

Université catholique de Louvain
Faculté de Droit

L'obligation de limiter son préjudice en matière contractuelle

Mise en perspective des droits anglais, belge et français

Promoteur : Denis Philippe



REMERCIEMENTS

Ce mémoire est le fruit de longs mois de recherches, de réflexions, d'échanges et de rédaction ;

Tout ceci n'aurait pas été possible sans l'appui, l'encadrement et les précieux conseils du Professeur Denis Philippe, promoteur de ce mémoire. Nous l'en remercions chaleureusement ;

Nous remercions également tout particulièrement le Professeur Daniel de Callataÿ pour sa disponibilité, les pistes de réflexion qu'il nous a fournies et la transmission de son expertise en la matière ;

De manière plus générale, nous sommes fortement reconnaissants envers tous ceux qui ont contribué de près ou de loin à la réalisation de ce mémoire ;

À ma famille, mes amis et mon amie pour leur soutien inconditionnel.

Introduction

Dans le cadre de ce présent travail, réalisé en droit des contrats, nous voulions appréhender un sujet dont les contours n'avaient pas encore tous été tracés. Nous voulions apporter, dans la mesure du possible, notre contribution à une réflexion, plutôt que d'opérer la « simple » restitution d'une problématique déjà résolue, à l'image d'un recueil de littérature. Notre choix s'est donc porté sur l'analyse d'une obligation discutée pour son fondement, parfois même quant à son existence, nous le verrons. L'obligation de limiter son préjudice nous est, dès lors, apparue comme une évidence. Sujet relativement vaste, nous apprécions particulièrement sa proximité avec une notion nous tenant à cœur : la bonne foi. Bien que déjà fortement débattue en doctrine, nous pensons qu'elle n'a pas encore révélé tous ses secrets.

Parce qu'il était intéressant d'adopter une vue d'ensemble sur cette obligation, nous avons opté pour une approche de droit comparé. Nul besoin de rappeler longuement les bienfaits d'une telle démarche ; les droits étrangers permettent une meilleure compréhension de son droit national, en en dégageant les mécanismes porteurs, en l'occurrence les raisons qui sous-tendent l'apparition de l'obligation de limiter son propre dommage. Tour à tour nous aborderons donc le droit belge, le droit français et le droit anglais.

Comment expliquer le choix de ces trois droits en particulier ? La réponse est limpide. Il s'agit de trois droits extrêmement proches au niveau géographique et présentant pourtant des positions diamétralement opposées quant à la problématique qui nous occupe. Ainsi, ce que les anglais appellent le *duty to mitigate*, procède d'une pratique bien rodée. L'obligation étudiée est, en effet, totalement acceptée en droit anglais depuis le 19^{ème} siècle. Elle met à charge du créancier de nombreuses obligations ou devoirs. Alors que le droit français est très instructif en ce qu'il dénote une frilosité avérée pour cette obligation. Pour l'heure, « aucune décision de justice ne l'a explicitement dégagée »¹. Pourtant, nombreux sont les auteurs qui prônent une évolution du droit français vers davantage de loyauté du créancier envers son débiteur. Toutefois, la jurisprudence se montre sceptique vis-à-vis de l'utilité concrète d'une obligation de ne pas aggraver son dommage, ne l'admettant qu'à demi-mot dans certaines

¹ P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », obs. sous Cass. fr., 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, p. 716.

décisions restées isolées. La Belgique est un excellent pays pour se prêter au droit comparé du fait que son droit s'inspire des nombreux droits environnants. Partant, l'obligation étudiée s'y situe à mi-chemin entre les deux droits précités.

Aborder le droit international dans ce travail nous est également apparu impératif, tant les échanges commerciaux se font de plus en plus au niveau international. Le domaine contractuel occupe la place centrale du présent travail. C'est pourquoi on ne pouvait négliger les dispositions pertinentes pour les échanges commerciaux internationaux. Nous aborderons dès lors la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises et quelques instruments facultatifs. De plus, le droit international se veut souvent le moteur des différents droits nationaux. Son influence dépasse les seuls rapports internationaux. Il est généralement très progressiste et constitue un magnifique exemple de l'aboutissement du droit comparé.

Nous avons considéré utile d'entrapercevoir l'obligation équivalente existant en droit de la responsabilité aquilienne puisqu'en droit belge, l'obligation de limiter son préjudice est née dans le contentieux extracontractuel. Aborder le domaine délictuel et quasi-délictuel, c'est en fait examiner l'origine de l'obligation en droit belge.

Le travail s'articulera de la sorte.

En guise de préliminaire, nous mènerons une réflexion sur la pertinence de l'emploi du terme 'obligation' pour qualifier la modération du dommage. Il existe, en effet, une controverse liée à la portée ladite obligation.

Nous rentrerons, ensuite, dans le vif du sujet en abordant les fondements de l'obligation de minimiser son dommage, ceux retenus et ceux qui doivent, selon nous être écartés. Nous détaillerons le régime de l'obligation en question dans les trois droits étudiés en procédant en deux phases. Dans une première phase, nous examinerons ensemble les droits belge et français de par leur connexité manifeste. Dans une seconde phase, nous procéderons d'une méthode comparable pour que lecteur prenne connaissance de la *Common law*.

Dans la continuité, nous aborderons le contentieux extracontractuel. Nous proposerons un fondement pertinent pour l'équivalent hors contrat de l'obligation de ne pas aggraver son dommage. Pour procéder, nous diviserons une nouvelle fois l'étude entre le droit civil de la

responsabilité et le *tort law*. Dans l'examen du droit, nous développerons davantage une réflexion quant à un rapprochement possible entre les deux pans du droit des obligations.

Enfin, nous rapporterons les textes internationaux contenant des dispositions expresses consacrant l'obligation de limiter son préjudice. Nous procéderons le plus possible à une mise en lien avec les droits nationaux étudiés auparavant.

Finalement, nous apporterons nos conclusions au lecteur concernant ce passionnant sujet.

Chapitre I. Notions

Section 1. Véritable obligation ou simple incombance ?

Une discussion existe quant à savoir si l'obligation de limiter son préjudice doit être considérée comme une véritable obligation ou comme une simple incombance. La doctrine est globalement très disparate sur le sujet, mais il est néanmoins possible d'opérer une nette distinction entre la perception du *duty to mitigate* et l'obligation de modération du dommage telle que perçue en droit civil belge et français.

Il est admis outre-Manche que le *duty to mitigate* ne constitue pas en soi une obligation mais doit plutôt être qualifié d'incombance ou devoir (traduction textuelle du mot anglais). Ce point de vue s'explique par le fait que le demandeur ne peut pas être poursuivi en tant que tel pour le non-respect de cette obligation². De plus, tout comme en droit civil continental, l'exécution forcée du *duty to mitigate* est impossible³. Autrement dit, il s'agit uniquement d'un moyen de défense du débiteur défaillant. Dans l'affaire *Darbishere v. Warren*⁴, le juge Pearson a d'ailleurs explicitement rappelé que le créancier lésé n'était tenu par aucune obligation contractuelle d'opter pour le comportement le moins onéreux possible pour le défendeur, et le contraire ne constituerait par conséquent pas une faute dans le chef de

² J. BEATSON, A. BURROWS and J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 29th ed., 2010, p. 555.

³ R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 21.

⁴ Citée dans R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 21.

celui-ci. Mais l'absence de faute vis-à-vis du débiteur ne signifie pas pour autant l'absence de toute sanction. Le juge, dans son pouvoir souverain d'appréciation du caractère raisonnable du comportement, peut réduire en conséquence les *damages* accordés au créancier lésé. Ce dernier encourt donc une sanction.

Il y a lieu de s'interroger sur la pertinence de l'appellation *duty to mitigate* utilisée par la doctrine pour qualifier ce mécanisme. Comme le signale Y.-M. Laithier, il n'existe pas de devoir envers le débiteur fautif ni un devoir de conscience envers soi-même de limiter son propre dommage. Le contrat liant les parties ne comporte en effet bien souvent aucune clause obligeant le créancier à ce type de prestation, alors que rien n'empêche pourtant *a priori* les parties de se prémunir de pareille situation en prévoyant expressément une « clause relative à la modération du préjudice »⁵ telle qu'elle est également possible en droit français ou en droit belge, moyennant le respect de l'ordre public. Contrairement au droit civil romano-germanique où l'association d'une sanction confirme manifestement l'existence d'une obligation, la *common law* ne tient pas compte de cette nuance, optant pour la reconnaissance d'un devoir lorsqu'il débouche sur une responsabilité⁶. Dès lors, il s'agirait plutôt d'une limitation à revendiquer l'intégralité de la réparation basée sur le *fair dealing*, un devoir envers la société en quelque sorte⁷, mais il reste seul maître du choix recouvrant au mieux ses intérêts.

C'est cette conceptualisation différente de l'obligation qui convainc certains auteurs français et belges d'y déceler une obligation *sensu stricto*. B. Hanotiau est notamment de cet avis lorsqu'il expose : « en droit français, si le devoir est sanctionné, il constitue une obligation ». La présence d'une sanction y attachée est suffisante en soi à faire naître une obligation. Cette thèse n'est toutefois pas partagée par tous, et P. Wéry, pour ne citer que lui, n'adhère pas à l'argumentaire ci-dessus⁸. L'éminent auteur semble plus enclin à y voir, tout

⁵ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, p. 229.

⁶ B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n°11.289, p. 4.

⁷ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p.

⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 433.

comme R. Kruihof, une *obliegenheit*, c'est-à-dire « une obligation de "moindre intensité" »⁹ développée dans les pays de droit germanique, dont l'unique sanction consiste en la réduction du droit. N'est-ce pas là un étrange point commun avec la seule sanction envisageable de l'abus de droit ? Selon nous, il ne s'agit pas d'une coïncidence. Ce qu'il y a lieu d'appeler *obliegenheit* dans le vocable allemand occupe un rôle équivalent à la bonne foi issue de l'article 1134, al. 3 Civ. dans sa fonction restrictive. Nous savons en effet que dans notre droit, la bonne foi en tant que telle est créatrice d'obligations, dont la sanction varie selon la fonction qu'elle revêt. Autrement dit, lorsque la bonne foi revêt sa fonction complétive, il s'agit de véritables obligations positives insérées au contrat. Nous pensons par exemple, à l'obligation de sécurité dans les contrats de transport, ou encore à l'obligation d'information dans un contrat de franchise et la majorité des contrats commerciaux relationnels en général. Nous pensons aussi à l'obligation du maître de l'ouvrage d'assurer l'accès au chantier par l'entrepreneur. Alors que lorsque sa fonction restrictive est invoquée devant le juge, parce que le créancier use de son droit de façon disproportionnée, ce qu'on appelle communément l'abus de droit, le juge ne dispose d'autre remède que la réduction dudit droit. L'abus de droit comme fondement de l'obligation de limiter son préjudice est une piste qui méritera en tout cas d'être creusée.

Quoiqu'il en soit, à l'heure actuelle, bien qu'une partie de la doctrine considère l'obligation de modérer son dommage comme une obligation autonome, il paraît plus juste d'y voir une incombance ou obligation *latu sensu*. En effet, pour qu'il y ait obligation à proprement parler, une série de critères doivent être réunis. Sur la notion, nous renvoyons volontiers le lecteur à l'ouvrage de référence de P. Wéry¹⁰. Si la notion précise dans laquelle ranger l'obligation dont il est question ne permet toujours pas une réponse univoque, la discussion n'en reste pas moins fort théorique, les répercussions pratiques étant quasi inexistantes. La sanction attachée à l'obligation de limiter son préjudice n'est en effet pas discutée : « L'unique sanction de la méconnaissance de cette obligation consiste dans la perte

⁹ R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 22.

¹⁰ P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 17-19.

partielle du droit de la victime d'obtenir la réparation intégrale du préjudice qu'elle a subi »¹¹. Cette affirmation n'est cependant pas totalement exacte puisque, selon nous, le principe de la réparation intégrale n'est pas incompatible avec l'obligation de ne pas aggraver fautivement son dommage. Assurément, le comportement du créancier doit être fautif, en cela qu'il s'avère déraisonnable dans l'appréciation souveraine qu'en fait le juge. La faute de la victime est un critère d'appréciation établi tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation¹². Cette situation est dès lors comparable au partage de responsabilité en matière extracontractuelle, lorsque la victime a contribué fautivement à la survenance de son propre dommage. En ce qui concerne la contribution à l'aggravation du dommage subi dans son chef, l'on touche au parallèle de l'obligation qui nous occupe, en matière extracontractuelle, et la sanction reste discutée, nous le verrons (voy. *Infra* Chap. III). Sur le sujet, D. de Callataÿ préconise un partage de responsabilités sur la part du dommage causé par la victime en se basant sur la théorie de l'équivalence des conditions. Selon lui, l'auteur du dommage initial est également responsable de l'aggravation de celui-ci par la victime puisque sans sa première faute, le dommage ne serait pas produit. Il n'aurait donc pas dû être minimisé¹³.

Chapitre II. Fondements de l'obligation

Section 1. Droit civil continental (Belgique/France)

Pour une question de lisibilité de cette étude de droit comparé, nous la diviserons en deux temps. Nous présenterons, dans un premier temps, la solution majoritaire prônée par la doctrine belge, étayée par la casuistique (§ 2). Dans un deuxième temps, nous aborderons, par une méthodologie identique, le point de vue soutenu par la doctrine et les juridictions

¹¹ M. VANDERMERSCH, « Trois aspects de la responsabilité contractuelle : la responsabilité contractuelle pour autrui, l'obligation pour le créancier de limiter le dommage et l'application de l'article 1150 du code civil », obs. sous Mons, 29 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 66.

¹² Cass., 25 novembre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n°10.564 ; Liège, 25 mai 1990, *Rev. rég. dr.*, 1990, p. 507 ; B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, La Chartre, 2010, pp. 4-5.

¹³ Propos recueillis auprès du Professeur DE CALLATAÿ ; voy. Annexe 1.

françaises (§ 3). Mais auparavant, il est indispensable d'effectuer une rapide remise dans le contexte, en rappelant notamment les bases légales (§ 1).

§ 1. Bases légales identiques, interprétations différentes

Nul besoin de rappeler l'origine commune des codes civils belges et français puisqu'il s'agit de l'illustre Code Napoléon de 1804, héritage de la présence française sur nos terres, qui encore aujourd'hui, mises à part quelques modifications législatives, constitue pour une grande partie la législation civile des deux pays. Toutefois, malgré une base légale commune, les deux droits ont emprunté des chemins bien différents dans leurs développements doctrinaux et jurisprudentiels. La jurisprudence a fait œuvre créatrice dans de multiples domaines du droit civil, et notamment celui qui nous occupe, incontestablement influencée par la doctrine élaborée par les universités respectives. C'est donc, aujourd'hui, deux droits à l'allure similaire, mais aux interprétations différentes, qu'il nous est donné d'aborder.

Par conséquent, il est logique de voir cités, tant en Belgique qu'en France, les mêmes articles 1134, al. 3 et 1135 Civ., comme fondements pertinents de l'obligation de limiter son préjudice en matière contractuelle¹⁴. Cependant, après lecture poussée de l'ensemble de la littérature juridique, il semble que le premier article cité emporte la claire préférence des juristes belges, tandis que la doctrine française se montre davantage circonspecte voire opposée à cette solution¹⁵, nous y reviendrons. À ce stade, il serait toutefois erroné, dans un travail de cette ampleur, de ne pas signaler également les nombreux autres fondements invoqués avec plus ou moins d'insistance par certaines parties de la doctrine. Nous pensons particulièrement à la faute contributive de la victime, à la théorie de la causalité, à la prévisibilité du dommage qui pourraient sous-entendre les mêmes répercussions dans le chef

¹⁴ Voy. not. pour le droit belge : B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.289, point 28 ; R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 20 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations. Sources des obligations*, T.II, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 1604 ; P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 434.

Voy. not. pour le droit français : Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 445-446 ; S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2002, pp. 109-142.

¹⁵ Voy. not. : S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2012, pp.125-126.

de la victime de l'inexécution, soit la réduction des dommages et intérêts alloués. C'est pourquoi, dans la présente analyse, nous parcourons les pistes les plus plausibles selon nous. Pour le surplus, certains auteurs ont déjà proposé des études très détaillées sur les fondements envisagés tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, nous y renvoyons volontiers le lecteur¹⁶.

Étant donné que la doctrine et la jurisprudence belge semblent arrivées à un consensus quant au fondement à donner à l'obligation que nous étudions, il apparaît plus judicieux d'envisager les différents fondements plausibles lors de l'examen d'un droit n'ayant pas encore reconnu expressément une telle obligation dans son droit. Nous avons donc choisi de détailler les pistes possibles pour fonder l'obligation de limiter son préjudice dans le paragraphe consacré au droit français (voy. *infra* Chap. II, Section 1, §3).

§ 2. Droit belge

a) Fondement retenu

Le fondement dans la bonne foi de l'obligation étudiée reçoit un relatif consensus de la doctrine et la jurisprudence s'y rallie également. Nous allons, dès lors, analyser plus en détails l'article 1134 al. 3 Civ. comme fondement de l'obligation de limiter son dommage dans les points suivants.

Incontestablement, la thèse de la bonne foi comme soutènement de l'obligation de minimiser son préjudice, rencontre l'adhésion de la majorité des auteurs. La jurisprudence s'y réfère également dans la motivation de ses jugements et arrêts sur le sujet. C'est le cas d'un arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 2001. En l'occurrence, la Cour avait avalisé un arrêt de la Cour d'appel de Liège ayant considéré que les demandeurs avaient manqué à leur devoir de loyauté, issu de la bonne foi, en ne procédant pas à certains travaux qui auraient modéré leurs pertes alors « qu'il existait des mesures raisonnables qui permettaient de limiter le

¹⁶ R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271 ; B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.289 ; R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 12-55.

dommage », et de la sorte, « le défendeur ne peut être tenu pour responsable des frais engagés et du manque à gagner en raison de la rupture du lien de causalité »¹⁷. Cet arrêt est intéressant à plus d'un titre puisque, non seulement, il enracine l'obligation concernée en l'art. 1134, al. 3 Civ., mais il rattache également, avec clairvoyance, la méconnaissance de cette obligation à la rupture du lien causal pour former un tout cohérent dans le vaste champ des obligations. La violation de l'obligation de restreindre son préjudice est donc constitutive de faute, contractuelle ou extracontractuelle selon le rapport juridique, entraînant comme on le connaît en jurisprudence une rupture de la causalité entre la faute initiale du débiteur et le dommage final tel que subi par le créancier ou la victime. Pour autant, le créancier ou la victime fautif ne perd pas l'entière du droit à réparation, mais juste la part correspondant au dommage sans lien causal avec la faute initiale.

Comme le signalent de nombreux auteurs, il existe, en apparence, une tension indéniable entre le droit à la réparation intégrale du dommage¹⁸, principe incontesté et incontestable du droit civil, et l'obligation du créancier de limiter son préjudice dans la mesure du raisonnable, obligation à laquelle est attachée la réduction des dommages et intérêts correspondants. Toutefois, la modération de l'indemnisation allouée n'est pas un tempérament au principe du droit à la réparation intégrale. Au contraire, ce principe reste intact puisque tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, la victime n'est pas soumise à une obligation générale de limiter son préjudice à n'importe quel prix, mais elle est plutôt tenue de prendre les mesures raisonnables afin de limiter son préjudice ou à tout le moins ne pas l'aggraver. Il n'existe donc pas d'obligation générale de limiter coûte que coûte son dommage en droit belge¹⁹. L'arrêt susmentionné de la Cour de cassation l'exprime d'ailleurs très bien en matière contractuelle : « cette règle n'impose pas au créancier de restreindre son

¹⁷ Cass. (1^e ch.), 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 467.

¹⁸ R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271, point 6 ; R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 19-20.

¹⁹ R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 20 ; Cass., 14 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 48, obs. D. PHILIPPE, « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage ».

dommage dans toute la mesure du possible, elle lui commande de prendre, avec loyauté, les mesures raisonnables qui permettent de modérer ou de limiter son préjudice »²⁰.

En vue de l'évaluation du caractère raisonnable des mesures mises en œuvre, un pont peut être tendu vers la référence du bon père de famille raisonnablement prudent et diligent utilisée en responsabilité aquilienne²¹. Nous aborderons dès lors plus en profondeur cet aspect dans le chapitre qui y sera consacré (voy. *infra* Chap. III).

Elle présente enfin l'avantage d'amener une cohérence entre le domaine contractuel et extracontractuel puisqu'elle évite tout chevauchement et donc toute problématique liée au concours de responsabilité et qu'elle permet, de plus, à l'obligation de modération du dommage de retrouver son « unité »²² au travers de deux régimes corrélatifs, comme l'avance judicieusement B. Hanotiau. L'obligation de bonne foi et l'obligation d'agir en bon père de famille normalement prudent et diligent constituant, en quelque sorte, deux facettes d'une même pièce, il n'est plus d'aucune utilité d'ériger la bonne foi en principe général du droit, option préconisée par P. van Ommeslaghe²³. En effet, les deux pans de la responsabilité recèlent en leur sein une base légale pertinente, ce qui ne justifie dès lors pas le recours à l'article 1134, al. 3 en matière extracontractuelle.

L'incidence sur la question de l'option des responsabilités n'est pas anecdotique. Fonder l'obligation de limiter son préjudice sur l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions l'incorpore *de facto* dans le contenu obligationnel du contrat. L'implication de la responsabilité contractuelle n'est donc pas contestée. A contrario, l'option d'une action extracontractuelle peut être discutée. Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 29 septembre 2006, dit du Tiercé Franco Belge, il est possible d'envisager l'option des actions contractuelle et extracontractuelle contre le responsable « si la faute qui lui est imputée constitue un manquement *non seulement* à l'obligation contractuelle *mais aussi* au devoir général de diligence qui lui incombe et si cette faute a causé un dommage autre que celui qui est dû à la

²⁰ Cass. (1^e ch.), 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 467.

²¹ La responsabilité aquilienne est un ancien terme utilisé pour nommer la responsabilité extracontractuelle.

²² B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.289, point 28

²³ P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101-110.

mauvaise exécution »²⁴. Dès lors, comme l'avance très justement P. Wéry²⁵, la violation d'une « obligation de nature purement contractuelle » n'ouvre pas la porte à pareille option, à moins de constituer au même titre une infraction pénale. Parmi une liste exemplative non-exhaustive d'obligations entrant dans cette définition, l'auteur mentionne une décision de la justice de paix de Namur exposant que « la règle qui impose d'agir de "bonne foi" dans l'exécution d'une convention – ce qui inclut une obligation de "collaboration" -, est de nature purement contractuelle et sa méconnaissance ne peut être sanctionnée par l'article 1382 du code civil »²⁶. Par conséquent, on peut tirer comme première conclusion à ce niveau d'avancement que la méconnaissance de l'obligation de limiter son préjudice en matière contractuelle ne peut faire l'objet que d'une action en responsabilité contractuelle.

Nombreux sont les auteurs qui perçoivent des similitudes de plus en plus marquées entre les deux régimes de responsabilité, allant même, pour certains, jusqu'à les considérer comme un seul et même régime. Nous ne franchirons pas ce cap, mais relèverons les similarités qui permettent, dans le cadre de notre travail, de soutenir un régime unitaire de l'obligation de limiter son préjudice en responsabilité civile. Ainsi, les éléments constitutifs des deux responsabilités sont les mêmes, à savoir une faute, un dommage et un lien causal. Au niveau de la faute, B. Dubuisson avance que « le débiteur contractuel est, comme en matière quasi-délictuelle, tenu de sa faute légère ou la plus légère considérée *in abstracto* par rapport au critère du bon père de famille »²⁷. Cette opinion est partagée par d'autres éminents auteurs du droit des obligations. P. Wéry rattache l'origine de cette identité à l'article 1137 Civ. portant sur l'obligation de donner, mais il est admis que sa portée est, aujourd'hui, beaucoup plus générale et s'applique à l'ensemble des obligations contractuelles²⁸. Ce critère est notamment utilisé pour l'obligation de sécurité, centre du concours de responsabilité par excellence, insérée dans beaucoup de contrats depuis le développement pratique des articles

²⁴ Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN, « De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid : een koerswijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie » ; C'est nous qui soulignons.

²⁵ P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 230.

²⁶ J.P. Namur, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1466.

²⁷ B. DUBUISSON, « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 5.

²⁸ P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 474.

1134, al. 3 et 1135 Civ. Dès lors, c'est évidemment le critère de référence du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances qui permettra au juge d'évaluer le respect de l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour limiter ou ne pas aggraver son préjudice²⁹. Plus précisément, les mesures raisonnables préconisées par la bonne foi ou le comportement raisonnable du bon père de famille fondé dans l'article 1382 Civ. ne constituent en fait que la même application du critère retenu dans l'évaluation de la faute la plus légère.

b) Fonction retenue

La bonne foi a connu un foisonnement extraordinaire ces dernières décennies. Nous ne nous lancerons pas dans un long rappel historique de l'émergence de celle-ci en droits belge et français, ce qui nous éloignerait sensiblement du sujet de notre travail. Précisons simplement que bien que l'idée doit être attribuée à l'auteur français R. Demogue, elle connut son véritable essor en Belgique aux cours des années 50 et 60, avant de gagner la jurisprudence française dans les années 70 et 80³⁰. Il s'agit certainement d'une notion dont le développement a été le plus significatif, le plus déterminant dans la manière de percevoir le rapport contractuel. Longtemps restée une disposition dormante du Code civil, personne ne conteste aujourd'hui le pouvoir créateur d'obligations de l'article 1134, al. 3 Civ., même si comme nous venons de le voir, le terme obligation doit être appréhendé dans son sens large. La convention est désormais abordée davantage sous l'angle de la collaboration que de la confrontation.

Le nombre de ses fonctions reste encore indéterminé, leurs appellations varient selon les auteurs mais leur contenu semble admis par tous. Mentionnons pour être exhaustif les fonctions interprétative, complétive, modératrice et modificatrice de la bonne foi bien que la dernière citée soit fortement décriée en doctrine et écartée, à l'heure actuelle, par les cours et

²⁹ D. DE CALLATAÏ considère que ces termes disent, en fait, la même chose car ne pas aggraver son préjudice c'est le limiter. Il est possible, en langue française, d'exprimer les choses négativement ou positivement à propos d'un même sujet. La distinction serait plutôt à effectuer entre l'obligation de prévenir le dommage et l'obligation de ne pas l'aggraver ; voy. Annexe 1.

³⁰ C. MASSE, « Rapport général », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 218.

tribunaux belges³¹. Cette affirmation doit néanmoins être modérée par l'existence de certaines décisions de fond admettant l'imprévision³² et par un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 15 février 2007 qui pourrait ouvrir la voie vers une reconnaissance de la théorie de l'imprévision en droit belge. Il fut en effet confirmé par la Cour de cassation³³.

Dans la recherche du fondement de l'obligation de restreindre son préjudice, deux fonctions retiennent particulièrement notre attention : la fonction complétive de la bonne foi autrement appelée « devoir de collaboration » et la fonction modératrice, restrictive ou encore limitatrice de la bonne foi que l'on qualifie parfois de « devoir de pondération »³⁴. Les deux sont en effet alternativement considérées par les auteurs comme fondement de l'obligation. Il arrive même que certains y décèlent la présence des deux fonctions qui viendraient en quelque sorte se compléter comme nous le verrons lors de l'examen des fondements en droit français³⁵.

Concernant l'abus de droit dans l'exécution du contrat et la mise en œuvre des sanctions de son inexécution, trouvant désormais son fondement dans l'article 1134, al. 3 Civ., un arrêt de principe a été rendu par la Cour de cassation le 19 septembre 1983. J.-L. Fagnart s'y est penché, observant qu' « alors que l'on avait souvent considéré que l'abus de droit commis dans l'exécution d'une convention était sanctionné par l'article 1382 du Code civil, l'arrêt décide que cet abus engendre la responsabilité contractuelle de son auteur »³⁶. Comment expliquer la confusion communément admise jusqu'alors sinon qu'elle constitue un nouvel indice du rôle équivalent exercé par ces deux articles selon le cadre obligataire dans lequel intervient la notion? Il y a lieu de considérer qu'un créancier abuse de son droit

³¹ X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », note sous Comm. Bruxelles (8^e ch.), 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, p. 405 et p. 409 ; J. PÉRILLEUX, « Rapport belge », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 248 ; Bruxelles, 20 décembre 1971, *Pas.*, 1972, II, p. 47 ; Bruxelles, 8 juin 1972, *Pas.*, 1972, II, p. 167.

³² Comm. Bruxelles (8^e ch.), 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, p. 380, note X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé ».

³³ Cass., 19 juin 2009, Belgique, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>.

³⁴ X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », note sous Comm. Bruxelles (8^e ch.), 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, p. 380.

³⁵ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, p. 136-142.

³⁶ J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 287.

« lorsqu'il agit sans aucun intérêt légitime, lorsqu'entre plusieurs manières d'exercer son droit, il choisit, sans utilité pour lui, le mode d'exercice le plus dommageable pour le débiteur, ou encore lorsqu'il y a disproportion entre l'intérêt qu'il retire de l'exercice de son droit et l'importance des inconvénients qu'il impose au débiteur »³⁷. Les arrêts ultérieurs rendus par la Cour suprême ne permettent plus aujourd'hui d'assimiler l'abus de droits contractuels au régime similaire de l'article 1382 Civ³⁸. Dans le prolongement de ce constat, il n'est plus possible d'invoquer le cumul de responsabilités lorsque le créancier abuse d'un droit issu du contrat. Ce point a été approfondi lors de l'examen du fondement retenu (voy. *supra*, Chap. II, Section 1, §2, b). Toutefois, que cela soit en matière contractuelle ou extracontractuelle, l'abus de droit n'apporte pas toute la satisfaction, ou du moins pas toutes les garanties, que l'on attend d'une notion fondatrice. Certains doutes subsistent, et après un examen plus fouillé, ils rendent incompatibles l'obligation de limiter son préjudice et la théorie de l'abus de droit censée en sanctionner la méconnaissance.

Tout d'abord, selon B. Hanotiau, l'abstention de limiter son dommage ne peut pas être perçue comme un choix au sens des critères jurisprudentiels retenus pour l'abus de droit³⁹. Mais l'argument avancé ne nous convainc guère pour rejeter la théorie. L'abstention peut tout à fait constituer un choix. Assurément, les actes positifs ne possèdent pas le monopole en la matière, et la victime, entre deux manières d'user de son droit, pourrait opter pour un troisième scénario, à savoir l'inaction, qui s'avèrerait encore plus dommageable pour le débiteur. La situation est comparable à l'obligation d'assurer l'accès de l'entrepreneur au chantier. En s'abstenant de poser un acte positif, *in casu* permettre ou faciliter l'accès au chantier, le maître de l'ouvrage peut parfaitement commettre un abus de droit. L'abus de droit fondé sur 1134, al. 3 Civ appelle les mêmes conclusions.

Le second argument nettement plus relevant serait de repréciser le régime de l'article 1382 Civ., selon lequel la faute, quel qu'en soit le responsable, peut consister en la simple

³⁷ J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 299.

³⁸ Cass. (1^e ch.), 17 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1990, p. 595, note J. HEENEN, « A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire ».

³⁹ B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.289, point 31.

négligence dont ne se serait pas rendu coupable un bon père de famille normalement prudent et diligent. Or, la jurisprudence belge reconnaît expressément l'obligation générale de prendre toutes les mesures raisonnables pour ne pas aggraver son préjudice. La méconnaissance de cette obligation entraîne donc une rupture du lien de causalité entre la faute initiale et le dommage excédentaire résultant de celle-ci. R. Kruithof considère, en effet, que « la faute de la victime constitue, aussi bien en matière contractuelle qu'extra-contractuelle, une cause d'exonération partielle de responsabilité pour le débiteur en défaut ou le tiers responsable »⁴⁰. Dès lors, en droit commun, la victime n'a aucun droit sur la part d'indemnité qui couvrirait ce dommage. La réparation intégrale du dommage ne comprend pas le dommage excédentaire dont la victime est l'unique responsable, même si *de facto*, il s'agit d'une aggravation du dommage initial. Cela s'explique en fait par la rupture du lien de causalité, aussi bien en droit français qu'en droit belge, même si les théories admises diffèrent en la matière entre ces deux pays. La théorie de la causalité adéquate dans le premier cas et la théorie de l'équivalence des conditions dans le second conduiraient au même résultat concernant l'obligation défendue. En droit belge, « le juge peut en effet toujours considérer que certains dommages ne sont pas la conséquence *nécessaire* de la faute »⁴¹. C'est sur base de ce critère de nécessité entre la faute initiale et le dommage final que nous nous basons pour écarter, dans le cas du non-respect de l'obligation de limiter son préjudice, la responsabilité de l'auteur de la faute initiale. Pour l'occasion, R.-O. Dalcq rapporte un arrêt inédit de la Cour d'appel de Liège du 24 juin 1986 : « le lien qui unit la faute au dommage doit revêtir un caractère de nécessité en ce qu'il faut que le fait fautif ait nécessairement créé le dommage tel qu'il se présente *in concreto* et qu'un rapport causal identique existe entre le dommage initial et le dommage final »⁴². Celui-ci révèle une nouvelle fois le lien indéfectible qui unit faute et causalité dans l'appréciation du fondement de l'obligation en responsabilité aquilienne.

Au vu de ce qui vient d'être expliqué, soit l'on fonde l'obligation à l'étude sur l'abus de droit, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, en considérant que le créancier

⁴⁰ R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 31.

⁴¹ R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271, point 21 ; C'est nous qui soulignons.

⁴² R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271, point 22.

lésé ou la victime abusent de leur droit à la réparation intégrale du dommage lorsqu'ils ne mettent pas en place les mesures raisonnables pour limiter celui-ci, soit l'on fonde ladite obligation dans son ensemble sur la fonction complétive de la bonne foi. Nous savons que la sanction de l'abus de droit est la réduction de ce droit à son usage normal, c'est-à-dire l'usage qu'en aurait fait tout homme normalement prudent et diligent, si l'on se trouve en responsabilité civile, et un cocontractant respectant ses obligations de loyauté et de pondération vis-à-vis de son débiteur défaillant en responsabilité contractuelle. L'on s'écarte donc du régime de la faute en remplaçant les critères propres à celle-ci par les critères de l'abus de droit développés par la doctrine et la jurisprudence, à savoir l'usage disproportionné du droit à la réparation intégrale, entraînant davantage d'inconvénients dans le chef du débiteur, en comparaison du faible avantage retiré, à savoir l'indemnisation d'un dommage évitable.

Les juridictions belges, dans de nombreuses décisions⁴³, mentionnent expressément l'abus de droit comme motivant la réduction des dommages et intérêts qu'elles accordent. Ces justifications restent toutefois souvent confuses ou très vagues comme le confie J. Périlleux⁴⁴. Il s'agit certainement de la confusion, également observée en France, entre le fondement à proprement parler de l'obligation et la sanction qui résulte de sa méconnaissance devant les cours et tribunaux. En effet, il est admis à l'heure actuelle, que la seule sanction envisageable consiste en la diminution des dommages et intérêts à concurrence de la part du dommage qui ne peut être mise à charge du responsable initial. Or, ce raisonnement se base sur la faute et la causalité qui sont, selon nous, suffisantes à justifier la réduction de l'indemnisation allouée.

Nous remarquons la même confusion en France, où S. Reifegerste répartit le fondement de l'obligation sur les deux fonctions complémentaires de la bonne foi : la fonction complétive expliquant le contenu, la fonction restrictive motivant sa sanction⁴⁵. C'est une erreur de méthodologie. La fonction complétive en tant que telle, créatrice d'obligations dont parmi elles l'obligation de limiter son préjudice, contient en son sein la sanction. Comme, par

⁴³ Liège, 4 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 34, pp. 1498-1500.

⁴⁴ J. PÉRILLEUX, « Rapport belge », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 245.

⁴⁵ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, pp. 136-142.

exemple, l'obligation d'information inclut nécessairement, en cas de non-respect, la sanction de l'annulation du contrat et/ou de dommages et intérêt, voire la réparation en nature lorsqu'elle est possible⁴⁶, ou l'obligation de sécurité dans le cadre de contrat de transport de personnes inclut forcément les dommages et intérêts en cas d'accident. La notion d'abus de droit apparaît, dès lors, excédentaire, superflue dans ce régime. Les juridictions y recourent uniquement pour justifier la sanction retenue, mais cela n'apporte qu'incertitude sur le fondement réel de l'obligation qui, à n'en point douter, doit trouver ses racines exclusives dans la fonction complétive de la bonne foi et, pour ce qui est de la responsabilité quasi-délictuelle, dans la règle classique de la faute de la victime et de la rupture du lien causal entre la faute initiale et le dommage excédentaire.

Pour conclure brièvement cette partie, l'abus de droit n'explique pas à lui seul l'obligation de limiter son préjudice. Pour preuve, la majorité des auteurs l'associe à d'autres fondements juridiques. Il nous semble donc qu'il faille fonder la présente obligation dans la fonction complétive de la bonne foi suffisante à elle seule à en assurer le contenu et la sanction en matière contractuelle, tandis qu'en responsabilité civile, la notion de faute découlant des articles 1382 et 1383 Civ., remplit déjà adéquatement ce rôle. De plus, ces fondements parallèles présentent l'avantage d'instaurer un système cohérent de responsabilités. Ce constat doit être plus nuancé en France où, nous le verrons, la bonne foi soulève toujours de nombreuses craintes, dans sa fonction complétive à tout le moins.

Précisons encore que la bonne foi, obligation de moyen, est présumée, avec comme répercussion le poids de la preuve à charge du débiteur responsable qui invoque le non-respect de l'obligation en vue de se libérer d'une part des dommages et intérêts⁴⁷. Le résultat reste néanmoins identique en matière contractuelle et extracontractuelle puisque la règle classique du droit judiciaire fait supporter la charge de la preuve de la violation d'une norme à

⁴⁶ Par exemple dans la vente d'un ancien terrain industriel, si le vendeur tait volontairement la pollution du sol, il peut se voir condamné à procéder lui-même aux travaux de dépollution ; Publications de la Cour de cassation française, Rapport annuel 2010, https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_annuel_CC_2010.pdf.

⁴⁷ A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 530 ; En guise d'exemple, A. DE BERSAQUES propose : « La bonne foi et la prudence sont présumées. C'est pourquoi, notamment, quoique la responsabilité du médecin soit de nature contractuelle, c'est au patient qui invoque une faute à sa charge à la prouver ».

celui qui invoque ladite violation⁴⁸, encore soit-elle une norme générale et abstraite de comportement.

c) Contrôle marginal de la bonne foi

Un manquement à l'obligation de bonne foi constitue un acte de mauvaise foi. C'est l'inverse et son contraire mais il est parfois utile de rappeler l'évidence. Partant, J.-L Fagnart poursuit la remarque en précisant que « la "mauvaise foi" ou le "dol" dans l'exécution des contrats sont des expressions synonymes »⁴⁹. Dès lors, pour qu'il y ait violation de l'obligation de limiter son préjudice en droit des contrats, il faut nécessairement l'intention du créancier d'agir de la sorte, alors que, rappelons-le, en responsabilité aquilienne, pour qu'il y ait faute découlant du non-respect de l'obligation de ne pas aggraver son préjudice, la négligence involontaire suffit, pour autant qu'elle soit fautive, à enclencher la sanction. Il y a donc clairement une appréciation plus stricte du comportement de la victime en matière extracontractuelle, ce qui s'explique peut-être par l'absence d'engagement, de rapport contractuel, de toute relation antérieure entre la victime et le débiteur de l'obligation de réparer. Il est reconnu que « la qualité de la relation juridique » détermine le contrôle opéré par le juge sur l'exercice du droit parce que « le respect des intérêts d'autrui se fait plus pressant »⁵⁰. La possibilité de poursuivre ultérieurement la relation n'est pas non plus sans incidence sur le fait qu'on ne sanctionne que le dol d'un cocontractant lésé. J. Périlleux décrit en ces termes le rôle particulier réservé à la bonne foi : « Il s'agit [...] d'un principe complémentaire qui permet, dans les circonstances appropriées, et dans une mesure limitée, les accommodements nécessaires au jeu jugé trop strict des règles. En quelque sorte, avec la bonne foi contractuelle, c'est à un espèce de *contrôle marginal* que se voit assujetti le jeu des règles contractuelles classiques »⁵¹. L'auteur se réfère ici à une doctrine développée au nord du pays, connue sous le vocable de *marginale toetsing*⁵². La doctrine francophone semble de

⁴⁸ C. jud., art. 870.

⁴⁹ J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 312-313.

⁵⁰ S. STIENS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 43.

⁵¹ J. PÉRILLEUX, « Rapport belge », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 250 ; C'est nous qui soulignons.

⁵² J. RONSE, « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s.

plus en plus encline à s'y référer explicitement, notamment en ce qui concerne l'appréciation d'obligations découlant de la bonne foi⁵³. Effectuer un contrôle marginal de l'abus de droit signifie, selon S. Stijns, laisser un pouvoir d'appréciation limité au juge, ce dernier se bornant à ne sanctionner « que les comportements qui sont si *manifestement* inéquitables que *toute personne raisonnable* les considérerait comme de toute évidence inéquitables »⁵⁴. La référence à l'équité nous dérange quelque peu, même si l'assimilation des articles 1134, al. 3 et 1135 Civ. est très fréquente dans la jurisprudence également. Il s'agit en effet de deux articles distincts disposant chacun d'un rôle à part entière. Ils devraient donc être distingués. Par analogie, cela inclurait d'apprécier une violation d'une obligation complémentaire ajoutée au contrat par l'article 1134, al. 3 de façon moins rigoureuse que les obligations contractuelles écrites en ne sanctionnant, tout comme dans le cadre d'un abus de droit, que les seules violations manifestes à l'obligation de bonne foi.

d) Sanction de la violation de l'obligation

Dans la jurisprudence, l'on observe parfois une mise à charge complète du créancier de l'intégralité du dommage excédentaire survenu par sa faute. En omettant de prendre des mesures raisonnables pour restreindre son préjudice, le demandeur se voit supporter l'aggravation du dommage à laquelle il a contribué. En ce sens, la Cour d'appel de Liège a exclu « l'indemnisation de la perte de rendement et du manque à gagner résultant d'un débit d'eau insuffisant » par rapport au débit garanti par le défendeur, au motif que « les demandeurs eussent pu limiter leur dommage en faisant procéder, dès qu'ils ont constaté l'insuffisance du débit, aux travaux permettant d'augmenter le rendement »⁵⁵. Cette décision n'a pas été censurée par la Cour de cassation. Certes, le créancier est fautif de n'avoir pris pareilles mesures, mais ça serait oublier la cause première que de le considérer comme seul responsable de l'aggravation du dommage. La Cour de cassation de Belgique reconnaît la

⁵³ J. PÉRILLEUX, « Rapport belge », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 250 ; D. PHILIPPE, « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage », obs. sous Cass., 14 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 51 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 41.

⁵⁴ S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 41.

⁵⁵ Ces termes sont repris de l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 22 décembre 1998 et reformulés par Cass. (1^e ch.), 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p.467.

théorie de l'équivalence des conditions de jurisprudence constante, nul besoin de le rappeler. Or, la faute initiale du débiteur est la condition nécessaire de la survenance du dommage final. Pour le dire autrement, sans la faute initiale du défendeur, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit parce le créancier n'aurait pas eu à restreindre un dommage s'il n'y avait pas été confronté par la faute du débiteur. La faute initiale est donc la condition *sine qua non* du dommage, et il est surprenant de ne pas voir les cours et tribunaux retenir une responsabilité ne fût-ce que minime du responsable initial dans l'aggravation du dommage. La position actuelle des juridictions belges relève davantage d'une application de la théorie de la causalité adéquate, consacrée en France. Selon nous, afin de respecter la théorie de l'équivalence des conditions, il faudrait retenir un pourcentage, soit-il infime, de responsabilité dans le chef du débiteur défaillant. Pour effectuer un tel partage, le juge devrait se baser sur la gravité des fautes respectives. En effet, de façon assez surprenante comme le rapporte J. Baeck, la Cour de cassation de Belgique utilise un critère de répartition différent entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle. Le critère de « la gravité des manquements respectifs »⁵⁶ est retenu en responsabilité contractuelle alors que le juge doit tenir compte de « l'importance relative des différentes fautes, c'est-à-dire de leur pouvoir causal »⁵⁷ lorsqu'il procède à un partage de responsabilités entre l'auteur et la victime dans un contentieux délictuel ou quasi-délictuel.

C'est donc fort heureusement que de nombreuses décisions retiennent la responsabilité du débiteur défaillant. Ainsi, un autre arrêt de la Cour d'appel de Liège⁵⁸, après avoir considéré « qu'au lieu d'agir en créancier normalement prudent et diligent », la demanderesse avait fait « preuve d'une passivité et d'une inertie gravement fautive » conclut que « le dommage dont l'appelante se prévaut résulte principalement de sa propre faute », retenant toutefois la responsabilité « minime » du débiteur dans ce dommage. Ou encore dans un litige portant sur des intérêts moratoires conséquents, dû en partie à l'attitude fautive du créancier, le juge avait tranché pour un partage de responsabilités par moitié⁵⁹.

⁵⁶ Cass., 16 février 2009, C.08.0043.N, www.cass.be.

⁵⁷ Cass., 26 septembre 2012, P.12.0377.F, www.cass.be.

⁵⁸ Liège, 25 mai 1990, *Rev. rég. dr.*, 1990, p. 507.

⁵⁹ Liège, 4 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 34, p. 1498.

e) Obligation de limiter son préjudice en cas de faute initiale intentionnelle ?

Le contrôle marginal de la bonne foi explique un standard moins strict de ce qu'il y a lieu d'entendre par « mesures raisonnables », afin de remplir l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions. Le recours à l'article 1134, al. 3 Civ a donc une incidence directe sur le seuil dont le juge devra tenir compte. Ceci peut s'expliquer par le même raisonnement qui sous-tendrait l'apparition initiale de l'obligation de limiter son préjudice dans la responsabilité extracontractuelle. En effet, en principe aucun rapport contractuel n'existe entre les parties, de telle sorte que pareille obligation ne nuit en rien à leurs relations. Au contraire, cette pratique ressort du bon comportement de chacun et ne peut qu'apaiser les tensions nées du litige. La loyauté dans le règlement d'un litige ne peut être que bénéfique pour les premiers concernés et favorise, par la même occasion, l'efficacité économique en évitant un dommage qui pouvait l'être. Tandis que dans le contentieux contractuel, on part du postulat que la relation pourrait se perpétuer au-delà du présent litige, expliquant par là-même la prudence vis-à-vis d'un trop grand interventionnisme du juge. Ce dernier ne pourrait effectuer qu'un contrôle marginal du respect d'une obligation fondée sur la bonne foi.

L'obligation de limiter son préjudice, fondée sur la bonne foi, a selon nous un effet pervers difficile à endiguer. Dans certaines situations, il sera plus avantageux pour le débiteur d'opter pour l'inexécution. N'est-ce pas une manière d'ouvrir la porte à l'inexécution habituelle du débiteur lorsque son intérêt personnel s'en conforte ? Prenons l'exemple classique de l'imprévision où les cocontractants n'auraient pas inséré de clause de *hardship*⁶⁰ à leur convention de vente de matière première. Dans ce cas d'espèce, il peut s'avérer du même coût voire moins onéreux pour le débiteur de l'obligation de livraison, de se mettre volontairement en défaut de livrer la chose. De la sorte, le créancier se retrouve en effet dans l'obligation de limiter son préjudice et pour se faire, recourir à un vendeur de substitution. Cette opération sera généralement neutre pour le débiteur initial. Lors d'un remplacement, la

⁶⁰ La clause de *hardship* oblige une renégociation des conditions du contrat lors d'un changement brutal et imprévisible de circonstances, postérieur à la conclusion du contrat et non-imputable à la partie qui l'invoque, amenant à une distorsion des prestations et rendant terriblement dommageable pour le débiteur la continuation du contrat.

réparation intégrale du préjudice équivaudra à la différence de prix entre le prix de la matière sur le marché au moment de la livraison et le prix fixé dans le contrat. Le débiteur en défaut encourt donc la même perte quoi qu'il fasse, mais il prend donc le pari de la négligence du créancier à poursuivre l'affaire en justice. Afin d'illustrer notre propos, prenons l'exemple d'un contrat de longue durée (50 ans) portant sur la fourniture d'acier entre A (débiteur) et B (créancier). Le prix de l'acier oscille actuellement autour des 371 euros/tonne. Si après 20 ans d'exécution du contrat sans encombre, le prix de l'acier se met à hausser subitement pour atteindre 732 euros/tonne, soit une augmentation de 100%. La situation devient intenable pour A car il subit trop de pertes, il arrête de livrer l'acier à B. Ce dernier doit chercher des biens de remplacement pour se conformer à l'obligation de minimiser son propre dommage. Il achète donc de l'acier disponible sur le marché au prix de 732 euros/tonne dont A devra assumer le paiement de la différence avec le prix contractuel prévu au titre de dommages et intérêts, à savoir 371 euros/tonne. De telle sorte que, peu importe le choix posé par le débiteur, il perd 371 euros/tonne. Puisqu'il encourt la même perte quoi qu'il arrive, il aura donc tendance à tabler sur la négligence du créancier en privilégiant l'inexécution. L'exemple précité nous introduit à la problématique des « fautes lucratives », fléau touchant tant le domaine contractuel que le domaine extracontractuel⁶¹. A l'heure actuelle, il n'existe pas de dommages et intérêts punitifs en droit belge, de telle sorte qu'il peut être tentant pour certains contractants de privilégier l'inexécution fautive. Le risque pris est sans commune mesure avec le gain potentiel puisque la responsabilité reste purement indemnitaire. Nous en voulons pour meilleure preuve l'article 1231, §1^{er}, al. 1^{er} Civ. donnant la faculté au juge de réduire le montant d'une clause pénale à hauteur du montant couvrant la réparation du dommage découlant de l'inexécution. Autrement dit, prévoir une clause pénale punitive est impossible.

De plus, dans la sphère du contrat, la recherche de l'efficacité économique soutenue outre-Manche ne convainc pas. Lancer un tel signal au débiteur ne saurait servir l'efficacité économique. Un cas doit particulièrement être mis en évidence, parce que se dissociant des autres de par sa gravité. La problématique de l'inexécution intentionnelle mérite une attention spéciale. Il est nécessaire d'effectuer dans un premier temps une distinction du dol entre la

⁶¹ A. COURT DE FONTMICHEL, « La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français », *Rev. dr. unif.*, 2005, p. 739.

responsabilité contractuelle et la responsabilité aquilienne. Les critères retenus varient en effet dans ces deux situations. Lorsque l'on se trouve sur le terrain extracontractuel, il est admis que le dol s'identifie par l'intention de nuire à la victime⁶². Alors que sur le terrain contractuel, il suffit du refus délibéré d'exécuter ses obligations contractuelles sans qu'une intention particulière soit requise⁶³. Ces situations où le dol est présent devraient être abordées avec davantage de sévérité vis-à-vis du fautif.

Le dol dont nous faisons mention ici ne doit évidemment pas être confondu avec le dol provoquant un vice de consentement. Le mot est utilisé à plusieurs reprises dans le Code civil, mais son sens varie incontestablement selon les situations. Lors de la survenance d'un dol à l'origine de la conclusion d'un contrat, la victime pourra faire annuler le contrat et éventuellement réclamer des dommages et intérêts, même si elle s'était rendue coupable d'une erreur inexcusable⁶⁴, mais ce n'est pas le sujet de nos propos.

N'y aurait-il, dès lors, pas un moyen d'atténuer ou d'annuler l'obligation de limitation du dommage en cas de dol ? Cela semble possible. Nous nous baserons sur le principe général du droit *fraus omnia corrumpit* pour étayer notre proposition. Pour appliquer ce principe, la jurisprudence requiert deux conditions simultanées : « d'une part, il faut que celui à qui ce principe est opposé ait, par un comportement fautif, porté atteinte aux droits d'autrui, et, d'autre part, que ce comportement soit frauduleux »⁶⁵. Les deux situations de dol décrites dans le paragraphe précédent répondent à ces critères. Or, la Cour de cassation considère qu'en cas de dol de l'auteur du dommage, « le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit*, qui prohibe toute tromperie ou déloyauté dans le but de nuire ou de réaliser un gain, exclut que l'auteur d'une infraction intentionnelle engageant sa responsabilité civile

⁶² Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, p. 267, note F. GLANSDORFF, « Encore à propos de la causalité : Le concours entre la faute intentionnelle de l'auteur du dommage et la faute involontaire de la victime » ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous C. ass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 313.

⁶³ A. BÉNABENT, « Rapport français », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, p. 296 ; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 313.

⁶⁴ Cass., 18 mars 2010, C.08.0502.N, www.cass.be; J. KIRKPATRICK, « La maxime *fraus omnia corrumpit* et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002 », *J.T.*, 2003, p. 576.

⁶⁵ E. DIRIX, M. DE SWAEF, S. LIERMAN et D. PATART, *Cour de cassation de Belgique. Rapport annuel 2011*, http://justice.belgium.be/fr/binaries/cass2011fr_tcm421-210526.pdf, p. 19.

puisse prétendre à une réduction des réparations dues à la victime de cette infraction en raison des imprudences ou des négligences qu'elle aurait commises »⁶⁶. Comme l'exprime parfaitement P. Graulus, « que la victime ait commis une faute légère ou une faute lourde est sans importance. C'est l'intention du tiers qui est déterminante : *Fraus OMNIA corrumpit* »⁶⁷. Ce principe est également transposable en matière contractuelle⁶⁸. Il s'agit d'une dérogation à la théorie de l'équivalence des conditions, justifiée par un principe général de droit. Par conséquent, le débiteur en violant de façon intentionnelle une disposition contractuelle, ou le tiers responsable en causant volontairement un dommage à autrui, impliquant du même coup sa responsabilité pénale, créent délibérément le dommage et devraient en assumer la réparation intégrale. Il apparaît difficilement concevable que l'on demande au créancier lésé ou à la victime de remplir ses obligations de loyauté et de collaboration. La tromperie ou la déloyauté devrait faire perdre au débiteur de l'obligation de réparation le bénéfice de l'exception du manquement à l'obligation de restreindre son préjudice, normalement à charge de la partie lésée. Cette dernière obligation, si elle était exécutée, bénéficierait incontestablement à l'auteur du dommage. La question est donc de savoir si l'auteur du dommage (qu'il soit tiers responsable ou débiteur défaillant) peut soulever comme moyen de défense la violation de la victime ou du créancier de son obligation de limiter son préjudice pour ne pas réparer l'intégralité du dommage, alors qu'il a agi frauduleusement ? La question ne porte pas sur la charge de la preuve de la méconnaissance de pareille obligation qui reste de toute façon sur les épaules du responsable qui l'invoque, mais sur la prise en compte ou non de cette méconnaissance lorsqu'elle est avérée.

Cependant, nous avons exposé précédemment que la violation de l'obligation de bonne foi constituait forcément un dol (voy. *supra* Chap. II, Section 1, §2, d). Cette constatation impliquait un examen plus souple, par le juge, du respect de l'obligation étudiée, par comparaison avec son équivalent en matière quasi-délictuelle. Il ne s'agit pas de la seule incidence. En effet, retenir le dol du créancier lésé signifierait parfois retenir l'enchaînement

⁶⁶ Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *Bull. ass.*, 2003, p. 815, obs. P. GRAULUS, « *Fraus omnia corrumpit* et responsabilité extracontractuelle ».

⁶⁷ P. GRAULUS, « *Fraus omnia corrumpit* et responsabilité extracontractuelle », obs. sous Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *Bull. ass.*, 2003, p. 817.

⁶⁸ Cass. (1^e ch.), 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 962.

de plusieurs fautes dolosives, comme dans les cas que nous analysons actuellement. Face à de telles situations, nous proposerions d'appliquer un partage de responsabilité par parts viriles puisque la gravité des fautes respectives est équivalente. Il est néanmoins une situation qui devrait entraîner une inopposabilité systématique de sa propre faute au créancier, c'est le cas de l'infraction intentionnelle du débiteur. Le dol est un terme polysémique. Ainsi, le problème est qu'il est utilisé pour qualifier trop de comportements fautifs qui doivent pourtant être distingués sous peine d'amener la confusion. Si l'on prend le dol dans l'acception qu'en fait la Cour de cassation dans l'arrêt du 6 novembre 2002, à savoir l'infraction pénale intentionnelle⁶⁹, ou plus généralement la fraude à la loi comme dans l'arrêt de la Cour suprême du 3 octobre 1997, alors il ne peut être assimilé au dol pris comme le manquement à la bonne foi. Par exemple, le créancier victime d'une escroquerie ou d'un faux en écriture doit pouvoir écarter le moyen de défense pris de la violation de l'obligation de limiter son propre dommage pour réduire l'indemnisation. Le raisonnement est le même que celui qui sous-tend la décision du 6 novembre 2002, retenir une solution contraire serait profondément injuste⁷⁰. Les fautes sont sans commune mesure.

En responsabilité extracontractuelle, la situation est différente. On le sait, lors d'un partage de responsabilité pour faute concurrente de l'auteur du dommage et de la victime, le juge retient l'importance du lien causal entre chacune des fautes et le dommage. De la sorte, la faute ultérieure de la victime qui aggrave considérablement son dommage ne devrait laisser qu'un part infime de responsabilité sur l'auteur initial quant à la part du dommage causée par celle-ci⁷¹. Toutefois, puisque la négligence la plus involontaire mais que n'aurait pas commise un bon père de famille suffit à violer l'obligation de ne pas aggraver son dommage, la victime de bonne foi se verra parfois confrontée à des individus ayant intentionnellement attenté à sa personne ou à ses biens. Pareille circonstance, impliquant une infraction pénale intentionnelle,

⁶⁹ Voy. les conclusions de Monsieur l'avocat général J. SPREUTELS : « Cette solution [...] permet d'accorder une meilleure protection aux victimes d'infractions pénales intentionnelles » ; Av. gén. J. SPEUTELS, concl. précéd. Cass., 6 novembre 2002, P.01.1108.F, www.cass.be.

⁷⁰ F. Glansdorff, « Encore à propos de la causalité : Le concours entre la faute intentionnelle de l'auteur du dommage et la faute involontaire de la victime », note sous Cass. (2e ch.), 6 novembre 2002, R.C.J.B., 2004, p. 279 ; J. Kirkpatrick, « La maxime fraus omnia corrumpit et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002 », J.T., 2003, p. 574.

⁷¹ Propos recueillis auprès du Professeur DE CALLATAÏ ; voy. Annexe 1.

doit permettre l'application du principe général de droit *fraus omnia corrumpit*, conformément à la jurisprudence analysée précédemment.

Précisons encore que la solution eut été nettement plus simple si la jurisprudence et la doctrine majoritaire avaient choisi l'article 1150 Civ. comme fondement de l'obligation étudiée. Conformément à cet article, le débiteur n'aurait pas été tenu à l'indemnisation de la part du dommage résultant du manquement par le créancier à son obligation de limiter son préjudice. En effet, ce dommage excédentaire aurait été considéré comme imprévisible dans le chef du débiteur. Mais le dommage imprévisible n'est exclu que « lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée »⁷². Dès lors, suivant ce raisonnement, le comportement dolosif du débiteur aurait mis intégralement à sa charge la réparation du dommage, y compris le dommage aggravé⁷³.

Une évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation vers une définition similaire du dol en matière contractuelle et extracontractuelle permettrait en tout cas une unification du régime de l'obligation étudiée face à une faute intentionnelle. Or, « la tendance au rapprochement entre les deux ordres de la responsabilité civile »⁷⁴ laisse présager une possible évolution en ce sens.

f) Consécration dans des lois particulières

Si en matière contractuelle, nous l'avons vu, il n'y a pas d'obligation générale pour le créancier de limiter son préjudice dans toute la mesure du possible, il existe un contrat qui fait exception à la règle. Le contrat d'assurance, s'il ne peut évidemment pas être assimilé aux autres contrats de par son particularisme singulier, contient une obligation légale à charge de l'assuré d'atténuer son dommage. En effet, la particularité réside dans le fait que l'assureur est le débiteur de l'obligation d'indemnisation mais il n'est pas le responsable du dommage. Ainsi, le législateur a sans doute voulu privilégier l'efficacité économique et éviter la perte de ressources, en instaurant une obligation de prévention et d'atténuation du dommage.

⁷² C. civ., art. 1150.

⁷³ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 442.

⁷⁴ P. WÉRY, *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 477.

L'article 17 de la Loi du 11 juin 1874 sur les assurances, applicable aux assurances maritimes et aux assurances sur le transport par terre, rivières et canaux, exposait que « dans toute assurance, l'assuré doit faire toute diligence pour prévenir ou atténuer le dommage; il doit, aussitôt que le dommage est arrivé, en donner connaissance à l'assureur, le tout à peine de dommages-intérêts, s'il y a lieu. Les frais faits par l'assuré, aux fins d'atténuer le dommage, sont à charge de l'assureur, lors même que le montant de ces frais, joint au montant du dommage, excéderait la somme assurée et que les diligences faites auraient été sans résultat. Néanmoins, les tribunaux et les arbitres, lorsque les parties s'y seront référées, pourront les réduire ou même refuser de les allouer, s'ils jugent qu'ils ont été faits inconsidérément, soit en tout, soit en partie ».

L'obligation sur les épaules de l'assuré est donc bien plus large que l'obligation telle qu'elle est définie en droit commun. L'assuré doit non seulement limiter dans toute la mesure du possible le dommage qu'il a subi, mais il doit également le prévenir par un comportement diligent. En contrepartie, l'assureur supporte tous les frais engagés par l'assuré dans la poursuite de cette finalité⁷⁵.

Pour un exemple concret de violation de ladite obligation, nous présentons les faits d'un arrêt de la Cour d'appel d'Anvers. En l'espèce, le juge d'appel avait entériné la décision rendue en première instance selon laquelle le conducteur même profane en mécanique aurait dû savoir qu'il ne pouvait pas poursuivre sa route alors que le voyant d'alerte du niveau d'huile s'était enclenché. La signification de ce signal lumineux est en effet clairement exposée dans le carnet du véhicule et précise qu'il faut couper directement le moteur dans pareille situation. Malgré d'autres indices permettant de comprendre ce qu'il se passait, comme le thermomètre du tableau de bord, et qui ne pouvaient pas échapper à un conducteur normalement attentif, ce dernier avait poursuivi sa route, causant un dommage conséquent à son véhicule. La Cour avait conclu : « overwegende dat nu appellant aan zijn schadebeperkingsplicht ernstig is tekort geschoten en de schade aanzienlijk verzwaaard heeft,

⁷⁵ Cass., 22 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 583.

geïntimeerde terecht haar dekking weigert voor deze motorschade »⁷⁶. Dans ce cas, la violation de l'obligation de limiter son dommage était à ce point grave qu'elle a entraîné une exclusion complète de l'indemnisation conformément à l'article 16 de la Loi de 1874.

En matière de contrat d'assurance terrestre, l'assuré est également soumis à une obligation de ce type. Mais à la lecture des articles pertinents, il apparaît que le régime prévu par le législateur se rapproche fortement de l'obligation de limiter son préjudice en droit commun des contrats. La loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre utilise l'expression de « toutes mesures raisonnables pour prévenir et atténuer les conséquences du sinistre »⁷⁷. Or, le terme de « mesures raisonnables » sert de référence lors de l'examen par le juge du respect par le créancier de l'obligation contractuelle, tirée de la bonne foi, de limiter son propre dommage⁷⁸. La sanction prévue à l'article 21, § 1^{er} de la Loi de 1992 est également similaire au régime classique, c'est-à-dire l'absence d'indemnisation du dommage qui aurait pu être évité. Dans le cas d'un contrat d'assurance, cela signifie que l'assureur peut déduire de sa prestation le montant du dommage qu'il a subi par la faute de l'assuré. Autre spécificité par rapport à l'article 17 de la Loi de 1874, le traitement des frais exposés, dénommés « frais de sauvetage », bénéficie d'un article particulier dans le cadre de l'assurance de dommage. Ainsi l'article 52 dispose que « les frais découlant aussi bien des mesures demandées par l'assureur aux fins de prévenir ou d'atténuer les conséquences du sinistre que des mesures urgentes et raisonnables prises d'initiative par l'assuré pour prévenir le sinistre en cas de danger imminent ou, si le sinistre a commencé, pour en prévenir ou en atténuer les conséquences, sont supportés par l'assureur lorsqu'ils ont été exposés en bon père de famille, alors même que les diligences faites l'auraient été sans résultat. Ils sont à sa charge même au-delà du montant assuré ». Le législateur consacre en fait à l'article 52 une pratique déjà actée depuis 1976 par la Cour de cassation⁷⁹, à savoir le remboursement des frais exposés pour prévenir le dommage.

⁷⁶ Traduction proposée : « attendu que l'appelant a violé gravement son obligation de limiter son dommage et aggravé significativement le dommage, l'intimé a refusé à juste titre sa couverture pour ce dommage au moteur » ; Anvers, 22 février 1989, *Bull. ass.*, 1989, p. 689.

⁷⁷ Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, art. 20, *M.B.*, 20 août 1992, p. 18283.

⁷⁸ Liège, 25 mai 1990, *Rev. rég. dr.*, 1990, p. 507.

⁷⁹ Cass., 22 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 583.

Précisons encore que depuis le 1^{er} novembre 2014, la Loi du 11 juin 1874 a été remplacée par la Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances⁸⁰. Les articles de la Loi du 25 juin 1992 mentionnés ci-dessus ont également été incorporés dans cette nouvelle loi. L'obligation de prévenir et limiter son préjudice est désormais contenue à l'article 75 de la nouvelle loi pour les contrats d'assurances terrestres et à l'article 241 en ce qui concerne les autres contrats d'assurance. Le traitement des frais de sauvetage se retrouve à l'article 106. Cette modification n'entraîne cependant pas de changement quant à l'obligation étudiée. L'application de ces nouveaux articles ne devrait, par conséquent, pas créer de remous particulier et se placer dans la continuité de la jurisprudence antérieure.

§ 3. Droit français

a) Fondements plausibles

Les articles 1150 et 1151 de Code civil déterminent le dommage réparable. Pour cette raison, il est fréquent (il l'était pour le droit belge) de voir citées les théories de la causalité ou de la prévisibilité comme fondements pertinents de l'obligation étudiée. Nous allons démontrer ci-dessous qu'ils ne sont pas satisfaisants à fonder l'obligation de limiter son préjudice à eux seuls.

1. Article 1150 Civ. (prévisibilité)

L'article 1150 est au droit civil ce que le principe de *remoteness* est à la *Common law*, c'est-à-dire un outil juridique permettant de répartir le risque entre le débiteur et son créancier en faisant supporter le dommage imprévisible sur les épaules du second⁸¹. La prévisibilité du dommage doit être évaluée au moment de la conclusion du contrat au regard d'un débiteur standard. En effet, l'article 1150 parle « des dommages et intérêts [...] qu'on a pu prévoir »⁸². Au vu de cette disposition, il est donc envisageable de postuler que le dommage qui pouvait être minimisé, mais ne l'a pas été en raison de la passivité du créancier, constituait un

⁸⁰ Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, *M.B.*, 30 avril 2014, p. 35487.

⁸¹ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 441.

⁸² C. civ., art. 1150.

dommage imprévisible pour le défendeur et ne doit par conséquent pas être indemnisé. Ce serait *in fine* considérer la limitation du préjudice comme étant prévisible⁸³.

Or, ce qui est imprévisible, précisément, c'est la faute du créancier dont le dommage excédentaire n'est que la résultante. Il est donc toujours nécessaire que le créancier ait fauté en ne prenant pas les mesures raisonnables pour réduire les pertes liées à l'inexécution du débiteur. Par conséquent, l'article 1150 Civ. n'est pas suffisant à expliquer l'existence d'une obligation de limiter son préjudice. Il ne peut expliquer que l'exclusion de la réparation du dommage qui était évitable sous-entendant forcément la violation d'une norme. De plus, le champ d'application de l'article est limité au domaine contractuel.

En Belgique, de nombreuses décisions de justice écartent également cette thèse puisqu'elles retiennent une part de responsabilité du débiteur dans le dommage aggravé⁸⁴, solution impossible sur base de l'article 1150 Civ.

2. Article 1151 Civ. (causalité)

Commençons par préciser que la Cour de cassation ne consacre pas la même théorie de la causalité en France et en Belgique, bien que l'application de ces théories conduise parfois au même résultat dans les deux droits concernés, nous l'avons déjà signalé (voy. *supra* Chap. II, Section 1, §2, b, p. 11). Respectivement, la Cour de cassation française utilise de préférence la théorie de la causalité adéquate alors que son homologue belge reconnaît la théorie de l'équivalence des conditions. Pour l'anecdote, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation française est réputée pour appliquer la seconde théorie⁸⁵.

Afin de montrer la similarité des résultats auxquels peuvent aboutir les deux théories, penchons-nous quelques instants sur un arrêt de la Cour d'appel de Liège⁸⁶, déjà abordé précédemment. La Cour avait insisté sur le fait que « le lien qui unit la faute au dommage doit

⁸³ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 440-441 ; S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, p. 167.

⁸⁴ Liège, 25 mai 1990, *Rev. rég. dr.*, 1990, p. 507.

⁸⁵ P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », obs. sous Cass. fr., 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, p. 718.

⁸⁶ Liège, 24 juin 1986, inédit, cité par R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271, point 22.

revêtir un caractère de nécessité en ce qu'il faut que le fait fautif ait nécessairement créé le dommage tel qu'il se présente in concreto ». Ce critère de nécessité permet de rompre le lien causal dans des circonstances où une application rigoureuse de l'équivalence des conditions conduirait à des décisions d'une sévérité insensée, presque absurde. Et la Cour de continuer : « les difficultés à faire reconnaître son droit et le retard qui en résulte ne doivent pas empêcher la victime de faire exécuter à temps les réparations nécessaires pour limiter les frais ; [...] il lui incombe, en effet, d'agir en bon père de famille et de faire exécuter les réparations ». Signalons que le juge du fond dégage une faute de la victime au visa de l'article 1382 Civ., c'est important pour la suite.

Le recours à l'article 1151 Civ. permet d'exclure du dommage réparable tout ce qui n'est pas « une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention »⁸⁷. Partant, il peut être tentant de voir dans la faute du demandeur à minimiser son préjudice, la seule cause nécessaire du dommage non évité. A Michaud résume en ces mots : « by his fault, his failure to mitigate his loss, the plaintiff had broken the chain of causation originating from defendant's fault »⁸⁸.

Certains auteurs comme S. Tisseyre⁸⁹ ou A. Michaud⁹⁰, privilégient la théorie de la causalité pour expliquer la mise à charge du créancier d'une obligation de limiter son préjudice. Cette proposition présente le mérite de mettre en place un régime unifié de l'obligation étudiée puisque les deux pans du droit des obligations disposent d'une disposition pertinente, à savoir l'article 1382 et 1383 Civ. *in fine*⁹¹ pour la matière extracontractuelle et l'article 1151 Civ. concernant le domaine contractuel. Selon nous, c'est omettre une partie du problème. Pour considérer une rupture du lien causal et ainsi faire supporter au demandeur la partie du dommage auquel il a contribué par son comportement, il faut nécessairement que le

⁸⁷ C. civ., art. 1151.

⁸⁸ Traduction proposée : « par sa faute, son échec à limiter son dommage, le demandeur avait rompu la chaîne de causalité originaire de la faute du défendeur » ; A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 315.

⁸⁹ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2012, p. 124.

⁹⁰ A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, pp. 311-316.

⁹¹ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2002, p. 172.

créancier ait manqué à une obligation, qu'elle soit positive ou négative. Ni en Belgique, ni en France, il n'est possible d'opposer à la victime son fait non fautif pour réduire le montant des dommages et intérêts octroyés⁹². Retenir la seule causalité, c'est retenir le moyen d'atteindre cet objectif sans en donner le fondement ; c'est priver l'enfant de dessert sans lui donner la raison d'une telle punition. Or la raison d'une telle sanction, en l'occurrence la perte du droit à une partie de l'indemnisation, ne peut se fonder que dans une obligation, qui si elle n'est pas exprimée explicitement par une disposition légale, doit alors trouver sa source dans l'obligation d'exécution de bonne foi des conventions. Postuler cela n'équivaut absolument pas à rejeter la théorie de la causalité adéquate. Au contraire, c'est admettre que certains événements comme une cause étrangère ou le comportement fautif du créancier peuvent rompre le lien entre la faute initiale du débiteur et le dommage final. L'aggravation du dommage ne peut dès lors plus être qualifiée de suite directe de l'inexécution de la convention.

b) Fondement retenu

« En l'absence d'une consécration expresse et générale de l'obligation de minimiser le dommage, c'est, pour l'heure, sur les fondements les plus divers que [la jurisprudence] parvient à cette fin »⁹³. Toutefois, si l'on devait rattacher à un fondement juridique l'obligation de limiter son préjudice en droit français des contrats, les auteurs se prononcent majoritairement en faveur de l'article 1134, al. 3 Civ⁹⁴. Malgré des interprétations souvent différentes de mêmes articles, et en l'occurrence de l'article 1134, al. 3 Civ.⁹⁵, les deux droits semblent se rejoindre lorsqu'il s'agit de fixer le fondement de l'obligation étudiée. Nous connaissons en effet un article susceptible d'imposer des obligations aux cocontractants, un article créateur d'obligation⁹⁶. Ce n'est autre que la bonne foi dans sa fonction complétive. Ainsi, Y.-M. Laithier considère que « le devoir de restreindre le dommage peut être fondé sur

⁹² R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 33.

⁹³ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2002, p. 105.

⁹⁴ Pour un avis contraire voy. S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2012, pp. 125-126.

⁹⁵ Pour une étude sur l'interprétation de la bonne foi en droit français voy. Y. PICOD, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989.

⁹⁶ S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, p. 35.

celui qu'ont les parties d'exécuter les conventions de bonne foi »⁹⁷. En ce sens également, S. Reifegerste estime que le devoir de bonne foi peut imposer au créancier l'obligation de limiter son dommage⁹⁸. L'auteur partage néanmoins une certaine réserve à faire porter le poids de cette obligation sur le dos déjà surchargé de la bonne foi⁹⁹. Ces deux prises de position doctrinale restent au rang de propositions que les juridictions ne se sont guère appropriées jusqu'à présent. La doctrine se montre globalement favorable à une évolution du droit de la responsabilité et considère la position actuelle de la Cour de cassation française comme excessive, trop catégorique¹⁰⁰. C'est pourquoi, S. Reifegerste, dans une volonté de moderniser le droit de la responsabilité civile, signe une thèse remarquable « pour une obligation de minimiser le dommage »¹⁰¹ en droit français.

Cependant, à l'heure où nous posons ces lignes, la jurisprudence reste incontestablement opposée à l'apparition d'un tel principe en droit français, tant en matière extracontractuelle¹⁰² qu'en matière contractuelle¹⁰³. Le meilleur moyen de s'en apercevoir est d'effectuer un tour d'horizon des décisions en la matière.

Dans une affaire¹⁰⁴ portant sur un contrat d'entreprise relatif à la mise en place d'un raccordement d'égouttage entre une maison privée et la voirie, le défendeur, maçon de profession, avait commis une faute avérée lors des travaux, ce qui avait entraîné « des fissurations et la désolidarisation d'un pan de mur du rez-de-chaussée et du premier étage ». La responsabilité du débiteur n'était pas contestée quant à ce dommage. La contestation portait sur l'aggravation du dommage dû à la négligence postérieure de la victime. La Cour d'appel avait considéré, dans une réflexion similaire à ce que nous connaissons en Belgique,

⁹⁷ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 445.

⁹⁸ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, pp. 137-138.

⁹⁹ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, p. 140.

¹⁰⁰ P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », obs. sous Cass. fr., 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, p. 719 ; D. MAZEAUD, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », *D.*, 2004, p. 1347.

¹⁰¹ Titre de l'ouvrage : S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002.

¹⁰² Cass. fr. (2^e ch.), 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; Cass. fr. (2^e ch.), 12 mai 2005, inédit, n°01-16.963, www.legifrance.gouv.fr ; Cass. fr. (2^e ch.), 22 janvier 2009, *Bull. civ.*, 2009, p. 22 ; Cass. fr. (1^e ch.), 2 juillet 2014, n°13-17.599, *Bull. civ.*, 2014, p. 135.

¹⁰³ Cass. fr. (3^e ch.), 10 juillet 2013, inédit, n°12-13.851, www.legifrance.gouv.fr.

¹⁰⁴ Cass. fr. (3^e ch.), 10 juillet 2013, inédit, n°12-13.851, www.legifrance.gouv.fr.

que le dommage survenu par le vol des étais servant à soutenir la façade et leur non remplacement ultérieur avaient été causé par la faute de la demanderesse qui avait la possibilité « de décider de toute mesure conservatoire utile de nature à éviter l'aggravation du dommage provoqué par la disparition des étais et l'abandon de l'immeuble pendant plusieurs mois », mais s'était abstenue de le faire. Cet arrêt fut cassé par la Cour de cassation française aux motifs « que l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».

Plus récemment, en matière extracontractuelle cette fois, la Cour suprême¹⁰⁵ a réaffirmé sa position par la confirmation d'un arrêt de la Cour d'appel de Pau se justifiant « qu'en vertu de l'article 1382 du code civil, l'auteur d'un dommage doit en réparer toutes les conséquences et que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». En l'occurrence, les associés d'une Société Civile Immobilière n'était pas tenu d'accepter un autre dispositif de défiscalisation après s'être vu notifier une rectification fiscale pour le régime qui leur avait été conseillé par deux sociétés notariales, même si ce dispositif alternatif aurait permis aux associés de réduire leur préjudice financier. Ces deux sociétés avaient manqué à leur devoir de conseil et avaient été condamnées à réparer l'intégralité du dommage sur base de l'article 1382 Civ. Si la jurisprudence ne va certainement pas vers une acceptation de l'obligation de limiter son propre dommage, certains auteurs considèrent même que la position de la Cour s'est radicalisée au fil des ans¹⁰⁶. En matière de dommage corporel par exemple, dans une époque pas si lointaine, il avait été jugé fautif pour une victime de refuser des soins dits bénins, ce qui avait entraîné une diminution de l'indemnisation¹⁰⁷. Un tel dénouement ne semble plus possible aujourd'hui. Comme le signale P. Jourdain, s'exprimant à propos d'un arrêt du 19 juin 2003, la Cour de cassation ne condamne plus le refus de soins, soient-ils bénins, sur base d'« un motif d'ordre général niant toute obligation de la victime de limiter son dommage »¹⁰⁸. Dans cette affaire, la victime d'un accident ayant gardé des répercussions psychiques significatives refusait toute rééducation en dépit des

¹⁰⁵ Cass. fr. (1^{er} ch.), 2 juillet 2014, n°13-17.599, *Bull. civ.*, 2014, p. 135.

¹⁰⁶ P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », obs. sous Cass. fr., 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, p. 716.

¹⁰⁷ Cass. fr., 30 octobre 1974, n°73-93.381, *D.*, 1975, p. 178, note R. SAVATIER.

¹⁰⁸ P. JOURDAIN, « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », obs. sous Cass. fr., 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, p. 717.

conseils avisés de son neurologue et de son neuropsychologue, alors que la rééducation ne comportait aucun risque et n'aurait entraîné aucune douleur¹⁰⁹.

Mentionnons encore la possible évolution du droit français liée à l'aboutissement du projet Catala¹¹⁰ visant à réformer le Code civil. Si ce projet venait à être finalisé, il marquerait un revirement fondamental pour l'obligation de limiter son propre dommage. En effet, l'article 1373 de la présente proposition dispose que « lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ». Il se situerait dans un chapitre englobant les deux types de responsabilités. Comme exposé dans le rapport, la nouveauté ne serait qu'« une possibilité laissée à l'appréciation du juge » et serait « subordonnée à la constatation que la réduction du dommage pouvait être obtenue par des "mesures raisonnables et proportionnées" »¹¹¹. L'exception prévue à la fin de cet article se veut fidèle au discours constant de la Cour de cassation concernant le refus de soins. Il est du respect du principe d'inviolabilité du corps humain que de stipuler que le refus de soin ne sera jamais considéré comme fautif. La Cour suprême française se montre inflexible sur la question depuis un arrêt rendu en 1997¹¹². L'autonomie de la volonté et l'inviolabilité du corps humain sont également des principes sacrés du droit belge. Toutefois, afin de contrer tout comportement spéculatif de la victime, le juge belge va évaluer le dommage en considération du comportement qu'aurait adopté une victime normalement prudente et diligente. Ce faisant, il ne sanctionne *de facto* que le refus de soin fautif. De façon alternative, et tout aussi efficace pour lutter contre ce genre de pratique, l'octroi d'une rente provisionnelle doit également être envisagé¹¹³. Toujours dans le courant de cette évolution, le projet Catala dispose logiquement d'un article mettant à charge du débiteur ou du tiers responsable « les dépenses exposées pour prévenir la réalisation

¹⁰⁹ D. MAZEAUD, « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », *D.*, 2004, p. 1347.

¹¹⁰ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22 septembre 2005, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

¹¹¹ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22 septembre 2005, p. 149, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

¹¹² Cass. fr. (2^e ch.), 19 mars 1997, *RTD civ.*, 1997, p. 675.

¹¹³ Solution prônée par le Professeur DE CALLATAÿ ; voy. Annexe 1.

imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences »¹¹⁴ dans le respect d'un garde-fou occupé par le « critère du raisonnable ». Cependant, aujourd'hui, la réforme du Code civil français est toujours à l'état de projet. Seul l'avenir nous dira si le droit français a franchi le pas de la reconnaissance de l'obligation de limiter son préjudice.

Section 2. Common law

La théorie proposée en France semble fort tendre par rapport à la pratique bien rodée que nous proposent les juges anglo-saxons. C'est pourquoi il est extrêmement instructif d'étudier de plus près ce modèle. Bien que nous connaissions les différences innombrables qui existent entre la *common law* et le droit civil, de par les fondements historiques dans lesquels s'enracinent ces deux droits, une comparaison est généralement bénéfique à l'évolution du droit, surtout lorsque le sujet produit de vifs débats que les cours et tribunaux peinent à clarifier. Avant d'aborder le vif du sujet, nous effectuerons deux remarques introductives qui permettront une meilleure appréhension de l'obligation connue sous le nom de *duty to mitigate* (§ 1). Nous parcourrons ensuite les fondements et le régime de ce devoir à l'aide de décisions jurisprudentielles (§ 2), avant de nous pencher plus particulièrement sur les contrats de vente de marchandises faisant l'objet d'une législation ayant expressément consacré ce principe (§ 3).

§ 1. Remarques préliminaires

a) Good faith

Il est essentiel d'effectuer une première constatation avant d'entrer plus à propos dans l'examen de l'obligation de limiter son préjudice, développée outre-Manche. Tout d'abord, de par ses racines historiques et la manière dont le droit est créé et évolue, le système de la *common law* n'offre que très peu de repères aux juristes français et belges habitués à se référer à des textes de loi. La méthode est ici différente, les principes en découlant également. Le *common law* se caractérise par sa continuité historique et sa totale indépendance par

¹¹⁴ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, art. 1344.

rapport au droit romain. Il reste encore à l'heure actuelle, un droit majoritairement coutumier et non-écrit¹¹⁵. C'est donc dans l'optique d'écarter toute ambiguïté qu'il est utile d'opérer une clarification élémentaire. Il est impossible que l'obligation équivalente en droit anglais possède le même fondement, pour la simple et bonne raison, qu'à l'inverse de notre droit, le droit anglais des contrats ne connaît de principe général de bonne foi ni durant la négociation, ni durant l'exécution¹¹⁶, et ce malgré certaines tentatives toutes infructueuses jusqu'à présent¹¹⁷. Ce fondement hypothétique doit donc d'ores et déjà être écarté. Selon J. Cartwright, cela peut s'expliquer par la réticence des juridictions anglaises à appliquer des principes généraux abstraits et par le sacro-saint principe de la convention-loi auquel les tribunaux anglais restent très attachés au nom de la sécurité juridique¹¹⁸. Dans un plaidoyer en faveur de la bonne foi, J. Wightman précise que son rôle est endossé par la théorie des *implied terms*¹¹⁹, beaucoup plus aboutie que la première en *common law*. Ensuite, l'on observe généralement la doctrine se livrer à un affrontement entre le droit anglais et le droit européen. Cette démarche est erronée à plus d'un titre. D'une part, la *common law*, bien que disposant d'un particularisme indéniable, constitue bel et bien un droit européen, nul besoin d'une leçon de géographie pour le démontrer. Opposer frontalement les deux systèmes serait omettre que de nombreux droits continentaux sont influencés par la culture germanique¹²⁰. D'autre part, parler à ce niveau de « droit européen » en matière contractuelle est une ineptie, puisqu'il n'y a aucune harmonisation en ce domaine, si ce n'est des réglementations ponctuelles anecdotiques. Nous verrons dans le dernier chapitre qu'il existe bien des Principes européens des contrats ou un Projet de cadre commun de référence élaboré sous la houlette de C. von Bar, mais ils ne possèdent toutefois aucun caractère obligatoire.

¹¹⁵ R.C. VAN CAENEGEM, *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988, p. 5.

¹¹⁶ J. CARTWRIGHT, *Contract law : An introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart, 2007, p. 58.

¹¹⁷ Voy. not. : J. WIGHTMAN, « Good faith and pluralism in the law of contract », in *Good faith in contract. Concept and context*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co, 1999, pp. 41-66.

¹¹⁸ J. CARTWRIGHT, *Contract law : An introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart, 2007, pp. 59-60.

¹¹⁹ J. WIGHTMAN, « Good faith and pluralism in the law of contract », in *Good faith in contract. Concept and context*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co, 1999, p. 62.

¹²⁰ Voy. pour un ouvrage très complet sur le sujet R.C. VAN CAENEGEM, *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988.

b) Lien avec d'autres principes du droit des contrats

Le *duty to mitigate* présente de nombreux liens avec d'autres principes incontournables du droit anglais, auxquels il faudra introduire le lecteur. A l'instar de l'obligation développée dans les pays disposant du Code civil Napoléon, le principe de la *mitigation of the loss* est incontesté, mais son fondement exact est toujours discuté par la doctrine anglo-saxonne, une des interrogations centrales étant l'autonomie du principe par rapport aux différents concepts préexistants jouant un rôle dans l'évaluation de l'étendue du dommage tels les *contributory negligence, causation et remoteness*¹²¹.

§ 2. Initiative jurisprudentielle

a) Origine

La doctrine s'accorde pour dire que la théorie est apparue, déjà, dans la décision de la *House of Lords* de 1912, *British Westinghouse Electric and manufacturing Company, Ltd. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd*¹²² le juge s'exprimant en ces termes : « The fundamental basis is thus compensation for pecuniary loss naturally flowing from the breach ; but this first principle is qualified by a second, which imposes on a plaintiff the duty of taking all reasonable steps to mitigate the loss consequent on the breach, and debars him from claiming in respect of any part of the damage which is due to his neglect to take such steps »¹²³. Cet arrêt consacre une sanction attachée à la passivité du créancier. De ce fait, le juge reconnaît une obligation de prendre les mesures nécessaires afin de restreindre son préjudice, ce sans quoi la réparation octroyée ne serait pas intégrale. Il s'agit donc d'une importante restriction, consacrée par la jurisprudence anglaise dès 1912¹²⁴, au devoir de

¹²¹ A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 296.

¹²² *British Westinghouse Electric and manufacturing Company, Ltd. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, (1912) AC 673, p. 689.

¹²³ Traduction proposée : « La fondement est donc l'indemnisation du dommage économique découlant naturellement de l'inexécution ; mais ce premier principe est tempéré par un second qui impose au demandeur le devoir de prendre toutes les mesures raisonnables pour limiter le dommage résultant de l'inexécution, et interdit celui-ci de réclamer la part du dommage qui serait due à sa négligence à prendre de telles mesures ».

¹²⁴ S. TISSEYRE, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2012, p. 120 ; voy. *British Westinghouse Electric and*

réparation intégrale du dommage. Cependant, il s'avère que le nouveau devoir exprimé n'était pas pertinent dans cette affaire, puisque le litige ne portait pas sur la limitation du dommage¹²⁵. Certains auteurs retrouvent même les prémices de cette théorie en 1830 dans l'affaire *Staniford v. Lyall*¹²⁶. Cette affaire porte en effet sur la *mitigation*, mais comme le souligne à juste titre A. Michaud, il existe deux aspects de la limitation du dommage qui doivent être distingués : l'on connaît un aspect positif et un aspect négatif¹²⁷, et dans le cadre de ce travail, c'est l'aspect négatif de l'obligation qui nous intéresse. Or, dans *Staniford v. Lyall*, il s'agissait de savoir si la réduction de son propre dommage consentie par le créancier lésé devait être prise en compte dans l'évaluation du dommage, c'est-à-dire l'aspect positif du principe. Quoiqu'il en soit, la reconnaissance d'un véritable devoir de limiter son dommage dans le chef d'un créancier anglais remonte à plus d'un siècle, sous l'impulsion de la jurisprudence, ô combien déterminante dans l'évolution du droit en *common law* puisque les juridictions reconnaissent la règle du précédent tirée de la doctrine *stare decisis*. Le juge est lié par la décision d'un confrère rendue par une juridiction supérieure dans le cadre d'un litige antérieur similaire. Par conséquent, il est admis que les jugements rendus par la *House of Lords* sont contraignants pour les juridictions inférieures¹²⁸.

Selon S. Reifegerste, les juridictions se seraient basées sur l'usage courant qui voulait que le créancier, victime d'une inexécution, prenne l'initiative de trouver un remplacement en vue d'éviter le conséquent préjudice qui résulterait du grand délai d'attente jusqu'au verdict d'un procès. Le remplacement unilatéral était par conséquent accueilli favorablement par le juge y voyant là un créancier attentif à l'efficacité économique. C'était donc logiquement que le juge octroyait le remboursement des frais en ayant découlé. Mais progressivement, la faculté réservée au créancier d'opter pour le remplacement de son débiteur s'est muée en un devoir dont l'inexécution entraîne une sanction consistant en la réduction des dommages et

manufacturing Company, Ltd. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd., (1912) AC 673, p. 689.

¹²⁵ H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSON, J. RUTGERS, D. TALLON and S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart, 2nd ed., 2010, p. 1016.

¹²⁶ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, p. 35 ; voy. *Staniford v. Lyall*, (1830) 7 Bing 169.

¹²⁷ A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 296.

¹²⁸ Voy. *Precedent et Stare decisis* dans *Oxford dictionary of Law*, 7th ed., Oxford, Oxford University Press, 2009.

intérêts (*damages*) auxquels il peut prétendre¹²⁹. En ce sens, les affaires *Gainsford v. Carroll*¹³⁰ et *Harries v. Edmonds*¹³¹ formulaient déjà l'obligation de remplacement unilatéral en matière d'échanges commerciaux. Or, comme nous le disions, les juridictions anglaises détiennent le pouvoir de créer le droit.

b) Principe autonome

A. Michaud défend la thèse d'un principe du droit autonome partageant un rôle avec d'autres principes directeurs du droit anglais, s'en rapprochant ou s'en éloignant selon les circonstances concrètes propres à chaque affaire. Par conséquent, il est utile de rapporter les raisons qui procèdent à la singularité du concept de *mitigation*¹³². Premièrement, le *duty to mitigate* doit être distingué de la *causation* et de la *contributory negligence of the plaintiff*, deux concepts étroitement liés tant en droit belge qu'en droit anglais. L'auteur avance les considérations d'ordre politique qui ont favorisé l'émergence de ce devoir, « particularly [...] the objectives of avoidance of waste of human and material resources, commercial efficiency and also fairness to the wrongdoer »¹³³. Les seules théories de la *causation* et de la *contributory negligence* ne permettent pas d'atteindre ces objectifs puisque la responsabilité est alors répartie sur les deux fautifs, diminuant par la même occasion, les incitants du créancier lésé à prendre les mesures raisonnables. De plus, comme le rappelle J. Cartwright, « contributory negligence (the claimant's fault) is not generally available as a defence to a claim for a breach of a contract »¹³⁴, à moins que le litige réponde aux critères du concours de responsabilités accepté par la *House of Lords* depuis l'arrêt *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*¹³⁵ Ainsi, pour que la faute contributoire du demandeur puisse être invoquée en matière

¹²⁹ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, pp. 34-36.

¹³⁰ *Gainsford v. Carroll*, (1824) 2 B & C 624, 107 E.R. 516.

¹³¹ *Harries v. Edmonds*, (1845) 1 Car. & Kir. 686, (1845) 174 E.R. 991.

¹³² Pour l'intégralité de l'argumentaire, nous renvoyons le lecteur à l'article de A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, pp. 296-309.

¹³³ Traduction proposée : « particulièrement [...] les objectifs d'éviter les pertes en ressources humaines et matérielles, l'efficacité commerciale et aussi l'équité envers le fautif » ; A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 301.

¹³⁴ Traduction proposée : « la faute contributoire (la faute commise par le demandeur) n'est généralement pas acceptée comme moyen de défense face à une action pour inexécution contractuelle » ; J. CARTWRIGHT, *Contract law : An introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart, 2007, p. 267.

¹³⁵ *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*, (1995) 2 AC 145 at 93-4.

contractuelle sur base du *Law Reform (contributory negligence) Act 1945*, il faut « the breach of a duty of care imposed by the contract where there is concurrent liability in the tort of negligence »¹³⁶. Deuxièmement, bien que les deux principes de *mitigation* et de *remoteness* puissent être associés pour écarter l'indemnisation d'une partie du dommage¹³⁷, il semble plus juste d'ancrer ceux-ci dans deux fondements différents. Le principe de *remoteness* implique que le dommage considéré par le juge comme trop éloigné ne soit pas indemnisé parce qu'il sort en quelque sorte du champ du dommage indemnisable. Il est communément admis que le concept possède deux branches, d'une part les dommages qui sont normalement et habituellement dans l'ordre des choses à la suite d'une inexécution contractuelle, d'autre part, les dommages qui étaient raisonnablement dans l'attente commune des parties au moment de la signature du contrat. Partant de là, certains auteurs ont considéré qu'il était de l'attente commune des parties que le créancier lésé prenne les mesures raisonnables pour limiter son préjudice de telle sorte que le dommage qui était évitable au vu de pareilles mesures, doit être qualifié de *too remote* (trop éloigné). A. Michaud refuse cet argumentaire aux motifs que « the parties must have contemplated the type of loss suffered by the plaintiff, not the degree to which it may affect the plaintiff, and certainly not the fact that it may be circumscribed or avoided »¹³⁸.

c) Règle de base

Depuis le 19^{ème} siècle, le *duty to mitigate* est érigé en principe légal du droit anglais¹³⁹, au même titre que les principes de *causation* et de *remoteness*¹⁴⁰. Ils participent à la détermination du dommage réparable. Partant, la partie du dommage qui aurait pu être évitée si le créancier ou la victime avait pris les mesures raisonnables qui lui incombent pour limiter

¹³⁶ Traduction proposée : « la violation de l'obligation de diligence imposée par le contrat impliquant un concours de responsabilités avec la responsabilité extracontractuelle pour négligence fautive » ; J. BEATSON, A. BURROWS and J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 29th ed., 2010, p. 562.

¹³⁷ *Simon v. Pawson & Leafs*, (1932) 1 A11 E.R. 72.

¹³⁸ Traduction proposée : « les parties doivent avoir envisagé le type de dommage subi par le demandeur, pas le degré auquel il affecte ce dernier, et certainement pas le fait que ce dommage peut être circonscrit ou évité » ; A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 303.

¹³⁹ *Staniford v. Lyall*, (1830) 7 Bing 169.

¹⁴⁰ A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 339.

son préjudice restera à charge des derniers cités. L'explication réside dans le fait que ce dommage « is really due not to the breach but to its own failure to behave reasonably after the breach »¹⁴¹. Le rapprochement avec la théorie de la causalité est facile à faire. La plupart du temps, la violation du *duty to mitigate*, entrainera en effet une rupture du lien causal.

Toutefois, dans certaines circonstances, A. Michaud considère que la faute initiale de la victime reste en relation causale avec le dommage excédentaire causé par le demandeur, amenant à un partage de responsabilité de cette part du dommage¹⁴². Ce raisonnement est à mettre en lien avec la réflexion de D. de Callatay qui préconise un partage de responsabilité lorsque la victime a, par négligence fautive, laissé trainer les délais pour introduire sa demande, ou pour se soumettre à une expertise en vue de l'évaluation de son incapacité. Selon l'éminent auteur, la théorie de l'équivalence des conditions rattache nécessairement ce dommage à la faute initiale du tiers responsable. À juste titre, il souligne que, certes, le retard est dû à la victime, mais que sans la faute initiale, il n'y aurait pas eu d'obligation de réparation et il n'y aurait pas eu de retard à la réparation, avec pour conséquence que ce dommage supplémentaire a en fait deux responsables. La faute du défendeur est la condition *sine qua non* du dommage tel qu'il est survenu. Dès lors, il reviendrait au juge de déterminer la part de responsabilité de chacun pour fixer le pourcentage des intérêts compensatoires à charge du défendeur¹⁴³. Ce raisonnement n'est toutefois pas appliqué par la jurisprudence à l'heure actuelle. En la matière, le juge tranche toujours entre l'octroi de l'intégralité des intérêts compensatoires ou la réduction catégorique de ceux-ci à une durée classique de procédure *in abstracto*¹⁴⁴.

¹⁴¹ Traduction proposée : « n'est en fait pas dû à la rupture du contrat, mais à son propre échec à se comporter raisonnablement après la rupture » ; J. BEATSON, A. BURROWS and J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, Oxford, Oxford University Press, 29th ed., 2010, p. 555.

¹⁴² A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 299.

¹⁴³ Propos recueillis auprès du Professeur D. DE CALLATAY ; voy. Annexe 1.

¹⁴⁴ Voy. notamment sur la question : Cass., 25 novembre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n° 10.564 ; Cass. (2^e ch.), 19 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 171 ; Bruxelles, 4 janvier 1984, *R.G.A.R.*, 1986, n°11.116 ; Cass., 18 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 316.

d) *Reasonable steps*

Sans conteste, c'est au niveau de l'appréciation des *reasonable steps* (mesures raisonnables) que les systèmes anglais et belges partagent le plus de points communs. Aussi, dans le respect d'une motivation adéquate, l'évaluation du caractère raisonnable relève du pouvoir discrétionnaire du juge du fond sur une pure question de fait¹⁴⁵. Il ne s'agit pas d'une obligation de résultat, tout comme en Belgique¹⁴⁶, ce qui signifie que le demandeur n'est pas tenu de prendre toutes les mesures pour réduire son dommage. Pour donner un ordre d'idée fourni par le juge anglais, « a buyer [...] is expected to buy replacement goods [...], but it need not "go hunting the globe" for goods which are not readily available »¹⁴⁷. En l'occurrence, le contrat portait sur l'achat de peaux de serpents indiens¹⁴⁸, marché relativement restreint on l'imagine.

En matière de contrat de travail, la jurisprudence se veut très ferme vis-à-vis de l'employé licencié fautivement qui refuserait la proposition d'un nouvel emploi provenant du même employeur, sauf le cas où la relation de confiance est définitivement rompue¹⁴⁹.

Alors qu'en fonction de la qualification juridique de l'obligation reposant sur les épaules du débiteur, le juge belge utilise alternativement les critères de la bonne foi et de l'homme normalement prudent et diligent pour fonder l'obligation qui nous occupe, ces références n'existent pas en *common law*. Il n'en reste pas moins que lors de la vérification par le juge du respect de cette obligation, les jurisprudences belge et anglaise se réfèrent toutes deux au critère du raisonnable. Il y a donc un seuil dont ne peut se départir le demandeur s'il veut être indemnisé de l'intégralité de son préjudice. Dans l'arrêt fondateur de 1912, Lord Haldane se référerait à ce qu'il a tenu lieu d'appeler « the ordinary course of

¹⁴⁵ H., MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 250.

¹⁴⁶ Voy. Annexe 1.

¹⁴⁷ Traduction proposée : « on attend d'un acheteur [...] qu'il achète des biens de remplacements [...], mais on ne peut lui demander pour autant de partir "à travers la surface du globe à la chasse" de biens qui ne sont pas facilement disponibles » ; H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSON, J. RUTGERS, D. TALLON and S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart, 2nd ed., 2010, p. 1016.

¹⁴⁸ *Leather and Skin Co Ltd. v. Home and Overseas Brokers Ltd.*, (1948) 64 TLR 569.

¹⁴⁹ H. BEALE, B. FAUVARQUE-COSON, J. RUTGERS, D. TALLON and S. VOGENAUER, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, Hart, 2nd ed., 2010, p. 1016 ; voy. pour exemple *Yetton v. Eastwoods Froy Ltd.*, (1967), 1 WLR 104.

business »¹⁵⁰, même si à juste titre, H. McGregor préfère utiliser les termes « the ordinary course or the ordinary course of events »¹⁵¹ afin de s'appliquer tant en *contract law* qu'en *tort law*.

Lors de l'analyse du présent critère en droit belge, nous formulons une critique à l'encontre de l'obligation de limiter son préjudice pour la victime d'un dol. Nous proposons un contrôle moins rigoureux du caractère raisonnable dans l'éventualité d'une faute intentionnelle du défendeur, justifiant cet adoucissement en faveur de la victime par un plus grand devoir de fermeté vis-à-vis de toute intention de nuire. Toutefois, la jurisprudence et la doctrine actuelle ne nous avaient pas permis de répondre définitivement à la problématique soulevée. Cette dernière a, par contre, été tranchée en *Common law* comme le signale H. McGregor : « the standard of reasonableness is the same whatever the cause of action ; it is not a lower one where the defendant is an intentional tortfeasor »¹⁵². Le *duty to mitigate* existe donc dès la survenance d'un dommage et dans les mêmes proportions quelle qu'en soit la cause. Cependant, il n'est pas permis d'omettre que cette obligation est née de par l'inexécution d'un débiteur ou l'acte dommageable d'un tiers responsable. C'est pourquoi le critère raisonnable fixé est relativement bas.

e) Dépenses recouvrables

Dans la continuité de l'examen des mesures raisonnables du demandeur en vue de restreindre son préjudice, les dépenses mises en œuvre pour atteindre cet objectif seront mises à charge du débiteur, qu'elles aient été suivies de succès ou non, du moment qu'elles aient été exécutées de façon raisonnable. Il s'agit de la conséquence directe d'une obligation de moyen telle qu'elle est qualifiée en droit belge. A. Michaud le résume très bien en ces termes : « The real issue, as far as expenses are concerned, is an issue of *reasonableness* : a plaintiff will be

¹⁵⁰ *British Westinghouse Electric and manufacturing Company, Ltd. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd.*, (1912) AC 673, p. 689.

¹⁵¹ Traduction proposée : « dans le cours normal ou dans le cours normal des choses » ; H., MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 251.

¹⁵² Traduction proposée : « le critère du caractère raisonnable est le même peu importe la cause de l'action ; il n'est pas plus bas lorsque le défendeur est l'auteur d'un délit » ; H., MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 250.

compensated only for the expenses which were reasonably incurred »¹⁵³. Le critère du raisonnable intervient donc à deux reprises dans l'appréciation du respect du *duty to mitigate*, une première fois lors de l'examen des mesures effectivement prises par la victime, une seconde fois en vue du remboursement des frais qu'elle aura consentis dans ce but. Le créancier ou la victime sont ainsi considérés comme fautifs, soit qu'ils n'aient rien fait pour limiter le préjudice, soit qu'ils aient agi exagérément. Ce qui vient d'être dit à propos des mesures raisonnables et de leur remboursement, s'applique comme nous l'avons vu, *mutatis mutandis*, au droit belge.

§ 3. Consécration législative (*Sale of Goods Act 1979*)

Convaincus par les résultats probants au sein de la jurisprudence, les parlementaires anglais consacrèrent la pratique dans un texte de loi. Le *Sale of Goods Act* de 1979, dont les articles 50 et 51 régissent désormais le remplacement du débiteur, ne concerne, comme son nom l'indique, que les ventes de marchandises, mais il s'agit malgré tout de l'expression significative de l'influence de la pratique sur la création du droit.

L'article 50 porte sur les dommages et intérêts dus au vendeur en cas de refus de l'acheteur de recevoir les biens. Il dispose en son paragraphe 3 : « where there is an available market for the goods in question the measure of damages is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market or current price at the time or times when the goods ought to have been accepted or (if no time was fixed for acceptance) at the time of the refusal to accept »¹⁵⁴. Les dommages et intérêts sont donc automatiquement réduits selon la formule ci-dessus lorsqu'il est prouvé qu'un marché était disponible pour les biens. Le *Sale of Goods Act* prévoit évidemment un régime identique à charge de l'acheteur à l'article 51, §3.

¹⁵³ Traduction proposée : « La réelle question, aussi loin que les dépenses soient concernées, est une question de "raisonnabilité" : un demandeur ne sera remboursé que des seules dépenses qui ont été raisonnablement exposées » ; A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 304.

¹⁵⁴ Traduction proposée : « Lorsqu'il y a un marché disponible pour les biens en question, l'évaluation des dommages et intérêts doit être déterminée *prima facie* par la différence entre le prix contractuel et le prix du marché ou le prix courant au(x) moment(s) où les biens auraient dû être acceptés ou (si aucune date n'était prévue) au moment du refus de recevoir les biens ».

Pour être succinct et exhaustif à la fois : lors de l'inexécution, dans un contrat de vente, de l'obligation de livrer la chose pour le vendeur, ou d'accepter la chose et d'en payer le prix pour l'acheteur, le *Sale of Goods Act* précise expressément que le dédommagement sera réduit, dans la première hypothèse, à concurrence du prix des biens sur le marché au moment de la livraison prévue dans le contrat, et dans le deuxième cas, au moment fixé pour l'acceptation des marchandises, voire à la date du refus de celles-ci si le contrat restait muet à ce sujet¹⁵⁵.

Ce texte nous rappelle une nouvelle fois l'origine de la *mitigation of damages* fondée sur le remplacement unilatéral du débiteur défaillant, de coutume pour le créancier lésé. En matière de vente de biens, le législateur prolonge donc la jurisprudence pratiquée antérieurement, considérant l'attentisme comme un manquement à la loyauté entre cocontractants. Néanmoins, la limitation d'un préjudice ne consiste pas toujours en une obligation de remplacement. En effet, d'une part la modération peut se manifester, à titre d'exemple, en l'acceptation d'une offre du débiteur visant à réparer en partie sa faute, ou encore à cesser l'exécution de son obligation synallagmatique lorsqu'il ne peut plus douter de l'inexécution du débiteur¹⁵⁶. D'autre part, la théorie s'est également immiscée dans la responsabilité extracontractuelle par analogie, instaurant à charge de la victime d'un dommage le devoir de prendre toutes les mesures nécessaires à la limitation de celui-ci¹⁵⁷. Il est évident que l'obligation de l'auteur de l'acte dommageable ne repose pas, dans ce cas, sur une base contractuelle, les individus ne se connaissant bien souvent même pas. Aucun remplacement n'est par conséquent envisageable. Cependant, le dommage de la victime ne sera réparé intégralement que pour autant qu'elle se comporte avec diligence afin de ne pas aggraver par sa faute le préjudice. Il s'agirait donc d'un principe général de *common law* comme le défendent de nombreux auteurs, dont l'objectif serait « d'inciter la victime d'un dommage à éviter autant que possible le gaspillage de ressources humaines et matérielles,

¹⁵⁵ *Sale of Goods Act* 1979, art. 50 et 51.

¹⁵⁶ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, pp. 449-454.

¹⁵⁷ B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n°11.289, p. 1.

ainsi que de stimuler l'efficacité des relations commerciales, et le fair-play vis-à-vis de l'auteur du fait dommageable »¹⁵⁸.

Chapitre III. Obligation identique en matière extracontractuelle

À l'image de l'examen de l'obligation sur le terrain de la responsabilité contractuelle, nous allons diviser en deux temps l'analyse de son équivalent dans le champ délictuel et quasi-délictuel. Dans une première section, nous parcourrons son fondement légitime en droit français et belge. Ces deux droits seront logiquement abordés dans un même temps, en détaillant au fur et à mesure leurs particularités et leurs dissemblances, parce qu'ils se basent sur le même texte juridique (Section 1). Les fondements plausibles de l'obligation de limiter son propre dommage en matière extracontractuelle, à savoir la théorie de l'abus de droit (voy. *supra* Chap. II, Section 1, §2, b) et la théorie de la causalité (voy. *supra* Chap. II, Section 1, §3, a, 2), ont déjà été approfondis lors de l'étude de son équivalent contractuel. Ce qui a été exposé précédemment peut être appliqué *mutatis mutandis* dans le cadre de la responsabilité aquilienne. Nous aborderons ensuite l'obligation de limiter son préjudice telle qu'elle est aujourd'hui acceptée en *tort law* (Section 2).

Section 1. Droit civil continental (Belgique)

§ 1. Fondement retenu

a) Développement jurisprudentiel

Très tôt, la jurisprudence a considéré comme fautif le comportement de la victime, se manifestant par des actes ou omissions aggravant son dommage initial et rompant, de ce fait, le lien causal entre la faute initiale et le dommage considéré comme exclusivement survenu par la faute de la victime.

L'obligation de ne pas aggraver son préjudice en matière extracontractuelle est généralement rappelée dans la gestion de la procédure par le demandeur¹⁵⁹. En effet, des

¹⁵⁸ B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n°11.289, point 18.

intérêts compensatoires sont dus à la victime à compter du jour de la survenance de l'accident, parce c'est, dès ce jour, qu'elle aurait dû être replacée dans la situation qui était sienne avant le dommage. Ceux-ci, « alloués sur des dommages-intérêts dus en raison d'une faute aquilienne se rapportent à l'étendue du préjudice et font partie intégrante de l'indemnité »¹⁶⁰. On comprend donc que plus longue sera la procédure et plus élevé sera le montant des intérêts. La victime n'est évidemment pas responsable de la lenteur de la justice, mais elle doit néanmoins apporter toute la diligence d'une victime normalement prudente et avisée dans la défense de ses intérêts afin de permettre l'avancement de la procédure.

b) Appréciation de la faute

En matière de responsabilité civile, l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour limiter son dommage intervient dans le processus d'évaluation de ce dernier et *de facto* pèse sur le montant de la réparation accordée. Comme précisé précédemment (voy. *supra* Chap. I), le principe de la réparation intégrale du dommage n'en est pas écorné pour autant¹⁶¹.

Dans l'appréciation de la faute de la victime, le dol n'est nullement requis, en ce sens que la simple négligence fautive de la victime, même sans intention de nuire au responsable, est suffisante pour constituer une faute dans son chef¹⁶². Dès lors, l'on reconnaît aisément, en filigrane, la personne du bon père de famille normalement prudent et diligent placé dans les mêmes circonstances propres aux articles 1382 et 1383 Civ. Par conséquent, il y a lieu de prendre en considération le comportement d'une victime bénéficiant d'une indemnisation puisque c'est *in concreto* la situation dans laquelle elle se trouve¹⁶³. Les faits présentés dans l'arrêt de la Cour de cassation du 14 mai 1992 l'illustrent à merveille. *In casu*, il était reproché à la victime d'avoir eu recours à une voiture de location dans l'attente du jugement alors que son épouse sans emploi disposait d'une voiture. En l'absence de tiers responsable, il semblait

¹⁵⁹ Cass., 25 novembre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n° 10.564 ; Cass. (2^e ch.), 19 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 171.

¹⁶⁰ Cass., 25 novembre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n° 10.564 ; L'arrêt mentionne « se rapportant », mais il s'agit sans aucun doute d'une faute de frappe.

¹⁶¹ Cass., 14 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 48, obs. D. PHILIPPE, « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage ».

¹⁶² Cass. (2^e ch.), 19 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 171 ; R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271, point 6.

¹⁶³ D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 2 : Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 60.

relativement établi, il est vrai, que pour limiter son préjudice, monsieur aurait sans doute opté pour la petite cylindrée de sa femme. Mais de jurisprudence constante, la réparation intégrale du dommage prescrit la remise de la victime dans la situation qui était sienne avant le dommage ou « dans une situation aussi proche que possible de celle qu'[elle] aurait connue si l'accident ne s'était pas produit »¹⁶⁴, la censure de la Cour était donc tout à fait justifiée. Sans la faute initiale, la victime aurait continué à bénéficier d'une voiture personnelle, c'est donc dans cette situation qu'elle doit être remplacée.

Lors de l'analyse, en droit des contrats, du fondement de l'obligation de restreindre son dommage en prenant les mesures raisonnables, nous parlions également du lien décelable avec la figure emblématique du bon père de famille. Cet avis, nous le partageons avec R.-O. Dalcq pour lequel « 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 »¹⁶⁵. Car, s'il est théoriquement juste de dire, « dans l'appréciation de la bonne foi, [que] l'on ne s'interroge pas sur la conduite que doit adopter une personne abstraite placée dans les mêmes circonstances »¹⁶⁶, le principe d'évaluation des mesures raisonnables prises par un créancier lésé, en reste très proche. Bien sûr, en matière contractuelle, le juge évaluera les éléments de fait du cas d'espèce, c'est-à-dire qu'il se basera sur une analyse *in concreto* et non *in abstracto* du comportement de la victime, afin de considérer ou non le respect de l'obligation de limiter son préjudice, mais il est inévitable, pour ce faire, d'user d'un référent, d'un standard de « raisonabilité », dans la vérification du respect de ce critère.

c) Est-ce vraiment un fondement différent ?

La thèse de la bonne foi comme principe général du droit des obligations¹⁶⁷ paraît certes attractive de prime abord. Elle constituerait notamment le fondement tout tracé de

¹⁶⁴ R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271, point 6.

¹⁶⁵ R.-O. DALCQ, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271, point 3.

¹⁶⁶ D. PHILIPPE, « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage », obs. sous Cass., 14 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 51.

¹⁶⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101-110.

l'obligation de limiter son préjudice en droit des obligations. Pourtant, elle reste très peu soutenue en doctrine actuellement, peut-être parce que, justement, elle est très progressiste, trop diront certains. Il ne s'agit toutefois pas de la seule critique que l'on peut émettre à l'encontre de la légitimité de la bonne foi comme principe général de droit. Sa pertinence est en effet discutable.

Le concept de norme générale de comportement est séduisant et semble déjà trouver de nombreux échos en pratique, tant en matière contractuelle que quasi-délictuelle, le contenu similaire des obligations comportementales durant les phases antérieures et postérieures à la signature d'un contrat l'illustre parfaitement¹⁶⁸. La phase précontractuelle dont le dénouement est régi par la liberté contractuelle, n'en est pas moins une zone de droit, avec pour conséquence que la rupture fautive des négociations est susceptible d'engager la responsabilité délictuelle¹⁶⁹. Ce fondement est défendu tant en France qu'en Belgique.

Nous rejoignons, dès lors, partiellement l'opinion du professeur P. van Ommeslaghe lorsqu'il postule au sujet de l'obligation générale de limiter son préjudice, à savoir, indistinctement, lorsque le créancier engage sa responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, que « dans les deux cas, il s'agit d'une norme de comportement qui s'impose au créancier, en vertu de la règle de collaboration à l'exécution de l'obligation et de la modération dans l'exercice du droit ». Cette affirmation est totalement vraie en matière contractuelle, où, comme nous l'avons vu en détails (voy. *Supra* Chap. II), la fonction complétive et restrictive de la bonne foi remplissent un rôle fondateur. L'affirmation n'est toutefois que partiellement vérifiée en matière extracontractuelle. Selon nous, la norme générale de comportement qui doit servir de critère de référence au caractère raisonnable est bien réelle, et elle apporte l'assurance d'une portée et d'un contenu identique à l'obligation de limiter son préjudice, mais il n'est pas nécessaire de rattacher cette norme comportementale à l'article 1134, al. 3 Civ. L'article 1382 Civ. remplit parfaitement ce rôle. Rappelons, s'il le faut, que l'obligation dont question ressort initialement de la jurisprudence de la

¹⁶⁸ P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 105-106.

¹⁶⁹ J. SCHMIDT-SZALEWSKI, « La période précontractuelle en droit français », *R.I.D.C.*, 1990, v. 42, n° 2, p. 547 ; P. WÉRY, « L'option des responsabilités entre parties contractantes », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, La Chartre, 2010, p. 229.

responsabilité civile, via « l'obligation générale de prudence et de diligence » avant de s'être répandue ensuite dans la sphère contractuelle¹⁷⁰. À quoi servirait-il dès lors de reconnaître un principe général de droit lorsque chacune des deux hémisphères du droit des obligations dispose en son sein d'une disposition pertinente ? Comme l'auteur le soutient lui-même, en présence d'une règle écrite, « il est inutile d'invoquer un principe général de droit et il suffit de se référer à la règle légale elle-même »¹⁷¹. Or, le critère du bon père de famille permettant l'évaluation *in abstracto* de la faute découlant des articles 1382 et 1383 Civ., imprègne l'ensemble de la casuistique de la responsabilité civile, cela est indiscutable. La bonne foi comme principe général de droit, n'apporterait donc aucune plus-value. Au contraire, l'extension du principe de la bonne foi, rattachée textuellement aux rapports contractuels, apporterait davantage d'incertitudes.

d) Influence sur le développement en matière contractuelle

En Belgique, nous l'avons dit, l'obligation étudiée trouve son origine dans le contentieux extracontractuel, se fondant sur le manquement à l'obligation générale de prudence et de diligence. Cela peut sembler étonnant à première vue tant on aurait pu s'attendre à ce que la victime d'un dommage corporel soit davantage choyée. C'est également dans ce domaine que l'on retrouve les décisions françaises les plus significatives, bien que depuis lors la Cour de cassation française soit revenue sur ses pas. C'est sans doute dû aux hésitations entourant son fondement et le développement jurisprudentiel tardif de l'article 1134, al. 3 Civ. que l'obligation de modérer son préjudice n'est apparue qu'ultérieurement en matière contractuelle, sous l'impulsion des résultats probants du contentieux extracontractuel.

Il est intéressant de souligner l'évolution inverse qui s'est produite en droit anglais, où le *duty to mitigate* est né en premier lieu en *contrat law* avant d'atteindre le *tort law*¹⁷², comme si irrémédiablement, l'obligation de restreindre son préjudice devait régir l'ensemble

¹⁷⁰ R. KRUIHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 23.

¹⁷¹ P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, p.102.

¹⁷² A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 296.

des droits des obligations nationaux. Son principe fondé sur l'efficacité économique dans les systèmes de *common law* n'est certainement pas étranger à cette impressionnante propagation.

Section 2. Tort law

Comme nous l'évoquions, la particularité du système anglais réside dans l'absence de texte légal dans lequel enraciner le *duty to mitigate*. Ce dernier est donc exclusivement de création jurisprudentielle, avec l'heureuse conséquence de voir un régime unifié de l'obligation en *tort law* et en *contract law*. Le fait de ne pas devoir rattacher l'obligation à une base textuelle concrète autorise, en effet, le juge à utiliser le principe dans tout le champ du droit des obligations, puisque le but poursuivi (la recherche de l'efficacité économique) reste le même. Il y a donc désormais une obligation pour la victime de blessures corporelles de prendre des mesures raisonnables en vue de limiter son préjudice à l'image du créancier déçu avant elle. Ne sont-ils pas, en fin de compte, tous deux les créanciers d'une obligation de réparation ? Le régime « applies equally, *mutatis mutandis*, to tort »¹⁷³. Par conséquent, nous renvoyons le lecteur aux développements réalisés lors de l'examen de ce devoir en droit des contrats (voy. *supra* Chap II, Section 2). Il serait souhaitable de retrouver cette unité de l'obligation de limiter son préjudice en droit belge, ce qui semble parfaitement réaliste (voy. *supra* Chap. II, Section 1, §2, b et c ; Chap. III, Section 1, §2, b et c).

Dans le souci d'étayer nos propos par de la casuistique, arrêtons-nous un instant sur quelques exemples concrets d'application du principe de *mitigation* en responsabilité extracontractuelle. Dans l'affaire *McAuley v. London Transport Executive*¹⁷⁴, l'obstination de la victime à refuser une opération a été considérée comme déraisonnable et devait confiner son droit à l'indemnisation de l'incapacité de travail sur la période s'étendant de l'accident à la date où elle aurait dû subir l'intervention. Il est intéressant de noter qu'un cas similaire n'aurait jamais connu pareil dénouement en France. Les juges français considèrent, en effet, l'intégrité physique comme étant inviolable. C'est le principe de l'autonomie de la volonté de

¹⁷³ Traduction proposée : « s'applique également, *mutatis mutandis*, en responsabilité extracontractuelle » ; *The Liverpool (No.2)*, (1963) P. 64 at 77-78.

¹⁷⁴ *McAuley v. London Transport Executive*, (1957) 2 Lloyd's Rep. 500, CA ; Décision citée dans H., MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 246.

la victime qui prime¹⁷⁵. Aucune faute de la victime ne pourrait dès lors être retenue dans le refus de subir une opération, fut-elle recommandée par les plus grands spécialistes. Une autre décision anglaise, *Savage v. Wallis*, montre davantage encore l'écart qui existe entre les points de vue anglais et français au sujet des obligations reposant sur la victime d'un dommage corporel. Ainsi, cette dernière est tenue de suivre les traitements et interventions prescrits par le corps médical pour se conformer au *duty to mitigate*, à moins qu'il ne s'agisse d'une « surgical operation that involves a substantial risk »¹⁷⁶.

Lors de l'examen de l'arrêt *James v. Woodall Duckham Construction Co.*¹⁷⁷, un pont peut également être dressé avec l'octroi d'intérêts compensatoires en droit belge. Le juge anglais décide effectivement la réduction de l'indemnité allouée à la victime d'un accident au motif que celle-ci a fait preuve de négligence fautive pour diligenter l'affaire en justice. Suivant un raisonnement identique, la jurisprudence belge accorde les intérêts compensatoires à concurrence d'une procédure menée par une victime normalement prudente et diligente. Précisons néanmoins que les décisions ne sont pas unanimes en la matière. De nombreuses juridictions de fond ont en effet considéré que le responsable initial ou son assureur disposaient de moyens suffisants pour diligenter le procès à la place d'une victime négligente, justifiant ainsi la décision de laisser l'intégralité des intérêts compensatoires à charge du défendeur¹⁷⁸. A notre connaissance, la Cour de cassation a déjà censuré une décision de la Cour d'appel de Liège qui ne prenait pas en compte la négligence de la victime « au seul motif que le prévenu ou son assureur disposaient de moyens de diligenter la procédure »¹⁷⁹.

Chapitre IV. Appareils internationaux

Vu la multiplication des échanges commerciaux et la mondialisation de l'économie, ainsi que la complexité avérée du droit international privé peu sécurisante en ce qui concerne

¹⁷⁵ Propos recueillis auprès du Professeur DE CALLATAÿ ; voy. Annexe 1.

¹⁷⁶ Traduction proposée : « une opération chirurgicale qui implique un risque substantiel » ; S. DEAKIN, A. JOHNSTON and B. MARKESINIS, *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 826.

¹⁷⁷ *James v. Woodall Duckham Construction Co.*, (1969) 1 W.L.R. 903, CA ; Décision citée dans H., MCGREGOR, *McGregor on Damages*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 2003, p. 246.

¹⁷⁸ Propos recueillis auprès du Professeur D. DE CALLATAÿ ; voy. Annexe 1.

¹⁷⁹ Cass. (2^e ch.), 19 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 171.

la prévisibilité du droit applicable pour un citoyen lambda peu aguerri, il était souhaitable de mettre sur pied des textes juridiques permettant une sécurité accrue des rapports contractuels internationaux. Les États ont donc répondu à cette attente en négociant ce qu'il y a lieu d'appeler aujourd'hui la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Section 1). À côté de ce texte obligatoire sur le territoire des États l'ayant ratifié, bons nombres de juristes se sont mis en tête de créer un instrument facultatif servant en quelque sorte de « code civil » pour tous les rapports internationaux, et plus récemment un droit commun européen de la vente a été réalisé par la commission (Section 2). Nous aborderons également le cas des principes UNIDROIT dans cette section. Ces différents droits internationaux ne restent évidemment pas sans incidence sur la manière de penser l'inexécution des contrats dans l'ordre interne (Section 3).

Section 1. Instrument contraignant : CVIM

La Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises, ci-après CVIM, s'applique dans pas moins de quatre-vingts États participants dont les États-Unis, la Chine et la Russie. Autant dire qu'elle régit à l'heure actuelle la majorité des contrats internationaux en la matière. Elle est entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1988.

§ 1. Champ d'application limité

Si la présente convention constitue une évolution remarquable dans la sécurisation des rapports internationaux, son champ d'application reste toutefois limité aux contrats de vente internationale de marchandises entre commerçants. La vente aux particuliers pour un usage purement domestique n'est donc pas visée par la CVIM. Plus précisément, elle vise en fait la formation du contrat et les droits et obligations en découlant, mais elle ne s'intéresse pas à la validité du contrat en tant que telle. De plus, pour que la convention s'applique, les échanges doivent avoir lieu entre États contractants ou mener à l'application de la loi d'un de ces États après application du droit international privé¹⁸⁰. Il est à noter, à la lecture de l'article 6, que la Convention est supplétive de volonté. Dès lors, les parties peuvent laisser libre cours à leur

¹⁸⁰ Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1980, approuvée par la loi du 4 septembre 1996, art. 1^{er}, a) et b), *M.B.*, 1^{er} juillet 1997, p. 17472.

imagination lors des négociations pour insérer d'autres types de clauses ou en supprimer. Nous reconnaissons le principe d'autonomie de la volonté présent en droit civil qui, dans le respect de la loi quant à la formation du contrat, permet aux parties de déroger expressément aux dispositions du Code civil¹⁸¹.

§ 2. Régime

L'article 77, fortement influencé par les droits de *common law* s'exprime en ces termes : « 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 montant de la perte qui aurait dû être évitée »¹⁸².

Au vu de l'article 74, et de son principe de réparation intégrale, les dommages et intérêts couvre le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.

Comme pour le *duty to mitigate* anglais, le créancier n'a pas un devoir d'action à proprement parler, mais il verra son droit au recouvrement intégral de ses pertes modéré dans le cas où il ne prendrait pas des mesures raisonnables¹⁸³. La discussion autour de la qualification de cette obligation se révèle concrètement improductive. B. Zeller propose, d'ailleurs, d'effectuer un rapprochement avec l'article 7.4.8. des Principes UNIDROIT : « In essence the word "must" has been replaced with "to the extent that" which makes the intention of Article 77 clear that it is not a legal obligation but a command that unless reasonable steps to mitigate are not undertaken, the party in breach will, and can, claim reductions in the loss »¹⁸⁴. On ne peut mieux exprimer l'idée. C'est la réparation intégrale du préjudice, en ce compris le gain manqué, qui constitue le principe de la CVIM en son article 74, et qui doit

¹⁸¹ C. civ., art. 1134, al. 1^{er}.

¹⁸² C'est nous qui soulignons ; Notons que 'doit' est traduit par 'must' dans la version anglaise.

¹⁸³ I. SCHWENZER, C. FOUNTOLAKIS et M. DIMSEY, *International sales law. A guide to the C.I.S.G.*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 566.

¹⁸⁴ Traduction proposée : « En substance, le mot "doit" a été remplacé par les mots "dans la mesure que" ce qui éclaire l'intention de l'article 77 que ce n'est pas une obligation légale mais un commandement que si des mesures raisonnables ne sont pas entreprises, la partie en défaut peut et réclamera la réduction des dommages et intérêts » ; B. ZELLER, *Damages under the Convention on contracts for the international sale of goods*, New-York, Oceana Publications Inc., 2005, p. 112.

être appliqué, dans la mesure où le demandeur a pris les mesures raisonnables pour se préserver d'un dommage évitable. Il s'agit donc, en quelque sorte, d'une exception, d'une limite à la responsabilité contractuelle. Une comparaison peut être opérée avec un commentaire de M.G. Bridge, à propos du *duty to mitigate* en droit anglais qui reprend cette même expression : « Even if the claimant's loss clears the two hurdles of factual causation and remoteness of damage, a claimant will fail *to the extent that* the loss in question could and should have been avoided by the claimant himself in taking action to mitigate his damages »¹⁸⁵. Ces propos viennent également corroborer la thèse de A. Michaud selon laquelle le principe de *mitigation* et les principes de *causation* et *remoteness* ne se recouvrent pas complètement malgré certains chevauchements présents en jurisprudence.

Le critère du raisonnable est également présent, et tout comme en droit anglais, il est évalué par le juge suivant les circonstances de l'espèce¹⁸⁶, en prenant pour comparaison un homme d'affaires prudent. Tout comme en droit anglais, belge et français, il n'est pas demandé au créancier de mettre en œuvre des mesures exceptionnelles ou très onéreuses, mais de procéder avec « *reasonableness* »¹⁸⁷. La fiction d'un homme raisonnablement prudent et diligent possédant les mêmes capacités techniques n'est pas sans rappeler le principe de bonne foi qui sous-tend l'ensemble de la Convention¹⁸⁸. Ce principe est expressément contenu à l'article 7 et sert à l'interprétation de l'ensemble de la Convention qui doit être appréhendée comme un tout et non comme une suite d'articles sans lien¹⁸⁹.

Afin de percevoir toute la finesse et la marge d'appréciation du juge dans l'évaluation du caractère raisonnable des mesures, nous nous rapportons à un arrêt de la Cour suprême

¹⁸⁵ Traduction proposée : « Même si la perte du demandeur franchit les deux haies de la causalité factuelle et de l'éloignement du dommage, un demandeur échouera *dans la mesure où* la perte en question aurait pu et aurait dû être évitée par le demandeur lui-même en prenant des mesures pour limiter son dommage » ; C'est nous qui soulignons ; M.G. BRIDGE, *The International Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2013, p. 430.

¹⁸⁶ B. ZELLER, *Damages under the Convention on contracts for the international sale of goods*, New-York, Oceana Publications Inc., 2005, p. 110.

¹⁸⁷ Ce terme n'a pas d'équivalent en français. Nous proposons de le traduire par « caractère raisonnable ».

¹⁸⁸ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, pp. 89-90.

¹⁸⁹ B. ZELLER, *Damages under the Convention on contracts for the international sale of goods*, New-York, Oceana Publications Inc., 2005, p. 112.

d'Autriche¹⁹⁰, confirmant, pour la partie qui nous intéresse, le jugement de la Cour de seconde instance : « The facts of this case are characterized by the peculiarity that, due to technical design defects, an impossibility to effect the requested cure (repair) of the visual defects was not yet ascertainable at the time the cure was requested. If the seller does not effect a cure within a reasonable time, the buyer can remedy the defect itself or through a third party and claim the costs from the seller as damages (Art. 45(1)(b) CISG). The buyer can also remedy the defect itself (claiming the cost as damages against the seller), if a cure is not expected by the seller, i.e., a claim for cure under Art. 46(3) CISG is not available. However, in doing so, the buyer may not undertake any unreasonable expenditures (Art. 77 CISG): if the costs to effect a cure stand in no reasonable proportion to the benefit of the cure for the buyer, then they are not recoverable. From this follows that the expense counterclaim is proper insofar as the cost of obtaining a substitute is reasonable (measured by the benefit of the cure for the buyer, having regard to his situation). Thus, it is significant that [Buyer] would have been subject to considerable damages claims, of which it had also informed [Seller] »¹⁹¹.

Dès lors, le juge, prenant en considération les circonstances de l'espèce, en conclut : « In reason of the situation, (deadline pressure, ordering a substitute unit from a third party would have taken months, the fundamental design defects were not yet ascertainable, substantial damages claims were threatening) and the costs to remedy the defects, which are recoverable as damages under these principles, the costs to obtain a substitute to remedy the "visual" damages were therefore correctly charged against the [Seller]. Despite the disparity

¹⁹⁰ Oberster Gerichtshof, Austria, 14 January 2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.

¹⁹¹ Traduction proposée : « Les faits de cette affaire sont caractérisés par la particularité que l'impossibilité d'effectuer la réparation nécessaire des défauts visuels n'était pas vérifiable au moment où la réparation était requise, en raison des défauts techniques du design. Si le vendeur n'effectue pas la réparation dans un délai raisonnable, l'acheteur peut remédier au défaut lui-même ou par l'intermédiaire d'un tiers et réclamer ce coût supplémentaire comme dommages et intérêts au vendeur (art. 45, §1, b CVIM). L'acheteur peut aussi remédier au défaut lui-même (en réclamant le coût au vendeur), si une réparation n'est pas raisonnable pour le vendeur, à savoir lorsqu'une réparation sur base de l'art. 46, §3 CVIM n'est pas possible. Cependant, en procédant de la sorte, l'acheteur ne peut pas entreprendre des dépenses déraisonnables (art. 77 CVIM) : si le coût pour effectuer la réparation se trouve hors de toute proportion avec le bénéfice qui en découle pour l'acheteur, ces frais ne sont pas recouvrables. Il s'ensuit que la demande reconventionnelle de récupération des dépenses est adéquate dans la mesure où le coût pour obtenir un remplacement est raisonnable (évalué selon le bénéfice de la réparation pour l'acheteur, dans sa situation concrète). De là, il est significatif que l'acheteur aurait subi une perte considérable, dont le vendeur était informé ».

between the value of the original delivery (approx. DM 21,000) and the amount of [Seller]'s claim set-off here, they do not seem unreasonable »¹⁹².

La marge d'appréciation du juge se révèle donc très large s'il motive correctement sa décision au regard, notamment, de la situation d'urgence dans laquelle se trouvait le créancier lésé. Le critère du « raisonnable » est laissé à sa totale discrétion. La disproportion manifeste entre le coût des biens livrés à l'origine et la compensation demandée, incluant les frais pour remettre les biens en conformité, ne constitue pas *in casu* un motif valable pour qualifier les mesures de déraisonnables.

Inversement, il a été jugé déraisonnable par la Cour d'appel allemande¹⁹³ qu'un acheteur réclame des dommages et intérêts pour un manque à gagner, se prévalant de la qualité médiocre des aspirateurs qu'il avait reçus, sans chercher à effectuer des achats de remplacement au-delà de sa région, des biens de ce type étant disponibles aisément et sans effort excessif chez d'autres fournisseurs, en Allemagne ou à l'étranger. Cet arrêt peut également être mis en parallèle avec la décision *Leather and Skin Co Ltd. v. Home and Overseas Brokers Ltd.*¹⁹⁴ dans laquelle le juge anglais avait considéré que l'acheteur ne devait pas parcourir le monde à la recherche de biens de remplacement (des peaux de serpents indiens) qui ne sont pas disponibles ou disponibles en une si infime quantité qu'il est pratiquement impossible pour l'acheteur de s'en procurer à moindre coût. Le juge doit tenir compte du type de biens dont le contrat fait l'objet dans l'appréciation du caractère raisonnable des recherches d'un contrat de substitution.

La Cour suprême autrichienne a défini ce qu'il y a lieu d'entendre par des « mesures raisonnables » : « A possible measure to reduce damages is reasonable, if it could have been expected as bona fides [good faith] conduct from a reasonable person in the position of the

¹⁹² Traduction proposée : « En raison de la situation concrète (pression des délais, commander une unité de remplacement à un tiers aurait pris plusieurs mois, le défaut fondamental du design n'était pas encore vérifiable, des demandes de dommages et intérêts considérables menaçaient) et des coûts pour remédier au défaut, qui sont recouvrables au titre de dommages et intérêts selon les principes de la Convention, les coûts pour obtenir le remplacement des dommages "visuels" ont été correctement facturés au vendeur. Malgré la disproportion entre la valeur de la livraison originale et la compensation réclamée au vendeur, ils ne semblent pas déraisonnables ».

¹⁹³ Oberlandesgericht Celle, Germany, 2 septembre 1998, CLOUD No. 318 ; A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/30, daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/541/90/PDF/V0054190.pdf?OpenElement.

¹⁹⁴ *Leather and Skin Co Ltd. v. Home and Overseas Brokers Ltd.*, (1948) 64 TLR 569.

claimant under the same circumstances »¹⁹⁵. Comme nous avons pu le faire remarquer lors de l'examen du contentieux contractuel devant les cours et tribunaux belges, la bonne foi et la figure emblématique du bon père de famille (l'homme raisonnablement prudent et diligent) sont deux notions complémentaires qui permettent au juge de vérifier le respect de l'obligation de limiter son dommage. La décision citée ci-dessus nous permet d'avancer cette affirmation pour la jurisprudence de la CVIM également.

Il est important de saisir, à ce stade, toute la particularité de la CVIM. Celle-ci ne peut être rattachée à des significations nationales. La Convention doit être interprétée d'une manière autonome car elle n'est pas identique au droit des systèmes juridiques nationaux. Par conséquent, les tribunaux des différents Etats signataires doivent connaître d'un litige au regard des seuls principes fondamentaux de l'article 74 : le principe de réparation intégrale, la règle de limitation de la responsabilité au moyen du test de prévisibilité¹⁹⁶. Partant de ce constat, le fondement de l'obligation de limiter son préjudice dans la causalité ne semble pas incorrect en soi, mais l'utilisation du principe de « reasonableness » suffit à fonder cette obligation et permet une application fidèle de la Convention. B. Zeller affirme : « Foreseeability and reasonableness are the only factor which need to be consulted to address and solve the problem of mitigation of losses »¹⁹⁷. C'est pourquoi, il est très instructif de se pencher sur la jurisprudence qui s'est développée autour de la Convention.

Il apparaît que certains litiges qui auraient pu être abordés sous l'angle d'un manquement à l'obligation de limiter son préjudice (art. 77 CVIM) ont, dans les faits, été jugés sur base d'une absence de prévisibilité du dommage survenu (art. 74 CVIM), pour écarter la compensation demandée par le créancier. À titre de rappel, l'article 74 CVIM est une application classique du principe de prévisibilité du dommage prévu à l'article 1150 du

¹⁹⁵ Traduction proposée : « Une mesure possible pour réduire le dommage est raisonnable si elle pouvait avoir été attendue comme le comportement de bonne foi d'un demandeur raisonnable placé dans les mêmes circonstances » ; Oberster Gerichtshof, Austria, 6 février 1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

¹⁹⁶ J. PEROVIC, « Etendue et limitation de la responsabilité contractuelle selon la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Quid en particulier des clauses excluant les *consequential damages* ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 2010, liv. 4, pp. 603-604.

¹⁹⁷ Traduction proposée : « Prévisibilité et caractère raisonnable sont les seuls facteurs qui doivent être consultés pour s'adresser et résoudre le problème de limitation des dommages » ; B. ZELLER, *Damages under the Convention on contracts for the international sale of goods*, New-York, Oceana Publications Inc., 2005, p. 116.

Code civil, en droits belge et français, ou du principe de *remoteness*, issu d'une décision de la *Court of Exchequer* dans l'affaire *Hadley v. Baxendale*¹⁹⁸, en droit anglais. Prenons pour exemple un arrêt de la *Bundesgerichtshof* du 25 juin 1997¹⁹⁹. *In casu*, le vendeur avait livré du fil d'acier inoxydable, s'avérant non-conforme. L'acheteur avait, dès lors, adapté à grands frais sa machine de façon à transformer la marchandise défectueuse reçue et poursuivre son business. Il en réclamait donc le remboursement. La Cour suprême allemande avait considéré ces dépenses engagées pour adapter la machine comme disproportionnées au vu du prix d'achat du fil d'acier, et par conséquent imprévisibles pour le vendeur au moment de la conclusion du contrat. Pour la Cour, il ne s'agissait pas d'une perte « que la partie en défaut avait prévu ou aurait dû prévoir au moment de la conclusion du contrat, en considérant les faits dont elle avait connaissance ou aurait dû avoir connaissance, comme étant des conséquences possibles de la contravention au contrat »²⁰⁰. L'affaire n'est pas sans rappeler l'arrêt de la Cour suprême d'Autriche du 14 janvier 2002, dont les données factuelles sont globalement identiques, et qui, malgré la disproportion, avait conclu au remboursement des frais exposés. Comment expliquer pareilles disparités entre les juridictions ?

Cela s'explique par l'approche sanctionnatrice de l'article 77 CVIM et son lien indéfectible avec l'article 74 CVIM. Il est nécessaire de concevoir l'obligation de limiter son préjudice en deux phases bien distinctes pour comprendre le raisonnement des juridictions. Dans un premier temps, le juge vérifie le respect de l'obligation en tant que telle (le minimum requis), dans un deuxième temps, lorsqu'il a considéré que le minimum était atteint, il vérifie le respect des conditions de la compensation (le dépassement du maximum). De telle sorte qu'il existe, en fait, trois hypothèses possibles. Si le créancier ne s'est pas acquitté de son obligation, par passivité, les dommages et intérêts sont réduits. C'est la situation que l'on veut éviter par l'instauration de l'article 77 CVIM, afin d'encourager l'efficacité économique. Si le créancier s'acquitte de son obligation et prend des mesures raisonnables, appréciées par le juge selon les circonstances de fait, alors les frais engagés sont automatiquement considérés comme prévisibles pour le débiteur sur base de l'article 74 CVIM et sont donc recouverts.

¹⁹⁸ *Hadley v. Baxendale*, (1854) 9 Exch 341, 354.

¹⁹⁹ Bundesgerichtshof, Germany, 25 juin 1997, CLOUT case No. 235 ; A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/21, daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V99/818/58/PDF/V9981858.pdf?OpenElement.

²⁰⁰ CVIM, art. 74.

« Le débiteur est tenu de rembourser la totalité du préjudice prévisible qu'il a causé, ce qui inclut tous les désavantages qu'il a occasionnés à son cocontractant, y compris les frais que ce dernier a encourus pour diminuer ou éviter le dommage »²⁰¹. Enfin, si le créancier s'acquitte de son obligation à l'excès, qu'il prend des mesures « déraisonnables » pour limiter son préjudice, alors le dommage qu'il réclame n'est pas réparable parce qu'il ne répond plus aux critères de l'article 74 CVIM ; de telles mesures n'étaient pas prévisibles pour le débiteur au moment de la conclusion du contrat. Dans ce cas, les dommages et intérêts ne sont donc plus réduits sur base de l'article 77 mais sur base de l'article 74.

Dès lors, la décision de la Cour suprême autrichienne du 14 janvier 2002 s'inscrit dans la deuxième hypothèse et amène au remboursement intégral des dépenses entreprises par le créancier. La décision de la Cour suprême allemande du 25 juin 1997 aboutit au résultat de la troisième hypothèse et exclut toute compensation pour les frais exposés. La logique est implacable et est confirmée par un arrêt de la Cour du commerce suisse. Dans l'objectif de minimiser ses pertes, le vendeur d'une machine conçue spécifiquement pour un acheteur tombé en faillite entre-temps, avait démonté la machine afin de la revendre les pièces une par une et en obtenir un meilleur prix sur le marché. L'expertise demandée par la Cour avait démontré la plus-value de la revente par pièces détachées. La Cour avait donc conclu : « [Seller]'s decision to have the machine very rapidly disassembled was the most reasonable and prudent solution according to the expert's opinion. Therefore, the costs for disassembling the production facility are also deemed part of the damages [seller] suffered »²⁰².

Concernant la charge de la preuve, il ressort globalement de la jurisprudence qu'il revient au débiteur défaillant de rapporter la preuve de la méconnaissance de l'obligation de limiter son préjudice et le dommage qui en résulte²⁰³. L'arrêt, déjà mentionné, de la Cour

²⁰¹ J. PEROVIC, « Etendue et limitation de la responsabilité contractuelle selon la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Quid en particulier des clauses excluant les *consequential damages* ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 2010, liv. 4, p. 578.

²⁰² Traduction proposée : « La décision du [vendeur] d'avoir rapidement désassemblé la machine était la solution la plus raisonnable et la plus prudente selon l'opinion de l'expert. Par conséquent, les coûts pour le désassemblage de l'installation de production sont aussi réputés faire partie des dommages dont a soufferts le [vendeur] » ; Handelsgericht St. Gallen, Suisse, 3 décembre 2002, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>.

²⁰³ CNUDCI, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, éd. 2012, p. 399.

suprême autrichienne va dans ce sens : « The claim of the breach of the duty to mitigate damages is an exception leading to the loss of the claim for damages. It requires the [sellers] to put forward detailed facts and the supporting evidence showing why the [buyer] has breached its duty to mitigate damages, the possibilities of alternative conduct and which part of the damages would have been prevented by this alternative conduct »²⁰⁴. Il s'agit d'une application similaire de la charge de la preuve de la violation d'une obligation de moyen en droit belge : le débiteur en défaut doit rapporter la preuve de la faute du créancier, du dommage et du lien causal entre la faute et le dommage.

Au regard de ce qui vient d'être exposé, il est permis de conclure en une application toute particulière de l'obligation de limiter son préjudice élaborée par les Nations Unies et ultérieurement concrétisée par la sagesse des juges nationaux. Cette obligation est délimitée par des principes spécifiques à la Convention lui donnant des caractéristiques et un régime propres. Comme nous avons eu l'occasion de l'observer, la bonne foi est centrale dans l'appréciation du comportement des cocontractants. La bonne foi et d'autres concepts comme la *foreseeability* et la *reasonableness* sont les seules références disponibles pour appréhender la limitation du dommage dans le cadre de la CVIM. Ces différents concepts proviennent bien évidemment du droit national des États signataires. Il ne saurait en être autrement puisque par sa nature de traité, il s'agit forcément d'un compromis atteint par les États, consistant en un savant mélange de droit civil et de *common law*. Toutefois, effectuer un copié-collé de l'interprétation qui serait faite de ces principes dans un contexte purement national n'est pas envisageable selon J. Perovic²⁰⁵. La CVIM et ses principes demandent une interprétation autonome.

²⁰⁴ Traduction proposée : « La demande de la violation de l'obligation de limiter son dommage est une exception menant à la perte de la demande de dommages et intérêts. Cela impose au [vendeur] d'apporter des faits détaillés et des preuves à l'appui, montrant pourquoi l'[acheteur] a violé l'obligation de minimiser son dommage, les possibilités de comportements alternatifs et quelle part du dommage aurait été évitée par ce comportement alternatif. » ; Oberster Gerichtshof, Austria, 6 février 1996, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

²⁰⁵ Voy. la réflexion de l'auteur sur l'interprétation distincte du principe de prévisibilité entre la CVIM et les jugements des pays anglo-saxons ; J. PEROVIC, « Etendue et limitation de la responsabilité contractuelle selon la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Quid en particulier des clauses excluant les consequential damages ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 2010, liv. 4, pp. 587-593.

Section 2. Instruments non-contraignants : principes UNIDROIT et principes européens des contrats

§ 1. Principes UNIDROIT

Les Principes UNIDROIT sont, comme le titre permet de le deviner, un modèle de droit comparé purement facultatif, voué à aider les praticiens dans leurs rapports de commerce international. Il devient cependant obligatoire par la volonté des parties de s'y soumettre. Dans un mécanisme comparable au Code civil, il contient pour grosse part des articles supplétifs qui peuvent donc être remplacés par des clauses librement négociées²⁰⁶, et des dispositions impératives parmi lesquelles l'article 1.7 donnant corps à la bonne foi²⁰⁷. Une réflexion de S. Reifegerste nous paraît intéressante à rapporter à ce propos : « En toute logique, cette disposition [comprenez l'article 1.7] devrait avoir pour conséquence d'interdire aux parties de déroger à l'article 7.4.8 », aux motifs que l'obligation d'atténuation du préjudice est « l'apanage du principe plus général de bonne foi qui s'impose aux opérateurs du commerce international. Exclure la sanction de l'obligation de minimiser le dommage aurait donc pour conséquence de limiter la portée du principe de bonne foi »²⁰⁸.

Comme cette réflexion le laisse entrevoir, l'atténuation du préjudice possède également son article spécifique des Principes UNIDROIT. L'article 7.4.8 propose la formule classique suivante : « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice ».

La bonne foi est à nouveau omniprésente au sein de ces Principes, elle en régit l'interprétation, elle a vocation à régir le commerce international, elle ne peut, dès lors, être écartée par les parties, même de commun accord, elle constitue le socle de l'obligation de limiter son préjudice.

²⁰⁶ Principes UNIDROIT, art. 1.5.

²⁰⁷ Principes UNIDROIT, art. 1.7, §2.

²⁰⁸ S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002, p. 74.

Comme dans les différents droits nationaux et internationaux examinés ou qu'ils nous restent à examiner, nous remarquons directement le fractionnement en deux phases du principe de limitation du préjudice. La première phrase de l'article 7.4.8 contient le principe de limitation en tant que tel au moyen de « mesures raisonnables », alors que la deuxième phrase prévoit la mise à charge du débiteur des frais « raisonnablement » exposés dans ce but. Les deux étapes de ce principe sont donc directement liées au caractère raisonnable du comportement du créancier.

§ 2. DCFR et CESL

Le DCFR, appelé projet de cadre commun de référence dans sa traduction française, et le CESL (Common European Sales Law) sont deux instruments purement facultatifs. Il est donc laissé à la volonté des parties le choix d'appliquer ou non le régime proposé. Les parties de commun accord doivent donc s'y référer expressément si elles souhaitent s'y voir soumises. L'article 1^{er} du CESL rappelle cette condition préalable à son application.

À l'image de la CVIM, le DCFR et le CESL doivent être interprétés de façon autonome, ou « within the four corners »²⁰⁹ pour reprendre l'expression anglaise consacrée. Ce principe est mentionné à l'article I – 1 :102, §1^{er} du DCFR. Il implique donc pour le juge ou les arbitres (la CVIM est en effet fréquemment utilisée dans le cadre de l'arbitrage de contentieux internationaux) d'interpréter les dispositions du DCFR à la lumière des principes que l'instrument tend à promouvoir. Leur pouvoir d'appréciation est toutefois très large étant donné les principes dont il est question. Comme le souligne G. Dannemann, « The proposed CESL makes frequent use of open terms which invite value judgments of which the most important are 'good faith and fair dealing' and 'reasonable' or 'reasonableness' »²¹⁰.

L'obligation de limiter son préjudice fait l'objet de dispositions expresses dans le DCFR et le CESL, respectivement aux articles III – 3 :705 et 163. Leur formulation est en

²⁰⁹ B. ZELLER, *Damages under the Convention on contracts for the international sale of goods*, New-York, Oceana Publications Inc., 2005, p. 112.

²¹⁰ Traduction proposée : « La proposition de CESL fait l'usage fréquent de termes invitant à un jugement de valeur parmi lesquels les plus importants sont 'la bonne foi et l'équité' et 'le raisonnable' ou 'le caractère raisonnable' » ; G. DANNEMANN, « The CESL as optional sales law », in *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 718.

tout point identique : « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables. Le créancier a droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice ».

L'article 162 CESL aborde la faute contributoire du créancier, prévoyant une limitation de la responsabilité du débiteur pour le dommage subi par le créancier en raison de sa contribution « à l'inexécution ou aux conséquences de celle-ci »²¹¹. Bien que le texte ne le mentionne pas, J. Baeck considère que cette contribution doit être fautive. Pour étayer son affirmation, il se base sur l'article équivalent du DCFR duquel s'inspire indéniablement la proposition de CESL. Le commentaire de l'article III – 3 :704 DCFR permet de vérifier cette thèse : « the liability of the debtor is only to be reduced when the creditor has contributed to the loss by its own unreasonable behaviour »²¹². Selon nous, une combinaison de cet article 162 avec le principe de bonne foi contenu à l'article 2 eut été suffisant à fonder l'obligation de limiter son préjudice dans le cadre de contrats européens de vente et de contrat y relatifs. En l'occurrence, contribuer aux conséquences de l'inexécution c'est aggraver son préjudice. Pourquoi alors avoir prévu un article 163 instaurant expressément l'obligation étudiée? La question peut recevoir deux réponses vraisemblables. Soit il s'agit de l'expression d'une situation particulière de faute contributoire, afin d'éviter toute sorte de palabres inutiles sur le caractère fautif du comportement attentiste du créancier. Cette thèse expliquerait également l'à-propos de sa position, à la suite de l'article 162. Soit l'article 163 est la confirmation de ce que nous avons observé préalablement en *Common law*, à savoir que la *contributory negligence* et la *mitigation of loss* contribuent à l'évaluation du dommage réparable, mais doivent être distinguées (voy. *supra* Chap. II, Section 2, §2, b). Il s'avère que les deux positions sont défendables selon le point de vue que l'on adopte. Du point de vue anglais, la présence de deux dispositions distinctes s'explique par le fondement différent des deux notions. Le *duty to mitigate* trouve en effet son origine dans une politique d'efficacité

²¹¹ CESL, art. 162.

²¹² Traduction proposée : « la responsabilité du débiteur doit seulement être réduite lorsque le créancier a contribué au dommage par son propre comportement déraisonnable » ; J. BAECK, « Damages and interest under the CESL proposal : not too different from Belgian law », in *The draft common european sales law : towards an alternative sales law ? A Belgian perspective*, Antwerp, Intersentia, 2013, p. 266.

économique « sufficient to reject the theory that would absorb the rule on avoidable consequences into the doctrine of contributory negligence »²¹³. Du point de vue du droit belge, nous avons une préférence pour la première thèse. En effet, la faute du créancier justifie qu'il ne soit pas indemnisé intégralement du dommage auquel il a contribué par sa propre faute, règle comparable au régime de la responsabilité aquilienne dont elle est issue, et aboutissant à un partage de responsabilités²¹⁴. L'analyse qui précède peut être appliquée mot pour mot au DCFR dont les articles III – 3 :704 et III – 3 :705 suivent le même schéma.

Ceci prouve une nouvelle fois, s'il le fallait, que le droit comparé peut être une source d'inspiration certaine pour le développement du droit belge, mais que l'application de principes unanimement reconnus à l'étranger pose souvent des problèmes de compatibilité avec le droit en place et nécessite, dès lors, la recherche, l'aménagement d'un fondement différent, plus légitime dans le droit qui reçoit.

Nous évoquons le droit du créancier de réclamer l'exécution du contrat lors d'échanges relevant de la CVIM²¹⁵. Cette règle doit être privilégiée à la limitation du dommage prévue par l'article 77 CVIM²¹⁶. La tendance semble inversée dans le DCFR et plus encore dans le CESL. La raison en est simple, le DCFR, en tant que projet de Code civil européen, vise également les échanges avec des particuliers, catégorie expressément exclue du champ d'application de la CVIM. Le CESL, en tant qu'il vise à promouvoir les achats transfrontaliers de particuliers, prévoit également des mesures de protection des consommateurs en conséquence²¹⁷. De ce fait, l'article III – 3 :301 DCFR empêche le créancier d'exécuter le contrat et d'obtenir le paiement du prix convenu s'il avait la possibilité « d'effectuer une opération de remplacement raisonnable sans efforts ni frais appréciables, ou que l'exécution de l'obligation [apparaît] déraisonnable eu égard aux circonstances ». Une

²¹³ Traduction proposée : « suffisante pour rejeter la théorie qui absorberait la règle sur les conséquences évitables dans la doctrine de la faute contributoire » ; A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, p. 301.

²¹⁴ J. BAECK, « Damages and interest under the CESL proposal : not too different from Belgian law », in *The draft common european sales law : towards an alternative sales law ? A Belgian perspective*, Antwerp, Intersentia, 2013, p. 266.

²¹⁵ CVIM, art. 46, §1^{er} et art. 62.

²¹⁶ M.G. BRIDGE, *The International Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2013, p. 615.

²¹⁷ CESL, art. 3.

application de cet article aurait, par exemple, abouti à un autre dénouement dans l'affaire *White and Carter v. McGregor*²¹⁸²¹⁹. En l'espèce, la *House of Lords* avait considéré que le demandeur, agent publicitaire, était autorisé à réclamer la poursuite du contrat, c'est-à-dire l'apposition d'annonces publicitaires pour le compte du défendeur, propriétaire d'un garage, et à en obtenir le prix fixé dans le contrat. Il semble logique que le créancier eut été intégralement indemnisé en acceptant des dommages et intérêts comprenant le coût du travail effectué jusque-là et la perte du profit qu'il était en droit d'attendre du contrat. En cela, M. Chen-Wishart et U. Magnus considèrent que l'obligation de limiter son préjudice sous le DCFR « is a more thoroughgoing and robust requirement than exists under English law »²²⁰. L'exécution en nature d'obligations autres que de sommes d'argent reste toutefois possible sous réserve du respect des conditions de l'article III – 3 :302 DCFR²²¹.

Concernant le CESL, le contrat de service entre professionnel et consommateur permet encore davantage de liberté à l'acheteur en autorisant ce dernier à cesser à tout moment le contrat moyennant le paiement du prix convenu déduction faite de l'économie résultant ou pouvant être attendue de la non-exécution du contrat par le prestataire de services²²². Corrélativement, les exigences envers le créancier se voient donc renforcées. Dans cette situation, le créancier lésé se trouve déchu de son droit à l'exécution en nature de la convention, encore que pareille exécution ne fut point déraisonnable compte tenu de la situation de l'acheteur. Par conséquent, l'obligation de limiter son propre dommage sera jugée de façon plus stricte par le juge. Même si à première vue, l'insistance dans la revendication de l'exécution en nature semble raisonnable par rapport aux circonstances, les dommages qui en découleraient, pour le prestataire de service, seraient pourtant laissés à sa charge selon les considérations tirées de l'article 158.

²¹⁸ *White and Carter v. McGregor*, (1962) A.C. 413.

²¹⁹ M. CHEN-WISHART and U. MAGNUS, « Termination, price reduction, and damages », in *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 678.

²²⁰ Traduction proposée : « est une exigence plus profonde et plus forte qu'elle n'existe en droit anglais » ; M. CHEN-WISHART and U. MAGNUS, « Termination, price reduction, and damages », in *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 678.

²²¹ Voy. particulièrement le §5 qui aborde l'aggravation du préjudice causée par l'entêtement du créancier à obtenir l'exécution en nature.

²²² CESL, art. 158.

Section 3. Fonction incitatrice sur le droit national

Comme souvent lorsque l'initiative de prendre un règlement²²³ est prise au niveau international, le résultat amène à des normes d'exigence supérieure aux exigences nationales. Les normes contraignantes ou non qui ont été présentées ci-dessus, ne font pas exception à la règle.

Ainsi, M.G. Bridge affirme que l'article 77 CVIM va au-delà de ce que prévoit le droit anglais. Pour lui : « It is a rule of mitigation of loss and not of damages. It could therefore be invoked against a party who unreasonably keeps open and does not avoid a contract in the face of an anticipatory repudiation. In English law, that party may freely affirm the repudiation ; the duty to mitigate will only arise once he terminates the contract »²²⁴. Nous ne sommes pas convaincus par cette affirmation, la consultation du recueil de jurisprudence de la CVIM doit amener à une toute autre conclusion. Premièrement, « Article 77 appears in Section II (Damages) of Chapter V and therefore does not expressly apply to remedies other than damages available under the Convention »²²⁵, deuxièmement, l'article 77 ne prévoit pas le moment exact où doivent intervenir les mesures raisonnables, ainsi « Several decisions state that an aggrieved party is not obligated to mitigate in the period before the contract is avoided (i.e. at the time when each party may require the other to perform) »²²⁶. Y.-M. Laithier tempère également l'affirmation en droit anglais, exposant qu'il est des circonstances où le créancier doit « cesser provisoirement ou définitivement l'exécution de l'obligation contractuelle [...] pour minimiser le dommage [...] notamment parce que le débiteur a

²²³ Nous utilisons ici le terme 'règlement' indifféremment pour qualifier les règles prises au niveau international.

²²⁴ Traduction proposée : « C'est une règle de minimisation des pertes et non des dommages et intérêts. Elle pourrait, dès lors, être invoquée contre une partie qui garde déraisonnablement ouvert ou n'évite pas un contrat face à une répudiation anticipée. En droit anglais, cette partie peut librement attendre la répudiation ; le devoir de limiter son dommage n'entrera en jeu qu'une fois qu'il aura rompu le contrat » ; M.G. BRIDGE, *The International Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2013, p. 615.

²²⁵ Traduction proposée : « L'article 77 apparaît dans la Section II (Dommages et intérêts) du Chapitre V et par conséquent, ne s'applique pas expressément aux autres sanctions de l'inexécution que les dommages et intérêts disponibles selon la Convention » ; UNCITRAL, *Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/77, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/556/00/PDF/V0455600.pdf?OpenElement>.

²²⁶ Traduction proposée : « Plusieurs décisions considèrent que la partie lésée n'est pas obligée de minimiser durant la période avant la résolution du contrat (à savoir, tant que chaque partie peut réclamer à l'autre l'exécution en nature) » ; UNCITRAL, *Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/77, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/556/00/PDF/V0455600.pdf?OpenElement>.

clairement fait connaître son intention de renoncer au contrat et de ne pas fournir la contrepartie convenue»²²⁷.

Si l'exigence plus forte de la CVIM nous laisse quelque peu circonspect, le DCFR et le CESL font, sans nul doute, preuve d'une exigence plus forte dans le respect de l'obligation de limiter son préjudice puisque l'entêtement, nous dirions même l'acharnement, du créancier à demander la poursuite du contrat en ferme contradiction avec la volonté du débiteur de se départir de celui-ci, sera considéré comme déraisonnable et entraînera une réduction des dommages et intérêts alloués. En ce sens, nous avons vu que la marge de manœuvre du créancier est plus large en droit anglais, où le caractère obligatoire du contrat reste nettement plus affirmé qu'en droit civil ou en droit européen. Ainsi, le droit du créancier d'exiger l'exécution en nature ne sera écarté que lorsqu'il réclame « the cooperation of the unwilling debtor or has 'no legitimate interest' in performing because performance would be 'wholly unreasonable' and not 'merely unreasonable' »²²⁸.

Après l'examen des différents instruments internationaux, il est significatif que l'obligation de limiter son préjudice occupe une place majeure dans les échanges internationaux, elle est présente dans l'ensemble des appareils internationaux abordés. La recherche de l'efficacité économique est évidemment un facteur important de son expansion, mais l'influence de la bonne foi dans les rapports contractuels ne peut être tue plus longtemps. C'est évidemment ce principe qui sous-tend le développement considérable de l'obligation étudiée. Nous avons observé que la bonne foi bénéficie d'un article spécifique tant dans la CVIM²²⁹ que dans le DCFR²³⁰ et le CESL²³¹. Elle sert de principe général à l'interprétation du texte qui la contient et régit donc la lecture des articles spécifiques à la limitation du dommage. La doctrine anglophone, hostile à la notion de bonne foi, préfère parler de *fair*

²²⁷ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 453.

²²⁸ Traduction proposée : « la coopération du débiteur qui ne le veut pas, ou n'a 'pas d'intérêt légitime' à l'exécution en nature parce que cette exécution serait 'totalement déraisonnable' et pas 'simplement déraisonnable' » ; M. CHEN-WISHART and U. MAGNUS, « Termination, price reduction, and damages », in *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 679.

²²⁹ CVIM, art. 7.

²³⁰ DCFR, art. I – 1 :102, §3, b et art. I – 1 :103.

²³¹ CESL, art. 2.

*dealing*²³² ou de *fairness and reasonableness*²³³, l'objectif poursuivi reste néanmoins le même. Cette généralisation de l'obligation de limiter son propre dommage dans les normes internationales ne peut amener, à terme, qu'à une acception de celle-ci dans tous les ordres juridiques nationaux. Elle fait rentrer dans les mœurs la collaboration et la loyauté entre contractants de deux États de telle sorte que ce que réalise le cocontractant français sur le marché international ne lui semblera plus si aberrant sur le plan national. L'évolution est en marche.

²³² Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004, p. 446.

²³³ J. CARTWRIGHT, *Contract law : An introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart, 2007, p. 60.

Conclusion

Avant d'entamer véritablement la conclusion, nous voudrions rappeler que cette étude s'inscrit dans un cadre évidemment restreint qui ne nous permettait pas de développer de la manière la plus exhaustive les différents points abordés. Le choix d'axer notre travail sur trois droits nationaux comportait inévitablement des avantages et des inconvénients. Le caractère limité de l'étude en est un. Nous espérons que l'avantage que représente l'éclairage du droit belge par certains droits étrangers et le droit international en est supérieur.

A. Michaud disait en 1984 : « it appears that the concept of mitigation has achieved a much greater level of abstraction in common law than in civil law »²³⁴. On ne saurait lui donner tort. Incontestablement, le droit anglais a développé au fil des décisions un régime nettement plus abouti, portant le *duty to mitigate* en véritable principe de droit. Mais selon nous, le manque d'abstraction (ou ressenti comme tel), perçu comme une faiblesse du régime par les juristes anglo-saxons, doit être tempéré. Les droits français et belge disposent, en effet, de dispositions légales légitimes en des articles 1134, al. 3 et 1382 Civ. L'abondante jurisprudence belge l'a prouvé. Comme nous le témoignait D. de Callatay, elle n'a certainement pas à rougir de la manière dont elle interprète ces dispositions²³⁵. Un article spécifique à l'obligation de ne pas aggraver son dommage serait donc superflu car il n'apporterait pas plus de sécurité juridique.

Plus que jamais, en cette matière, il faut plaider en faveur d'une unité du droit des obligations. Aucune autre matière ne s'y prêterait mieux. En effet, les deux hémisphères du droit des obligations possèdent une disposition légale pertinente qui, si elles étaient mises en parallèle, créeraient un régime unifié de l'obligation de limiter son préjudice. Pour cause, le créancier lésé n'a pas moins de valeur que la victime d'un accident. Le seul fait d'avoir souhaité le rapport contractuel ne justifie pas, à lui seul, une plus grande rigueur dans l'appréciation de son comportement. Au contraire, le contrat c'est la recherche d'un bénéfice réciproque ; les attentes sont donc généralement plus grandes envers une personne avec

²³⁴ Traduction proposée : « il apparaît que le concept de limitation du préjudice a atteint un niveau nettement plus élevé d'abstraction en *Common law* qu'en droit civil » ; A. MICHAUD, « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, p. 336.

²³⁵ Propos recueillis auprès du Professeur DE CALLATAY ; voy. Annexe 1.

laquelle on a pris le risque de contracter, que d'un inconnu dont on n'attendait rien. Dès lors, il serait judicieux de profiter du parallélisme entre les articles 1134, al. 3 et 1382 Civ. pour mettre en place un système unifié du contenu et de la sanction de l'obligation étudiée. C'est également pour cette raison que les articles 1134, al. 3 et 1382 Civ. doivent être retenus comme unique fondement par les juridictions. Pour reprendre l'expression de B. Hanotiau, « 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 »²³⁶.

Ces deux obligations équivalentes, présentes en matière contractuelle et en matière extracontractuelle, doivent être perçues comme les deux facettes d'une même pièce, s'appliquant chacune dans son domaine respectif. Pareille position éviterait, de plus, l'épineux problème du concours de responsabilités.

La limitation du préjudice n'est plus l'apanage du débiteur qui, lié par l'obligation de réparation intégrale du dommage, aura toujours un intérêt à en contrôler l'ampleur. L'obligation nouvelle que nous avons étudiée « répond au souci de responsabiliser les victimes »²³⁷. Aujourd'hui, dans cette dynamique toujours plus forte d'expansion de la bonne foi, prêchant la loyauté et la collaboration contractuelle²³⁸, il est incontestable que la fonction complétive de la bonne foi met à charge du créancier l'obligation de prendre les mesures raisonnables pour limiter son préjudice.

Si l'obligation de minimiser son dommage n'est, certes, pas reconnue comme un principe général de droit belge, l'obligation de prendre des mesures raisonnables pour ne pas l'aggraver en est un selon nous. Il prophétise dans l'ensemble du droit des obligations.

Il s'agit toutefois d'être prudent quant à l'application de ce principe qui peut parfois conduire à des situations désastreuses pour la victime. Il ne faut pas perdre de vue de qui l'on

²³⁶ B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.289, point 28.

²³⁷ Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22 septembre 2005, p. 149, http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

²³⁸ X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », note sous Comm. Bruxelles (8^e ch.), 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, p. 394.

fait le procès. La marge d'appréciation du juge en fonction des circonstances de l'espèce doit permettre d'éviter qu'un objectif d'équité ne mène à des injustices.

Dans ce souci de justice, nous avons proposé de prendre en compte le dol du débiteur ou du tiers responsable sur base du principe général de droit *fraus omnia corrumpit*. Il nous semble, en effet, difficilement concevable d'imposer un devoir de collaboration et de loyauté à la victime d'une faute intentionnelle. Si ce fondement peut certainement être discuté, nous pensons qu'il doit nécessairement s'appliquer en cas d'infraction pénale intentionnelle du responsable initial.

Bibliographie

Législation

Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, signée à Vienne le 11 avril 1980, approuvée par la loi du 4 septembre 1996, art. 1^{er}, a) et b), *M.B.*, 1^{er} juillet 1997, p. 17472.

Sale of Goods Act 1979, art. 50 et 51.

C. civ., art. 1382.

C. civ., art. 1151.

C. civ., art. 1150.

C. civ., art. 1134, al. 1^{er}.

C. jud., art. 870.

Loi du 4 avril 2014 relative aux assurances, art. 75, 106 et 241, *M.B.*, 30 avril 2014, p. 35487.

Loi du 25 juin 1992 sur le contrat d'assurance terrestre, art. 20, 21, et 52, *M.B.*, 20 août 1992, p. 18283.

Loi du 11 juin 1874 contenant les titres X et XI, livre I^{er}, du code du commerce, art. 17, *M.B.*, 14 juin 1874, p. 1785.

Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, 22 septembre 2005,
http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf.

Common European Sales Law, art. 158 et art. 162.

Draft Common Frame of Reference, art. III – 3 :705.

Principes UNIDROIT, art. 1.7 et art. 7.4.8.

Jurisprudence

Jurisprudence anglaise

Henderson v. Merrett Syndicates Ltd., (1995) 2 AC 145 at 93-4.

James v. Woodall Duckham Construction Co., (1969) 1 W.L.R. 903, CA.

Yetton v. Eastwoods Froy Ltd., (1967), 1 WLR 104.

The Liverpool (No.2), (1963) P. 64 at 77-78.

White and Carter v. McGregor, (1962) A.C. 413.

McAuley v. London Transport Executive, (1957) 2 Lloyd's Rep. 500, CA.

Leather and Skin Co Ltd. v. Home and Overseas Brokers Ltd., (1948) 64 TLR 569.

*Simon v. Pawson & Leaf*s, (1932) 1 A11 E.R. 72.

British Westinghouse Electric and manufacturing Company, Ltd. v. Underground Electric Railways Company of London, Ltd., (1912) AC 673, p. 689.

Hadley v. Baxendale, (1854) 9 Exch 341, 354.

Harries v. Edmonds, (1845) 1 Car. & Kir. 686, (1845) 174 E.R. 991.

Staniford v. Lyall, (1830) 7 Bing 169.

Gainsford v. Carroll, (1824) 2 B & C 624, 107 E.R. 516.

Jurisprudence belge

Cass., 26 septembre 2012, P.12.0377.F, www.cass.be.

Cass., 18 mars 2010, C.08.0502.N, www.cass.be.

Cass., 19 juin 2009, Belgique, <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/090619b1.html>.

Cass., 16 février 2009, C.08.0043.N, www.cass.be.

Cass., 29 septembre 2006, *R.W.*, 2006-2007, p. 1717, note A. VAN OEVELEN, « De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid : een koerswijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie »

Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *Bull. ass.*, 2003, p. 815, obs. P. GRAULUS, « Fraus omnia corrumpit et responsabilité extracontractuelle ».

Avoc. gén. J. SPREUTEL, concl. précéd. Cass., 6 novembre 2002, P.01.1108.F, www.cass.be.

Cass. (1^e ch.), 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 467.

Cass. (1^e ch.), 3 octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 962.

Cass., 18 septembre 1996, *Pas.*, 1996, I, p. 316.

Cass., 14 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, p. 48, obs. D. PHILIPPE, « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage ».

Cass. (1^e ch.), 17 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1990, p. 595, note J. HEENEN, « A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire ».

Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, p. 1, note R. KRUTHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage ».

Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, p. 282, note J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion ».

Cass. (2^e ch.), 19 octobre 1983, *Pas.*, 1984, I, p. 171.

Cass., 25 novembre 1981, *R.G.A.R.*, 1983, n° 10.564.

Cass., 22 janvier 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 583.

Liège, 4 juin 2002, *J.L.M.B.*, 2003, liv. 34, p. 1498.

Gand, 10 octobre 1997, *R.W.*, 1999-2000, p. 502.

Mons, 29 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, p. 61, obs. M. VANDERMERSCH, « Trois aspects de la responsabilité contractuelle : la responsabilité contractuelle pour autrui, l'obligation pour le créancier de limiter le dommage et l'application de l'article 1150 du code civil ».

Liège, 25 mai 1990, *Rev. rég. dr.*, 1990, p. 507.

Anvers, 22 février 1989, *Bull. ass.*, 1989, p. 689.

Bruxelles, 4 janvier 1984, *R.G.A.R.*, 1986, n° 11.116.

Mons, 2 novembre 1976, *R.G.A.R.*, 1981, n°10.366.

Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, p. 497, note A. DE BERSAQUES, « L'abus de droit en matière contractuelle ».

Civ. Verviers, 29 septembre 1999, *Bull. ass.*, 2000, p. 103.

Civ. Liège, 27 octobre 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n°11.927.

Corr. Bruxelles, 29 novembre 1988, *R.G.A.R.*, 1990, n° 11.715, obs. D. DE GALLATAY.

Comm. Bruxelles (8^e ch.), 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, p. 380, note X. DIEUX, « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé ».

Pol. Bruxelles, 20 septembre 2010, *J.J.P.*, 2010, liv. 4, p. 169.

J.P. Namur, 27 juin 1995, *J.L.M.B.*, 1999, p. 1466.

Jurisprudence française

Cass. fr. (1^e ch.), 2 juillet 2014, n°13-17.599, *Bull. civ.*, 2014, p. 135.

Cass. fr. (3^e ch.), 10 juillet 2013, inédit, n°12-13.851, www.legifrance.gouv.fr.

Cass. fr. (3^e ch.), 5 février 2013, inédit, n°12-12.124, www.legifrance.gouv.fr.

Cass. fr. (2^e ch.), 22 janvier 2009, *Bull. civ.*, 2009, p. 22.

Cass. fr. (2^e ch.), 12 mai 2005, inédit, n°01-16.963, www.legifrance.gouv.fr.

Cass. fr. (2^e ch.), 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN.

Cass. fr. (2^e ch.), 19 mars 1997, *RTD civ.*, 1997, p. 675.

Cass. fr., 30 octobre 1974, n°73-93.381, *D.*, 1975, p. 178, note R. SAVATIER.

Autre

Oberster Gerichtshof, Austria, 14 January 2002,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/020114a3.html>.

Bundesgerichtshof, Germany, 25 juin 1997, CLOUT case No. 235 ;
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/21, [daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V99/818/58/PDF/V9981858.pdf?OpenElement](http://www.un.org/doc/UNDOC/GEN/V99/818/58/PDF/V9981858.pdf?OpenElement).

Oberster Gerichtshof, Austria, 6 février 1996,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960206a3.html>.

Handelsgericht St. Gallen, Suisse, 3 décembre 2002,
<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/021203s1.html>.

Oberlandesgericht Celle, Germany, 2 septembre 1998, CLOUD No. 318 ;
A/CN.9/SER.C/ABSTRACTS/30, [daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/541/90/PDF/V0054190.pdf?OpenElement](http://www.un.org/doc/UNDOC/GEN/V00/541/90/PDF/V0054190.pdf?OpenElement).

Doctrine

Doctrine anglaise

BEALE, H., FAUVARQUE-COSON, B., RUTGERS, J., TALLON, D. and VOGENAUER, S.,
Cases, Materials and Text on Contract Law, Oxford, Hart, 2nd ed., 2010.

BEATSON, J., BURROWS, A. and CARTWRIGHT, J., *Anson's Law of Contract*, Oxford,
Oxford University Press, 29th ed., 2010.

BRIDGE, M.G., *The International Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2013.

CARTWRIGHT, J., *Contract law : An introduction to the English law of contract for the civil lawyer*, Oxford, Hart, 2007.

DEAKIN, S., JOHNSTON, A. and MARKESINIS, B., *Markesinis and Deakin's Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013.

MCGREGOR, H., *McGregor on Damages*, 17th ed., London, Sweet & Maxwell Limited, 2003.

MICHAUD, A., « Mitigation of damage in the context of remedies for breach of contract », *Rev. gén. dr.*, 1984, pp. 293-340.

SCHWENZER, I., FOUNTOULAKIS, C., DIMSEY, M., *International sales law. A guide to the CISG*, Oxford, Hart, 2012.

WIGHTMAN, J., « Good faith and pluralism in the law of contract », in *Good faith in contract. Concept and context*, Aldershot, Dartmouth Publishing Co, 1999, pp. 41-66.

X., *Oxford dictionary of Law*, 7th, Oxford, Oxford University Press, 2009.

Doctrine belge

DALCQ, R.-O., « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.271.

DE BERSAQUES, A., « L'abus de droit en matière contractuelle », note sous Liège, 14 février 1964, *R.C.J.B.*, 1969, pp. 497-533.

DE CALLATAÏ, D. et ESTIENNE, N., *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Volume 2 : Le dommage*, Bruxelles, Larcier, 2009.

DIEUX, X., « Réflexions sur la force obligatoire des contrats et sur la théorie de l'imprévision en droit privé », note sous Comm. Bruxelles (8^e ch.), 16 janvier 1979, *R.C.J.B.*, 1983, pp. 386-409.

DIRIX, E., DE SWAEF, M., LIERMAN, S. et PATART, D., *Cour de cassation de Belgique. Rapport annuel 2011*, http://justice.belgium.be/fr/binaries/cass2011fr_tcm421-210526.pdf.

DIRIX, E., DE SWAEF, M., LECROART, P. et LIERMAN, S., *Cour de cassation de Belgique. Rapport annuel 2010*, http://justice.belgium.be/fr/binaries/cass2010fr_tcm421-210506.pdf.

DUBUISSON, B., « Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, La Chartre, 2010, pp. 1-51.

FAGNART, J.-L., « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en expansion », note sous Cass. (3^e ch.), 19 septembre 1983, *R.C.J.B.*, 1986, pp. 285-316.

GLANSDORFF, F., « Encore à propos de la causalité : Le concours entre la faute intentionnelle de l'auteur du dommage et la faute involontaire de la victime », note sous Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *R.C.J.B.*, 2004, pp. 272-290.

GRAULUS, P., « Fraus omnia corrumpit et responsabilité extracontractuelle », obs. sous Cass. (2^e ch.), 6 novembre 2002, *Bull. ass.*, 2003, pp. 816-817.

HANOTIAU, B., « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extra-contractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11.289.

HEENEN, J., « A propos de l'extinction d'un droit subjectif par suite du comportement de son titulaire », note sous Cass. (1^e ch.), 17 mai 1990, *R.C.J.B.*, 1990, pp. 599-609.

KIRKPATRICK, J., « La maxime fraus omnia corrumpit et la réparation du dommage causé par un délit intentionnel en concours avec une faute involontaire de la victime. A propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 novembre 2002 », *J.T.*, 2003, pp. 573-578.

KRUIHOF, R., « La modification conventionnelle du contrat », in *Rapports belges au XIIIe Congrès de l'Académie internationale de droit comparé*, Anvers, Kluwer, 1986, p. 104.

KRUITHOF, R., « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », note sous Cass. (1^e ch.), 22 mars 1985, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 12-55.

PÉRILLEUX, J., « Rapport belge », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, pp. 237-250.

PHILIPPE, D., « L'obligation pour la victime de limiter son propre dommage », obs. sous Cass., 14 mai 1992, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 49-52.

RAUWS, W., « Misbruik van contractuele rechten », *R.D.C.*, 1984, p. 244.

RONSE, J., « Marginale toetsing in het privaatrecht », *T.P.R.*, 1977, pp. 207 et s.

STIJS, S., « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexions sur l'exécution de bonne foi des contrats et l'abus de droits contractuels », *J.T.*, 1990, pp. 33-44.

VAN CAENEGEM, R.C., *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1988.

VANDERMERSCH, M., « Trois aspects de la responsabilité contractuelle : la responsabilité contractuelle pour autrui, l'obligation pour le créancier de limiter le dommage et l'application de l'article 1150 du code civil », obs. sous Mons, 29 juin 1993, *J.L.M.B.*, 1994, pp. 63-66.

VAN OMMESLAGHE, P., « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *R.G.D.C.*, 1987, pp. 101-110.

VAN OMMESLAGHE, P., *Droit des obligations. Sources des obligations*, T.II, Bruxelles, Bruylant, 2010.

VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., « Over de zelfstandige maar afgebakende rol van *fraus omnia corrumpit* in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht », in *Fraus omnia corrumpit : mogelijkheden en moeilijkheden in het privaatrecht*, Brugge, die Keure, 2014, pp. 51-72.

WÉRY, P., *Droit des obligations. Théorie générale du contrat*, v. 1, Bruxelles, Larcier, 2010.

WÉRY, P., « L'option des responsabilités entre parties contractantes », in *Les rapports entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle*, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 223-245.

Doctrine française

BÉNABENT, A., « Rapport français », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, pp. 291-300.

COURT DE FONTMICHEL, A., « La sanction des fautes lucratives par des dommages-intérêts punitifs et le droit français », *Rev. dr. unif.*, 2005, pp. 737-758.

JOURDAIN, P., « La Cour de cassation nie toute obligation de la victime de minimiser son propre dommage », obs. sous Cass. fr., 19 juin 2003, n°930 et n°931, *RTD civ.*, 2003, pp. 716-719.

LAITHIER, Y.-M., *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 2004.

MAZEAUD, D., « La passivité de la victime, l'intérêt de l'auteur du dommage », *D.*, 2004, pp. 1346-1347.

PICOD, Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, Paris, L.G.D.J., 1989.

REIFEGERSTE, S., *Pour une obligation de minimiser le dommage*, Aix-en Provence, P.U.A.M., 2002.

SCHMIDT-SZALEWSKI, J., « La période précontractuelle en droit français », *R.I.D.C.*, 1990, v. 42, n° 2, p. 145 et s.

TISSEYRE, S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats. Essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, Aix-en-Provence, P.U.A.M., 2012.

X., Publications de la Cour de cassation française, Rapport annuel 2010, https://www.courdecassation.fr/IMG/pdf/Rapport_annuel_CC_2010.pdf.

Autre

BAECK, J., « Damages and interest under the CESL proposal : not too different from Belgian law », in *The draft common european sales law : towards an alternative sales law ? A Belgian perspective*, Antwerp, Intersentia, 2013, pp. 255-280.

CHEN-WISHART, M. and MAGNUS, U., « Termination, price reduction, and damages », in *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 647-686.

DANNEMANN, G., « The CESL as optional sales law », in *The Common European Sales Law in Context*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 708-731.

MASSE, C., « Rapport général », in *La bonne foi : journées louisianaises*, Paris, Litec, 1994, pp. 217-228.

PEROVIC, J., « Etendue et limitation de la responsabilité contractuelle selon la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises – Quid en particulier des clauses excluant les *consequential damages* ? », *Rev. dr. intern. comp.*, 2010, liv. 4, pp. 571-604.

X., CNUDCI, *Précis de jurisprudence de la CNUDCI concernant la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises*, éd. 2012, <http://www.uncitral.org/pdf/french/clout/CISG-digest-2012-f.pdf>.

X., UNCITRAL, *Digest of case law on the United Nations Convention on the International Sale of Goods*, A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/77, <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/V04/556/00/PDF/V0455600.pdf?OpenElement>.

ZELLER, B., *Damages under the Convention on contract for the international sale of goods*, New-York, Oceana Publications Inc., 2005.

Table des matières

REMERCIEMENTS	1
Introduction	2
Chapitre I. Notions	4
Section 1. Véritable obligation ou simple incombance ?	4
Chapitre II. Fondements de l'obligation.....	7
Section 1. Droit civil continental (Belgique/France).....	7
§ 1. Bases légales identiques, interprétations différentes	8
§ 2. Droit belge	9
a) Fondement retenu	9
b) Fonction retenue.....	13
c) Contrôle marginal de la bonne foi	19
d) Sanction de la violation de l'obligation	20
e) Obligation de limiter son préjudice en cas de faute initiale intentionnelle ?	22
f) Consécration dans des lois particulières	27
§ 3. Droit français	30
a) Fondements plausibles	30
b) Fondement retenu.....	33
Section 2. Common law	37
§ 1. Remarques préliminaires	37
a) <i>Good faith</i>	37
b) Lien avec d'autres principes du droit des contrats	39
§ 2. Initiative jurisprudentielle	39
a) Origine.....	39

b) Principe autonome.....	41
c) Règle de base.....	42
d) <i>Reasonable steps</i>	44
e) Dépenses recouvrables	45
§ 3. Consécration législative (Sale of Goods Act 1979)	46
Chapitre III. Obligation identique en matière extracontractuelle.....	48
Section 1. Droit civil continental (Belgique).....	48
§ 1. Fondement retenu	48
a) Développement jurisprudentiel	48
b) Appréciation de la faute	49
c) Est-ce vraiment un fondement différent ?	50
d) Influence sur le développement en matière contractuelle	52
Section 2. Tort law	53
Chapitre IV. Appareils internationaux	54
Section 1. Instrument contraignant : CVIM	55
§ 1. Champ d'application limité	55
§ 2. Régime.....	56
Section 2. Instruments non-contraignants : principes UNIDROIT et principes européens des contrats.....	64
§ 1. Principes UNIDROIT	64
§ 2. DCFR et CESL.....	65
Section 3. Fonction incitatrice sur le droit national.....	69
Conclusion.....	72
Bibliographie	75

Table des matières	85
Annexe 1.....	88

Annexe 1

L'obligation de limiter son préjudice

Interview du Professeur D.
de Callataÿ

Edouard Berdal

1. Introduction

Dans le cadre de notre mémoire de fin d'étude, portant sur « L'obligation de limiter son préjudice en matière contractuelle », nous sommes amenés à aborder un sujet en pleine évolution, aux limites encore mal définies. Des controverses existent quant au fondement, à la portée de cette obligation, et quant à l'emploi du terme obligation en tant que tel. Inévitablement, pour clarifier ces questions, il est indispensable de se pencher sur l'origine de cette obligation en droit belge, et dès lors, sur l'obligation de ne pas aggraver fautivement son dommage en responsabilité extracontractuelle. Pour ce faire, nous voulions faire appel à un spécialiste réputé en la matière en la personne du Professeur D. de Callataÿ.

Durée de l'interview : 36 min.

Support pour l'entretien : Support audio

2. Questionnaire

- 1. Au niveau sémantique, j'utilise systématiquement 'obligation de limiter son préjudice' pour qualifier l'obligation que j'étudie. Est-ce la même chose que de dire 'obligation de ne pas aggraver son préjudice' ? La nuance est-elle importante ?

Certains font cette distinction, moi je ne suis pas très convaincu. Dans la langue française, il est possible d'exprimer les choses négativement ou positivement à propos d'un même sujet. En réalité, l'obligation de limiter le préjudice ou de ne pas l'aggraver, pour moi, cela revient un peu au même. On peut faire une différence entre l'obligation de prévenir le dommage et l'obligation de le circonscrire ou de ne pas l'aggraver. Selon moi, la différence est temporelle. Est-ce qu'avant la survenance du dommage, on a convenu une obligation de prévention de ce dommage? C'est le concept classique en matière contractuelle de la faute de la victime : si cette faute a contribué à la survenance du dommage, on va pouvoir lui opposer sa propre faute sous réserve de la possibilité pour l'auteur d'une faute intentionnelle d'opposer à la victime sa propre négligence qui a facilité la survenance du dommage.

- 2. Il est admis en doctrine que l'obligation de limiter son préjudice n'est pas un principe général de droit. Peut-on dire que l'obligation de ne pas aggraver fautivement son préjudice, de prendre des mesures raisonnables pour le limiter soit par contre un principe général de droit ?

Je ne suis pas un spécialiste des principes généraux du droit ou de la théorie générale du droit. Ce que je pense, c'est que l'homme normalement prudent et avisé ne commet pas de faute, que l'on est responsable des dommages que l'on commet par sa faute et que c'est dans ce cadre-là que l'on doit cadrer les questions de limitation du dommage ou de non-aggravation du dommage, c'est-à-dire que la victime reste un homme normalement prudent et avisé qui doit se comporter comme tel et qu'on peut donc lui opposer les manquements aux devoirs de prudence ou de diligence du bon père de famille.

- 3. Les juridictions belges retiennent la théorie de l'équivalence des conditions pour la causalité. Partant de là, vous dites (au cours) à propos du retard procédural qu'il a en fait deux responsables et donc qu'il devrait y avoir un partage de responsabilité. C'est-à-dire une mise à charge partagée des intérêts compensatoires qui dépassent le critère raisonnable ? La faute de l'auteur est une condition nécessaire ?

On peut opposer à la victime sa propre faute si elle est une condition nécessaire du dommage et si sans cette faute le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit avec la même intensité et les mêmes conséquences. Donc effectivement, le responsable qui oppose à la victime sa faute doit prouver que cette faute est en lien causal avec tout ou une partie du dommage. Il doit prouver s'il s'agit d'une faute dans la prévention de la survenance de l'événement dommageable ou si c'est en rapport avec une partie du dommage, s'il s'agit d'un manquement à l'obligation de limiter le préjudice ou de ne pas l'aggraver, c'est-à-dire un comportement fautif qui fait que le dommage n'a pas été limité ou qu'il s'est aggravé. Effectivement à propos du retard procédural, on voit dans la jurisprudence des choses qui vont un peu dans tous les sens et avec des extrêmes. C'est-à-dire que d'aucuns disent que la faute de la victime ne peut pas être sanctionnée parce que le responsable avait les moyens d'éviter le dommage en prenant les initiatives de procédure pour que le dossier avance, pour que l'évaluation avance, par exemple en faisant des offres de règlement ou des consignations de l'indemnité qu'il pensait due, en faisant le paiement de l'incontestablement dû ... Le responsable avait les moyens que les choses progressent et ne peut s'en prendre qu'à lui-même de ne pas avoir utilisé ces moyens. Donc on ne sanctionne pas la victime qui est aussi fautive de ne pas avoir

répondu aux demandes du responsable. Cette jurisprudence me paraît critiquable parce que l'on regarde si le dommage aurait pu être évité sans la faute du responsable mais on ne se demande pas s'il aurait pu être évité sans la faute de la victime à qui l'on demandait de présenter sa réclamation. Or, le bon père de famille quand il peut présenter sa réclamation, il la présente. Je crois qu'il y a un problème dans cette jurisprudence qui ne s'intéresse qu'à la faute du responsable sans avoir égard à la faute de la victime. Bien sûr le responsable est fautif et cela peut justifier un partage de responsabilités mais pas qu'on lui délaisse la totale responsabilité du dommage alors qu'il est établi, par hypothèse, que la victime a été négligente dans le suivi du dossier et a fautivement tardé à faire valoir ses réclamations.

Les intérêts compensatoires sont une indemnité comme une autre, sans statut particulier. C'est un dommage qui résulte du retard avec lequel le dommage initial a été réparé. Donc, mon dommage a été aggravé car il n'a pas été réparé immédiatement. Si j'avais reçu l'argent, j'aurais pu les placer et en avoir de l'intérêt, j'aurais pu remplacer mon instrument de musique et je n'aurais pas eu la perte de jouissance de mon instrument qui n'a été réparé que deux ans plus tard. Mais qui est responsable de l'aggravation du dommage ? Le responsable ou la victime ou les deux ? En fonction de cela, pour ce dommage, il faut vérifier s'il ne faut pas sanctionner la victime fautive par une suspension ou une réduction des intérêts. La faute de l'auteur est-elle une condition nécessaire ? Cela devient un peu subtil mais on pourrait distinguer l'hypothèse où la victime est négligente mais que le responsable l'est également. Dans ce cas, aucun des deux ne met le dossier en état, ne se préoccupe de son avancement. On pourrait se dire, pour ce dossier, qu'ils sont tous les deux négligents. Il y aurait alors deux responsables et donc un partage de responsabilités. Mais on peut aussi avoir l'hypothèse où le responsable, l'assureur, n'est pas négligent. Il écrit à l'avocat de la victime, il envoie des rappels, il fait ce qu'il faut, il voudrait indemniser mais il ne peut pas. Certes, il ne prend pas les initiatives de procédures ultimes : les conciliations, le paiement de l'incontestablement dû mais ce sont des instruments exceptionnels. Le bon assureur répond aux courriers qu'on lui envoie mais il ne va pas, à ce point, courir après la victime quand la loi ne lui impose pas. Donc on a cette hypothèse où le retard apporté au règlement du dossier n'est que le fait de la victime et pas de l'assureur car il n'est pas fautif. Dans ce cas-là, est-ce que l'on doit délaisser toute la charge des intérêts de retard à la victime parce qu'elle est seule responsable du retard, ou est-ce que l'on ne peut pas se dire que s'il n'y avait pas eu la faute initiale du responsable, il n'y aurait pas eu le problème du dommage et donc le problème du retard avec lequel on paie ce dommage ? Il demeure un lien de causalité entre le dommage initial et la faute aggravée. Et à ce moment-là, théoriquement, vous devriez faire un partage de responsabilités qui, vous le savez, dépend non pas tellement de la gravité respective des fautes mais de l'intensité de

leur lien causal et rien n'interdit au juge du fond de considérer que pour ce dommage aggravé, imputable au retard, c'est la faute de la victime qui est le plus intensément en lien causal car elle est responsable du retard, alors que la faute initiale est lointaine dans cette chaîne. Mais le refus de toute charge compensatoire parce que la victime a traîné et que le responsable n'a pas manqué à ses obligations perd de vue que le responsable est quand même responsable du dommage et que sa faute reste un rapport causal certain avec ce dommage aggravé.

- 4. La faute contributoire intervient en principe sur l'étendue du dommage initial. Ici il s'agit d'un dommage ultérieur au dommage initial bien qu'il y soit lié. Cela n'a pas d'incidence ?

Abordé ci-dessus.

- 5. Cette position serait-elle également défendable en France, avec la théorie de la causalité adéquate ?

J'ai vu une étude, récemment publiée, sur la non-obligation de limiter le dommage en France. J'ai marqué ma surprise par rapport à l'arrêt de la Cour de cassation qui avait validé le comportement spéculateur d'une victime qui revendiquait l'indemnisation de son besoin d'assistance la nuit parce qu'elle avait besoin de quelqu'un pour l'aider à monter les escaliers et à les descendre et qui refusait d'adapter son logement alors qu'il était possible de faire une extension du rez-de-chaussée et que l'assureur l'offrait. C'était d'autant plus ahurissant que cette personne avait déménagé après l'accident pour revenir dans cette maison. Ce n'était pas un logement auquel elle était indéfectiblement liée ad vitam et qu'elle ne pouvait absolument pas quitter. Elle l'avait quitté pour des raisons de facilité et y était revenue pour je ne sais quelle raison personnelle. Et voilà qu'on considère qu'on a pas à se mêler de la manière dont la victime répare son dommage, c'est l'autonomie de la volonté. Et quand dans un séminaire avec les gens de Paris II, on abordait la problématique du refus de soin, ils trouvaient aussi que la victime avait un droit inconditionnel à son intégrité physique, qu'elle ne pouvait pas se voir contrainte à des interventions chirurgicales ou à des soins médicaux si elle n'en voulait pas et qu'on devait réparer son dommage intégralement. J'évoquais le caractère tout à fait spéculatif de cette doctrine puisque la victime allait demander son dommage intégral et dès son indemnité perçue, allait se faire opérer et subir les soins, qu'elle allait limiter son préjudice. Cela est

un peu gênant. Je suggérerais alors, si l'assureur était face à cette situation, d'offrir une indemnisation qui ne soit pas en capital, mais en rentes provisionnelles. De la sorte, le jour où elle est réopérée on peut faire la réduction de la rente. Je signalais que la jurisprudence belge sur le refus de soin ne contraint pas la victime à se soumettre à des soins, mais le dommage qui aurait été amélioré par l'intervention n'est pas pris en compte. Elle en garde la charge mais elle peut solliciter le coût de l'intervention qu'elle s'y soumette ou pas. Si elle se fait opérer, elle a exactement ce qui correspondait au préjudice et si elle ne se fait pas opérer le dommage aggravé qui en résulte est considéré comme étant strictement la négligence de ne pas se faire opérer. Le juge ne va pas sanctionner un refus de soin s'il n'y a pas un rapport d'expertise exposant que la victime a été négligente de ne pas se soumettre à des traitements. Il faut être conscient que l'on est pas obligé de se soumettre à toutes les opérations que les médecins préconisent car il y a quand même des risques. Avec l'anesthésie générale, il y a un risque léthal. La victime peut avoir peur et on ne peut pas le lui reprocher. Est-ce que le bon père de famille prend l'avion ou est-ce qu'il choisit d'aller à la mer du nord et de prendre le train ? Ce n'est pas pour ça qu'il devient un mauvais père de famille. Pourtant le risque de mourir d'un accident d'avion n'est pas plus élevé que lors d'une opération chirurgicale. Ce qui veut dire qu'en théorie on peut opposer à la victime le refus de soin mais en droit commun c'est assez rarissime qu'on trouve cette jurisprudence.

- 6. Dans la pratique, soit la faute de la victime à limiter son préjudice est reconnue et cette partie du dommage n'est pas recouvrable, soit elle est reconnue non fautive et à droit à la réparation intégrale. Comment expliquer ces deux extrêmes?

On ne raisonne pas trop en fonction que l'idée de la faute initiale de l'auteur du dommage a également contribué à toutes ses conséquences directes ou indirectes. Le dommage aggravé est une conséquence indirecte du dommage initial. De sorte que théoriquement l'auteur devrait être également co-responsable de ce dommage aggravé et dans une mesure qui peut être déterminée en fonction de l'incidence du lien causal entre les fautes respectives de l'auteur du dommage et de la victime sur le dommage aggravé. C'est là que l'on peut considérer parfois que la victime est seule responsable de l'aggravation de son dommage. C'est une petite entorse au principe de l'équivalence des conditions mais on devrait idéalement dire que la victime est responsable à 99 % de son dommage aggravé ce serait plus juste en droit que de dire qu'elle est seule responsable de l'aggravation parce que sans la faute initiale il n'y aurait pas eu de dommages. L'équivalence des conditions, c'est très bien on en a besoin pour trouver une réponse à pas mal de questions, ça marche globalement mais il y a des limites ou des entorses à cette théorie. À certains moments, on va dire ce n'est plus la condition ou la cause du dommage

mais que c'était l'occasion du dommage. On s'arrête dans la chaîne des antécédents. J'avais été très perplexe sur un cas : si un passager monte dans la voiture de quelqu'un qui est ivre, il y avait faute de la victime, et on lui opposait, avant la loi sur les usagers faibles, la faute de monter dans la voiture de quelqu'un d'ivre. On lui délaissait la moitié ou le tiers de son dommage. Une jurisprudence similaire existait pour le port de la ceinture, à condition que la faute de la victime ait contribué à l'occasion du dommage. Si vous n'avez pas mis votre ceinture mais que vous avez été percuté sur le flan à 200 à l'heure, votre ceinture de sécurité n'aurait rien changé et donc votre faute de victime n'est pas en rapport causal avec votre dommage. Par contre, pour un petit choc avant à 50km/h, vous foncez dans le pare-brise et vous êtes défiguré, avec la ceinture vous ne l'auriez pas été. C'est la jurisprudence classique. Dans ce cadre-là on disait si vous montez fautivement dans la voiture de quelqu'un qui a bu mais qu'il arrive un accident dont le conducteur n'est pas responsable parce qu'il se voit violer la priorité de droite par quelqu'un d'autre, qui a bu ou pas, il n'y a pas de lien causal entre l'intoxication alcoolique du conducteur et la survenance de l'accident. Donc votre faute est sans lien causal avec l'accident. Par contre la faute de la victime, c'est d'être monté dans la voiture de quelqu'un qui avait bu et sans cette faute, *in concreto*, je ne serais pas monté dans cette voiture ce jour-là. Je n'aurais rien eu parce que le bon père de famille ne monte pas dans la voiture de quelqu'un qui a bu.

- 7. Si cela s'applique pour les dommages et intérêts, pourquoi ne pas l'appliquer aussi pour un partage de responsabilité en cas de dommage excédentaire lié au refus de soins ? (surtout devant les juridictions du travail)

En réalité, devant les juridictions du travail, on va refuser intégralement à la victime la réparation du dommage excédentaire. Un accident du travail c'est forfaitaire, on ne raisonne pas en fonction de la faute ou de la co-responsabilité de l'employeur ou d'un collègue ou de quelqu'un d'autre. En accident du travail, ce n'est pas un partage de responsabilité qu'on fait vis-à-vis de la victime quand on applique la loi de 1971 sur les accidents du travail. On ne va parler de responsabilité que si par ailleurs, l'assureur-loi ou la victime pour son dommage non-couvert en loi veut faire un recours contre le tiers responsable. Dans ce cas, il y a l'article 46 de la loi du 10 avril 1971. Vous pouvez le faire s'il y a une faute sauf contre le collègue ou l'employeur ou l'un de ses mandataires à moins qu'il ne soit dans une des exceptions... et vous avez toutes les exceptions comme la faute grave, l'accident de roulage ... , Effectivement sur le refus de soin, dans la jurisprudence que l'on observe, on va délaissier à la victime l'entièreté du différentiel entre le dommage aggravé et le dommage qui aurait pu être réduit par l'intervention chirurgicale compensée par l'addition au dommage initial ou au dommage final s'il avait

été limité par l'intervention chirurgicale compensée aussi par l'addition à ce dommage des coûts de l'intervention, des dommages moraux liés à l'hospitalisation ou aux incapacités liées à cela, sans se préoccuper de délaisser un centième ou un millième de ce dommage aggravé au tiers responsable alors que sans sa faute initiale, le dommage ne se serait pas produit et le dommage aggravé ne serait pas survenu.

- 8. Pour l'appréciation de la faute de la victime, à partir de quel moment est-elle reconnue fautive ?

C'est dans la jurisprudence, le juge doit s'imaginer quel aurait été le comportement d'un bon père de famille normalement prudent et avisé placé dans les mêmes circonstances.

- 9. Il faut donc qu'elle soit juste bête, la négligence involontaire fautive suffit ? En matière contractuelle, il faut être de mauvaise foi (contraire à la bonne foi dans sa fonction complétive) ce qui implique un dol selon J.-L. Fagnart. L'obligation n'est-elle pas alors plus stricte en matière extracontractuelle ?

Le bon père de famille est quelqu'un qui n'est pas super intelligent mais il est prié d'être un peu malin, à moins que l'accident l'ait rendu bête. Vous ne pouvez pas reprocher une aggravation du dommage à quelqu'un qui est traumatisé crânien et qui se fait renvoyer de son centre de révalidation car il a piqué l'ordinateur de sa directrice car il a un comportement induit par son accident qui justifie ce vol. Si c'était une petite frappe qui volait tous les ordinateurs à sa portée en ce compris celui de la directrice et qui n'a pas de traumatisme crânien ce ne serait pas la même chose. C'est quelque chose que l'on voit assez régulièrement parce que l'assureur reproche à la victime de ne pas être compliant ou de ne pas se soumettre à tous les traitements qui permettraient d'améliorer sa situation. Le dol n'est pas requis pour opposer à la victime sa faute en matière d'aggravation du dommage, la négligence suffit. On sanctionne la bêtise et pas uniquement la méchanceté. On ne sanctionne pas uniquement la volonté que le dommage soit plus lourd pour l'assureur. J'ai perdu mon enfant alors je vais construire une pyramide pour qu'ils paient un maximum, cet esprit de revanche n'est pas requis. Si vous construisez une pyramide, on approche là le terrain délicat des frais somptuaires et des frais qui constituent une violation fautive de la limitation du préjudice. Il n'est pas requis que la victime ait agi dans un souci de malveillance, d'enrichissement ou de spéculation. La négligence ou la

bêtise suffisent pour autant qu'on imagine que le bon père de famille n'agirait pas comme cela. À vous d'en déduire que l'obligation est plus sévère en matière extra-contractuelle qu'en matière contractuelle.

- 10. Problème des « fautes lucratives » : est-ce qu'une faute lucrative induit toujours un dol et une responsabilité pénale ?

Les fautes lucratives en tant que telles on ne les connaît pas beaucoup en Belgique. Ce qu'on veut viser là c'est le comportement de quelqu'un qui recherche délibérément son avantage personnel et qui se préoccupe peu du dommage qu'il va causer à autrui. Peu m'importe les dommages et intérêts que je vais avoir à payer pour avoir publié les seins de Kate Middleton puisque je vendrai tellement de journaux que ça me permettra de payer les 50 ou 100 procès à venir. Dans mon esprit, j'associe cela à quelque chose de malveillant ou de délibéré.

- 11. Caractère purement indemnitaire de la responsabilité civile : n'y aurait-il pas un moyen en droit des obligations pour augmenter le montant de l'indemnisation dans un tel cas (sans compter l'évaluation plus élevée du dommage moral qui en résulte) ?

La question se pose de la sanction de ces comportements un peu asociaux qui ne se préoccupent pas du tort qu'ils vont causer aux voisins en se disant que les profits qu'ils en retireront seront supérieurs aux dommages et intérêts qu'ils auront à payer pour réparer le tort causé. Le droit civil est indemnitaire, est-ce qu'il faudrait le rendre punitif ? Est-ce que ce n'est pas plutôt le rôle de la sanction pénale. Je ne suis pas certain que ce soit un progrès de laisser la victime se charger de faire justice. J'entends beaucoup de victimes frustrées de ne pas pouvoir participer davantage au débat sur la sanction pénale du responsable. Je sais que la partie civile est le parent pauvre du procès pénal et que cela génère beaucoup de frustration et de souffrance ce n'est pas pour autant que cette situation m'amène à regretter le temps où la famille de la victime allait tuer la famille du responsable. Cette médiation par la société me paraît indispensable et je trouve désastreux que le Parquet par manque de moyens ou d'investissements dans certains dossiers ne soit pas toujours à la hauteur du rôle que la loi lui donne, c'est-à-dire de rétablir l'équilibre social en exprimant la colère de la société par rapport à la faute commise.

- 12. Le concept de *fraus omnia corrumpit* permettrait-il d'écarter l'obligation de la victime de limiter son préjudice en cas de dol initial de l'auteur ? C'est aberrant d'imposer un devoir de collaboration avec quelqu'un qui vous a causé volontairement un dommage ? Une intention de nuire en matière extracontractuelle.

Vous connaissez cette jurisprudence de la Cour de cassation, de 2002 ou de 2003 de mémoire, puisque c'est dans la foulée de l'arrêt sur le travail au noir qui dit qu'on ne peut pas quand on est l'auteur d'une faute intentionnelle opposer à la victime sa propre négligence qui a contribué à la survenance du dommage. Oui je vous ai volé mais parce que vos mécanismes de sécurité étaient défectueux. Oui moi monsieur Kerviel j'ai détourné ou spéculé sur 5 milliards, je sais très bien ce que je faisais et que c'était fautif mais quand même vous êtes des pignoufs parce que vous saviez très bien qu'un trader allait faire ça. Non, c'est totalement immoral, pour l'auteur d'une faute intentionnelle, de dire je me suis attaqué aux faibles en fait. Je suis prédateur, n'allez pas m'en faire le reproche puisque j'ai choisi, j'ai visé le point faible. Le volet était ouvert, on avait laissé la clé sur la voiture. Alors voilà, il ne fallait pas me provoquer. C'est inaudible pour moi. Le fait que l'auteur d'une faute intentionnelle doive réparer intégralement le préjudice, ce n'est peut-être pas très civiliste dans le sens où la faute de la victime a contribué au dommage mais j'aime bien car ça m'est insupportable que l'auteur d'une faute intentionnelle puisse utiliser l'excuse de la provocation alors qu'elle est involontaire. Je n'ai pas mis la clé sur le tableau de bord pour qu'on la prenne.

- 13. En droit anglais (McGregor on damages) le standard du caractère raisonnable ne change pas malgré le fait que le défendeur soit l'auteur d'un délit.
- 14. Il s'agit d'une obligation de moyen, la charge de la preuve est donc sur les épaules du défendeur qui invoque ce moyen de défense?

La victime prouve la faute du responsable à l'origine d'un dommage, elle prouve tout son dommage, et elle prouve que sans ce responsable la faute ne serait jamais née. C'est ensuite au responsable à opposer que le dommage a été aggravé par la faute de la victime, aurait pu être limité sans la faute de la victime et donc de prouver la faute de la victime, la part du dommage qui aurait été aggravé, le lien causal certain entre la faute de la victime et l'aggravation du dommage.

- 15. Dans votre pratique, avez-vous déjà été confronté à une violation de l'obligation de limiter son préjudice ?

Oui dans les soins médicaux, dans les déplacements à l'étranger pour des soins médicaux, pour des gens qui font un peu tout et n'importe quoi au niveau des traitements, qui vont chez tous les charlatans du monde entier parce que la médecine traditionnelle leur dit que l'on ne peut plus rien faire et qu'ils sont réticents à ce discours parce qu'ils veulent tout faire.

Je succédais tardivement dans un dossier où je n'ai rien pu faire. Un cas concernant une victime tétraplégique dont les avocats disaient, « ah vous sortez de l'hôpital, vous rentrez à la maison mais vous devez engager du personnel rémunéré parce qu'on va pouvoir évaluer votre besoin d'assistance sur ce coup-là et vous aurez 200.000 ou 300.000 francs belges par mois tandis que si c'est votre papa ou votre maman qui s'en occupe, on va être beaucoup moins généreux. Et donc on va calculer le préjudice sur le coût de l'aide rémunérée et après vous pourrez licencier votre personnel et vous aurez touché le pactole ». Ils ont investi là-dedans et ils ont demandé les provisions sur le dommage global et ils ont engagé du personnel à grands frais mais le tribunal a considéré que la victime avait fautivement aggravé son dommage en faisant appel à une aide rémunérée alors qu'il y avait un cadre familial qui était suffisant. On a conclu à une aggravation fautive du préjudice et on a laissé à charge de cette victime les débours qu'elle avait faits. Les avocats ont dit « c'est inacceptable, on va aller en appel, ça ne va pas du tout et le temps qu'on va appel on doit continuer cette dépense ou cet investissement où notre stratégie ne tient plus la route ». Et en appel, ils ont confirmé cette jurisprudence défavorable et le bonhomme a été ruiné puisqu'il avait consommé toutes ses provisions en payant du personnel rémunéré, dont il n'a jamais été remboursé. Voilà l'illustration de la sanction de ne pas aggraver son dommage.

- 16. Certains auteurs (A. Michaud) préconisent l'introduction d'un article spécifique dans le Code civil. Les articles 1382 et 1134, al. 3 Civ. ne sont-ils pas satisfaisants pour fonder cette obligation ?

Je ne recommande pas l'introduction d'un article spécifique parce que je trouve que 1382 est une disposition qui fait ses preuves. En tout cas, pour l'instant, la jurisprudence n'a pas trop à rougir de la manière dont elle l'interprète.

