme une application de la théorie de contributory negligence. D'une part, le fondement des deux théories serait différent (13). D'autre part, comme l'a rappelé Elland-Goldsmith, il y a contributory negligence lorsque le demandeur est en partie responsable du fait dommageable lui-même, tandis que la mitigation ne concerne que les conséquences du fait dommageable dû à la faute du seul défendeur (14). En outre, l'on a fait remarquer que si l'objectif qui sous-tend la théorie de la faute contributive est une volonté de répartition des risques, celui qui sous-tend le concept de mitigation est d'inciter la victime d'un dommage à éviter autant que possible le gaspillage de ressources humaines et matérielles, ainsi que de stimuler l'efficacité des relations commerciales, et le fair-play vis-à-vis de l'auteur du fait dommageable.

19. Enfin, on ne peut assimiler mitigation et remoteness, cette dernière théorie ayant pour effet que seul sera couvert le dommage qui était normalement prévisible. Dans la négative, le préjudice est considéré comme too remote et est exclu de l'indemnisation. Or, certains auteurs ont prétendu que la modération fait partie de la prévisibilité : le dommage prévisible

(13) Voy. sur ce point MICHAUD A., op.cit., p. 300.

Il apparaît en outre que la théorie de contributory negligence s'est développée en responsabilité civile alors que le duty to mitigate a pris naissance en droit des contrats mais s'est étendu ensuite à l'ensemble des obligations.

(14) Le code civil italien fait la différence dans l'article 1227 entre la faute concommittante de la victime (art.1227, al.1) qui relève de la théorie de contributory negligence et la faute subséquente (article 1227, al.2) qui relève du duty to mitigate.

est celui qui subsistera après que la victime aura modéré son préjudice.

Le caractère fictif de ce raisonnement est aisément démontré. Dans de nombreux cas en effet, la question de savoir si une partie du dommage pouvait être évitée est éminemment discutable et dans de tels cas, un jugement libellé en termes de remoteness cacherait le vrai fondement de la décision, à savoir la conviction du juge que la victime avait - ou non - l'obligation de modérer le dommage. D'autre part, si l'application des règles de la modération a un effet sur la mesure de l'indemnisation, les pertes qui sont exclues de toute indemnisation parce qu'elles auraient pu être évitées ne deviennent pas pour autant trop lointaines (too remote) au sens des règles relatives à la causalité.

20. L'on peut donc conclure que si le principe de modération en droit anglo-américain est étroitement lié aux théories de causation, contributory negligence, remoteness, et peut être appliqué conjointement avec ces dernières, il n'en demeure pas moins qu'il remplit une fonction distincte et peut être considéré comme un principe spécifique du droit des obligations.

B. La modération du préjudice dans les droits romano-germaniques.

1. L'obligation de minimiser le dommage dans la législation, la jurisprudence et la doctrine.

21. Le principe de modération a acquis en droit anglo-américain un degré d'abstraction qui ne le caractérise pas encore dans les droits romano-germaniques. Et pourtant, l'affirmation d'une obligation de modération y est très ancienne :

sans remonter à la règle de Pomponius en droit romain (15), l'on peut citer à l'appui du principe Domat et Pothier. En 1745, Domat s'interroge sur le problème de l'étendue de la responsabilité de l'auteur d'un dommage et écrit que l'on doit prendre en considération le fait que le demandeur a eu ou n'a pas eu la possibilité de minimiser sa perte (16). En 1761, Pothier cite dans son "Traité des Obligations" quelques exemples dans lesquels l'obligation de modérer le préjudice est clairement évoquée (17). Ainsi l'exemple suivant :

"... j'ai vendu mon cheval à un chanoine, et il y avait une clause expresse dans le marché, par laquelle je me suis obligé de le lui livrer assez à temps pour qu'il pût arriver au lieu de son bénéfice, et à temps pour gagner ses gros fruits. Si dans ce cas, j'ai manqué par ma faute, quoique sans dol, à remplir mon obligation, et que ce chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture, je serai tenu même des dommages extrinsèques résultant de la perte qu'il a faite de ses gros fruits..."

Ou encore l'exemple suivant :

"... si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive, mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion ..."

"(Si) la contagion qui a été communiquée à mes boeufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres, le dommage que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes, paraît aussi une suite du dol de ce marchand qui m'a vendu une vache pestiférée : mais c'est une suite plus éloignée que ne l'est la perte que j'ai souffert de mes bestiaux par la contagion; ce marchand sera-t-il tenu de ce dommage ? "

(15) Si quis ex culpa sua damnum sentit, non intellegitur damnum sentire. Digest 50.17.203.

(16) Les Lois Civiles dans leur Ordre Naturel, Paris, Rollin et Fils, 1745, t. I, Livre III, Titre V, Section III, § 162.

(17) t. III, § 162.

"Ce défaut de culture n'est pas une suite absolument nécessaire de
 "la perte de mes bestiaux, que m'a causée le dol de ce marchand :
 "je pouvais, nonobstant cette perte de mes bestiaux, obvier à ce dé-
 "faut de culture, en faisant cultiver mes terres par d'autres bestiaux
 "que j'aurais achetés, ou si je n'avais pas le moyen, que j'aurais
 "loués, ou en affermant mes terres, si ne n'avais pas le moyen de les
 "faire valoir moi-même. Néanmoins, comme en ayant recours à ces
 "expédients, je n'aurais pas retiré autant de profit de mes terres
 "que si je les avais fait valoir par moi-même, par mes boeufs que
 "j'ai perdu par le dol de ce marchand, cela peut entrer pour quelque
 "chose dans les dommages et intérêts dont il est tenu."

22. Certes, le concept de modération du dommage, s'il était déjà sous-jacent à cette époque, n'avait pas encore atteint un degré d'abstraction suffisant et ne sera donc pas repris dans les dispositions du Code civil. Cette omission sera déterminante pour l'avenir du concept. En effet, dans la mesure où les Juges dans les pays romano-germaniques, motivent leurs décisions par référence à des articles de Code sans procéder à une discussion approfondie des principes qui les sous-tendent, le concept de modération n'apparaîtra guère dans la doctrine et la jurisprudence des pays de droit français.

Ceci n'empêche que le concept est omniprésent, de manière implicite, dans la jurisprudence relative à l'évaluation du dommage : il apparaît en effet indirectement dans l'évaluation du dommage direct et du préjudice réparable. Dès le début du siècle, Demogue affirme dans son Traité des Obligations, l'obligation pour le créancier de prévenir le dommage ou toute extension des charges du débiteur (18). L'obligation de modération apparaît également en filigrane dans nombre

(18) n° 17.

de décisions françaises, même anciennes (19).

23. Dans la jurisprudence récente relative aux contrats informatiques, l'obligation de modérer le dommage réapparaît avec force et de manière plus explicite. En cas de non fonctionnement du système commandé, l'acquéreur a l'obligation de prévoir et mettre rapidement sur pied des solutions de remplacement : embauche supplémentaire de personnel, souscription immédiate d'un contrat de dépannage auprès d'une société de services, etc..., solutions pour lesquelles il pourra réclamer un dédommagement à son cocontractant. Ceci amène d'ailleurs les auteurs d'une chronique récente de droit informatique, à conclure à l'existence dans le chef du client victime de l'exécution fautive du contrat, d'un "devoir, suivant le principe de bonne foi, de collaborer à la réduction du préjudice"(20).

24. Au-delà du droit de l'informatique, la doctrine belge récente, principalement néerlandophone, affirme l'existence tant en matière délictuelle qu'en matière contractuelle, d'un schadebeperkingsplicht van de benadeelde, d'une obligation de limiter le dommage, dont elle puise l'inspiration dans diverses décisions jurisprudentielles(21).

25. Au-delà de la jurisprudence et de la doctrine, divers systèmes juridiques de droit français ont consacré dans

(19) Voy. par exemple Cass. civ., 4 avril 1922, Gaz. Pal. 1922, 11 1er mars 1957, Bull. civ. 1957, 183; 18 février 1965, Bull. civ. 1965, 117; 29 avril 1981, J.C.P. 1982, 19730; 3 juillet 1985, Bull. civ. 1985, 190; Paris, 7 janvier 1924, D.P. 1924, 143. Il est certain qu'une analyse approfondie des décisions des juridictions de fond ferait apparaître l'application du principe dans bon nombre de jugements et d'arrêts.

(20) POULLET Y. et ULLMAN Ph., "Jurisprudence belge relative aux contrats informatiques", Jurisprudence Commerciale de Belgique 1983, 486.

(21) DIRIX E., "De schadebeperkingsplicht van de benadeelde", note sous Civ. Hasselt, 26 février 1979, Rechtskundig Weekblad, 1979-80, 2921; KRUIJTHOF R., "Overzicht van Rechtspraak (1974-1980)", Tijdschrift voor Privaatrecht, 1983, 495; VAN OEVELEN A. et DIRIX E., "Verbintenissenrecht", 1978-80, Rechtskundig Weekblad, 1980-81, 2436 et ss. En France, voyez notamment

des textes législatifs l'obligation de modération (22). Ainsi, la non-indemnisation de la partie du dommage que la victime aurait pu éviter est un principe reconnu dans le droit néerlandais. Le point de savoir s'il s'agit d'une obligation véritable de modération est toutefois discuté (23). Certains auteurs paraissent renforcés dans leur réponse affirmative par l'article 6.1.9.6. du projet de Code civil néerlandais qui dispose que :

"Si le dommage est dû en partie à une circonstance qui peut être attribuée à la victime, l'obligation de réparation est réduite ou cesse dans toute la mesure raisonnable."

En droit allemand, l'absence de limitation du dommage dans le chef de la victime est considérée comme une forme de faute propre aux termes de l'article 254 du B.G.B. (24).

-
- (21) ... ALTER M., L'Obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, Paris, L.G.D.J., 1972, § 213 et 223.
- (22) Voyez un aperçu d'ensemble dans TUNC A., Commentaire sur les conventions de La Haye du 1er juillet 1964 sur la vente internationale des objets mobiliers corporels et la formation du contrat de vente : Actes et Documents de la Conférence diplomatique sur l'unification du droit en matière de vente internationale, La Haye, 2-25 avril 1964, 387; DIRIX E., op.cit., p. 2922 et ss. STOLL H., International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, chap. 8, p. 136; HONORE A.M., Id., chap. 7, p. 94 et ss. et notamment p. 101. Voy. aussi en ce qui concerne les pays arabes le rapport d'Y. DERAÏNS, p. 2.
- (23) Voy. notamment dans la doctrine DRION H., Onrechtmatige Daad, (losbladig), Kluwer, Deventer, n° 37 et ss.; Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht (Asser-Rutten), Verbindtenissenrecht - De Verbindtenis uit de Wet, zesde druk, Zwolle, 1983, 98 et Verbindtenissenrecht, Deel I, zesde druk, Zwolle, 1981, 220; van WASSENAER van CATWIJCK, Eigen Schuld en medeschuld volgens BW en NBW, Zwolle, 1985, 114.
- (24) (1) Lorsque celui qui a subi le préjudice a coopéré par sa faute à la survenance du dommage, l'obligation de réparer et l'étendue du dédommagement à fournir dépendent des circonstances et notamment de la question de savoir dans quelle mesure ce préjudice a été causé de façon prépondérante par l'une ou l'autre partie.
- (2) Il est ainsi même lorsque la faute de celui qui a subi le préjudice se restreint au fait d'avoir omis ... d'écarter ou de diminuer le dommage.

Selon la doctrine, l'on peut parler en droit allemand d'une véritable obligation de modérer le dommage. Cette obligation serait une application du principe général de bonne foi contenu dans le paragraphe 242 du B.G.B.

La même obligation de modération est consacrée par l'article 44(1) du Code suisse des Obligations, en matière de responsabilité délictuelle, lequel a été étendu à la responsabilité contractuelle par l'article 99 du même code. Selon une jurisprudence constante, le lésé doit faire son possible pour diminuer le dommage, sinon le juge peut réduire les dommages-intérêts ou même n'en point allouer (25).

L'article 1227 du Code civil italien regroupe dans la même disposition le cas de concours du fait fautif du créancier (contributory negligence) et le principe de modération au sujet duquel il dispose que : "il n'est pas dû de réparation pour les dommages que le débiteur aurait pu éviter en déployant la diligence normale." (26).

L'idée de modération apparaît également in fine de l'article 381 du Code civil hellénique :

"Si la prestation de l'une des parties contractantes a été rendue impossible par la faute de l'autre, celle-ci n'est pas libérée de son obligation de contre-prestation. Toutefois, on déduit de la contre-prestation tout ce dont la partie qui est libérée pour cause d'impossibilité bénéficie du fait de la libération ou omet dolosivement de bénéficier."

(25) "Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur." L'article 99 du même code prévoit l'application de cette disposition à la responsabilité contractuelle.

(26) Voy. notamment PESCATORE et RUPERTO, Codice Civile Annotato, Milano, 1978, 1149.

Le Code civil de Louisiane énonce dans un article 2002 l'obligation du créancier d'accomplir des efforts raisonnables pour modérer le dommage causé par l'inexécution du débiteur. Lorsque le créancier manque à cette obligation, le débiteur peut demander que les dommages-intérêts soient réduits en conséquence. La Louisiane est donc attachée, comme les autres Etats américains, à l'obligation de modération.

En revanche, le projet de droit européen des contrats ne reprend dans son article 2.604 que l'aspect négatif de la modération, à savoir l'exclusion de la partie du préjudice qui aurait pu être évitée, sans formuler de véritable obligation.

Enfin, l'obligation de modérer le dommage est également consacrée dans les Codes civils égyptien (art. 221), syrien (art. 222), lybien (art. 224), et algérien (art. 182).

2. L'existence d'une véritable obligation de modérer le dommage.

26. La formulation du concept de modération est donc variable d'un pays à un autre. Certains systèmes juridiques énoncent l'existence d'une véritable obligation alors que d'autres ne retiennent de la modération que l'aspect négatif, la sanction. Mais, comme on l'a déjà fait remarquer pour la common law, l'existence d'une sanction n'implique-t-elle pas celle d'une obligation ?

En l'absence de texte législatif spécifique, consacrant en termes exprès une obligation de modérer le dommage, il apparaît qu'une distinction doit être faite dans les systèmes juridiques de droit français - et à la différence de la common law - entre le domaine de la responsabilité délictuelle et celui de la responsabilité contractuelle.

27. Dans la responsabilité délictuelle, l'obligation de modération est consacrée tantôt de manière négative, par voie d'exclusion de toute indemnisation pour la partie du préjudice qui aurait pu être évitée, tantôt de manière indirecte par un recours à la notion de faute. Ainsi, le professeur Dalcq considère que s'il n'y a pas une obligation spécifique de modérer le dommage, reconnue en tant que telle en droit belge et en droit français, il existe dans le chef de la victime d'une part une obligation de faire tout ce qui est possible afin d'éviter les préjudices indirects, d'autre part une obligation certaine de ne pas aggraver le préjudice par un comportement fautif, ce qui se traduit par l'obligation de prendre toutes les mesures que prendrait un homme raisonnable pour le limiter.

Dans la mesure où l'idée de modération est implicite mais certaine dans la plupart des droits romano-germaniques, une insistance plus grande sur cette obligation et ses fondements contribuerait à une meilleure élaboration de la jurisprudence en ce domaine.

28. Quel est le fondement de la règle ? Il nous paraît être l'obligation, contenue en France et en Belgique dans l'article 1382 du Code civil, d'agir - et en l'occurrence de gérer son dommage - comme l'aurait fait un homme normalement prudent et avisé, laquelle obligation est dans le droit de la responsabilité délictuelle le pendant de l'obligation de bonne foi du droit des contrats (27). L'on pourrait également

(27) Selon de Bersaques, d'ailleurs, les mêmes principes d'équité et de bonne foi contenues dans les articles 1134 et 1135 du Code civil, régissent les obligations légales, notamment celle nées d'un délit ou d'un quasi-délit. La victime est tenue de prendre toutes les mesures utiles pour limiter le dommage ("L'abus de droit", Revue Critique de Jurisprudence Belge, 1953, 281). Voy. également DIRIX E., op.cit., p. 2923.

invoquer l'application des règles des règles du droit civil qui régissent la gestion d'affaires (en Belgique, l'article 1375 C.C.) : le fait de ne pas modérer un dommage qui peut être évité constituerait, pour reprendre les termes de la Cour d'Appel de Liège dans un arrêt du 24 juin 1986, "une omission fautive dans la gestion des intérêts du débiteur de la réparation".

Dans la responsabilité contractuelle, le fondement de la règle est plus clair encore : l'obligation de modérer le dommage est un corollaire de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des conventions, consacrée dans la plupart des droits romano-germaniques et notamment dans l'article 1134 du Code civil en Belgique et en France et dans le paragraphe 242 B.G.B. en République Fédérale d'Allemagne.

Dans la mesure où l'on peut trouver le fondement de l'obligation de modération dans deux notions corrélatives, l'obligation de bonne foi et l'obligation d'agir en homme normalement prudent et diligent, l'obligation de modérer le dommage retrouve son unité au-delà de la portée différente qu'elle peut recevoir dans le domaine de la responsabilité contractuelle et celui de la responsabilité extra-contractuelle.

29. Il faut enfin constater que dans les droits français, tout comme dans la common law, la minimisation est proche d'autres théories juridiques telles que celles de la causalité ou de l'abus de droit (28).

(28) Voir même la rechtsverwerking : la victime qui par sa passivité aggrave la position du créancier, est déchu de son droit à l'indemnisation pour cette partie du préjudice ("zijn recht op schadevergoeding verwerkt heeft") (DIRIX E., op.cit., p. 2928).

30. L'on a déjà précisé à propos du droit anglo-américain, que la théorie de la causalité ne peut suffire à expliquer l'obligation de minimiser le dommage. La même constatation peut être faite en droit français à tout le moins en ce qui concerne l'obligation de réduire le préjudice.

31. La théorie de l'abus de droit ne permet pas non plus de résoudre toutes les questions issues de la modération. Selon la jurisprudence, lorsqu'il existe plusieurs manières d'exercer un droit, le titulaire de celui-ci ne peut, sans commettre un abus, choisir, sans utilité pour lui, le mode d'exercice le plus dommageable pour des tiers, ou encore, le moins conforme à l'intérêt général (29). Dans de nombreux cas, celui qui s'abstient de limiter le dommage ne "choisit" pas, au sens de cette jurisprudence : il s'abstient. Un préjudice a été causé par l'auteur du fait dommageable : la victime ne prend aucune mesure pour le limiter. Dans certains cas cependant, la théorie de l'abus de droit trouvera à s'appliquer : ainsi lorsqu'un locataire quitte les lieux loués avant la fin du terme, le propriétaire qui refuse une transaction raisonnable et agit en justice pour constater la résiliation du bail et demander le paiement de tous les loyers échus et à échoir jusqu'à la fin du triennat, commet, en droit belge, un abus de droit (30). Il a l'obligation de modérer son dommage, notamment en cherchant le plus rapidement possible un autre locataire. Il est d'ailleurs intéressant de constater qu'en cette matière, la conclusion précitée, qui ne fait aucun doute dans la jurisprudence belge, est contestée

(29) Voyez notamment Cass. belge, 10 septembre 1971, Revue critique de jurisprudence belge, 1976, 300 (note Van Ommeslaghe) et Appel Liège, 14 février 1964, id., 1969, 497 (note de Bersaques).

(30) Voy. en ce sens Cass. belge, 16 janvier 1986, HARDY C. DEROUAUX.

dans de nombreux Etats américains (31) où le duty to mitigate est pourtant plus solidement établi que dans les ordres juridiques d'Europe continentale.

De même en France, alors que l'article 1760 du code civil a été élaboré suivant un principe de modération, l'application que lui en donne la jurisprudence est contraire à ce principe. Cet exemple traduit bien la complexité du problème de la modération du préjudice.

V. Portée et contenu de l'obligation de modérer le dommage.

32. Il importe de remarquer à titre préliminaire que les règles de la modération ne sont pas absolues. L'obligation de modérer le dommage doit être appréciée dans le chef de la victime à la lumière du concept de bonne foi ou de reasonableness, y compris dans la détermination de la portée de clauses essentielles, telles que time is of the essence. Il apparaît en outre que dans de nombreux cas, il n'existe pas de solution tranchée qui soit l'unique expression ou la seule expression possible d'une obligation de modérer le préjudice.

33. Le corollaire le plus souvent réaffirmé de l'obligation de modération est l'obligation de trouver un marché de substitution, à l'achat ou à la vente. Cette obligation est clairement affirmée dans la jurisprudence arbitrale et dans les décisions de nombreux cours et tribunaux nationaux, parti-

(31) "Landlord's duty, on tenant's failure to occupy, or abandonment of, premises, to mitigate damages by accepting or procuring another tenant" 21 ALR3d 534 : "the rule is usually founded on the theory that the tenant, by the contract of leasing, has purchased a vested interest in real estate, the contract has been executed by the landlord, and the tenant's obligation to pay rent for the estate so purchased is absolute". La solution en faveur de l'obligation de modération du dommage semble toutefois de plus en plus s'imposer. CORBIN on Contracts, Supplement 1984, § 1039A.

culièrement aux Etats-Unis et en Angleterre (32). Tant l'acheteur que le vendeur sont même souvent présumés avoir été en mesure, après l'inexécution du contrat, de trouver immédiatement un marché de substitution à l'achat ou à la revente : le préjudice sera dès lors établi en tenant compte du prix du marché au jour où l'acheteur ou le vendeur est censé raisonnablement avoir pu procéder à la conclusion d'un contrat de substitution, peu importe que le prix qu'il a effectivement payé ou reçu soit plus ou moins élevé. Nous avons vu que dans certains cas, cette obligation était même consacrée par des dispositions législatives.

34. La jurisprudence, notamment arbitrale, consacre également l'obligation pour l'acheteur, même s'il ne peut marquer son accord avec une augmentation sensible du prix prévu au contrat, imposée unilatéralement par le vendeur, d'accepter néanmoins cette offre, afin de diminuer l'étendue du dommage, quitte à recourir ensuite à la procédure, en requérant le maintien du prix contractuel (33). Il appartient-

(32) Dans la jurisprudence arbitrale, voy. notamment les décisions citées dans le rapport de DERAINS, "L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale". En ce qui concerne la jurisprudence européenne, voy. notamment HONORE, op.cit., p. 101. Aux Etats-Unis, le principe est consacré en termes généraux par le commentaire c du § 350 du Restatement Second on Contracts. Voy. également CORBIN on Contracts, § 1039 et FARNSWORTH, op.cit., p. 861. En Angleterre, voy. notamment CHITTY on Contracts, § 1717. En Europe, et notamment en France, les codes d'usages de différentes professions stipulent l'obligation de remplacement en cas de défaut d'une des parties. Voy. à cet égard Le Gall J.P., "Le retard dans la livraison des marchandises vendues", Rev. trim. dr. comm., 1963, § 35. Voy. également DEMOGUE, op.cit., n° 17. En droit belge, en principe, il n'existe qu'une faculté de remplacement. Voy. sur ce problème van OMMESLAGHE, "Examen de jurisprudence - Obligations", Revue critique de Jurisprudence belge, 1975, p. 607 qui précise que nonobstant l'article 1144 du code civil, le remplacement peut se faire sans l'autorisation préalable du juge, mais sous son contrôle ultérieur.

(33) Voy. notamment la sentence rendue dans l'affaire n° 2478, Clunet 1975, et note DERAINS. La solution est toutefois minoritaire aux Etats-Unis. Voy. CORBIN on Contracts, § 1043. En Angleterre, la nouvelle offre doit être raisonnable, CHITTY on Contracts, § 1718.

dra alors au juge ou aux arbitres de remettre éventuellement en cause l'augmentation de prix pour avoir été faite sous la contrainte. Dans le même sens, certaines décisions ont affirmé l'obligation de l'acheteur d'accepter l'offre faite par le vendeur d'effectuer la livraison à une date postérieure à celle contractuellement prévue.

35. L'obligation de passer un marché de substitution dépasse le domaine de l'achat et de la vente. S'agissant par exemple d'une licence de marque, un tribunal arbitral a décidé que n'avait pas satisfait à son obligation de modérer le dommage, la victime, titulaire de la marque, qui n'avait pas essayé après la résiliation du contrat, de nouer des relations contractuelles semblables avec une autre société pour le territoire concerné (34). Enfin, s'agissant d'un équipement destiné à concourir à la réalisation des bénéfices, l'acheteur non-livré doit tenter de trouver une machine de remplacement. S'il ne le fait pas, il ne sera pas indemnisé pour le manque à gagner postérieur à l'époque où l'acquisition ou la location de ce matériel de substitution aurait dû avoir lieu.

36. Tout ceci suppose bien entendu qu'il y ait un marché accessible. Si tel n'est pas le cas, les tribunaux s'interrogent quant au point de savoir quelles mesures l'acheteur ou le vendeur aurait dû raisonnablement prendre : tantôt l'on peut s'attendre à ce qu'il tente d'obtenir de son propre vendeur qu'il reprenne la marchandise, tantôt il devra adapter les biens vendus pour qu'ils conviennent à un autre consommateur (35).

(34) Sentence rendue dans l'affaire n° 2103, Clunet 1974, 902 et note DERAÏNS.

(35) Voy. U.C.C. 2-704(2). The seller of goods to be specially manufactured for the buyer may, on breach by the buyer, "in the exercise of reasonable commercial judgement for the purposes of avoiding loss and of effective realization either complete the manufacture and wholly identify the goods to the contract or cease manufacture and resell for scrap or salvage value or proceed in any other reasonable manner".

Mais doit-on aller aussi loin que d'imposer à l'acheteur non-livré d'acquérir des marchandises qui sont l'équivalent le plus proche de celles qui étaient prévues au contrat ? Rien n'est moins sûr, même si certaines décisions semblent s'être prononcées en ce sens. L'acheteur n'est pas tenu de diminuer son dommage en acceptant des biens non-conformes aux spécifications contractuelles. Il n'est donc pas non plus tenu d'accepter à un moindre prix les marchandises qu'il avait d'abord refusées parce que défectueuses.

37. S'agissant de travaux de construction, il est généralement accepté que la victime ne peut récupérer ses frais et pertes lorsqu'ils sont la conséquence de ce qu'elle a continué les travaux nonobstant la résiliation du contrat par le maître de l'ouvrage. Il y a des cas cependant où la poursuite des travaux est de nature à prévenir un préjudice supplémentaire ou à éviter des pertes, par exemple dans le cas où le bâtiment, étant achevé, pourra être plus facilement revendu. Dans ce cas, l'obligation de modération exige la poursuite des travaux (36).

Au delà de cette constatation, il semble que l'on pourrait également dégager, dans la matière des contrats de construction, les principes suivants :

- le maître de l'ouvrage a l'obligation, dans la mesure de ses moyens financiers, de faire réparer immédiatement les vices dont est affectée la construction, de manière à limiter les frais;

- la contrepartie a l'obligation d'assister la victime qui doit modérer son dommage, par exemple en lui fournissant éventuellement des matériaux qu'elle ne pourrait trouver ailleurs qu'à un prix beaucoup plus élevé;

(36) Voy. notamment CORBIN on Contracts, § 1039; FARNSWORTH, op.cit., p.860.

- le maître de l'ouvrage a l'obligation de limiter le préjudice de l'entrepreneur en lui donnant en premier lieu la possibilité d'effectuer lui-même les réparations et en évitant en principe de choisir le contrat de substitution le plus onéreux;

- inversement, l'entrepreneur a l'obligation de limiter le préjudice du maître de l'ouvrage en l'informant de la survenance de l'évènement et des mesures qu'il envisage prendre. L'obligation de modérer le dommage doit être replacée dans le cadre d'une obligation plus générale de coopération.

- en revanche, l'obligation de modérer le dommage n'implique l'obligation de réceptionner une installation industrielle non conforme que si les défauts constatés sont mineurs, mais non s'ils font courir des risques à l'entreprise.

38. L'obligation de modérer le dommage entraîne éventuellement l'obligation pour le demandeur d'engager des frais pour diminuer son préjudice. Selon une jurisprudence constante, il peut recouvrer le montant de ceux-ci auprès de l'auteur du comportement fautif, à condition d'avoir agi raisonnablement en les engageant. Il importe peu d'ailleurs qu'en agissant de la sorte, la victime ait augmenté son préjudice, ses efforts n'ayant point été couronnés de succès (37).

En sens inverse, il semble constant que le défendeur ne puisse reprocher au demandeur de ne pas avoir pris les mesures de modération nécessaires, s'il n'en avait financièrement les moyens. De même, il est acquis que l'on ne peut contraindre la victime à limiter son dommage par des mesures qui mettraient

(37) Voy. notamment en Hollande, DRION, op.cit., n°41 et la jurisprudence citée; aux Etats-Unis, WILLINSTON on Contracts, § 1354; CORBIN on Contracts, § 1044; en Angleterre, CHITTY on Contracts, § 1721.

en danger sa fortune, nuiraient à sa réputation commerciale ou le mettraient dans une situation humiliante (38).

39. Un autre problème qu'a rencontré fréquemment la jurisprudence est celui où à la suite de la modération, loin de faire une perte, la victime de l'inexécution fait un gain. Celui-ci doit-il bénéficier à l'auteur du dommage ?

Il semble que l'on puisse accepter dans ce cas la règle britannique selon laquelle les gains ne sont pris en compte que s'ils sont un résultat direct de l'inexécution (39) mais non s'ils constituent un bénéfice accessoire. Ainsi, si le sous-acquéreur accepte les biens défectueux sans se plaindre, l'acheteur pourra néanmoins demander à son vendeur des dommages et intérêts calculés selon les règles habituelles : le fait que le sous-acquéreur accepte des marchandises défectueuses est purement fortuit et n'empêche pas que l'acheteur ait été privé de la valeur de marchandises conformes.

De même, si la victime a contracté une assurance, l'auteur du dommage ne peut réclamer une réduction des dommages et intérêts à concurrence du montant que la compagnie d'assurances doit payer à la victime (40). Il est constant en effet que si la victime tarde à agir et subit de ce fait un préjudice plus élevé, elle devra en supporter les conséquences. Dès lors, si elle tire de son action un profit, celui-ci doit lui revenir.

(38) Voy. notamment CORBIN on Contracts, § 1042; CHITTY on Contracts, § 1716; FARNSWORTH, op.cit., p. 866.

(39) C'est-à-dire les frais et débours évités par la victime parce qu'elle n'a pas dû exécuter ses obligations. Voy. notamment la jurisprudence citée dans C.J.S. V° Damages § 97, p. 1004. Voy. également CORBIN on Contracts, § 1039.

(40) Voy. les références citées par C.J.S. V° Damages, § 99 (2).

Ainsi, si le vendeur, victime de l'inexécution de son acheteur, ne revend pas les marchandises immédiatement et obtient quelques mois plus tard un prix nettement plus élevé que celui qu'il aurait obtenu en procédant tout de suite à la revente, ses dommages-intérêts n'en seront pas moins calculés sur la base du prix qu'il aurait obtenu en cas de revente immédiate. Il a attendu et spéculé, prenant de la sorte le risque d'une perte. S'il a fait un gain, il peut donc le conserver : ce gain n'est en effet pas dû à la seule inexécution de l'acheteur.

40. Dans la même perspective, si le vendeur peut revendre immédiatement la marchandise au prix contractuellement prévu, le point de savoir s'il pourra néanmoins réclamer des dommages-intérêts à l'acheteur initial qui n'a pas pris livraison, dépendra du point de savoir si le vendeur avait d'autres marchandises identiques à la disposition d'acheteurs potentiels. Ce n'est que dans la négative que s'éteindra éventuellement le droit à des dommages-intérêts. En revanche, dans l'affirmative, on considérera que la seconde transaction n'était pas un substitut de la première (41).

41. La question se pose également de savoir à quelle date doit s'exécuter l'obligation de modération. Dans le cas de l'inexécution d'un contrat de vente, l'acheteur est censé passer un contrat de substitution dans un délai raisonnable après le jour prévu pour la livraison (42), ou à tout le moins après que l'inexécution s'avère définitive. La règle s'applique même si le vendeur annonce anticipativement qu'il ne livrera pas, sauf en common law dans l'hypothèse où l'acheteur a

(41) Voy. notamment le commentaire de "Lost Volume" du § 350 du Restatement Second on Contracts; WILLINSTON on Contracts, § 1353; CHITTY on Contracts, § 1715; FARNSWORTH, op.cit., 866.

(42) Restatement, commentaire f.

accepté la répudiation du contrat : dans cette dernière hypothèse, c'est à ce moment que l'achat de substitution doit intervenir.

S'il s'agit de revendre des marchandises qui n'ont pas été achetées, l'on prendra en considération soit la date initialement prévue pour l'achat, soit la date ultérieure à laquelle la transaction pouvait raisonnablement intervenir. Il en sera de même dans tous les cas où il s'agit de nouer de nouvelles relations contractuelles.

42. Enfin, au plan de la preuve, c'est en principe à l'auteur du fait dommageable, ou à celui qui rompt le contrat, de prouver que la victime a eu la possibilité de modérer le dommage mais n'a pas pris les mesures raisonnables qui s'imposaient (43).

La règle semble néanmoins trouver exception dans la jurisprudence arbitrale où la victime est souvent présumée avoir pu trouver un marché de remplacement. C'est ce qui explique qu'on ait pu dans certains cas exiger du créancier qu'il prouve avoir pris toutes les mesures pour modérer son préjudice (44). La présomption invoquée par la jurisprudence arbitrale est en effet une présomption juristantum.

(43) Voyez notamment HONORE, op.cit., p. 153; CORBIN on Contracts, § 1039; CHITTY on Contracts, § 1715; Restatement Second on Contracts, § 350, commentaire c; C.J.S., § 96 et la jurisprudence citée, p. 1002.

(44) Sentence C.C.I. n° 3344, Clunet 1982, 979, note DERAIS.

VI. Conclusion.

43. On constate qu'il existe dans le droit du commerce international et dans de très nombreux droits nationaux un concept de modération du dommage. Tantôt, il est libellé comme une véritable obligation de modérer le préjudice, tantôt il est simplement prévu que celui qui néglige de prendre les mesures en ce sens se verra privé de l'indemnisation afférente à la perte qu'il aurait pu éviter. Tantôt également, le principe est clairement exprimé dans la législation ou dans la jurisprudence, tantôt l'on n'en perçoit l'existence que de manière implicite ou latente dans les décisions judiciaires, notamment au travers de l'application des mécanismes classiques de l'évaluation du dommage.

44. Plus précisément, l'affirmation d'une obligation de modération ne fait pas de difficulté dans le droit du commerce international où elle est considérée comme un principe de base de la lex mercatoria, ni dans la common law où indépendamment des questions de qualification qui ont été évoquées, elle apparaît comme un principe général ressortant avec force du droit positif. Le problème est certes plus délicat dans les droits romano-germaniques qui ne consacrent pas l'obligation dans un texte législatif spécifique. Il est toutefois résolu dans la plupart d'entre eux par le recours à des dispositions plus générales du code civil : en matière contractuelle, l'obligation trouvera son fondement dans l'obligation de bonne foi qui s'impose dans l'exécution des conventions, approche qu' a notamment consacrée la jurisprudence belge et française récente en matière de contrats informatiques. En matière délictuelle ou extra-contractuelle, l'obligation de modération puisera ses racines dans l'obligation d'agir avec la prudence et la diligence du bon père de famille, qui n'est en fin de compte qu'une autre facette du devoir de bonne foi. Ainsi

conçue, l'obligation de modération apparaît même comme un facteur unificateur du droit de la responsabilité.

45. Certes, cela n'empêche que de nombreux juristes continueront à s'interroger sur l'utilité de la consécration d'une telle obligation, dans la mesure où il existe d'autres concepts ou théories juridiques, qu'il s'agisse de la faute, de la causalité, ou de l'abus de droit, pour n'en citer que quelques-uns, qui permettraient prétendument au juge d'arriver au même résultat sans devoir recourir au concept de modération. Ce point de vue ne peut être partagé. L'obligation de modération remplit en effet une fonction essentielle et spécifique dans l'évolution du droit des obligations. On constate en effet cette dernière décennie dans les pays romano-germaniques une insistance de plus en plus grande des tribunaux sur la collaboration entre les parties à la relation juridique. Cette évolution se fonde sur la conception que de l'obligation résultent à la fois des devoirs pour le débiteur et des devoirs pour le créancier. Cette conception du caractère mutuel de l'obligation, voire d'une certaine solidarité sociale, est à l'origine en matière contractuelle des développements jurisprudentiels récents relatifs à l'obligation d'information, de renseignement, de collaboration, qui le plus souvent sont rattachés en Belgique et en France, aux articles 1134 et 1135 du Code civil. La bonne foi, l'équité, impliquent qu'existe un juste équilibre entre les obligations du débiteur et celles du créancier. L'on peut même se demander s'il n'existe pas une obligation générale de minimiser les pertes qui dépasse le cadre du droit de la responsabilité.

46. Si l'objectif que l'on poursuit est effectivement d'assurer dans les relations contractuelles un juste équilibre entre les obligations des parties, la fonction de l'obligation

de modérer le dommage apparaît clairement dans la mesure où elle constitue une composante essentielle de cette approche juridique.

D'autre part, toujours dans la même perspective, son affirmation en tant que principe autonome se justifie pleinement. En effet, les théories classiques de la causalité ou de l'abus de droit sont des théories neutres qui laissent un champ quasi illimité à l'appréciation souveraine du juge du fond. Le juge qui exclut l'indemnisation d'un dommage qui aurait pu être évité en invoquant l'absence de lien de causalité, justifie par le recours à la théorie de la causalité un jugement que lui a inspiré la perception, plus ou moins consciente, d'une obligation de modérer le dommage. Mais la théorie de la causalité ne dicte pas nécessairement pareil résultat à un juge qui ne prend pas conscience de l'existence de pareille obligation.

47. C'est donc dans la ligne de cette perception jurisprudentielle nouvelle du caractère mutuel de l'obligation que l'on doit favoriser une meilleure perception par les arbitres et surtout par les tribunaux, de l'obligation de modérer le dommage et corrélativement, une meilleure étude des règles qu'elle commande. Le résultat devrait en être une application plus cohérente des principes de modération et par conséquent, le développement d'une jurisprudence plus conforme aux principes de l'équité, plus conforme également à une conception dynamique des relations commerciales nationales et internationales.

48. Enfin, la reconnaissance plus explicite dans les droits romano-germaniques de l'obligation de modérer le dommage pourrait être fertile en développements juridiques. On a évoqué la possibilité pour le créancier de solliciter du tribunal qu'il soit ordonné à la victime de prendre certaines mesures déterminées en vue de modérer son préjudice sous peine

d'une astreinte. Dans l'état actuel de la jurisprudence, l'hypothèse n'est pas à exclure en Belgique à tout le moins. Ceci démontre à quel point la reconnaissance formelle de l'obligation dans notre droit positif pourrait ouvrir de nouveaux horizons aux juristes novateurs.

° ° °