Université Paris-Panthéon-Assas

École doctorale de Droit Privé

Thèse de doctorat en Droit
soutenue le 06 juillet 2022

L'obligation de modérer le dommage en matière contractuelle (Étude critique en droits français et vénézuélien)

Thèse de Doctorat / juillet 2022

Par Jose Annicchiarico Villagran

Sous la direction de MM. Denis Mazeaud et Thomas Genicon
Professeurs à l'Université Paris-Panthéon-Assas

Membres du jury :
M. Olivier Deshayes (rapporteur)
Professeur à l'Université Paris-Nanterre

M. Yves-Marie Laithier (rapporteur)
Professeur à l'Université Panthéon- Sorbonne (Paris 1)

M. Pedro Saghy
Docteur en droit
Avocat inscrit au barreau de Caracas et au barreau de Paris

Avertissement

La Faculté n’entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je tiens à remercier infiniment mon professeur Denis Mazeaud, avec qui j'ai eu le plaisir de traverser le monde avec l'association Henri Capitant, et sans qui cette thèse n'existerait pas.

À Monsieur le professeur Thomas Genicon pour tous ses profitables conseils et pour avoir eu l'amabilité et la gentillesse de guider la révision de la thèse.

À mon professeur Christian Larroumet.

À Mariana et Federico, les bonheurs de ma vie. Merci pour leur amour inconditionnel et pour leur patience infinie.

À mes parents, à qui je dois tout.

À mon pays, le Venezuela, qui dans les moments obscurs de son histoire, reste source inépuisable d'inspiration, de travail et de passion, la raison principale de cette recherche.

À tous mes amis et associés avec qui j'ai le plaisir de parcourir la vie et le droit, qui ont contribué d'une façon ou d'une autre à la réalisation de ce projet.

Résumé :

L'obligation de modérer le dommage en matière contractuelle, devoir ancré sur le principe d'efficacité économique propre aux systèmes de la *common law*, a du mal à trouver une justification positive dans les systèmes de droit continental fondés sur une conception volontariste du contrat et sur le principe de la réparation intégrale du dommage, tels que les systèmes français et vénézuélien. Cependant, la transposition des dispositifs fondés sur le principe d'efficacité économique sont de plus en plus nombreux dans les pays de droit continental, dans les principes de *soft law* et même dans la réforme du droit français. La thèse propose de réaliser une analyse critique du droit des contrats en France et au Vénézuela ainsi que de déterminer la compatibilité de l'obligation de modérer le dommage, modelée par la *common law* en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, avec les systèmes fondés sur une interprétation volontariste du contrat.

Descripteurs :

Obligation de modérer le dommage, contrats, inexécution, dommages-intérêts.

Abstract :

The duty to mitigate the contractual damage, which is rooted in the principle of the economic efficiency of common law systems, has difficulty in finding a positive justification in the systems of continental law of contracts based on the free will and the principle full damage compensation, such as the French and the Venezuelan. However, the intrusion of mechanisms based on the principle of economic efficiency are more and more numerous in the countries of continental law, in the principles of soft law and even in the project of reform of French law. The thesis proposes to carry out a critical analysis of the law of contracts in France and Venezuela and to determine the compatibility of the duty to mitigate the damage shaped by the common law as a tool of the economic efficiency of the contract with the systems founded on a voluntarian interpretation of the contract.

Keywords:

Duty to mitigate, contractual damage, contracts, breach, limits to damage compensation.

Liste des principales abréviations

Acienpol : Academia de ciencias sociales y políticas de Venezuela
al. : Alinéa
AJ : Actualité jurisprudentielle
AJDI : Actualité juridique droit immobilier
AJD : Actualité juridique Dalloz
ALD : Actualité législative Dalloz
APD : Archives de philosophie du droit
app. : Appendice
Art. : Article (d'un code)
Ass. plén. : Assemblée plénière
BICC : Bulletin de la Cour de cassation
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch
BO : Bulletin officiel
BULR : Boston University Law Review
Bull. civ. : Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim. : Bulletin de la chambre criminelle de la Cour de cassation
Bull. inf. C. Cass. : Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. insp. trav. : Bulletin de l'inspection du travail
Bull. Joly : Bulletin Joly (mensuel d'information des sociétés)
Bull. soc. lég. comp. : Bulletin de la Société de législation comparée
c/ : contre
CA : Cour d'appel
CLJ : Cambridge Law Journal
Cass : Cour de cassation
Cass. ass. plén. : Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. ch. mixte : Arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation
CC : Code civil
CC : Conseil constitutionnel
CCC : Contrats, concurrence, consommation
CCE : Communication commerce électronique (revue de LexisNexis Jurisclasseurs)
CCI : Chambre de commerce internationale
C. Civ : Code civil
C. Com : Code de commerce
C. consomm. : Code de la consommation
CE : Communautés européennes
CEDH : Convention européenne des droits de l'homme
Cf : Conférer, consulter
CFR : Common frame of référence
Ch. : Chapitre (division d'un code)
Ch. mixte : Arrêt d'une chambre mixte de la Cour de cassation
Chr. : Chronique
Ch. réun. : Arrêt des chambres réunies de la Cour de cassation
chron. : chronique
CIRDI : Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
Civ. : Cassation, chambre civile
CJCE : Cour de justice des communautés européennes
CLJ : Cambridge law journal

CLOUT : Case law on uncitral text
Clunet : Journal de droit international
Code : Code civil français de 1804
coll. : collection
Colum. LR : Columbia Law review
Com. : Arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation
CP : Code pénal
CPC : Code de procédure civile
CPCV : Code de procédure civile vénézuélien
CUP : Cambridge University Press
CVIM : Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises (11 avril 1980)
D : Dalloz, Recueil Dalloz-Sirey
DA : Dalloz analytique (1941-1944)
D. aff. : Recueil Dalloz, édition « affaires » (1995-1999)
Dal. aff. : Dalloz affaires (1995-1999)
DC : Décision du Conseil constitutionnel
DC : Recueil critique Dalloz (dans le recueil Dalloz) (1941-1944)
DCFR : Draft common frame of reference
déc. : décision
Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois
DH : Recueil Dalloz hebdomadaire (dans le recueil Dalloz), cité pour les références antérieures à 1941.
D.jur.gén. : Dalloz jurisprudence générale
DP : Dalloz périodique (dans le Recueil Dalloz), a disparu depuis 1941.
DS : Recueil Dalloz - Sirey
Ed.: Edition
EJV : Editorial jurídica venezolana
Et alii : Et alii auctores
GP : Gazette du Palais
G. Pal. : Gazette du Palais
GAJC : Grands arrêts de la jurisprudence civile
Harv. LR : Harvard Law Review
Harv. UP : Harvard University Press
IECL : International Encyclopedia of Comparative Law
Ibidem : Au même endroit
ICC : International chamber of commerce
id. : idem
in : Dans
Infra : ci-dessous
JCL : Journal of Contract Law
JCP : Semaine juridique (JurisClasseur périodique : générale, entreprises, commerce et industrie, sociale,...)
JO : Journal officiel
Juris-class. civ. (com., pén.,..) : JurisClasseur de droit civil (de droit commercial, pénal,..)
J.L. & Econ. : Journal of Law & Economics
JR : Juridical Review
JT : Journal des tribunaux

LEDC : L'éssentiel droit des contrats
LGDJ : Librairie générale de droit et de jurisprudence
LQR : Law Quarterly Review
LRC : Law Reports of Commonwealth
Modern LR : Modern Law Review
Loc. cit. : loco citato, passage précité d'un article ou d'un ouvrage
LPA : Les Petites Affiches
n. : note
nº : numéro
NCP : Nouveau code pénal
NCPC : Nouveau code de procédure civile
NCPP : Nouveau code de procédure pénale
O. : Ordonnance
obs. : Observations, commentaires doctrinaux
Op. cit. : Opere citato, cité précédemment
OJLS : Oxford Journal of Legal Studies
OUP : Oxford University Press
p. : page
PA : Petites affiches
PECL : Principes du droit européen du contrat
PDEC : Principes du droit européen du contrat
PGDI : Principes généraux du droit international
préc. : précité
Princeton UP : Princeton University Press
Principes d'UNIDROIT : Principes relatifs aux contrats de commerce international (UNIDROIT)
PUAM : Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF : Presses universitaires de France
QJ : Quotidien Juridique
Quot. J. : Quotidien Juridique
Quot. Jur. : Quotidien Juridique
rapp. : rapport (ou rapporteur)
Rappr. : Rapprocher
RCA : Revue Responsabilité civile et assurances
RDA : Revue de droit d'Assas
RDA : Revue droit et affaires
RD aff. int. : Revue des affaires internationales
RDAI : Revue de droit des affaires internationales
RDC : Revue des contrats
RDC : Revue trimestrielle de droit civil
RDI : Revue de droit international
RDIDC : Revue de droit international et de droit comparé.
RD imm : Revue de droit immobilier
Rec. CJCE : Recueil des arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes
Rec. Cons. const. : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
Rép. civ. : Répertoire Dalloz de droit civil = encyclopédie Dalloz
Rep com. Dalloz : Répertoire commercial Dalloz
Rèp.gén.not. : Répertoire Defrénois

Rép. intern. : Répertoire de droit international Dalloz
Resp. civ. et assur. : Responsabilité civile et assurance
Rev. conc. consom. : Revue de la concurrence et de la consommation
Rev. crit. : Revue critique de législation et de jurisprudence
Rev. prat. :Revue pratique de droit français.
RGDA : Revue générale de droit des assurances
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RTDC : Revue trimestrielle de droit civil
RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RVLJ : Revista venezolana de legislación y jurisprudencia
s. : Suivant (e)s
S. : Sirey
S. Car. LR : South Carolina Law Review
SGA : Sales of goods act 1979 (droit Anglais).
spéc. : Spécialement
Standford LR : Standford Law Review
Standford UO : Standford University Press
Supra : Ci-dessus, voir avant
t. : Tome
th. : Thèse
TI : Tribunal d'instance
trd. : Traduction
Tul. LR : Tulaine Law Review
UCC : Uniform Commercial Code (droit américain)
UCV : Universidad Central de Venezuela
UCAB : Universidad Católica Andrés Bello.
Univ. Chi. LR : University of Chicago Law Review
ULA : Universidad de los Andes
v. : versus
V. : voir
Va. LR : Virginia LR
vol. : Volume
Wash. LR : Washington Law Review
Wash. ULQ : Washington University Law Quarterly
Yale LJ : Yale Law Journal
Yale. UP : Yale University Press

Sommaire

Première partie

SPÉCIFICITÉS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE DANS LA CONCEPTION UTILITARISTE DU CONTRAT

TITRE I
CONDITIONS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE

Chapitre I- Les conditions externes (L'inexécution)
Chapitre II- Les conditions internes (Le dommage)

TITRE II
EFFETS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE

Chapitre I- Les critères du caractère raisonnable des mesures de modération du dommage
Chapitre II- Les mesures raisonnables de modération du dommage

Seconde partie

INCOMPATIBILITÉS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE AVEC LA CONCEPTION VOLONTARISTE DU CONTRAT

TITRE I
INCOMPATIBILITÉS DES CONDITIONS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE

Chapitre I- Les incompatibilités avec le principe de la réparation intégrale du dommage
Chapitre II- Les incompatibilités avec le principe de la primauté de l'exécution en nature

TITRE II
INCOMPATIBILITÉS DES EFFETS ET TECHNIQUES DE MODÉRATION DU DOMMAGE

Chapitre I- Les incompatibilités des mesures de substitution
Chapitre II- Les incompatibilités des effets au-delà des mesures de substitution

Introduction

1. L'obligation de modérer le dommage en matière contractuelle ou *duty to mitigate* est un mécanisme développé principalement dans le système utilitariste de la *common law*. En droit américain[1], elle est prévue formellement à l'article 350 du *Restatement of Law*[2] et aux articles 2 -704 (2) et 2-712 du *Uniform Commercial Code*[3]. Elle est aussi reconnue dans le droit anglais, après une lente évolution de la jurisprudence et de la doctrine.[4] Dans le droit international des contrats[5], le devoir est prévu expressément par l'article 7.4.8 des Principes UNIDROIT[6], par l'article 9.505 des Principes du droit européen du contrat[7], par l'article 77

[1] L. E. WOLCHER, « The privilege of idleness: A Case Study of Capitalism and the Common Law in Nineteenth Century America », (1992), 36 *Am. J. Legal Hist. 2*37.

[2] Second Restatement of Contracts §350 : Avoidability : « *(1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid the loss.* »

[3] Uniform Commercial Code (2012) Article 2-704 (2) : « *Where the goods are unfinished an aggrieved seller may in the exercise of reasonable commercial judgment for the purposes of avoiding loss and of effective realization either complete the manufacture and wholly identify the goods to the contractor, cease manufacture and resell for scrap or salvage value or proceed in any other reasonable manner.* » Article 2-712 *« After a breach within the preceding section the buyer may "cover" by making in good faith and without unreasonable delay any reasonable purchase of or contract to purchase goods in substitution for those due from the sellers. »*

[4] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface H. Muir Watt, Paris, LGDJ, 2007, p. 436. *« Les grandes lignes paraissent être les suivantes. Il a d'abord été reconnu au créancier victime de l'inexécution le droit de se remplacer tout en conservant la possibilité d'agir contre le débiteur défaillant ; puis, la question s'est posée de savoir si lors de l'appréciation de la responsabilité contractuelle du débiteur, il devait être tenu compte de la diminution du préjudice due à la seule diligence du créancier ; la réponse étant affirmative, la faculté de remplacement s'est ensuite progressivement muée en devoir, l'indemnisation étant amputée de la fraction du dommage qui aurait dû être évitée; enfin, ce qui n'était qu'une question de fait laissée à l'appréciation discrétionnaire des jurys est devenue une règle de droit s'imposant à eux »*. La règle est de longue date établie en droit anglais : (*British Westinghouse Electric and manufacturing Co Ltd v. Underground Electric Railways Co. Of London Ltd* [1912] AAC 673).

[5] Par la suite la mention au « droit international de contrats » désignera les principes du droit international des contrats repérés dans les principes d'Unidroit, les Principes du droit européen du contrat, le Cadre commun de référence, les Principes latino-américains du droit des contrats, les principes dégagés par la jurisprudence arbitrale internationale, ainsi que la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.

[6] Principes UNIDROIT, 2010. Article 7.4.8 : (Atténuation des dommages) *« (1) La partie défaillante n'est pas responsable du dommage subi par la partie lésée alors que le dommage aurait pu être réduit si cette partie avait pris des mesures raisonnables. (2) La partie lésée a le droit de recouvrer les frais raisonnables encourus dans le but de réduire le dommage. »*

[7] PDEC, Article 9.505 : « *(1) La partie défaillante ne répond pas aux pertes subies par la partie lésée dans la mesure où il aurait pu atténuer le dommage en prenant des mesures raisonnables. (2) La partie lésée a le droit de recouvrer le montant des dépenses raisonnables qu'il a dû faire pour tenter d'atténuer le dommage. »*

de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises[8] et par l'article 3 : 705 du Cadre Commun de Référence.[9]

2. Cela ne veut pas dire que cette obligation est inconnue du droit continental. En effet, elle est notamment consacrée dans le paragraphe 254, II du BGB[10], aux articles 44 (1) et 99 (3) du Code suisse des obligations[11], dans l'article 101 du Livre 6 du Code civil néerlandais[12], dans l'article 1479 du Code civil québécois,[13] et dans l'article 1227 al. 2 du Code civil italien[14]. En Amérique latine, elle a été reconnue dans le nouveau Code civil et commercial de la République d'Argentine de 2015[15], et dans les codes civils du Pérou[16] et de la Bolivie[17]. Alors qu'elle n'est pas acceptée dans les principaux systèmes et États de

[8] CVIM, article 77 : « *La partie invoquant une violation du contrat doit prendre des mesures raisonnables, en tenant compte des circonstances, pour réduire la perte, y compris la perte de profits, résultant d'un non-respect. Si elle ne prend pas de telles mesures, l'autre partie peut demander que la compensation pour dommages soit réduite dans le montant auquel la perte aurait dû être réduite. »*

[9] Draft Common Frame of Reference, Full Edition (Sellier, Munich, 2009 and Oxford University Press, 2010). *« III. – 3:705: Reduction of loss (1) The debtor is not liable for loss suffered by the creditor to the extent that the creditor could have reduced the loss by taking reasonable steps. (2) The creditor is entitled to recover any expenses reasonably incurred in attempting to reduce the loss. »*

[10] BGB (2002), Section 254 - Contributory negligence : « *(1) Where fault on the part of the injured person contributes to the occurrence of the damage, liability in damages as well as the extent of compensation to be paid depend on the circumstances, in particular to what extent the damage is caused mainly by one or the other party. (2) This also applies if the fault of the injured person is limited to failing to draw the attention of the obligor to the danger of unusually extensive damage, where the obligor neither was nor ought to have been aware of the danger, or to failing to avert or reduce the damage. »* Consulté in : https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/englisch_bgb.html#p0759.

[11] Code des obligations suisse (1911), Article 44(1) : « *Le juge peut réduire les dommages-intérêts, ou même n'en point allouer, lorsque la partie lésée a consenti à la lésion ou lorsque des faits dont elle est responsable ont contribué à créer le dommage, à l'augmenter, ou qu'ils ont aggravé la situation du débiteur ».* Article 99(3) : « *Les règles relatives à la responsabilité dérivant d'actes illicites s'appliquent par analogie aux effets de la faute contractuelle. »*

[12] Code civil néerlandais (1992), Article 6:101 : « *1. When the damage is caused as well by circumstances which are attributable to the injured person himself, then the obligation to compensate damages is reduced by imputing the total damage to the injured person and to the liable person in proportion to the degree in which the circumstances which have contributed to the damage can be attributed to them individually, on the understanding that another imputation occurs or the obligation to compensate damages extinguishes or stays in force totally, if this is required by fairness in view of the significance of the various faults or of other circumstances in the prevailing situation. »*

[13] Code civil québécois, Article 1479 : « *La personne qui est tenue de réparer un préjudice ne répond pas de l'aggravation de ce préjudice que la victime pouvait éviter* ».

[14] Code civil italien (1942), 1227 al. 2 : « *Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. »*

[15] Code civil et commercial de la République Argentine (2015), Article 1710 : « *que toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de : b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud ; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo*. »

[16] Code civil du Perú (1984), Article 1327 : *« El resarcimiento no se debe por los daños que el acreedor habría podido evitar usando la diligencia ordinaria, salvo pacto en contrario. »*

[17] Code civil de Bolivie (1976), Article 348 : *« I. Si un hecho culposo del acreedor hubiere concurrido a ocasionar el daño, el resarcimiento se disminuirá en proporción a la gravedad del hecho y a la importancia*

l'Amérique latine, qui ont suivi le modèle du Code civil français de 1804[18], elle a été intégrée dans l'article 109 des Principes latino-américains du droit des contrats[19]. Elle est depuis longtemps reconnue, dans le domaine de l'arbitrage international, comme un principe de caractère transnational[20] et « l'un des principes les mieux établis de la jurisprudence arbitrale ».[21]

3. Dans les différents ordres juridiques où elle est reconnue, l'obligation de modérer le dommage en cas d'inexécution du contrat implique que le débiteur n'est pas tenu d'indemniser le dommage contractuel que le créancier aurait pu éviter ou modérer par des mesures raisonnables. Cependant, le créancier a le droit de récupérer le coût des mesures raisonnables employées afin de modérer le dommage.[22] Comme il a été précisé par la doctrine de la *common law,* l'expression *duty to mitigate,* ou « obligation de modérer le dommage », est une forme discutable pour désigner ce mécanisme.[23] Cependant, l'expression est tellement ancrée dans la doctrine qu'il est difficile de s'en débarrasser.[24]

---

de las consecuencias derivadas de él. II. No hay lugar al resarcimiento por el daño que el acreedor hubiera podido evitar empleando la diligencia ordinaria. »

[18] L. SAN MARTIN, *La carga del perjudicado de evitar o Mitigar el Daño, Estudio Histórico Comparado,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

[19] PLDC, Article 109 : *«* (1) *L'indemnisation est sujette à réduction si le créancier n'a pas pris les mesures qui, de bonne foi, étaient raisonnablement nécessaires pour réduire les préjudices. La réduction correspondra alors au montant des pertes qui auraient pu être réduites. (2) Le créancier, dans tous les cas, aura le droit d'être indemnisé des frais correspondants aux mesures de réduction des dommages, même si celles-ci ont été infructueuses ».*

[20] J. ORTSCHEIDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international,* Paris, Dalloz, 2001, nº 203 et s.

[21] Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD, B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international,* Paris, Litec, 1994, nº 1491.

[22] M. G. BRIDGE, « Mitigation of damages in contract and meaning of avoidable loss », (1989) 105 I *LQR* 398, 399 : « *The principle of mitigation breaks down into three basic rules. First, a party injured upon the occurrence of a breach of contract may not hold the contract-breaker responsible in respect of losses, which he could reasonably have avoided. Secondly, expenses reasonably incurred in avoiding or minimizing a loss resulting from breach of contract may be charged to the contract-breaker. Thirdly, regardless of whether an injured part in the circumstances had to mitigate, any action he does take after the breach of contract, which in fact avoids or minimizes the loss will serve correspondingly to diminish the contract-breaker's liability in damages ».*

[23] CH. GOETZ, R. SCOTT, « The mitigation principle: toward a general theory of contractual obligation », *Va. LR* 69 (1983), 967 ; H. McGREGOR, M. SPENCER, J. PICTON, *McGregor on Damages,* 19º ed., London, Sweet & Maxwell, 2016, p. 9-017 ; G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, nº 145.

[24] M. G. BRIDGE, *ibidem* : « *A few preliminary observations have to be made. First of all, it is quite inaccurate to speak of the plaintiff having a 'duty' to mitigate, for it is not met by any corresponding right of the defendant that mitigation takes place. Rather, the principle of mitigation operates 'pro tanto' as a conditional bar to recovery of damages. Since, however, the language of duty is so well entrenched and difficult to substitute, it will be used throughout this article »* ; CH. GOETZ, R. SCOTT, *ibidem* : *« Generations of legal commentators have observed that the term "duty" is misleading because the contract breacher invokes the failure to mitigate as a defense to reduce the damages for which he is otherwise liable rather than as an affirmative right of action. Thus, the failure to mitigate merely "disables" the injured party from recovering avoidable losses. See Rock v. Vandine, 106 Kan. 588, 189 P. 657 (1920); J. Crane, Cases on Damages 102 n.1 (1928); C. McCormick, Handbook on the Law of Damages 128 (1935); Farnsworth, Legal Remedies for Breach of*

4. En effet, l'obligation de modérer le dommage n'est pas une vraie obligation au sens juridique du terme. La partie lésée n'est pas tenue envers le débiteur défaillant de modérer ou éviter le dommage issu de l'inexécution. Le débiteur défaillant n'a pas non plus le droit de demander au créancier la modération du dommage issu de l'inexécution. Par conséquent, la partie lésée n'engage pas sa responsabilité envers le débiteur du fait de ne pas avoir modéré ou évité le dommage[25]. L'obligation de modérer le dommage correspond tout simplement à une limite légale à l'indemnisation du dommage raisonnablement évitable[26]. Le terme désigne ainsi les effets d'une limite qui affecte la mesure de l'indemnisation du dommage contractuel (*quantum respondeatur*) et non le principe de l'indemnisation (*an debeatur*). Cette limite a pour effet principal de faire peser les risques du dommage raisonnablement évitable sur la partie victime de l'inexécution. Du fait de cette limite, la partie lésée par l'inexécution du contrat est incitée à éviter les dommages, lorsque cela est raisonnable, si elle ne veut pas les supporter dans son patrimoine. Comme il s'agit d'une limite légale à la réparation, les dommages raisonnablement évitables ne sont jamais indemnisables. Si la victime modère ou évite le dommage, ce dernier n'est pas indemnisable, puisqu'il n'existe pas. Au contraire, si elle ne le modère pas, le dommage raisonnablement évitable n'est pas non plus indemnisable car la loi fait peser les risques de son avènement sur le créancier.

Contract, 70 Colum. L. Rev. 1145, 1184 (1970). Nevertheless, because the term "duty" is both common and convenient, we will use it throughout this article. ».

[25] CH. GOETZ, R. SCOTT*, Ibidem* ; H. McGREGOR, *ibidem* ; G. H. TREITEL, *ibidem ;* E. A. FARNSWORTH *Contracts,* 2º ed, New York, Aspen Publishers Inc., 1998, §12.12 « *it is sometimes said that (…) the injured party is under a 'duty' to take appropriate steps to mitigate damages. This is misleading (…) for the injured party incurs no liability to the party in breach by failing to take such steps. That party is simply precluded from recovering damages for loss that he could have avoided. »* McCleland v. Climax Hosiery Mills, 169 N.E. 605 (NY 1930). Pour Farnsworth, corédacteur et commentateur du *Second Restatement of Contracts*, l'omission de modérer le dommage n'est pas une violation de l'obligation générale de bonne foi dans l'exécution des contrats.

[26] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 11º ed., London, Sweet & Maxwell, 2011, p. 977 : «*This expression will be used here even though it is open to the objection that breach of the « duty » gives rise to no legal liability, but only reduces the amount that the claimant can recover »* ; BEALE H. (dir.), *Chitty on Contracts*, 31º éd., London, Sweet & Maxwell, 2015, §26-081 : « *It is not strictly a «duty » to mitigate, but rather a restriction on the damages recoverable, which will be calculated as if the claimant has acted reasonably to minimize his loss* » ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., Oxford, OUP, 2010, p. 587 : « *It is often said that the laws imposes « a duty » on claimants » to mitigate their loss. But this expression is misleading. The Claimant cannont itself be sued for failure to comply with its duty; rather the consequence is simply that no damages are given for the avoidable loss ».* E. McKENDRICK*, Contract Law, Text, Cases and Materials,* 1º ed., London, Oxford University Press, 2005, p. 1099 : « *A claimant is not under a duty to mitigate his loss, in the sense that he can be sued if he fails to do so. The sanction for a failure to mitigate is that a claimant cannot recover damages in respect of losses attributable to his failure to do so ».*

5. Lorsque cette limite n'est pas consacrée expressément par la loi, sa nature juridique et ses effets dépendent alors des fondements juridiques retenus dans chaque ordre juridique pour arriver à sa réception. Bien que l'obligation de modérer le dommage soit une expression inexacte et critiquable du mécanisme, elle est pourtant couramment utilisée dans le système de la *common law,* dans le droit international des contrats et en droit continental. On se permettra d'utiliser ce terme afin de désigner la limite de la réparation du dommage raisonnablement évitable et ses effets. On reviendra sur sa nature juridique lorsqu'on analysera la compatibilité du mécanisme avec les systèmes volontaristes.[27]

6. Cela dit, l'intérêt de cette étude critique tient au fait que, à l'heure actuelle, l'obligation de modérer le dommage n'est consacrée ni en droit français ni en droit vénézuélien. En effet, sauf pour la Convention de Vienne (article 77) et le Code des assurances (Article L172-23 C. ass.), elle n'a pas expressément été prévue dans le Code civil, ni consacrée dans la réforme du droit des contrats en France en 2018.[28] Elle n'est pas prévue non plus dans le Code civil vénézuélien de 1942, lequel, comme la plupart des codes civils latino-américains, suit le modèle du Code civil français de 1804. Alors même que la doctrine manifeste une position plutôt favorable à son admission, la jurisprudence française, à rebours de la solution adoptée dans les principaux systèmes juridiques, refuse résolument l'admission de l'obligation de modérer le dommage. Selon la Cour de Cassation française, « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »[29]. Il faut remarquer que les projets de réforme du droit des contrats et des obligations, tels que les avant - projets Catala[30] et Terré[31], avaient proposé d'introduire le mécanisme, mais la réforme du droit des contrats devenue loi en 2018, n'a pas accepté de l'insérer. Pourtant, le projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017[32] incorpore le mécanisme dans

[27] V. *infra* nº 405 et s.
[28] Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations
[29] Civ. 2°, 19 juin 2003 (2 arrêts), n° 00-22302 et 01-13289, *Bull. civ.* II. n° 203 : *« la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».* V. *infra* nº 393 et s.
[30] Avant-projet Catala, art. 1373 : *« 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 »*
[31] Projet Terré, art. 121 : *« Le créancier qui, manquant à ses devoirs contractuels, a contribué à l'inexécution ou à ses conséquences dommageables, n'a droit qu'à des dommages et intérêts réduits à proportion de sa contribution à l'inexécution ou à ses conséquences (al. 1er). Il en va de même si le créancier n'a point pris les mesures sûres et raisonnables, propres à éviter, à modérer ou à supprimer son préjudice. Le créancier sera remboursé de tous les frais raisonnablement engagés (al. 2) ».*
[32] Projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

l'article 1263[33] du Code civil, aussi bien à l'égard de la responsabilité contractuelle que de la responsabilité extracontractuelle. Il semble que l'obligation de modérer le dommage sera finalement admise en droit français en dépit de la position de la Cour de cassation. Il faut pour cela attendre encore que la loi de la réforme du droit de la responsabilité civile soit votée.

7. D'ici là, on doit s'interroger sur les raisons qui ont justifié cette position isolée du droit français. Cette position est-elle fondée ou critiquable ? La question n'est pas dépourvue d'intérêt, notamment pour les pays qui, comme le Venezuela, ont adopté comme législation interne le modèle du Code civil français de 1804, précisément afin de nourrir l'interprétation de la loi à travers la doctrine et la jurisprudence françaises et des autres ordres juridiques qui ont suivi ce modèle.[34] En effet, le choix entre la réception ou le refus de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques qui ont suivi le modèle du Code civil français de 1804 se pose exactement dans les mêmes termes qu'en droit français. Il s'agit ici de comprendre si ce mécanisme, développé par la *common law,* est compatible avec le système de droit français des contrats ou si au contraire, son admission risque de bouleverser toute la cohérence de nos systèmes.

8. En effet, les complications qui pourraient résulter de la réception de ce mécanisme ont été mises en lumière par la doctrine[35]. L'obligation de modérer le dommage modelée

---

[33] Article 1263 : « *Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sures et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »*

[34] L. LUPINI BIANCHI, « La influencia del Código Napoleón en la codificación civil y en la doctrina venezolana », in: *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 47-97 ; J. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 8 et s. ; M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones,* Caracas, RVLJ, 2016, p. 22 et s. ; E. MADURO LUYANDO, *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, 8º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Manual de Derecho, 1993, p. 13 « Le code civil vénézuélien, en droit d'obligations et contrats, est un dérivé du Code napoléonien, affiné et amélioré par le code italien de 1865, modernisé et mis à jour par le projet franco-italien des obligations de 1927 ».

[35] O. DESHAYES, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle -rapport français », *RDC* 2010, n° 3, p. 1139 : *« Ce qui est à craindre, toutefois, c'est que la consécration d'une obligation générale de modérer le dommage ne fragilise insidieusement la cohérence d'ensemble des règles applicables à l'inexécution des contrats. Dotée de la force d'expansion inhérente aux déclarations de principe, l'affirmation d'un tel devoir risque notamment d'exercer une pression considérable sur la résolution unilatérale extrajudiciaire du contrat. Nul n'ignore que les tribunaux français ont admis au profit du créancier contractuel le droit, sous certaines conditions, de résoudre unilatéralement le contrat sans recours au juge. Conçue comme une faculté offerte au créancier en cas de manquement grave, cette résolution unilatérale pourrait se muer en obligation. Le raisonnement est très simple : obligé de modérer le dommage, le créancier qui avait le droit de résoudre le contrat unilatéralement et qui ne l'a pas saisi serait privé des indemnités compensant les dommages*

dans la *common law* correspond à un mécanisme d'efficacité économique du contrat propre aux systèmes utilitaristes du droit, comme les droits anglais et américain.[36] Un tel mécanisme ne semble pas compatible avec le système volontariste du Code civil français. Mal réceptionné, toute la cohérence des sanctions de l'inexécution du contrat peut en ressortir bouleversée.[37] Selon le professeur Horatia Muir-Watt, « c'est alors toute la hiérarchie des remèdes contractuels, voire les ressorts même de la force obligatoire du contrat qui se trouvent bouleversés par la présence d'un simple principe d'évaluation des dommages-intérêts ! On devine que la différence qui sépare sur ce point les deux approches ne peut être réduite à une simple différence de technique juridique, et que, bien plus profondément, c'est la fonction même du droit des contrats qui est en cause »[38]. « Les choix qui s'opèrent en réalité son pourtant bien loin d'être anodins, et appellent de toute urgence des recherches comparatives »[39].

9. S'il s'agissait simplement de règles de détermination du *quantum* du dommage, on pourrait probablement trouver des fondements juridiques dans les normes de la responsabilité civile contractuelle du Code civil de 1804, plus ou moins convaincantes, pour reconnaître que les dommages résultant de l'inexécution du contrat raisonnablement évitables par le créancier ne sont pas réparables par le débiteur.[40] Il ne s'agirait pas d'une innovation, mais de mettre en lumière des solutions déjà consacrées dans le Code civil afin

que la résolution immédiate du contrat, suivie d'une réallocation des ressources du créancier, aurait permis d'éviter. Même chose pour la faculté de remplacement, lorsque le créancier est exceptionnellement dispensé du recours au juge. Conçue comme une simple faculté en droit positif, elle pourrait devenir une obligation s'il était décidé que le devoir de modérer le dommage imposait que le créancier ait recours à elle. Les rapports entre le droit à l'exécution en nature et la réparation par équivalent pourraient également se trouver bouleversés. Si l'on adhère à l'idée que l'obligation de modérer le dommage permet d'éviter un gaspillage des ressources, alors n'est-il pas tentant de conclure que le créancier doit se voir interdire l'exécution forcée lorsque cette dernière est plus coûteuse que la réparation par équivalent. Tenu d'éviter un gaspillage des ressources, le créancier ne doit-il pas choisir le remède le moins coûteux ? À cela s'ajoute qu'octroyer sans condition l'exécution forcée n'est pas inciter le créancier à modérer son dommage. Dans les cas, en effet, où il aura manqué à son devoir de modération, il suffira au créancier de demander l'exécution forcée pour échapper aux conséquences de son manquement. C'est ce risque d'atteinte progressive à la cohérence des sanctions de l'inexécution du contrat que me paraissent porter en eux certains des projets de réforme du droit français des obligations. »

[36] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.,* nº 42 ;

[37] O. DESHAYES, *art. préc., loc. cit.*

[38] H. MUIR WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain » Colloque : *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? LPA* 20 novembre 2002, p. 45.

[39] Y.-M. LAITHIER, *op. cit,* p. IX. Voir notamment le préface de MUIR WATT H., à la thèse de Yves-Marie Laithier.

[40] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage,* préface H. MUIR WATT, Aix-en-Provence, PUAM, 2002 ; Y.- M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 343 et s.

de moraliser et déterminer le *quantum* de la réparation.[41] C'est en ce sens que s'exprime la doctrine dans les systèmes du droit latino-américain.[42]

10. Cependant, le devoir de modérer les dommages contractuels dans le droit international et le droit de la *common law* constitue une institution complètement différente du simple mécanisme d'évaluation de dommages issus de l'inexécution du contrat. Le devoir de modérer le dommage dans le droit de la *common law* et le droit international est un outil d'efficience économique du contrat, lequel, au-delà d'établir simplement des règles d'évaluation du dommage contractuel, constitue un système qui articule les sanctions et les remèdes de l'inexécution du contrat, non seulement en fonction de la protection du créancier mais aussi de la société.[43] La sanction de l'inexécution du contrat dans ce système doit être celle qui, tout en satisfaisant l'intérêt du créancier, représente le moindre coût pour le débiteur et, par conséquent, pour la société. La conception volontariste du contrat, adoptée par le Code civil de 1804, n'avait pas songé à consacrer un tel principe d'efficience économique du contrat. Le respect de la parole donnée et la réparation intégrale du dommage contractuel étaient les principes en place. Les coûts sociaux[44] associés à la protection de l'intérêt du créancier n'ont jamais été des éléments déterminants de la sanction applicable à l'inexécution du contrat dans le modèle du Code civil de 1804.[45]

11. En effet, l'une des différences les plus significatives entre le système de la *common law* et le système du Code civil français réside dans la place accordée au principe de l'efficacité économique du contrat[46]. C'est précisément de l'importance accordée aux impératifs de l'efficacité économique du contrat que découlent les particularités de

---

[41] *Ibid.* O. DESHAYES, *art. préc., loc. cit.;* G. VINEY, « Rapport de synthèse », in *De la réparation du dommage ? À propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage, LPA,* 20 nov. 2002, p. 66 et s., spéc. p. 67; Ch. LARROUMET, « Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français », *GP* 16 oct. 2008, nº 290, p. 5; entre autres.

[42] L. SAN MARTIN, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño, estudio histórico comparado,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012. p. 27.

[43] H. MUIR WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *art. préc.,* p. 4.

[44] R.H. COASE, « The problem of social cost », Vol. 3 *Journal of Law and Economics,* 1960, p. 1 – 44 ; G. CALABRESI, *The Cost of Accidents,* New Haven: Yale University Press, 1970, p. 135 – 152 ; G. CALABRESI, D. MELAMED, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral », (1972) 85 *Harv. LR,* p. 1089 - 1094.

[45] H. MUIR WATT, *ibidem,* « L'inspiration utilitariste de la common law explique la mitigation en termes d'intérêt général. L'analyse économique lui fait écho, en postulant que c'est dans l'intérêt du marché que le créancier est ainsi incité à se remplacer dans les meilleures conditions, diminuant au bénéfice de tout le coût de la défaillance dans les échanges. La réduction des coûts sociaux, comme l'avait dit Coase, fait également partie des objectifs du droit des contrats. »

[46] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 8.

l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes. Il est ainsi nécessaire de cerner la notion d'efficacité économique et d'efficacité économique du contrat, afin de préciser la fonction essentielle du mécanisme de la modération du dommage et sa compatibilité avec le droit vénézuélien et le droit français des contrats.

12. **1. L'efficacité économique : le principe.** Il faut tout d'abord préciser la différence entre effectivité et efficacité. En effet, la notion d'efficacité est fréquemment confondue, à tort, avec la notion voisine d'effectivité. L'effectivité est un mot emprunté au latin *effectivus*, qui exprime l'idée selon laquelle une action ou un fait produit des effets réels ou tangibles.[47]

13. La notion d'efficacité, quant à elle, implique un jugement objectif sur la capacité d'une action de produire les résultats attendus de celle-ci.[48] Alors, l'efficacité d'une action suppose, en principe, son effectivité. Une action doit d'abord être munie d'effectivité pour ensuite pouvoir remplir les effets attendus. Elle fait aussi allusion à la notion anglaise de *efficiency*.[49] Ainsi, du point de vue juridique, une norme juridique est efficace dès lors que l'effet qu'elle produit correspond à la finalité poursuivie par la norme juridique. On parle alors d'efficacité juridique.

14. Du point de vue économique, la notion d'efficacité implique une constatation différente[50]. Elle est déterminée par une notion négative. En effet, selon Pareto, un état de la société est efficace du point de vue économique lorsqu'on ne peut pas améliorer le bien-être d'un individu sans que celui d'un autre soit détérioré.[51] Chaque fois que le bien-être d'un

---

[47] Dictionnaire de l'Académie française, consulté in : www.dictionnaire-academie.fr/article/A9E0457. Une action est ineffective si elle ne produit pas des effets ou effective si elle produit des effets dans le monde réel. Une norme juridique est ineffective lorsque, en dépit de son caractère positif, une sanction ne suit pas sa violation, ou bien, lorsque la sanction attachée à sa violation ne contraint pas les destinataires à respecter la norme juridique.

[48] P. CONTE, « Effectivité, inefficacité, sous-efficacité : variation pour le droit pénal », *Études offertes à Pierre Catala, Le droit privé français à la fin du XX siècle,* Paris, Litec, 2001, p. 125 ; V. Dictionnaire de l'Académie Francaise, consulté in : www.dictionnaire-academie.fr/article/a9E0473. Grand Larousse de la langue française.

[49] Dictionnaire de l'Académie Française, consulté in : www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0280. Ce qui correspond à un néologisme emprunté à la langue anglaise.

[50] A. M. FIELDMAN, « Kaldor-Hicks compensation », in P. NEWMAN, (ed. by) *The new palagrave dictionary of economics and the law,* vol. 2, London, Macmillan, Reference Ltd. 1998, p. 417.

[51] *Ibidem.* V. PARETO, *Œuvres complètes. Manuel d'économie politique,* préface R. DEHEM, Genève, Librairie Droz, 1966, t. VII p. 617 : « *certaines règles de distribution étant adoptées, on peut rechercher quelle position donne, toujours en suivant ces règles, le plus grand bien possible (…) Considérons une position quelconque, et supposons que l'on s'éloigne d'une quantité très petite, compatible avec les liaisons. Si en faisant cela on augmente le bien-être de tous les individus de la collectivité, il est évident, que la nouvelle position est plus avantageuse à chacun d'entre eux ; et vice versa, elle l'est moins si l'on diminue le bien-être de tous les individus. Le bien-être de certains d'entre eux peut d'ailleurs demeurer constant, sans que ces conclusions changent. Mais si au contraire ce petit mouvement fait augmenter le bien être de certains individus*

individu peut être amélioré sans que le bien-être d'un autre soit détérioré, cette situation est économiquement inefficace. On dit alors que la première situation est Pareto Optimale.[52] Cela implique, par exemple que, face à l'inexécution du contrat, le choix du créancier parmi les sanctions proposées par la loi ne sera pas considéré comme économiquement efficace si le bien-être de la société pouvait être amélioré à travers un choix distinct. Au contraire, le choix serait efficace (Pareto Optimal) si le bien-être de la société ne pouvait pas être amélioré à travers le choix d'un autre remède ou sanction.

15. Selon un autre critère économique moins strict, celui de Kaldor-Hicks[53], « un acte est efficace s'il améliore la situation d'au moins un individu en détriment de celle d'un autre, à condition que la valeur du gain ainsi créé soit supérieure à la valeur des pertes subies par autrui »[54]. C'est ce critère qui prétend expliquer la théorie de la violation efficace du contrat dans le droit de la *common law.*[55] Selon ce critère, « la violation des obligations contractuelles est efficace si le profit qui en découle est supérieur au montant du dommage éprouvé par le créancier. La violation maximise la richesse en répartissant les ressources vers leurs usages les plus valorisés »[56]. En ce qui concerne l'obligation de modérer le dommage, il nous semble que ce mécanisme d'efficacité contractuelle correspond plutôt au critère d'efficacité de Pareto qu'à celle de Kaldor-Hicks, car, en principe, comme nous aurons le temps de l'examiner en détail, le créancier ne doit pas sacrifier son droit de créance afin de modérer le préjudice qui résulte de l'inexécution du contrat.[57]

---

et diminuer celui d'autres, on ne peut plus affirmer qu'il est avantageux à toute la collectivité d'effectuer ce mouvement ».

[52] V. A. JACQUEMINE, H. TULKENS, *Fondements d'économie politique*, 2º éd., Bruxelles, De Boeck, 1996, p. 213-215.

[53] A. M. FIELDMAN, *Kaldor-Hicks compensation,* in *The new palagrave Dictionary of economics and the law,* vol. 2, *op. cit.,* p. 417.

[54] E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* 1990, § 12. 1, p. 156 *« au sens de Kaldor-Hicks, la violation des obligations contractuelles est efficace si le profit qui en découle est supérieur au montant du dommage éprouvé par le créancier. La violation maximise la richesse en répartissant les ressources vers leurs usages les plus valorisés* ».

[55] V. Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 405 et s. L'auteur donne à Birminghan le mérite d'avoir jeté les bases de la violation efficace du contrat : R. L. BIRMINGHAM, « Breach of contract, damage mesure and economic efficiency »*,* (1970) 24 *Rutgers LR* 273 ; V. aussi du même auteur : « Damage, mesure and economic rationality : the geometry of contact law »*,* (1969), 49 *Duke LJ* 49, spéc. p. 65 et s. Cette théorie est défendue en droit americain par R. A. POSNER *Economic analisis of law,* 5º ed., New York, Aspen Publishers, Inc., 1998, p. 133 and E. A. FARNSWORTH, *On Contracts* , *op. cit.,* 1990, § 12.3. Elle est aussi défendue en droit anglais, V. P. ATIYAH, *An introduction to the laws of contracts,* 5º ed., Oxford, Clarendond Press, 1995, p. 428; H. BEALE, (dir.), *Chitty on Contracts*, 31º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, § 27-086 ; A. BURROWS, D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in Contract and Tort*, 2º ed., London, Butterworths, 2002, p. 19 ; H. COLLINS, *The law of contracts*, London, Butterworth, 2003, p. 401.

[56] V. *Ibidem*, nº 9 ; E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, 1990, § 12. 1, p. 156

[57] V. *infra* nº 250 et s.

16. La notion d'efficacité économique peut être jugée selon que l'on considère uniquement les opérateurs économiques affectés par une opération déterminée, par exemple, deux contractants, ou bien que l'on mette les opérateurs économiques face à la société. Dans la littérature juridique, le critère d'efficacité économique est simplifié afin de « désigner comme inefficace la norme ou la situation qui est susceptible d'entrainer un gaspillage de ressources et efficace celle qui permet un gain ou la création de richesses. »[58] Elle est exprimée tout simplement par la « capacité de produire le maximum de résultats attendus avec le minimum des efforts ou de dépenses ».[59]

17. L'efficacité économique est le produit d'un jugement qui permet de déceler, non si la finalité de la norme juridique a été atteinte, mais si elle permet de réaliser la meilleure allocation de ressources possible entre les contractants et la société. C'est une appréciation des conséquences économiques qui découlent du comportement imposé par la norme aux personnes. Si ces conséquences entraînent ou sont susceptibles d'entraîner un gaspillage des ressources, cette norme doit être considérée comme économiquement inefficace. Au contraire, si la norme permet soit d'éviter un préjudice ou du gaspillage, soit d'obtenir un gain ou de créer des richesses, l'action doit être considérée comme économiquement efficace.[60]

18. Si l'on estime que les normes juridiques doivent être munies en même temps d'efficacité juridique et d'efficacité économique, on peut déjà envisager les problèmes qui peuvent se poser afin de mettre en accord les finalités juridiques et économiques des normes. Faut-il subordonner les impératifs de l'efficacité économique aux objectifs de l'efficacité juridique ? Ou bien faut-il subordonner les objectifs de l'efficacité juridique aux impératifs de l'efficacité économique ? Faut-il plutôt harmoniser les deux finalités ? Selon quels critères le choix de cette démarche doit-elle être conduite ? La réponse à cette question est loin d'être évidente, car dire qu'une norme est économiquement efficace n'est pas dire que cette norme parvient à la justice ou à l'utilité, pour ne mentionner que les finalités du contrat

[58] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 9.
[59] *Le petit robert de la langue française*, éd. 2015.
[60] R. H. COASE, « The problem of social cost »*, art. cit.*, p. 1 – 44 ; G. CALABRESI, *The Cost of Accidents, op. cit.,* p. 135 - 152 ; G. CALABRESI, D. MELAMED, « Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral »*, art, cit.*, p. 1089 - 1094.

aujourd'hui approuvées par la doctrine en France[61]. La question de la compatibilité de l'obligation de modérer le dommage, modelée par le système utilitariste, avec le système volontariste du Code civil français et avec celui du droit vénézuélien, est précisément celle de la nécessité de renouveler le modèle libéral de ce Code civil dans un monde très concurrentiel, dont les ressources sont limitées. La recherche de l'efficacité économique est devenue un impératif du contrat et non un caprice politique ou académique.[62]

19. Du point de vue méthodologique, l'analyse économique du droit permet aux économistes et aux juristes de déterminer l'efficacité juridique et économique des normes de droit. Ainsi, par exemple, on peut constater que, si la violation de la norme juridique est économiquement efficace, c'est parce que les bénéfices que produit la violation de la norme juridique excèdent les coûts de la sanction. Au contraire, si la violation de la norme est économiquement inefficace, c'est parce que les coûts que produit la sanction sur le destinataire de la norme excèdent les bénéfices de sa violation. Or, une norme juridique dont la violation est économiquement efficace est une norme juridique qui ne sera pas respectée et, par conséquent, est une norme juridiquement inefficace. Cette norme ne remplira pas les finalités attendues ni du point de vue juridique ni du point de vue économique. Ainsi, du point de vue des effets de la norme juridique sur l'économie, l'analyse économique du droit permet de modeler les comportements des destinataires des normes juridiques afin de les rendre juridiquement et économiquement efficaces, c'est-à-dire, de modeler des normes juridiques qui atteignent leur finalité juridique au moindre coût pour la société.

20. Cela dit, la notion d'efficacité économique, à laquelle l'analyse économique du droit permet d'arriver, n'est pas une technique parfaite. L'analyse économique du droit répond à une variété de modèles et théories pour lesquels les économistes n'ont pas encore réussi à se mettre d'accord. Pourtant, cela n'empêche pas de trouver des points communs sur lesquels les économistes et juristes sont en majorité d'accord. En effet, par exemple, selon l'analyse économique et juridique néo-classique, le contrat est un moyen d'effectuer des échanges économiques, donc de combler les aspirations et nécessités des individus et de créer de la richesse et du bonheur, tant pour les parties que pour la société. Si la création de richesse et

[61] J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », in *L'utile et le juste, Archives de la philosophie du droit,* t. XXVI, *RIDC*, 1982, p. 3 et s.
[62] *Ibidem*.

de bonheur à travers les échanges que procure le contrat est souhaitable, l'efficacité économique du contrat l'est aussi. Personne ne doute que les échanges économiques doivent être réalisés de la forme la plus productive possible, évitant à tout prix toute forme de gaspillage[63]. Ce qui nous amène à préciser la notion d'efficacité économique du contrat.

21. **2. L'efficacité juridique et économique du contrat.** Comme il a déjà été signalé, la notion d'efficacité appliquée au contrat traduit un jugement sur la capacité du mécanisme contractuel à produire des effets et de réaliser les finalités attendues du contrat.[64] Alors, quels sont les effets et les finalités que l'on attend du contrat ?

22. Selon la doctrine traditionnelle, le contrat est un accord de volontés qui permet de créer, modifier, transmettre ou éteindre des relations juridiques entre deux ou plusieurs parties.[65] Ainsi, du point de vue juridique, le contrat produit des effets à chaque fois qu'il est capable de créer, modifier, transmettre ou éteindre des relations juridiques entre deux ou plusieurs parties. Du point de vue économique le contrat produit des effets lorsqu'il permet aux parties de réaliser des échanges ou des attributions économiques. Ainsi, le contrat est muni d*'effectivité* juridique et économique chaque fois qu'il met en place de manière réelle des échanges ou des attributions économiques à travers un rapport de droit entre deux ou plusieurs personnes.

23. En ce qui concerne l*'efficacité* du contrat, il s'agit de savoir si le contrat, en produisant ses effets, est capable de réaliser les finalités attendues du mécanisme contractuel.[66] Il s'agit alors de vérifier si le mécanisme contractuel atteint ses finalités juridiques, telles que la justice, l'utilité, la sécurité (l'efficacité juridique), et s'il le fait au moindre coût pour la société (l'efficacité économique du contrat). Sur ce sujet, la méthode de l'analyse économique du droit pose la question de l'efficacité économique du contrat sur

[63] P. ATIYAH, *An introduction to the laws of contracts, op. cit.,* p. 3; D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in contracts and Torts*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1988, p. 6.
[64] Pour ce qui correspond à l'analyse économique du contrat selon Richard Posner, voir : E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* nº 12.1.
[65] V. Article 1101 du Code civil français : « Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. » V. aussi l'article 1133 du Code Civil du Venezuela : « *El contrato es una convención entre dos o más personas para constituir, reglar, transmitir, modificar o extinguir entre ellas un vínculo jurídico* ».
[66] V. *infra* nº 349 et s.

deux points fondamentaux. D'abord, sur l'efficacité économique de la force obligatoire du contrat, ensuite sur l'efficacité économique des sanctions de son inexécution.[67]

24. **a. La force obligatoires et l'efficacité économique du contrat.** Du point de vue de la théorie économique, lorsque deux parties se sont mises d'accord sur des échanges économiques, cet accord est plus efficace du point de vue économique si l'accord est juridiquement obligatoire que lorsque l'accord ne l'est pas. Ainsi, la force obligatoire du contrat est un choix normatif économiquement efficace. Ce sont les problèmes liés à la capacité de la volonté de créer un rapport de droit obligatoire qui sont analysés du point de vue de l'efficacité économique.[68]

25. En effet, prenons l'exemple d'une personne qui achète un bien ou un service. Sauf dans le cas où les échanges sont faits simultanément, l'une des parties devra exécuter la prestation avant l'autre partie. Si le contrat n'a pas de force obligatoire, celui qui doit exécuter son obligation en premier devra prendre le risque de perdre la prestation exécutée si l'autre partie décide de ne pas exécuter la sienne. Alors, si la partie qui reçoit l'exécution le premier n'est pas liée par un contrat doté de force obligatoire, du point de vue économique, cette partie aura au moins deux choix : la coopération ou l'appropriation. Si elle choisit la coopération, cette partie fournira sa prestation et les deux parties auront reçu le résultat attendu de l'accord. L'une aura reçu le prix et l'autre le bien ou le service. Si la deuxième partie choisit l'appropriation de la prestation, elle aura dans ses mains la prestation reçue et sa propre prestation, tandis que l'autre aura tout perdu. De ce double choix, même s'il nous apparaît choquant du point de vue de la morale, le plus avantageux du point de vue économique est l'appropriation. Alors, on peut bien envisager que, dans un système dans lequel les contrats n'ont pas de force obligatoire, aucune personne ne voudra avancer sa prestation sous le risque certain de la perdre. Il suit de cette constatation que les échanges des biens et services seront fortement troublés et que les effets économiques attendus du contrat ne seront pas atteints. Dès lors, tout contrat privé de force obligatoire est un contrat dépourvu d'effectivité et d'efficacité.[69]

---

[67] R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, California, Addison Wesley, 1997, p. 168 -171.
[68] *Ibidem.*
[69] R. COOTER, T. ULEN, *ibidem.*

26. En revanche, si l'accord est doté de force obligatoire, la partie qui reçoit la prestation n'aura pas le choix entre l'appropriation et la coopération. Si elle n'exécute pas sa promesse, le créancier pourra demander, selon l'ordre juridique applicable, l'exécution ou l'anéantissement du contrat et la réparation des dommages que l'inexécution aura causés. Alors, on peut constater que, lorsque le contrat est doté de force obligatoire, les effets juridiques et économiques attendus du mécanisme contractuel sont réalisés.[70] Il est clair, alors, que le principe de la force obligatoire des contrats munit l'engagement d'effectivité, et éventuellement d'efficacité, s'il atteint les finalités recherchées. S'il n'y avait pas de contrats avec force obligatoire, les effets et les finalités attendus du contrat ne seraient pas réalisables.[71]

27. Il faut noter que, au moins du point de vue pratique, l'efficacité juridique et l'efficacité économique ne sont pas des notions absolues et admettent des degrés. En effet, il peut y avoir des choix plus efficaces que d'autres, c'est-à-dire des choix qui s'approchent plus ou moins des effets et finalités attendus. Cependant, du point de vue théorique, si l'on se tient à l'*optimus de Pareto,* une situation est inefficace à chaque fois que l'on peut faire mieux. Elle est uniquement efficace lorsqu'on ne peut pas faire mieux sans détériorer la position des autres parties au contrat. Le progrès et le bien commun des pays, par exemple, sont des finalités liées à la notion d'efficacité optimale.

28. Cela dit, ce qu'il importe ici de remarquer, c'est le fait que, dans les systèmes utilitaristes, l'efficacité économique est une finalité du contrat. Dès lors, et c'est ici l'essentiel, il nous semble que le processus de formation des règles juridiques se pose différemment dans les systèmes qui prônent l'efficacité économique par rapport aux systèmes de droit civil, qui, comme le vénézuélien, ont suivi le modèle du Code civil français de 1804. En effet, dans les systèmes utilitaristes, il ne s'agit pas de trouver les fondements

---

[70] *Ibidem.*

[71] Il faut noter que les cas où les contrats n'ont pas de force obligatoire ne concernent pas uniquement des suppositions d'ordre théorique afin de mettre en valeur l'importance de l'efficacité économique de la force obligatoire du contrat. Le contrat peut perdre sa force obligatoire dans les systèmes où l'administration de la justice est corrompue ou lorsque les règles établies dans la loi ne sont pas appliquées par les juges d'une façon systématique. Le rôle du juge dans l'exécution du contrat est fondamental. Si la partie qui reçoit la prestation sait que l'exécution forcée du contrat ne sera pas mise en œuvre, qu'elle le sera dans un long délai ou que les normes ne seront pas appliquées, elle va choisir la situation la plus avantageuse pour elle, celle de l'appropriation au lieu de la coopération, et les échanges économiques seront affectés. Alors que si les sanctions de l'inexécution du contrat sont munies d'effectivité, les échanges économiques et les satisfactions des intérêts et besoins des individus seront privilégiés. Le progrès est bâti sur une protection judicaire munie d'effectivité et d'efficacité juridique et économique.

de la règle pour ensuite déduire les effets. La démarche est différente : il s'agit à l'inverse de poser d'abord les finalités attendues du contrat, puis de modeler les règles juridiques qui permettent au droit d'y arriver.[72]

29. Si l'on veut que les contrats réalisent les intérêts des parties et les finalités du droit associés au contrat de la façon la plus efficiente du point de vue économique et juridique, il faut se demander quelles sont les sanctions et les remèdes légaux applicables à la violation du contrat capables d'y arriver. C'est en modelant les sanctions et remèdes légaux et en stimulant les comportements des parties que le système utilitariste essaye d'arriver aux finalités attendues du contrat. L'efficacité économique et juridique du contrat va dépendre, alors, de la configuration et de la confection des sanctions légales et des remèdes à l'inexécution du contrat. Pour le système utilitariste, elles ne découlent pas des fondements du contrat, mais des effets et des finalités attendus.[73] La question qui se pose alors est celle de savoir si les sanctions de l'inexécution d'un contrat dans un système déterminé parviennent à remplir les effets et les finalités attendus du contrat au moindre coût pour la société et, si elles ne le font pas, comment y parvenir.

30. **b. Les sanctions de l'inexécution du contrat et l'efficacité économique.** Du point de vue de l'efficacité économique du contrat, la sanction de l'inexécution du contrat doit être regardée comme le « prix » qui doit être payé par la partie qui n'exécute pas son contrat.[74] L'efficacité économique mesure les coûts des sanctions afin de déterminer quelle sanction parvient à réaliser les intérêts protégés avec le plus de bénéfices pour la société.[75]

31. Il ne s'agit pas ici de mesurer l'effectivité du contrat muni de force obligatoire, c-est à-dire, de mesurer la force contraignante des effets du rapport obligatoire. Il est vrai que plus grand est le prix ou la valeur de la sanction que doit payer le débiteur qui n'exécute pas le contrat, plus fortes seront les raisons pour le débiteur d'exécuter le contrat volontairement

[72] Le libéralisme économique et la philosophie individualiste, sources d'inspiration de la conception libérale du Code civil français de 1804, ne changent pas cette constatation. La notion d'efficacité économique de Pareto ne sera diffusée que plus d'un siècle après la promulgation du Code Civil français de 1804. Dans les systèmes utilitaristes, le contrat est un outil du marché et de l'allocation efficace de richesse. Dans les systèmes volontaristes, c'est le pouvoir reconnu par la loi à chaque individu nanti d'une volonté libre et éclairée qui justifie les effets du contrat.
[73] E. A. FARNSWORTH « Legal remedies for breach of contracts », 1970, 70 *Columbia LR* 1145, p. 1183.
[74] R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, *op. cit.,* p. 168 -171.
[75] *Ibidem.*

et, par conséquent, plus le contrat aura d'*effectivité*.[76] Cependant, le fait que le contrat soit muni d'effectivité et même, selon le cas, d'efficacité juridique ne veut pas dire que le contrat soit économiquement efficace. Le contrat peut bien produire des effets obligatoires et arriver aux finalités juridiques attendues, mais, pour autant, rester économiquement inefficace. Le but est d'aménager un système de sanctions qui permette d'assurer la réalisation de l'intérêt du créancier et les finalités du contrat avec des efforts ou dépenses moindres pour la société. La question qui se pose est celle de savoir quel système est capable d'arriver à ce résultat.

32. La réponse n'est pas évidente si l'on tient compte du fait que le droit n'est pas nécessairement prêt à sacrifier la justice individuelle propre du système libéral pour une justice utilitariste. C'est la conception même de la justice qui est en jeu. La justice individuelle plaide en faveur du respect de la parole donnée, et la justice utilitariste en faveur de la maximisation du bien-être collectif. Il est surprenant de constater que les systèmes qui modèlent les règles en fonction du libre marché sont aussi les systèmes qui limitent le plus les droits individuels en faveur de la maximisation de la richesse et de l'utilité collective ou sociale. Lorsque l'on se demande comment maximiser l'utilité collective, sans sacrifier les intérêts individuels des parties, la question se réduit en fait à se demander comment on peut satisfaire les intérêts des parties au contrat au moindre coût possible. La difficulté consiste précisément à déterminer la limite entre l'intérêt de la victime, objet de protection, et l'intérêt collectif à l'utilisation optimale des ressources.

33. La question peut ainsi se poser du point de vue de l'efficacité juridique et du point de vue de l'efficacité économique. Du point de vue de l'efficacité juridique, il est vrai que, tôt ou tard, le créancier victime de l'inexécution verra son intérêt satisfait. En effet, les systèmes qui hiérarchisent l'exécution en nature ou l'indemnisation des dommages et intérêts, ou bien qui offrent au créancier un libre choix de sanctions, ne diffèrent pas dans le résultat du point de vue du créancier. Il s'agit au moins, dans tous les cas, de placer le créancier dans la même position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté ou si le contrat n'avait pas été conclu[77]. Cependant, les résultats ne sont pas les mêmes du point de vue économique. En effet, du point de vue économique, les coûts attachés à la satisfaction de l'intérêt et à l'indemnisation du dommage subi par le créancier victime de l'inexécution

[76] *Ibidem.*
[77] V. *infra* nº 164 et s.

du contrat font que les résultats ne sont pas les mêmes selon le choix de la sanction ou remède fait par la victime de l'inexécution.[78]

34. Ainsi, le coût des sanctions est au cœur de la question que posent les impératifs de l'efficacité économique du contrat. Est-ce que le droit des contrats doit rester indifférent au coût des sanctions ? Si l'on doit choisir entre plusieurs systèmes qui satisfassent également les intérêts du créancier, pourquoi choisir celui qui est le plus coûteux pour le débiteur et pour la société ? Est-ce qu'il faut se soucier de l'intérêt du créancier et ne pas se soucier de l'intérêt de la société[79] ? Ainsi, il nous semble que parmi les systèmes, celui qui incite le créancier à choisir la sanction qui représente le coût moindre, sera le système le plus efficace du point de vue économique. C'est le cas dans le droit international des contrats.[80] C'est aussi le cas du système de la *common law,* lequel, bien qu'il fasse prévaloir l'indemnisation de dommages sur l'exécution forcée en nature, laisse au créancier la liberté de mettre en place le moyen qu'il estime le plus adapté à ses intérêts[81].

35. Bien que ces systèmes s'avèrent les plus souhaitables du point de vue de l'efficacité économique, il faut encore noter que cela s'explique par le fait que la liberté de choix des sanctions reconnue au créancier est conditionnée au caractère raisonnable du choix réalisé par celui-ci. Si le créancier victime de l'inexécution est capable de satisfaire son droit de créance par des divers moyens de protection, pourquoi devrait-il choisir, sans une raison valable, le moyen qui représente le plus d'efforts ou de dépense pour le débiteur et pour la société ? Est-ce qu'un tel choix est raisonnable ? Lorsque le créancier a le droit de choisir le moyen le plus coûteux pour la société, il est clair que le système favorise l'intérêt particulier sur l'intérêt de la société.

36. **3. Modération du dommage et efficacité économique du contrat.** Dans les systèmes utilitaristes, comme nous le verrons par la suite, c'est l'obligation de modérer le

[78] En effet, il est facile de constater qu'il y a des sanctions à l'inexécution du contrat beaucoup plus coûteuses pour le débiteur que d'autres. Par exemple, il est moins cher pour le débiteur que le créancier d'une chose fongible réalise une opération de substitution et demande la différence du prix plutôt que le créancier assigne le débiteur la exécution forcée en nature et en obtention de dommages et intérêts jusqu'à l'exécution de la décision du tribunal. En effet, dans le premier cas, le créancier pourrait éviter le préjudice associé au retard dans l'exécution, alors que dans le deuxième cas le dommage causé par le retard ne sera pas évité.
[79] *D.* 2003. p. 2326. note J.-P. Chazal
[80] V. *infra* nº 513 et s.
[81] V. *infra* nº 291 et s.

dommage, pesant sur le créancier muni du droit au libre choix des sanctions face à l'inexécution du contrat qui est l'élément permettant de réaliser l'efficacité économique du contrat. Le système de protection du créancier, qui lui donne des moyens de justice privés, est doublé et rééquilibré ainsi par un système de protection du débiteur et de la société. L'obligation de modérer le dommage n'est pas alors uniquement un mécanisme de calcul du *quantum respondeatur* du préjudice causé par l'inexécution du contrat. Elle est surtout un outil nécessaire pour articuler et limiter la liberté du choix des sanctions offertes au créancier face à l'inexécution du contrat en vue de réaliser l'efficacité économique du contrat.

37. L'obligation du créancier de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes n'est pas fondée sur une norme d'ordre moral qui postule un solidarisme entre contractants. Elle ne cherche pas à protéger les intérêts du débiteur qui de son fait n'a pas exécuté le contrat. Si cet effet survient, ce n'est qu'un effet involontaire et réflexe du mécanisme. Au contraire, comme il a été noté plus haut, plus la sanction de l'inexécution est onéreuse pour le débiteur, plus le débiteur est incité à exécuter le contrat. [82]

38. L'obligation de modérer le dommage ne peut pas non plus être assimilée à l'une des conditions de la responsabilité civile contractuelle. La violation de cette obligation ne constitue pas une faute du créancier. Elle n'est pas non plus une condition du dommage réparable, c'est-à-dire l'une des caractères certain, prévisible et direct du dommage indemnisable. Elle n'est pas non plus une condition de la configuration du lien de causalité entre l'inexécution et le dommage. On aura le temps de revenir par la suite en détail sur le fondement juridique de cet aspect en droit français et en droit vénézuélien[83]. Pour l'instant, il faut uniquement indiquer que l'obligation de modérer le dommage, telle qu'elle est comprise dans le droit international et le droit de la *common law*, représente simplement une limite légale à la réparation du dommage évitable avec des mesures raisonnables. Cette limite a des effets significatifs lorsque la sanction de principe de l'inexécution du contrat est la réparation du dommage au lieu l'exécution forcée en nature. En effet, elle place les risques des dommages évitables de l'inexécution sur le créancier, qui verra ainsi la nécessité de les éviter ou de les modérer pour ne pas les supporter. Le créancier est alors incité à choisir le moyen le plus efficace pour atteindre la satisfaction de son intérêt contractuel.

[82] V. *supra* nº 31.
[83] V. *infra* nº 405 et s.

39. Du point de vue économique, il s'agit d'une règle de prévention du dommage, de l'utilisation efficiente de la richesse[84], qui permet l'allocation efficiente des ressources parmi les membres de la société.[85] « Le fondement de l'obligation de modérer le dommage réside dans le seul souci de réduire le coût économique de l'inexécution du contrat, de sorte que cette obligation sert bien davantage les intérêts du marché que la coopération entre les parties »[86]. Le créancier ne peut pas faire prévaloir ses intérêts par rapport à l'intérêt général[87]. Selon ces systèmes, le créancier est censé choisir les sanctions du droit et les mécanismes de justice privée qui, sans sacrifier ses intérêts contractuels, représentent le

[84] Y. DERRAINS, obs. sous C.C.I nº 2103 : « L'attitude consistant à attendre un dédommagement de l'inexécution d'un contrat plutôt que de nouer de nouvelles relations commercialement saines ne saurait être encouragée et une réduction des dommages-intérêts escomptés apparaît comme une sanction de nature à dissuader les praticiens du commerce international de se réfugier dans cette passivité aux conséquences économiques malthusiennes » ; V. aussi : J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 251 : « Si l'on s'écarte de la relation contractuelle pour examiner […] l'immobilisme du créancier de l'obligation principale inexécutée, l'on constate en effet qu'il peut avoir des répercussions économiques déplorables. Ainsi, les fonds employés pour indemniser la partie lésée du préjudice qui n'a pas été modéré sont autant de ressources qui ne seront pas réinvesties par l'auteur du dommage. C'est donc le commerce international dans son ensemble qui se trouve affecté par le comportement de celui qui n'a pas pris les mesures raisonnables pour limiter son préjudice. Son attentisme appauvrit la communauté marchande à hauteur de la perte qui aurait pu être évitée, et non pas seulement l'auteur du dommage. En revanche, de manière positive, lorsque le créancier s'adresse à un tiers pour obtenir une prestation équivalente à celle promisse par son débiteur, il accroît par là-même les échanges commerciaux et, corrélativement, la richesse économique globale […] ce n'est pas tant une condamnation de son comportement envers l'auteur du dommage, mais une condamnation plus large de son attitude vis-à-vis de l'ensemble des acteurs du commerce international. Des impératifs de gestion rationnelle et dynamique lui imposent de déployer des efforts raisonnables pour éviter le gaspillage des ressources économiques. »

[85] Y.-M. LAITHIER *op. cit.,* nº 86. En droit anglais : H. G. BEALE, *Chitty on Contracts*, Volume 1, General Principles, 28º ed., London, Sweet & Maxwell, 1999, nº 27-086 ; J. BEATSON, *Anson's Law of Contracts*, 28º ed., Oxford, OUP, 2002, p. 615 ; D. HARRIS, A. OGUS, J. PHILLIPS, « Contract remedies and the consumer surplus », 1979, 95, *LQR* 581 ; M. T. ABU-SAMA, *L'évaluation judiciaire des dommages intérêts en matière contractuelle en droit anglais et en droit français*, thèse, Paris I, 1978, p. 169 ; M. G. BRIDGE, « Mitigation of Damages in Contract and the meaning of avoidable loss », 1989, 105, *LQR* 398. En droit américain : Th. ULEN, « The efficiency of Specific Performance : Towards a Unified Theory of Contracts Remedies », in *Michigan Law Review* 1984.341 ; M.A. CHIRELSTEIN *Concepts and case, Analysis in the study of the law of contracts*, 3º ed., New York, Foundation Press, 1998, p. 153 ; D. B. DOBBS, *Law of Remedies*, 2º ed., St, Paul, Vets Publishing, 1993, p. 18 ; E. A. FARNSWORTH *Contracts*, *op. cit.,* p. 229 ; G. M. COHEN, « The fault lines in contracts damages », 1984, *VA LR* 1225, p. 1234 ; E. A. FARNSWORTH « Legal remedies for breach of contracts », *art. cit.*, p. 1183 ; R. A. HILLMAN, *The richness of contract law. An analisys and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 561 ; A. VON MEHREN « A general view of contracts », 1982, *IECL*, vol VII, Chapter 1, Nº 114. A. VON MEHREN « A comparative view of remedies available to a party aggrieved by nonperformance of a contractual obligation », *Festschrift fur pan.* J. ZEPOS, t. II, Athen, Freiburg, Koln, CH, Katsikalis Verlag, 1973, p. 433, En droit international : D. SAIDOV, *The Law of Damages in International Sales The CISG and other International Instruments*, Oregon, Hart Publising, 2008, p. 125 ; J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, Nº 247, 248 et s.

[86] H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », in *La nouvelle crise du contrat,* Paris, Dalloz, 2012, p. 183.

[87] Shiffer v Board of education of Gibraltar Scholl District, 393 Mich. 190 (1974) 224 N.W.2d 255 : « The rights protected by the mitigation doctrine are not just those of contracting parties, commercial litigants, tort victims or tortfeasors but, rather, the rights of all society »; C. MCCORMICK C., *Handbook on the law of damages,* 22º ed., Saint Paul, West Pub. Co., 1935, p. 127 : « Legal rules and doctrines are designed not only to prevent and repair individual loss and injustice, but also to protect and conserve the economic welfare and prosperity of the whole community ».

moindre coût pour la société. Ainsi, si le créancier doit réaliser des dépenses afin de modérer le dommage, c'est parce que ces dépenses ont un coût inférieur au dommage qu'il veut éviter ou modérer. En évitant les dommages qui suivent l'exécution du contrat ou en les modérant, le créancier substitue à un dommage majeur qui découle de l'inexécution un dommage mineur : celui des coûts raisonnables de la modération. C'est la raison pour laquelle, d'après les systèmes de droit qui admettent l'obligation de modérer le dommage, le créancier a le droit de récupérer les dépenses réalisées dans la modération du dommage[88].

40. Bien que l'obligation de modérer le dommage, institution ancienne d'une importance centrale au sein du droit de la *common law*, ait pour finalité la réduction des coûts sociaux de la défaillance dans les échanges, elle n'est pas toujours regardée comme une solution idéale. Au contraire, elle fait l'objet de sévères critiques et questionnements. En ce qui concerne les critiques, pour H. MUIR WATT « La solution ainsi consacrée […] fait fi des valeurs généralement supposées protégées par le droit des contrats dans la tradition française, pour les renverser entièrement. La promesse contractuelle s'en trouve désacralisée, puisqu'elle ne fonde en fin de compte aucun droit acquis à l'exécution - en nature - : Le créancier peut se trouver dépouillé de sa créance au nom de l'intérêt transcendant du bon fonctionnement du marché. […] Dès lors en effet qu'il existe un marché disponible, le créancier est tenu de s'y rendre – comme le débiteur est libre d'en profiter. Il devient clair ainsi que *mitigation* est le véhicule naturel d'*efficient breach*, qui achève de fragiliser la force obligatoire du contrat, en accentuant la précarité des droits qui en sont issus ».[89] Selon Posner, ajoute Mme. MUIR WATT : « L'exécution n'est pas forcément répréhensible, si elle permet à la fois au créancier de recevoir le juste prix de la sortie du contrat ».[90] Cependant, le mécanisme peut être dévastateur si l'obligation de modérer le dommage incite systématiquement les contractants à rompre leurs engagements.[91]

41. En ce qui concerne les questionnements : pourquoi un système qui favorise l'exécution en nature par le débiteur n'est pas un système économiquement plus efficace[92], « alors que l'efficience même du devoir de *mitigation* donne lieu à discussion aujourd'hui

[88] V. *infra* nº 258 et s.
[89] H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », *art. cit*., p. 187-189.
[90] *Ibidem,* p.188
[91] E. BROUSSAIS, « L'économiste, le juriste, et le contrat », in *Mélanges J. Ghestin,* p. 143.
[92] Pour une analyse de la question voir : Y.-M. LAITHIER *op. cit.,* nº 321 et s.

parmi les juristes économistes »[93] ? « Pourquoi maintenir la *mitigation* à la charge du seul créancier, alors que, bien souvent, le débiteur est également à même de limiter les dommages qui lui sont, au départ, imputable ? ».[94] Pourquoi ne pas attribuer la charge au *lower cost avoider* ou encourager le *joint cost avoiding* ?[95] Il est affirmé que le contrat est le mécanisme légal approprié d'un système économique fondé sur le libre-échange. Le contrat ainsi regardé est consubstantiel au libre marché.[96] Il est aussi affirmé que le créancier est le *lower cost avoider* lorsqu'il existe un marché de substitution.[97] Cela dit, lorsqu'il n' y a pas un marché de substitution disponible, étant donné le degré de spécialisation du contrat, il a été proposé de mettre la réduction des coûts sociaux à la charge du débiteur ou bien des deux parties.[98] Nous verrons par la suite comment ce mécanisme a été modelé dans la *common law* comme un outil de l'efficacité économique du contrat malgré toutes les interrogations. C'est précisément la réduction des coûts sociaux de la défaillance dans les échanges qui sert de fondement au mécanisme et qui façonne son régime juridique dans les systèmes utilitaristes.

42. Comme le professeur Yves-Marie Laithier l'a bien précisé dans la conclusion de sa thèse, la réception de l'obligation de modérer le dommage dans le droit commun français est

---

[93] H. MUIR WATT, *ibidem.*

[94] V. HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises, Traité des contrats*, Paris, LGDJ, 2000, nº 451 : « Si le créancier peut se remplacer sur le marché, pourquoi pas le débiteur défaillant ? ». Voir aussi H. MUIR WATT, *ibidem,* p. 189. L'auteur affirme en citant Barnes & Stout *Law and Economics, Cases and Materials,* West, 1998, p. 251, que : « le dilemme se pose dans le *case-book* de Barnes & Stout dans les termes suivants : faire en sorte que le débiteur assure la totalité des dommages résultant de l'inexécution le dissuade d'une violation inefficiente du contrat, mais incite le créancier a une *reliance* excessive (c'est le système français de la « victime assistée »). En revanche, obliger le créancier à assumer le poids de l'inexécution au titre de l'obligation de minimiser le dommage n'encourage pas le débiteur à s'investir dans le contrat et ne le protège pas contre l'inexécution inefficace. Bref, à trop décourager *inefficient breach,* on risque de consacrer des sanctions inappropriées. »

[95] H. MUIR WATT, *ibidem* ; CH. GOETZ, R. SCOTT, *ibidem.*

[96] R. BIRMINGHAM, « Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency » ; 1970, 24 *Rutgers L. Rev. 273* : « *[P]art of contract law is the counterpart, if not the product, of free-enterprise capitalism. Contract, in this point of view, is the legal machinery appropriate to an economic system which relies on free exchange rather than tradition and custom, or command for the distribution of resources. The abstraction of classical contract law is not unrealistic; it is a deliberate renunciation of the particular, a deliberate relinquishment of the temptation to restrict untrammeled individual autonomy or the completely free market in the name of social policy. The law of contract is, therefore, roughly coextensive with the free market. Liberal nineteenth-century economics fits in neatly with the law of contracts so viewed. FRIEDMAN, Contract Law In America. A Social And Economic Case Study 20 (1965).* »

[97] CH. GOETZ, R. SCOTT, *ibidem* ; E. A. FARNSWORTH « Legal remedies for breach of contracts », *art. cit.*, p. 1183 ; R. BIRMINGHAM, *ibidem* ; R. HILLMAN, « Keeping the Deal Together After Material Breach-Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts » 1976, *Cornell Law Faculty Publications*, paper 552, See: http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/552

[98] CH. GOETZ, R. SCOTT, *ibidem.* V. *S. J. Groves Co. v. Warner Co.,* 576 F.2d 524, spéc. p. 530 ; *Alexander v. Brown,* 646 P.2d 692, spéc., p. 695 ; *Smith-Wolf Construction*, Inc. *v. Hood*, 756 P.2d 1027*,* spéc., p.1030 *; Travelers indemnity Co. v. Maho Machine Tool Corp.,* 952 F.2d 26, spéc., p. 31. Il a été opposé cependant l'effet pervers du développement d'un contentieux sur l'attribution de la charge de la modération. V. E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* Nº12.12 ; V. *Cates c/ Morgan Portable Building corp.*, 780 F. 2d 683, p. 689 (J. Posner).

l'option politique la plus souhaitable si l'on veut privilégier la recherche de l'efficacité économique du contrat.[99] En effet, « le domaine et le régime des sanctions de l'inexécution en *common law* dépendent en grande partie de leur efficacité (économique) respective. (…) Elle crée un contraste avec le droit français des contrats, qui fait s'interroger sur la voie à suivre »[100] en ce qui concerne son évolution. Ainsi, le professeur Laithier présente trois possibilités : une conservatrice, une modérée et une qui privilégie l'efficacité. D'abord, l'hypothèse conservatrice consisterait à s'opposer à toute réception en droit français des solutions de la *common law* au nom de la meilleure protection des intérêts du créancier, du refus de réduire le contrat à un instrument de maximisation de la richesse, de la tradition, entre autres[101]. Puis, la deuxième hypothèse consisterait à introduire des tempéraments afin d'éviter des sanctions de l'inexécution manifestement inefficaces[102]. Enfin, la troisième hypothèse, comme on l'a signalé, consisterait à introduire l'obligation de modérer le dommage. Selon le professeur Laithier, les conséquences de l'introduction de l'obligation de modérer le dommage seraient les suivantes : « l'absence d'indemnisation du préjudice qui aurait raisonnablement pu être évité ; le rejet de l'exécution forcée en nature dans tous les cas où les dommages-intérêts constituent une sanction adéquate, et ce afin de ne pas permettre au créancier qui a manqué à son devoir d'échapper par ce biais aux conséquences du comportement inefficace ; le choix d'un mode d'évaluation de dommages-intérêts apte à protéger le créancier pour un coût optimal ; le devoir le cas échéant d'accepter l'offre d'exécution émise par le débiteur défaillant ; le devoir de suspendre l'exécution ou celui de résilier le contrat, voir le devoir de résilier le contrat par anticipation si cela doit avoir pour effet de réduire l'ampleur du préjudice. Autant de règles qui diminuent le coût de l'inexécution et augmentent corrélativement la probabilité que le contrat soit violé à des fins lucratives. »[103]

43. En somme, l'obligation de modérer le dommage, d'après le droit international et la *common law* n'est alors pas uniquement un mécanisme de détermination du *quantum* de la responsabilité contractuelle. Il s'agit d'un mécanisme qui articule les sanctions de l'inexécution du contrat en fonction de l'efficacité économique. Ce mécanisme de

[99] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 600 et s.
[100] *Ibidem.*
[101] *Ibidem.*
[102] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 601 et s.
[103] *Ibidem.*

modération du dommage trouve son origine dans une conception utilitariste du contrat et dans la reconnaissance de la nécessité que le contrat soit juridiquement, mais aussi économiquement, efficace.

44. La question qui se pose est celle de savoir si ce mécanisme d'efficacité économique du contrat est compatible avec les systèmes fondés sur une conception volontariste du contrat, c'est-à-dire, avec des systèmes dont la force obligatoire des contrats reconnue par la loi est fondée sur le principe du respect de la parole donnée en tant que manifestation libre et éclairée de la volonté des parties sur un contenu précis (*pacta sunt servanda*). Autrement dit, si l'obligation de modérer le dommage est compatible avec les systèmes qui privilégient la primauté de l'exécution en nature du contrat et le caractère sacré du lien contractuel issu de la volonté des parties et reconnue par la loi comme une source de droit.

45. La réponse à cette question suppose tout d'abord de préciser les spécificités du mécanisme selon la conception utilitariste du contrat. Une fois délimitées les spécificités du mécanisme dans les systèmes utilitaristes dans ses conditions et ses effets, il faudra vérifier les incompatibilités du mécanisme avec le système volontariste du Code civil français de 1804, suivi par le droit vénézuélien, et le droit de la réforme du droit des contrats en France. On verra ainsi :

Première partie : Les spécificités de l'obligation de modérer le dommage dans la conception utilitariste du contrat

Seconde partie : Les incompatibilités entre l'obligation de modérer le dommage et la conception volontariste du contrat

PREMIÈRE PARTIE

LES SPÉCIFICITÉS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE DANS LA CONCEPTION UTILITARISTE DU CONTRAT

46. Le droit de la *common law* et le droit international se caractérisent par une conception utilitariste du contrat et de l'obligation de modérer les dommages issus de l'inexécution du contrat.

47. L'obligation de modérer le dommage prend un rôle tout particulier au-delà du calcul du dommage découlant de l'inexécution du contrat. Elle représente une limite au libre choix du créancier des sanctions à l'inexécution du contrat imputable au débiteur et des moyens de justice privées mis à sa disposition. En tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, elle incite le créancier afin que le choix de la sanction et des autres mécanismes légaux dans le but de réaliser son intérêt contractuel, soit celui qui, tout en permettant la réalisation de son droit de créance, représente le moindre coût pour le débiteur et pour la société. Ainsi, ce qui était compris comme un simple mécanisme du calcul du *quantum respondeatur* des dommages causés par l'inexécution du contrat, est en réalité un outil qui articule le système des sanctions mis en place en faveur du créancier. L'obligation de modérer le dommage ainsi modelée, en tant que limite à la réparation du dommage évitable raisonnablement, constitue un mécanisme qui permet d'atteindre l'efficacité juridique et l'efficacité économique du contrat.

48. C'est cette conception utilitariste de l'obligation de modérer le dommage qui lui donne sa raison d'être et qui permet de déceler son régime juridique, tout particulièrement en ce qui concerne les conditions d'application, ainsi que ses effets dans les systèmes de la *common law* et du droit international.

49. Ayant précisé le rôle caractéristique de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes, en tant qu'outil indispensable des impératifs de l'efficacité économique du contrat, il faut analyser la manière dont les systèmes utilitaristes ont modelé

ce mécanisme contractuel. Il faut noter qu'il a été modelé pour fonctionner dans un contexte économique de libre concurrence au sein d'une économie de libre marché. C'est dans ce contexte économique que les choix, au regard des normes applicables au mécanisme contractuel, ont été faits. C'est uniquement dans ce contexte économique et normatif que l'on peut comprendre la vraie fonction et l'utilité de l'obligation de modérer le dommage. On verra alors les conditions (Titre I) de l'obligation de modérer le dommage, puis ses effets (Titre II) dans le système de la *common law* et du droit international des contrats.

Titre I

LES CONDITIONS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE DANS LES SYSTÈMES UTILITARISTES

50. Le contenu de l'obligation de modérer le dommage est fondé sur les impératifs de l'efficacité économique du contrat dans le droit de la *common law*[104] et dans le droit international[105]. Afin de préciser le mécanisme, ainsi que sa compatibilité avec le système volontariste suivi par le droit vénézuélien, ainsi que le nouveau droit des contrats et des obligations en France, il faut analyser les conditions de son existence et déterminer les circonstances dans lesquelles ce mécanisme déploie ses effets juridiques.[106]

51. Il faut noter que les conditions du mécanisme de l'obligation de modérer le dommage sont profondément liées aux spécificités du système de remèdes à l'inexécution du contrat et à la fonction du contrat dans la conception utilitariste du contrat. [107]

52. En effet, à la différence des obligations imposées par la loi ou par la jurisprudence, telles que l'obligation de bonne foi, l'obligation d'information ou l'obligation de sécurité, le *duty to mitigate* naît d'une limitation légale aux dommages réparables en cas d'inexécution du contrat.[108] Selon cette règle de droit, le créancier victime de l'inexécution du contrat n'a pas le droit à la réparation des dommages qui sont évitables par des mesures raisonnables.[109] C'est le créancier qui, afin d'éviter la diminution de son patrimoine, est placé dans la nécessité d'agir raisonnablement afin d'éviter ou modérer le dommage non réparable.[110] Le coût dépensé par le créancier, étant considéré comme un dommage inévitable de

[104] H. MUIR WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *art. préc.,* nº 232, p. 45 et 46. « *L'inspiration utilitariste de la common law explique la mitigation en termes d'intérêt général. L'analyse économique lui fait écho, en postulant que c'est dans l'intérêt du marché que le créancier est ainsi incité à se remplacer dans les meilleures conditions, diminuant au bénéfice de tous le coût de la défaillance dans les échanges. La réduction des coûts sociaux, comme l'avait dit Coase, fait également partie des objectifs du droit des contrats.* »
[105] J. ORTSCHEIDT, *op. cit.*, Nº 247, 248 et s.
[106] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 18.
[107] H. MUIR WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *op. cit.,* p. 45 et s.
[108] CH. GOETZ, R. SCOTT, *art. cit.* ; E. A. FARNSWORTH « Legal remedies for breach of contracts », *art. cit.*, p. 1183 ; R. BIRMINGHAM, *art. cit.* ; R. HILLMAN, « Keeping the Deal Together After Material Breach-Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts », *art. cit.*
[109] E. A. FARNSWORTH « Legal remedies for breach of contracts », *art. Cit,* p. 1184.
[110] *Ibidem.*

l'inexécution, est alors réparable.[111] Si le mécanisme est favorable au débiteur et à la société, ce n'est qu'une conséquence indirecte de caractère économique et non juridique, car ni le débiteur ni la société n'ont un droit subjectif sur le créancier.

53. Vu les spécificités du mécanisme, il faut s'interroger sur ses conditions juridiques. Autrement dit, quelles circonstances provoquent les effets juridiques de cette limite légale au dommage réparable et, par conséquent, cette nécessité particulière du créancier d'agir dans son propre intérêt ? Les conditions de ce *duty to mitigate* sont alors de deux sortes. D'abord il y a des conditions externes au créancier. Il s'agit de conditions qui tiennent à l'inexécution du contrat par le débiteur et au système de sanctions ou remèdes dans la *common law* et le droit international (Chapitre I). Ensuite, il y a des conditions internes ou relatives à la sphère patrimoniale et personnelle du créancier. Il s'agit de la conception des dommages réparables dans la *common law* et le droit international (Chapitre II).

[111] C. MCCORMICK C., *Handbook on the law of damages,* 22º ed., Saint Paul, West Pub. Co., 1935, p. 127.

Chapitre I
CONDITION EXTERNES (L'INEXÉCUTION DU CONTRAT)

54. Le régime juridique de l'inexécution du contrat dans la *common law* et dans le droit international présente des spécificités significatives par rapport au droit au civil vénézuélien, qui suit le système du Code civil français de 1804, ainsi que par rapport au nouveau droit des contrats et des obligations en France. Cela est vrai particulièrement en ce qui concerne le système des sanctions ou remèdes à l'inexécution du contrat. Les systèmes de sanction de la *common law* et du droit international tiennent leurs spécificités de la conception utilitariste du contrat et de la fonction économique qu'ils sont censés remplir dans ces ordres juridiques.[112]

55. Dans ces systèmes, on peut repérer un nombre de traits caractéristiques sans lesquels l'obligation de modérer le dommage ne pourrait pas déployer ses importants et décisifs effets en faveur de l'économie de marché, la réduction des coûts sociaux et l'efficacité économique du contrat. Ces traits caractéristiques sont de vraies conditions de l'obligation de modérer le dommage. Ils peuvent être divisés en conditions externes d'ordre général (Section I) et en conditions externes d'ordre particulier. (Section II)

[112] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », 1970, 70 *Columbia. LR* 1145 ; E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* § 12.12 ; R. A. POSNER., *L'analyse économique du droit*, trad. S. Harnay, A. Marciano, Paris, Michalon, 2003, R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, Californie, Addison Wesley, 1997. Dans les systèmes utilitaristes, le contrat et son système de remèdes ou sanctions à l'inexécution sont au service du marché et de la réduction des coûts sociaux, finalités propres des systèmes qui prônent l'efficacité économique. Le contrat devient alors un outil au service de ces finalités économiques du marché, ce qui est le reflet cohérent d'un choix politique pour un système de libre entreprise. On peut constater que cet environnement politique et juridique explique l'importance pratique de l'obligation de modérer le dommage dans ces ordres juridiques. L'obligation de modérer le dommage et les systèmes de remèdes face à l'inexécution du contrat sont modelés en vue de la conquête de l'efficacité économique du contrat, la réduction des coûts sociaux et la mise en place d'une économie de marché libre.

Section I
CONDITIONS GÉNÉRALES : REMÈDES ET SANCTIONS A L'INEXÉCUTION DU CONTRAT

56. Parmi les conditions générales de l'obligation de modérer le dommage comme outil indispensable de l'efficacité économique du contrat, on peut trouver des traits typiques de la *common law* sans lesquels le mécanisme ne pourrait pas remplir sa fonction caractéristique. Il s'agit d'abord de la conception des sanctions de l'inexécution du contrat. En effet, dans la *common law,* le but des sanctions est de compenser économiquement la perte du créancier et non de faire respecter la parole donnée (§1). Il s'agit ensuite de la hiérarchie des sanctions de l'inexécution du contrat. Dans ce système la réparation des dommages est le principe, et l'exécution en nature, l'exception (§2). Cette dernière est uniquement disponible lorsque la réparation des dommages ne constitue pas un remède adéquat à la protection de l'intérêt du créancier. Finalement, dans ces systèmes, il revient au juge de déterminer, au regard des circonstances particulières de chaque cas, la mesure la plus adéquate pour indemniser le préjudice du créancier. (§3)

§1. COMPENSER L'INEXÉCUTION AU LIEU DE CONTRAINDRE L'EXÉCUTION

57. Le système des sanctions de l'inexécution du contrat dans la *common law* n'a pas pour finalité de forcer l'exécution du contrat, mais de soulager et de réparer l'inexécution. On dit alors que s'il est vrai qu'il y a un principe de liberté contractuelle, il y a aussi la liberté de ne pas exécuter le contrat.[113]

58. Les sanctions en cas d'inexécution du contrat ne visent pas non plus à punir le débiteur. Elles visent uniquement à réparer les effets de l'inexécution. La loi ne s'intéresse

[113] E. A. FARNSWORTH, *Legal Remedies for Breach of Contract*, *art. préc.,* p. 1147 : *« Our system, it is not directed at compulsion of promisors to prevent breach; rather, it is aimed at relief to promisees to redress breach. It is not much concerned with the question suggested by Frost's lines : How can men be made to keep their promises? It is instead preoccupied with a different question: How can men be encouraged to deal with those who make promises? Perhaps it is more seemly for a system of free enterprise to promote the use of contract by encouraging promisees to rely on the promises out of fear that the law will punish their breach. In any event, this at least adds to the celebrated freedom to make contracts, a considerable freedom to break them as well. »* ; H. R. HARTZLER, The Business and Economic Functions of the Law of Contract Damages, 6 *AM. Bus. L.J.*, 387, 389-92 (1968).

pas à ce qui doit être fait pour que les personnes exécutent leur promesse, mais uniquement à la manière de faire pour que celles-ci puissent se fier à la promesse des autres. Alors, afin que les personnes se fient aux promesses des autres, la *common law* protège les prévisions économiques du créancier en cas d'inexécution. Cela implique de reconnaître au créancier un droit à la réparation économique du préjudice subi sur la base de la frustration des attentes prévues dans le contrat.[114]

59. La *common law* reconnaît alors au créancier le droit à une réparation économique qui soit capable de le placer dans la même situation que si le contrat avait été exécuté. Elle reconnaît ainsi le droit du créancier à une réparation mesurée par le gain que le créancier aurait fait si le contrat avait été exécuté, aussi appelé "l'avantage de l'affaire" (« *The benefit of the bargain* »). Fuller et Perdue appellent cet intérêt du créancier protégé par la loi : « *Expectation Interest* »[115].

60. Au contraire, dans les systèmes dans lesquels le débiteur est contraint à exécuter ses promesses, il est prévu des peines privées en cas d'inexécution du contrat. Au lieu d'imposer des peines directement, le système permet parfois l'allocation d'une somme d'argent à la victime de l'inexécution afin de contraindre le débiteur défaillant. C'est le cas, par exemple du mécanisme de l'astreinte en droit français. Un trait caractéristique des systèmes qui privilégient l'exécution forcée du contrat au lieu de la compensation économique du préjudice peut être trouvé dans le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature[116]. Selon l'interprétation classique de ce principe suivi par le droit vénézuélien[117], le créancier a le droit de demander la compensation des dommages uniquement lorsque l'exécution forcée en nature de la prestation inexécutée n'est pas possible. L'indemnisation des dommages, ainsi que les autres sanctions mises à la disposition du créancier, ne sont valables qu'à partir du moment où il y a eu une inexécution définitive de l'obligation. Cela arrive soit parce qu'il s'agit d'une obligation à terme essentiel, soit parce que le bien certain objet de l'obligation a péri ou n'est plus dans les mains du débiteur à cause d'une faute qui lui est

[114] E. A. FARNSWORTH, *art. préc.,* p. 1145.
[115] *Ibidem.* L. FULLER and W. R. PERDUE, « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936), 46, *Yale L.J.,* 52, 53, (Part. I). Alors, pour Fuller et Perdue, cela revient à un curieux type de réparation car elle donne au créancier quelque chose qu'il n'a jamais eu, mais ils trouvent cette solution justifiée car elle représente un moyen d'encourager et de protéger la confiance des hommes dans les contrats.
[116] V. *infra* nº 502 et s.
[117] V. *infra* nº 506 et s.

imputable, soit parce que l'obligation à la charge du débiteur correspond à une prestation de faire non fongible.[118] Le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature, en tant que limite au libre choix du créancier de la sanction de l'inexécution du contrat, est défendu par la majorité de la doctrine vénézuélienne à l'heure actuelle.[119]

61. Cela dit, les systèmes de la common law, du droit vénézuélien des contrats et du Code civil français se recoupent parfois dans certains domaines. La différence capitale entre la conception des systèmes utilitariste et les systèmes volontaristes, réside dans le fait que, tandis que le premier favorise comme principe la réparation des dommages à cause de l'inexécution du contrat et, exceptionnellement, permet l'exécution ou réparation forcée en nature, les systèmes volontaristes inspirés du Code civil français, comme le droit vénézuélien, en vertu du principe du respect de la parole donnée, favorisent l'exécution forcée en nature par rapport à l'indemnisation des dommages et la résolution du contrat. [120]

[118] J. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006, nº 61 ; J. MELICH ORSINI, « La ejecución forzosa de la obligación de hacer », in *Estudios de Derecho Civil*, Caracas, Ediciones Fabreton, 1974, p. 79 ; M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones,* Caracas, RVLJ, 2016, p. 154 et 226 ; E. MADURO LUYANDO, *Curso de Obligaciones, Derecho Civil III*, 8º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, Manual de Derecho, 1993, p. 71. V. aussi : F. LAURENT, *Principes du droit civil français, op. cit.,* t. 15, nº 424, p. 477 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats, op. cit.,* nº 490, p. 489 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.,* nº 781, p. 78.

[119] M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones, op. cit.,* p. 154.

[120] V. *infra* nº 492 et s.

§ 2. HIERARCHIE DE L'INDEMNISATION DES DOMMAGES

62. **1. Le principe.** Dans la *common law,* la sanction de principe, en cas d'inexécution du contrat, est la réparation de dommage[121] (*Substitute relief)*, et non l'exécution forcée en nature (*relief*). L'exécution spécifique ou en nature est une sanction de caractère exceptionnel[122]. Le choix de la *common law* pour la réparation des dommages en cas d'inexécution du contrat tient principalement à des raisons historiques ainsi qu'aux traits typiques de ce système. Parmi les raisons du caractère exceptionnel de l'exécution forcée en nature dans la *common law*, il faut remarquer le fait que l'inexécution de la décision du juge d'exécuter la prestation est sanctionnée par une peine de prison. [123]

63. L'une des raisons du caractère exceptionnel de l'exécution forcée en nature se trouve dans la gravité de la sanction. Elle est justifiée uniquement lorsqu'il n'y a pas d'autre remède adéquat. Le juge a ainsi la charge de trouver une réparation adéquate à l'inexécution du contrat. Alors, du point de vue économique, dans une économie de marché dont les transactions substitutives permettent au créancier une réparation adéquate auprès du marché, la compensation en argent s'avère la sanction la plus adéquate dans la majorité des cas. Exceptionnellement, lorsqu'il n'est pas possible de réaliser une opération de substitution, étant donné la nature de la prestation et les intérêts du créancier en jeu, le juge peut accorder l'exécution forcée en nature.[124]

---

[121] Y.-M. LAITHIER, *op. cit*., p. 366. L'auteur prend les adjectifs spécifiques choisis par divers auteurs : « normal » est choisi par E. A. FARNSWORTH, *op. cit.,* §12.4, M. P. FURMSTON, *Cheschire, Fifoot & Furmstom's Law of Contract*, London, Butterwoths, 2002 , p. 698. Voir aussi : V. KRONMAN , « Specific Performance », (1977-78) 45 *Univ.Chi. LR* 354 ; comp. : C. SZLADITS, « The concept of specific performance in civil law », (1955) 4 *Am. J. Comp. Law*, 212 ; H. STOLL., *International Encyclopedia of Comparative Law, vol.* XI, ch. 8, *Consequences of liability: Remedies,* n° 65 s. ; R. DAVID , *English Law and French Law - a comparison in substance,* Londres, Stevens & Sons, 1980, p. 126 ; A. MICHAUD, « Mitigation damage in the context of remedies for breach of contract», *Canada, Revue Générale de Droit,* 1984, p. 326; S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation, in *RDC* 2005, p. 49 et s. ; F. BELLIVIER, R. SEFTON-GREEN, « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Mélanges J. Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 91 et s., spéc. p. 103.

[122] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 366 ; J. M. PERILLO, *Calamari And Perillo on Contracts*, 5º ed., St. Paul, Thomson-West, 2009, nº §16-1 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 633 ; D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in Contracts & Torts,* London, Weidenfeld and Nicolson, 1988, p. 166, entre autres.

[123] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. cit.*

[124] *Ibidem.*

64. Dans la *common law,* la sanction de principe est que le créancier a le droit à une compensation monétaire qui le place dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. C'est une compensation qui procure au créancier l'avantage économique dont il aurait pu bénéficier si le contrat avait été exécuté. Cependant, la compensation des dommages est soumise à certaines limites. Ces limites sont constituées par les caractères certain, prévisible et direct du dommage. En outre, et c'est ici l'essentiel, la réparation est conditionnée par le caractère évitable du dommage. Les dommages évitables par le créancier par des mesures raisonnables ne sont pas indemnisables. Le mécanisme de l'obligation de modérer le dommage n'est qu'une conséquence de cette dernière limite.[125]

65. Alors, lorsque l'on analyse les particularités du système de la *common law*, on se rend compte rapidement que c'est précisément parce que la *common law* hiérarchise et place la compensation des dommages comme sanction de principe à l'inexécution du contrat que l'obligation de modérer le dommage acquiert son importance pratique. Elle devient un vrai outil de l'efficience économique du contrat, car elle est applicable à chaque fois que le contrat n'est pas exécuté. C'est un trait caractéristique du système de la *common law* sans lequel l'obligation de modérer le dommage ne remplirait pas sa fonction caractéristique. En effet, si le créancier, au lieu d'être tenu de demander l'indemnisation des dommages, avait le droit de choisir l'exécution en nature, il ne serait pas incité à prendre des mesures raisonnables pour éviter ou minimiser le préjudice produit par l'inexécution. Si l'exécution en nature est possible, peu importe son coût, le créancier aura le droit de demander que l'exécution en nature soit ordonnée par le juge. Si le système privilégie l'exécution forcée en nature, il ne pourra être reproché au créancier d'avoir exercé son droit subjectif de créance, même si la protection de son intérêt peut être obtenue au moindre coût pour la société.

66. Il est vrai que, lorsque l'exécution ou la réparation en nature n'est pas possible, le créancier doit se conformer à l'indemnisation des dommages ou la résolution du contrat, avec l'indemnisation des dommages découlant de la résolution. Même dans ce cas, s'il n'existe pas une limite à l'indemnisation du dommage évitable, le créancier, victime de

[125] E. A. FARNSWORTH, *Ibidem*. C'est le principe de *certainity* et la possibilité du juge de contrôler les jurys sur le calcul du montant du préjudice, ce qui a permis que les règles d'évaluation du dommage contractuel aient été développées plus rapidement dans la *common law* que dans les systèmes qui suivent le modèle du Code.

l'inexécution, pourra demander la réparation de tous les dommages prévisibles qui sont la conséquence directe de l'inexécution sans se soucier des coûts de la sanction pesant sur le débiteur. C'est la limite à la réparation du dommage évitable qui permet au contrat de remplir les impératifs de l'efficacité économique. Elle met à la charge du créancier les risques associés à la production des dommages évitables. Si le créancier peut demander la compensation de dommages évitables avec des mesures raisonnables, la satisfaction de l'intérêt du créancier sera protégée indépendamment du coût de la sanction et la sanction de l'inexécution du contrat sera inefficace du point de vue économique. Il en est ainsi car, du point de vue des alternatives de la régulation du contrat, selon Pareto, l'utilité de la société pourrait être améliorée sans détériorer l'utilité du créancier. En effet, l'intérêt du créancier pourrait être protégé également au moindre coût pour le débiteur et pour la société si la régulation du contrat incite le créancier à prendre des mesures raisonnables afin d'éviter ou modérer le dommage.

67. Selon la conception d'efficacité de Pareto[126], les systèmes qui font prévaloir l'indemnisation de dommages sur les autres sanctions et qui prévoient une limite à l'indemnisation au dommage raisonnablement évitable par le créancier sont des systèmes plus efficaces du point de vue économique que les systèmes qui font prévaloir l'exécution en nature ou bien qui permettent le libre choix de la sanction sans établir un mécanisme qui incite le créancier à choisir le moyen de protection le moins coûteux pour la société.

68. **2. La portée du principe.** Bien que dans la *common law*, la sanction de principe soit l'indemnisation des dommages et que l'exécution en nature soit une sanction à caractère exceptionnel, il ne faut pas exagérer la portée du principe. En effet, l'exécution forcée en nature est, dans un nombre significatif de cas, la solution la plus adaptée aux intérêts du créancier et, par conséquent, la sanction de principe applicable.

69. En effet, le premier exemple de ce qui vient d'être affirmé concerne les contrats qui prévoient le transfert de propriété des biens immeubles. Dans ce type de contrats, en droit anglais et en droit américain, l'exécution forcée en nature est la règle et non l'exception.[127]

[126] V. *supra* nº 14 et s.
[127] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, p. 372.

70. Un deuxième exemple correspond à l'action en paiement d'une somme d'argent issue d'une obligation contractuelle (*« action for an agreed sum »* ou « *action in debt »*). Le créancier de l'obligation pécuniaire issue d'un contrat n'a pas besoin de démontrer un préjudice pour demander l'exécution forcée. Il n'a pas non plus le devoir de minimiser le dommage. Elle est clairement une action d'exécution forcée en nature. [128]

71. En dépit de la position d'un certain nombre d'auteurs en droit français[129], en droit anglais et en droit américain, l'opération de remplacement et l'opération de substitution ne sont pas considérées comme une forme d'exécution forcée en nature. Le régime du remplacement appartient au domaine de l'action en réparation des dommages en cas d'inexécution du contrat, ce qui permet, dans ces systèmes, d'appliquer la limite à la réparation du dommage évitable. L'opération de remplacement et de substitution contrat sont des mesures de modération du dommage, qui permettent au créancier d'obtenir la satisfaction de son intérêt auprès d'un tiers. Elles figurent, comme on le verra, parmi les mesures de modération du dommage les plus importantes.[130]

72. On aura le temps plus tard d'analyser la nature juridique du remplacement dans le Code civil de 1804, suivi par le droit vénézuélien, et dans la réforme du droit des contrats en France[131]. Il suffit d'indiquer ici que l'opération de substitution du contrat de la *common law* ne correspond pas à la faculté de remplacement prévue par le droit vénézuélien, lequel suit les articles 1143 et 1144 du Code civil français de 1804. Cette faculté de remplacement dépend d'une décision en justice définitive et préalable, laquelle donne un titre exécutoire au créancier pour agir aux frais du débiteur.[132] En revanche, l'opération de substitution

---

[128] *Ibidem,* p. 373-374.

[129] M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, préface P. HEBRAUD, Paris, LGDJ, 1974. Dans le même sens : P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse, Paris I, 2000 ; A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, nº 865 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, E. SAVAUX, *Les obligations*, *3. Le rapport d'obligation*, 3 éd., Paris, A. Colin, 2004, nº 162 et s.; P. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNK, *Les obligations*, Paris, Defrénois, 2003, nº 1129 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit Civil. Les obligations. Régime Général*, 6º éd., Paris, Litec, 1999, Nº 1641 et s. Pour une qualification mixte voir : Ch. LARROUMET, *Droit Civil. t. 3, Les Obligations*, *Le Contrat,* 5º éd., Paris, Economica, 2003, nº 67. En sens contraire voir : A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2º éd, Paris, PUF, coll. Droit Fondamental, 1990, nº 62 et Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 83.

[130] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 374.

[131] V. *infra* nº 573 et s.

[132] G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in : *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, (dir. M. Fontaine et G. Viney), Paris, LGDJ, 2001, p. 167.

modelée dans la *common law* est un mécanisme qui permet au créancier, sans l'autorisation préalable du juge, de réaliser son intérêt contractuel auprès d'un tiers sur le marché et de demander l'indemnisation des dommages au débiteur dans la limite du dommage raisonnablement évitable.[133] Il est vrai que le nouvel article 1222 du Code civil français permet au créancier de faire exécuter lui-même l'obligation aux frais du débiteur. Cependant, comme on aura le temps de l'expliquer par la suite[134], cette faculté ne concorde pas non plus avec l'opération de substitution du contrat ni le replacement de la prestation de la *common law.*

73. Le remplacement prévu dans la common law et le droit international est un mécanisme divers de l'exécution forcée en nature, de la réparation en nature et de l'exécution forcée par équivalent prévue dans le modèle du Code civil de 1804, suivi par le droit vénézuélien. C'est là précisément l'enjeu du mécanisme de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la common law et le droit international. Dans ces ordres juridiques, le créancier victime de l'inexécution du contrat est incité à substituer le contrat auprès du marché chaque fois que cela est possible et raisonnable. En revanche, le système adopté par le droit vénézuélien, en laissant le créancier prisonnier d'un contrat inexécuté, l'incite à rester indifférent face aux dommages évitables, à exiger l'exécution forcée en nature et à faire réparer la totalité des préjudices subis auprès du débiteur. Dans le droit vénézuélien, c'est clairement le principe du respect de la parole donnée qui est privilégié sur l'efficacité économique du contrat. Il est vrai que le nouveau droit des contrats et des obligations en France a évolué en admettant de forme positive la résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier. Cependant, comme on aura le temps de l'étudier après,[135] le caractère exceptionnel de la résolution dans la conception volontariste du contrat limite la faculté du créancier de remplacer le contrat. Malgré le renouvellement du droit français des contrats, la spécificité des sanctions de la *common law* ne semble pas avoir été nuancée.

[133] D. TALLON, « Les remèdes. Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, (dir. D. Tallon, D. Harris), Paris, LGDJ, 1987, p. 271. V. Aussi : E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. cit.,* p. 1145.
[134] V. *infra* nº 573 et s.
[135] V. *infra* nº 706 et s.

74. **3. La portée du principe dans le droit international.** En ce qui concerne les principes UNIDROIT[136] et les PDEC[137], l'obligation de modérer le dommage limite le choix du créancier à l'exécution forcée en nature, chaque fois qu'il est possible pour le créancier de chercher un contrat de substitution sur le marché. Dans ces instruments, lorsque le remplacement est possible, soit l'exécution forcée en nature est limitée (UNIDROIT, PDEC), soit l'obligation de modérer le dommage incite le créancier à renoncer à cette exécution (CIVM)[138]. Dans ce dernier cas, bien que le créancier puisse demander en justice l'exécution forcée en nature, il n'aura pas le droit de demander des dommages et intérêts à cause du retard. Les préjudices causés par le retard dans l'exécution ne seront pas indemnisables, en tant que dommages raisonnablement évitables par le créancier. En effet, lorsque l'opération de remplacement est possible, tous les dommages issus du retard sont évitables avec des mesures raisonnables. L'indemnisation sera alors limitée au coût raisonnable de remplacement.

75. Il ne faut pas limiter l'obligation de modérer le dommage à l'opération de remplacement et à l'opération de substitution du contrat, car s'il est vrai que dans une économie de marché la plupart des produits et services ont un substitut, cela n'est pas le cas dans les domaines des biens et des services non fongibles. Dans ce cas-là, l'obligation de modérer le dommage a un domaine d'application qui dépendra selon chaque cas d'espèce de

---

[136] Article 7.2.2 : *« A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque : a) l'exécution est impossible en droit ou en fait; b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables; c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon; d) l'exécution présente un caractère strictement personnel; ou e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution. »*

[137] Article 9:102 : *« Obligations autres que de somme d'argent (1) Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse. (2) Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque : (a) l'exécution serait impossible ou illicite ; (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables ; (c) elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles ; (d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen. »*

[138] Article 75 : *« Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procèdé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74. »*

Article 77 : *« 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. »*

ce qui est raisonnable pour le créancier. Nous aurons le temps, par la suite, de préciser cette notion et ses implications à l'égard du contenu de l'obligation de modérer le dommage.[139]

76. Ce qu'il faut retenir ici, et c'est à notre avis l'essentiel, c'est que les systèmes qui font primer de fait ou de droit l'indemnisation des dommages permettent à l'obligation de modérer le dommage de remplir sa fonction en tant qu'outil de l'efficacité du contrat. En outre, les systèmes qui prévoient le libre choix de la sanction permettent à l'obligation de modérer le dommage de remplir sa fonction caractéristique, lorsque le libre choix est conditionné au caractère raisonnable de la mesure et à la limite de réparation du dommage évitable. En revanche, les systèmes qui privilégient le principe de force obligatoire et le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature du contrat, indépendamment du coût de cette sanction, sont des environnements juridiques qui, en principe, limitent l'efficacité économique du contrat. Un tel contexte juridique empêche en grande partie à l'obligation de modérer le dommage de remplir sa fonction caractéristique.

§ 3. POUVOIR DU JUGE D'APPRÉCIER LE *QUANTUM* DU DOMMAGE ET LE CARACTÈRE ADÉQUAT DES REMÈDES

77. En principe, dans le système de la *common law*, le juge doit accorder la sanction la plus adéquate afin de protéger l'intérêt du créancier. La règle générale est la compensation du préjudice sur la base de la perte de l'attente de l'avantage attendu du contrat par le créancier. Il s'agit pour le juge de mettre le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. Cela est calculé en principe sur la base de la différence entre la valeur attendue du contrat et la valeur reçue par le créancier (*Value diminution ou Difference in value)*.[140] Cependant, lorsque cette règle s'avère inadéquate, le juge peut accorder l'indemnisation du préjudice sur la base du nécessaire pour compléter l'opération sur le marché (*Cost to complete or cost to cure)*.[141]

---

[139] V. *infra* nº 237 et s.

[140] E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* 1990, § 12.12 ; E. A. FARNSWORTH. « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* nº 1145 ; G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 105 ; A. BURROWS, *Remedies for Torts and Breach of Contracts, op. cit.,* p. 141 ;

[141] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 7º ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, 20-037; A.F.H. LOKE, « Cost of Cure or Difference in Market Value ? Toward a Sound Choice in the Basis for Quatifying Expectation Damages » 1996, 10 *JCL* 189 ; J. BEATSON, *Anson's Law of Contract, op. cit.,* p. 597 ; M. FURMSTON, *Anson's Law of Contract, op. cit.,* nº 8.41.

78. Par exemple, c'est le cas lorsque le maître d'ouvrage ayant commandé la construction d'une maison, la maison délivrée mesure 5% de moins que dans le plan fourni par l'architecte. Si la valeur de marché de la construction prévue dans le contrat est égale à 100.000, et la valeur de la maison fournie est égale à 95.000, le créancier a le droit à une indemnisation calculée sur la *diminution de la valeur* égale à 5.000. En revanche, si le coût pour compléter les 5% de la construction inexécutée est égale à 10.000, le créancier aura droit à 10.000 si le préjudice de la perte de l'avantage est calculé sur le coût pour compléter la prestation et non sur la base de calcul de la diminution de la valeur.

79. En d'autres circonstances, la compensation de la perte de l'avantage sur la base de la *diminution de la valeur* attendue du contrat ou du *coût pour compléter* l'opération n'est pas le mécanisme adéquat de compensation. Dans ce cas, de manière exceptionnelle, le juge peut accorder l'indemnisation d'autres préjudices au lieu de la perte de l'avantage attendu. En effet, lorsque le juge estime cela plus adéquat, il peut accorder l'indemnisation du préjudice de restitution (*Restitution Damages)*, ou le préjudice de confiance (*Reliance Damages).* C'est le cas par exemple du créancier, dont le débiteur a refusé l'exécution du contrat, qui préfère la résolution du contrat et la restitution du prix payé ou la réparation calculée sur la base de la perte subie pour le contrat qui n'a pas été conclue avec un tiers.[142]

80. Lorsque la compensation des dommages n'est pas un remède adéquat pour protéger l'intérêt du créancier, le juge peut accorder l'exécution forcée en nature (*specific performance).* C'est le cas de l'inexécution de la délivrance d'un bien non fongible, comme par exemple un bien immeuble ou une œuvre d'art. [143]

81. Si la protection de l'intérêt du créancier requiert la mesure la plus coûteuse et qu'il n'y a pas d'alternative moins chère, alors le juge de la *common law* accordera la seule mesure capable de réparer ou de soulager l'intérêt du créancier.[144] Dans ce cas il incombe au créancier de prouver quelle aurait été sa position si le contrat avait été exécuté, la destination

[142] V. *infra* nº 210 et s. V. aussi : E. A. FARNSWORTH. « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc., loc. cit.* V. Aussi : G. H. TREITEL, *The Law of Contract, op. cit., loc. cit.*
[143] E. A. FARNSWORTH, *Contracts legal remedies for breach of contracts, art. préc.,* p. 1145.
[144] PERILLO, CALAMARI and PERILLO, on Contracts, 5º éd., New York, Thomson-West, 2009, p. 606.

du bien ou du service promis ainsi que le caractère prévisible des risques d'inexécution pour le débiteur.[145]

82. Il s'en suit que l'indemnisation du dommage dans les systèmes de la *common law* dépend de la détermination que fait le juge du caractère adéquat ou non de la réparation. Cette notion du caractère adéquat et raisonnable de la sanction donne au juge un pouvoir d'appréciation important, qui est nécessairement mêlé aux principes et valeurs de ce système de droit. Dans les systèmes utilitaristes, l'appréciation du juge du *quantum* du dommage est toujours liée aux critères d'efficacité et de caractère raisonnable du dommage.[146] Ainsi, c'est le pouvoir du juge en droit de la *common law* d'apprécier le dommage selon les valeurs et principes du système utilitariste qui conditionnent le contexte juridique dans lequel peut s'épanouir l'obligation de modérer le dommage.[147]

83. Bien que les traits généraux des sanctions de l'inexécution du contrat dans les systèmes utilitaristes décrits antérieurement déterminent des conditions nécessaires de l'obligation de modérer le dommage, les traits particuliers de ce système de sanctions déterminent aussi des conditions nécessaires au fonctionnement de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Le contraste de ces traits particuliers sont plus marqués avec le droit vénézuélien qu'avec le droit des contrats et des obligations en France. Ce dernier, surtout à partir de la réforme, rapproche le système français aux solutions des systèmes utilitaristes. Il s'agit ici uniquement de repérer les traits particuliers du contexte utilitariste en tant que condition de l'obligation de modérer le dommage. La compatibilité de l'obligation de modérer le dommage avec le droit vénézuélien et le nouveau droit des contrats et des obligations en France sera analysée dans la deuxième partie.

---

[145] *Ibidem.*
[146] D. HARRIS, A. OGUS, J. PHILLIPS, « Contract Remedies and the Consumer Surplus », (1979) 95 *LQR* 590 ; E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* nº 12.13 ; *Restatement (Second) of Contracts* § 348 *comment c.*
[147] S. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts,* 4º ed., by R.A. LORD, Rochester, West Group, 2002, nº 1355 ; MCGREGOR H., *Damages,* 17º ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, nº 27-058.
E. A. FARNSWORTH, *art. cit., loc. cit.*

Section II

CONDITIONS PARTICULIÈRES. EXCUSES LÉGALES ET RÉSOLUTION

84. Parmi les conditions externes de l'obligation de modérer le dommage, on trouve les excuses légales du créancier d'exécuter le contrat et la résolution unilatérale du contrat. Ce sont des particularités du système de sanctions de l'inexécution du contrat dans la *common law* et le droit international des contrats. Il s'agit des moyens de protection de l'intérêt du créancier victime de l'inexécution qui lui permettent de suspendre ou de se libérer unilatéralement des obligations à sa charge. Ces moyens de protection dans la *common law* sont caractérisés par l'unilatéralisme, alors que, dans le droit vénézuélien, qui suit le modèle du Code civil de 1804, ce sont des mesures, en principe, à caractère provisoire, exceptionnel et même, comme la résolution du contrat, soumis à l'autorisation préalable du juge. Il faut noter cependant que, depuis la réforme du droit français des contrats et obligations, le contraste est moins évident, car la résolution unilatérale du contrat et l'opération de remplacement unilatéral, ainsi que d'autres mesures de caractère unilatéral, ont été consacrés. En particulier, la résolution unilatérale du contrat fait partie du droit constant en France depuis 1998.[148]

85. Or, ces dispositifs conditionnent l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, dans la mesure où la faculté du créancier de trouver la satisfaction immédiate de son intérêt à travers une opération de remplacement ou de substitution auprès d'un tiers sur le marché ou simplement d'interrompre le contrat inexécuté, dépendent, dans une large mesure, de la faculté du créancier d'opter pour se libérer de l'opération économique ratée afin de redéployer ses ressources ailleurs. C'est en permettant sa libération unilatérale, lorsque cela est raisonnable, que le créancier est capable d'éviter et de modérer les dommages provoqués par l'inexécution du contrat. Dans une économie de libre marché, dans la plupart des cas, le créancier pourra trouver satisfaction immédiate auprès d'un tiers au moindre coût pour la société. C'est la conception utilitariste du contrat qui prévaut sur le respect de la parole donnée. On verra ainsi les traits particuliers

[148] DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Reforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* 2º éd., Paris, LexisNexis, 2018, p. 534, « La promotion de l'unilatéralisme dans la mise en œuvre des sanctions est une autre différence par rapport aux anciennes dispositions du Code civil. Cette orientation de fond est confirmée, voire renforcée par la loi de ratification ». L'unilatéralisme des sanctions de l'inexécution du contrat est en effet l'une des innovations de la réforme.

de la résolution unilatérale du contrat (§2) et les excuses du créancier d'exécuter la prestation à sa charge en cas d'inexécution (§1) dans les systèmes utilitaristes.

§ 1. EXCUSES DU CRÉANCIER D'EXÉCUTER LA PRESTATION À SA CHARGE EN CAS D'INEXÉCUTION

86. Dans la *common law*, lorsque la loi reconnaît au créancier victime de l'inexécution le droit de demander des dommages et intérêts, dans un nombre significatif de cas, la loi dispense le créancier d'exécuter l'obligation à sa charge. Il est vrai que, s'il avait déjà exécuté la prestation à sa charge, le créancier ne pourrait pas être déchargé. Cependant, lorsque le créancier victime de l'inexécution du contrat n'a pas exécuté la prestation à sa charge, il a le droit de demander, sous certaines conditions, la réparation des dommages, réduite de la valeur du coût évité de sa prestation, et de se libérer de l'obligation à sa charge.[149]

87. En effet, si par exemple le débiteur de la prestation caractéristique n'a pas reçu le prix, il n'est pas tenu d'exécuter la prestation à sa charge pour demander les dommages et intérêts. C'est précisément parce qu'il ne doit pas exécuter sa prestation qu'il peut offrir le bien ou le service sur le marché et demander, à titre de réparation, la différence entre le prix reçu et le prix du contrat à la date de l'inexécution du contrat. Dans le sens inverse, si la victime de l'inexécution est le créancier de l'obligation caractéristique, celui-ci ne doit pas payer le prix du contrat au débiteur défaillant afin de demander des dommages et intérêts au débiteur. C'est précisément parce qu'il ne doit pas payer le prix qu'il peut réaliser une opération de remplacement sur le marché auprès d'un tiers. Cette option du créancier victime de l'inexécution active le mécanisme de l'obligation de modérer le dommage. En effet, le créancier ne pourra demander les dommages évitables avec ces mesures si elles sont raisonnables.

88. Alors, cette spécificité du mécanisme de la réparation des dommages dans le droit de la *common law* et dans le droit international, représente une distinction significative avec le droit vénézuélien. En effet, dans ce système, le créancier de l'obligation inexécutée, bien qu'il puisse opposer l'exception d'inexécution pour suspendre l'exécution de sa prestation,

[149] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, p. 1145.

ne peut pas, en principe, demander l'exécution par équivalent et se délier du contrat, car l'obligation du contrat à sa charge est toujours en force.[150] Il lui faut obtenir d'abord la résolution du contrat.[151] S'il n'y a pas d'inexécution grave qui justifie la résolution du contrat, selon le droit vénézuélien*,* il faut demander au juge, sur la base d'un titre exécutoire, l'autorisation judiciaire avant de procéder au remplacement.[152] Il est vrai que le droit, en France, a évolué en admettant la résolution unilatérale du contrat et le remplacement unilatéral de la prestation. Cependant, s'il n'y a pas une inexécution grave, le créancier victime de l'inexécution ne peut se libérer du contrat et de l'obligation à sa charge. En outre, la résolution unilatérale ne fait pas obstacle à ce que le juge décide du maintien du contrat après coup. Il faut noter aussi que la faculté de remplacement unilatérale ne libère pas non plus le créancier de l'obligation à sa charge.

89. Quelle est la nature de cette spécificité de la *common law ?* Cette spécificité de la *common law* répond aux effets de l'obligation contractuelle, principalement en ce qui concerne la notion de *promissory condition* (1) et la distinction entre *entire* et *severables obligations* (2)*.*

[150] V. En droit vénézuélien : J. MELICH-ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento,* 4º ed., Serie Estudios, Nº 59, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003. Du même auteur : « La ejecución forzosa de la obligación de hacer » in : *Estudios de Derecho Civil*, Caracas, Ediciones Fabreton, 1974 ; *El pago*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010. Le droit vénézuélien suit les solutions du droit français avant la réforme, voir par exemple : Ch. LARROUMET, *Droit Civil. Les Obligations, Le contrat,* 5º éd, Paris, Economica, 2003 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 6º éd., Paris, Defrénois, 2013 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11º éd., Paris, Dalloz, 2013 ; G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français »*,* in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, (dir. M. Fontaine et G. Viney), Paris, LGDJ, 2001, p. 167.

[151] *Ibidem.*

[152] J. MELICH-ORSINI, « La ejecución forzosa de la obligación de hacer » in : *Estudios de Derecho Civil*, Caracas, Ediciones Fabreton, 1974 . En ce qui concerne à la solution en droit français avant la réforme, voir par exemple :G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français »*, op. cit.,* p. 167.

1. Les promissory conditions dans la common law of contracts[153]

90. Il ne s'agit pas ici d'exposer le régime juridique de la condition dans la *common law,* le droit vénézuélien et le droit en France. Nous voulons simplement remarquer la différence irréductible des régimes juridiques de la condition dans le système de la *common law* et le système du Code civil suivi par le droit vénézuélien. Et cela afin de démontrer comment une telle spécificité de la *common law* permet à l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

91. Cette spécificité réside concrètement dans la figure de la *promissory condition*. A la différence de la « condition- modalité »[154] consacrée dans le système du droit français et du droit vénézuélien, dans la *common law,* l'exécution de l'obligation de l'une des parties peut être érigée en condition suspensive ou résolutoire de l'obligation de l'autre partie. Cette condition de l'obligation est désignée en *common law* comme une *promissory condition*.[155] La spécificité du régime juridique de ce type de condition représente l'un des traits distinctifs de la *common law* qui permet à l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets en tant qu'outil d'efficacité du contrat.

92. En effet, l'inexécution de la *promissory condition* a deux effets juridiques considérables sur la partie tenue de l'obligation conditionnelle. D'abord, cette partie est libérée de l'obligation à sa charge.[156] Ensuite, elle a le droit de demander l'indemnisation du préjudice que l'inexécution du contrat lui a causé.[157] Étant libérée de l'obligation à sa charge, la partie victime de l'inexécution est libre d'aller sur le marché afin de satisfaire son intérêt contractuel auprès d'un tiers avec une prestation de substitution, chaque fois que cela est possible.[158] C'est cette possibilité qui permet à l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Il en est ainsi, car

[153] A. L. CORBIN, « Conditions in the Law of Contract », Jun. 1919, *The Yale Law Journal*, Vol. 28, nº. 8, p. 739-768 ;
[154] V. *infra* nº 612 et s.
[155] G. H. TREITEL, *The Law of Contract, op. cit.,* nº 17-014 et s. ; G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 255, nº 194 et s. ; A. L. CORBIN, « Conditions in the Law of Contract », *art. préc.*, *loc. cit.*, BEATSON J., BURROWS A., CARTWRIGHT J., *Anson's Law of Contract*, 29º ed., Oxford, OUP, 2010, p. 148 et s. ; E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* nº 8.11.
[156] G. H. TREITEL, *The Law of Contract, op. cit, loc. cit.*
[157] A. L. CORBIN*, art, cit., loc. cit.*
[158] E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit., loc. cit.*

la victime qui n'a pas le droit à la réparation des dommages évitables sera incitée à aller sur marché afin d'éviter les préjudices évitables de l'inexécution.

93. A la différence du système de la *common law,* selon le droit vénézuélien, malgré l'inexécution du contrat, la victime reste liée par l'obligation à sa charge. Dans un contrat synallagmatique, l'obligation de l'une des parties n'est jamais une condition suspensive ou résolutoire de l'obligation à la charge de l'autre partie.[159] Elle a le droit de demander l'exécution forcée en nature du contrat et, en cas d'impossibilité, la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant. Si l'inexécution est suffisamment grave, la victime pourra en outre demander la résolution judiciaire du contrat ou bien soulever l'exception d'inexécution. On peut constater que, dans le droit vénézuélien, le créancier ne peut échapper à l'obligation à sa charge, à moins que la résolution du contrat soit déclarée par le juge.[160]

94. En France, même si résolution unilatérale aux risques et périls du créancier a été admise depuis longtemps[161], la spécificité de la *promissory condition* reste invariable. En effet, la libération du créancier de l'obligation à sa charge n'est jamais un effet automatique de l'inexécution, mais un effet de la résolution[162]. En outre, si la résolution du contrat est exercée, il n'est pas certain que le créancier sera libéré de son obligation, car il court le risque que le contrat soit rétabli pour le juge après coup, vu le caractère exceptionnel de la résolution et les larges pouvoirs accordés par la loi au juge de la résolution[163]. Il s'agit en tout cas de solutions très diverses. Une chose est la libération du créancier à cause de la *promissory condition* et une autre chose la résolution unilatérale du contrat.

95. Il faut prendre en compte le fait que, malgré la différence, les juges de la *common law* ont développé la doctrine dite d'exécution substantielle ou *the doctrine of substantial performance*[164]. Selon cette doctrine, le juge doit déterminer si les actes réalisés par le débiteur en exécution de son obligation remplissent suffisamment les évènements prévus par

[159] J. MELICH-ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento, op. cit.,* p. 111 et s.
[160] *Ibidem,* p. 265 et s.
[161] V. *infra* nº 593 et s.
[162] V. *infra* nº 612.
[163] V. *infra* nº. 657 et s.
[164] V. E. A. FARNSWORTH. *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* § 8.3, p. 525 et s. ; A. L. CORBIN, Corbin on Contracts, 25º ed., St. Paul, West Group, 1992, p. 576 et s. ; A. L. CORBIN, *art. préc.*, p. 751 et s. ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 7º ed., *op. cit.,* p. 762 et s. ; BEATSON J., BURROWS A., CARTWRIGHT J., *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 148 et s.

les parties en tant que *precedent conditions* de l'obligation à la charge de l'autre partie du contrat. Selon *the doctrine of substantial performance*, l'exécution exacte de l'obligation de la part du débiteur n'est jamais une *precedent condition* de l'obligation de l'autre partie, une exécution substantielle étant suffisante pour la configurer. Alors, selon cette théorie, l'exécution non substantielle du débiteur libère l'autre partie de son obligation. En revanche, l'exécution partielle ou inexacte, mais substantielle de la part du débiteur, ne libère pas l'autre partie de son obligation réciproque. Elle donne uniquement le droit de demander des dommages et intérêts ou la réduction du prix, selon le cas, mais ne la libère pas de l'obligation à sa charge.[165]

96. Tant que l'exécution de la prestation qui comporte la condition est possible, l'autre partie est liée au contrat et ne peut pas être considérée comme libérée de la potentielle obligation à sa charge. Cette partie peut, tout au plus, tandis que la condition reste pendante, suspendre l'exécution de l'obligation à sa charge. Seule l'inexécution totale, ou l'exécution non substantielle de l'obligation qui constitue la *promissory condition,* libère l'autre partie de son obligation objet de cette condition.[166]

97. Il est clair, en dépit de la nuance menée par la doctrine de l'exécution substantielle, que le système de la *common law* permet aux parties du contrat bilatéral de se libérer de son obligation dans des hypothèses qui ne sont pas permises dans le Code civil français ni dans le Code civil vénézuélien. Dans ces systèmes, l'inexécution grave de l'obligation permet à l'autre partie de suspendre l'exécution de sa propre obligation, résoudre le contrat, ou demander l'exécution forcée de l'obligation. Cependant, elle ne permet pas libérer de façon automatique la victime de l'inexécution substantielle de l'obligation à sa charge. Les parties au contrat bilatéral, même en cas d'inexécution substantielle du contrat, restent liées au contrat. Dans ce système, et même dans le nouveau droit des contrats et des obligations en France, la résolution est une sanction de caractère exceptionnel, dont le contrôle est laissé à la discrétion du juge.[167] La résolution du contrat n'est pas un droit du créancier, alors que la théorie de la *promissory precedent condition* permet la libération de plein droit du créancier.

---

[165] A. L. CORBIN, *art. préc.*, p. 751 et s. ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 7º ed., *op. cit.*, p. 769.
[166] *Ibidem.*
[167] Voir entre autres : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, nº 644.

98. Il ne faut pas non plus confondre la *promissory condition* de la *common law* avec l'exception d'inexécution du contrat. En effet, l'exception d'inexécution du contrat est une mesure provisoire qui permet au créancier de suspendre l'exécution de l'obligation à sa charge en attendant l'exécution de l'obligation de l'autre partie. Suspendre l'exécution de l'obligation n'est pas anéantir l'obligation à sa charge ni résoudre le contrat. La suspension du contrat n'enlève pas le droit subjectif du créancier à l'exécution du contrat. En outre, elle n'enlève pas non plus le droit du débiteur d'offrir l'exécution de son obligation ou de demander l'exécution de l'obligation du créancier. Cet état provisoire, que produit l'exercice par le créancier de ce moyen de justice privée, n'aboutit pas non plus à la résolution automatique du contrat. La résolution et l'exception d'inexécution ont des conditions, des effets et des fonctions différentes de la *promissory condition* de la *common law.*[168]

99. En somme, dans la *common law*, lorsque l'exécution de l'obligation du débiteur est une condition de l'obligation du créancier (*promissory condition*), le créancier victime de l'inexécution du débiteur se trouve de plein droit libéré de l'obligation à sa charge. Libéré de l'opération économique ratée, le créancier est en mesure de déployer les mesures raisonnables afin de modérer le dommage. En revanche, dans le système du Code civil de 1804, suivi par le droit vénézuélien, et même dans le nouveau droit des contrats en France, l'inexécution du contrat n'est jamais une condition résolutoire implicite du contrat, le créancier victime de l'inexécution restant prisonnier du contrat jusqu'au moment où le juge déclare sa résolution, ou bien jusqu'à que la résolution unilatérale soit mise en place. On constate que le caractère exceptionnel de la résolution du contrat[169], avant et après la réforme du droit des contrat, empêche de nuancer cette spécificité et représente en effet une limite à l'obligation de modérer le dommage.

100. Cette particularité du système de la *common law* est également applicable à la distinction entre les *severable obligations* et les *entire obligations,* lesquelles sont des

[168] Voir sur le sujet : M. LATINA, *Essai sur la condition en droit de contrats*, *op. cit.* ; J. J. TAISNE, *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse, Ronéo, Lille, 1977, p. 145 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* préface L. LEVENEUR, Paris, LGDJ, 2007, nº 574 et s. ; C. POPINEAU-DEHAOULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat, étude comparative,* thèse, Paris, LGDJ, 2008, p. 225. J. MELICH-ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento,* 4º ed., Serie Estudios, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003, nº 59.
[169] V. *infra* nº 610 et s.

types particuliers d'obligations qui entrent dans la catégorie des *promissory precedent conditions obligations* dans les contrats bilatéraux de la *common law.*

2. *Severable and entire obligations* et l'obligation de modérer le dommage

101. Dans la *common law,* une obligation est qualifiée de « *entire* » lorsque son exécution doit être totalement réalisée par une partie du contrat, avant que l'autre partie du contrat soit obligée d'exécuter l'obligation à sa charge.[170] L'exécution intégrale de la prestation est une *precedent condition* de la contre-prestation et par conséquent de la responsabilité de l'autre partie.

102. Au contraire, un contrat est censé prévoir des *severable obligations* lorsque le paiement ou l'exécution de la prestation à la charge d'une partie du contrat devient exigible au fur et à mesure que l'exécution d'une part spécifique de la prestation à la charge de l'autre partie au contrat est exécutée[171]. Lorsqu'un contrat prévoit des *severable obligations,* la partie qui a exécuté les tranches ou portions convenues dans le contrat a le droit de demander l'exécution de la contre-prestation correspondante de l'autre partie. Cela alors même que, pour la suite, elle n'exécute pas la totalité du contrat et qu'une telle inexécution autorise la victime à mettre fin au contrat.[172]

103. Les *entire* et les *severable obligations,* catégorie spécifique de la *common law,* en tant que *promissory precedent conditions*, participent aussi de la distinction irréductible entre les systèmes de la *common law* et le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien. En effet, le caractère indivisible de l'obligation et le principe d'intégrité du paiement ne conditionnent pas l'existence de la prestation réciproque. Bien que le créancier ne soit pas obligé d'accepter l'exécution d'une prestation du point de vue quantitatif ou qualitatif différente de celle convenue dans le contrat, l'inexécution du contrat pour ces motifs ne libère pas le créancier de l'obligation à sa charge. Au contraire, dans la

[170] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 14º ed., London, Sweet & Maxwell, 2015, p. 916.
[171] *Ibidem ;* Aussi : E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed., *op. cit.,* § 8.3, p. 525 et s. ; A. L. CORBIN, *art. préc.,* p. 751 et s. ; G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 255, nº 194 et s. ; BEATSON J., BURROWS A., CARTWRIGHT J., *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 148 et s. ; E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* nº 8.11.
[172] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 919. V. Également : A. L. CORBIN, *art. préc.,* p. 747 et s.; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 159 et s. E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed., *op. cit.,* § 8.3, p. 519 et s.

common law, lorsque le créancier refuse l'exécution partielle d'une *entire obligation,* il est libéré de l'obligation à sa charge. Selon le droit anglais, en ce qui concerne les *entire obligations,* il n'y a pas lieu d'appliquer la doctrine de la *substantial performance.*[173]

104. Il faut constater alors que les spécificités de la *common law*, étudiées au sujet de cette catégorie de *promissory conditions,* donnent au créancier victime de l'inexécution une option de se libérer du contrat afin de modérer le dommage, qui n'existe pas dans le droit français ni dans le droit vénézuélien des contrats et des obligations. C'est clairement un trait particulier de l'environnement juridique des systèmes utilitaristes qui permet à l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Si cela est vrai, le mécanisme de la résolution unilatérale du contrat est une autre spécificité encore plus importante.

[173]G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 340, H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,*p. 922, nº 17-040 -17-041. Il est vrai que le créancier de l'obligation peut accepter volontairement l'exécution partielle ou défectueuse. Si le créancier choisit de ne pas mettre fin au contrat, et que l'obligation de la partie défaillante peut encore être exécutée en nature, le contrat continue d'être en vigueur. Le créancier est tenu d'exécuter la prestation à sa charge avec le droit de se voir verser des dommages et intérêts ou la réduction du prix. Par contre, si le créancier, victime de l'exécution partielle ou défectueuse, met fin au contrat, mais accepte le bénéfice de l'exécution partielle ou défectueuse, il doit verser au débiteur défaillant une rémunération pour le bénéfice volontairement accepté. Il s'agit d'éviter l'enrichissement injuste du créancier, qui est libéré de la prestation à sa charge mais qui bénéficie de l'exécution partielle ou défectueuse du contrat.

§ 2. RÉSOLUTION UNILATÉRALE DU CONTRAT, INEXÉCUTION RESOLUTOIRE ET RÉPARATION DE L'INTÉRÊT POSITIF

105. Dans les systèmes de la *common law,* lorsque l'inexécution du contrat est grave (*essential breach* or *material breach*), le créancier a le droit de mettre unilatéralement fin au contrat (*right to terminate*) et de demander des dommages et intérêts suite à l'inexécution du contrat[174]. Il s'agit ici de montrer que les notions de *breach* (1), *anticipatory breach* (2) et *termination for breach* (3) sont des mécanismes de protection de l'intérêt du créancier modelés en vue de remplir les impératifs de l'efficacité économique du contrat et les finalités du modèle économique de libre marché. Ce sont des traits spécifiques du système de la *common law* et du droit international des contrats sans lesquels l'obligation de modérer le dommage ne pourrait pas déployer sa fonction caractéristique.

1. Breach of contract

106. L'inexécution étant le fait duquel découlent les remèdes et sanctions du créancier en protection de son droit subjectif, la détermination de l'étendue de cette notion devient alors indispensable. En particulier, la spécificité de l'encadrement dans le droit de la *common law* et du droit international des conditions de la rupture du contrat pour inexécution conditionnent aussi les effets de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil d'efficacité du contrat.

107. En effet, ce qui est particulier dans le système de la *common law* est la possibilité du créancier de mettre fin au contrat prospectivement et de se libérer de son propre engagement dans des cas qui ne sont prévus ni par le droit vénézuélien ni par le droit français. On a déjà indiqué l'importance que représente pour le créancier, dans certaines situations, la possibilité de se libérer de son propre engagement une fois constatée l'inexécution du débiteur. En effet, une fois constatée l'inexécution du débiteur, la possibilité du créancier de

[174] *Ibidem,* p. 832 et s. ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 533 ; H. BEALE, (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s. ; G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 340 ; H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,*p. 922, nº 17-040 -17-041 E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed., *op. cit.,* nº § 8.3, p. 579 et s. ; L. CORBIN, *art. préc.,* p. 977 et s.

se libérer de son engagement réciproque envers le débiteur défaillant lui permet de se remplacer auprès des autres opérateurs du marché. C'est l'opération de substitution, ou bien celle de remplacement avec la sanction du versement des dommages et intérêts positifs, qui permettra au créancier d'obtenir indirectement et de manière immédiate la satisfaction de son intérêt contractuel.[175]

108. De plus, c'est aussi la possibilité pour le créancier de se remplacer sur le marché qui permet au créancier d'éviter et de minimiser les dommages qui sont la conséquence directe et prévisible de l'inexécution du contrat et de réduire en même temps, voire d'éliminer, les coûts associés aux sanctions judiciaires. Si le créancier, une fois constatée l'inexécution, doit rester inévitablement lié à son engagement, il n'aura pas la possibilité de se remplacer, étant donné les risques d'être lié par deux opérations avec un seul intérêt. On aura le temps de préciser quel type d'inexécution est nécessaire afin de libérer le créancier lésé de l'obligation à sa charge.[176]

109. C'est dans un système qui donne l'option au créancier, une fois constatée l'inexécution, de réaliser une opération de substitution, que l'obligation du créancier de modérer le dommage déploie amplement ses bénéfices vis-à-vis des impératifs de l'efficacité économique du contrat[177]. Chaque fois que la prestation objet de l'inexécution est une prestation fongible, le créancier devra se remplacer sur le marché auprès d'un tiers, sauf, pour le créancier, à supporter les dommages évitables avec l'opération de remplacement qui n'a pas été réalisée[178]. Dans une économie de marché, cela devrait représenter la majorité des cas[179]. Il est vrai que, dans les cas où la prestation inexécutée n'est pas fongible, la libération du créancier n'est pas aussi déterminante des impératifs de l'efficience économique, car le créancier pourra satisfaire son intérêt uniquement auprès du débiteur, pourvu que cela soit possible. Si cela n'est pas possible, l'obligation de modérer le dommage dépendra des circonstances et des mesures considérées comme raisonnables dans chaque cas

[175] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145.
[176] V. *infra* nº 631 et s.
[177] HILLMAN R. A., « Keeping the Deal Together After Material Breach-Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts », (1976), 47 *U. Colo. L. Rev.*. 555. ;
[178] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145.
[179] BIRMINGHAM R., « Breach of Contract, Damage, Measures and Economic Efficiency », 1970, 24 *Rutgers L. Rev. 273*.

particulier[180]. Alors, la possibilité de résoudre le contrat dépend de la détermination de l'inexécution essentielle ou *breach of contract.*

110. En ce qui concerne le système de la *common law,* il y a *breach* à chaque fois qu'une partie au contrat, sans excuse légale : 1. a échoué dans l'exécution du contrat ou refuse d'exécuter le contrat ; 2. exécute défectueusement le contrat ; 3. est elle-même incapable d'exécuter le contrat ; et 4. lorsqu'avant que l'exécution soit due, une partie renonce au contrat ou se rend incapable d'exécuter le contrat[181]. C'est la possibilité, dans le droit de la *common law*, d'anticiper l'inexécution (*The anticipatory breach)* qui représente la spécificité la plus significative par rapport à la solution du droit vénézuélien et du droit français. Celle-ci met en évidence la meilleure disposition du système de la *common law* pour remplir, en combinaison avec l'obligation de modérer le dommage, les impératifs de l'efficacité économique.[182]

2. L'inexécution anticipée du contrat. *Anticipatory Breach of Contract*

111. Il y a inexécution anticipée du contrat chaque fois que, par rapport à l'obligation à la charge de l'une des parties et avant que cette obligation ne soit exigible, le débiteur exprime son « refus » à l'exécution du contrat (*renunciation or repudiation)* ou devient incapable par ses propres actes de l'exécuter (*disablement).*[183]

112. Le « refus du contrat » est un acte intentionnel par lequel le débiteur déclare de manière non équivoque, claire et absolue, avant que l'obligation soit exigible, son refus d'exécuter l'obligation à sa charge. En revanche, le *disablement* du contrat est un acte imputable à la faute du débiteur qui le rend incapable d'exécuter l'obligation avant qu'elle

[180] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145.
[181] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 930, nº 17-041-17-055 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 540, 544 et 547 ; H. BEALE, (dir.) *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001, 24018, 24-029 et 24035 et s.; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* § 8.18, p. 589 et s. ; A. L. CORBIN, *op. cit.,* p. 923 et s.
[182] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 930, nº 17-041-17-055; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-022, E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* § 8.18, p. 600, nº 8.20 et s.
[183] G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 379 ; H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 942, nº 17-065-17-074.

soit exigible. Il y a inexécution anticipée même lorsque l'intention du débiteur n'est pas de devenir incapable d'exécuter l'obligation, mais que cela est l'effet pratique de ses actes.[184]

113. L'incapacité d'exécuter par des actes imputables au débiteur peut comporter des actes positifs. C'est le cas lorsque le débiteur dispose de l'objet de la prestation du contrat à sa charge en faveur d'un tiers. Elle peut aussi comporter des actes négatifs : c'est par exemple le cas lorsque le débiteur s'engage à réaliser la fabrication ou l'acquisition des biens afin d'exécuter l'obligation, mais il omet de fabriquer ou d'acquérir les biens. Il y a omission de la part du débiteur chaque fois qu'il ne prend pas les mesures qui lui permettront d'être en position d'exécuter l'obligation à sa charge une fois qu'elle est exigible.[185]

114. Lorsque l'inexécution anticipée est imputable au débiteur de l'obligation, selon la doctrine de l'*anticipatory breach,* le créancier a un double choix. Il peut persévérer dans l'exécution du contrat envers le débiteur et attendre jusqu'à l'échéance de l'obligation. Si le débiteur n'exécute pas son obligation, les effets restent les mêmes que ceux qui dérivent classiquement de l'inexécution du contrat. Cependant -et c'est ici la différence essentielle avec le système du Code civil de 1804- suivi par le droit vénézuélien, le créancier peut « accepter » l'inexécution anticipée du contrat et mettre en place les sanctions de l'inexécution, avant même que l'obligation soit exigible. Dans ce cas, son droit à demander des dommages et intérêts et de mettre fin au contrat est soumis à des règles spéciales. Bien que la reforme française innove dans l'article 1220 du Code civil, en autorisant une partie du contrat à suspendre l'exécution de l'obligation dès lors qu'« il est manifeste que son cocontractant n'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle », la résolution pour risque d'inexécution n'a pas été admise. Selon le nouvel article 1224 du Code Civil, une inexécution suffisamment grave doit être avérée.[186]

---

[184] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 942, nº 17-065-17-074., nº 17-075.
[185] *Ibidem,* p. 857, G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 379 et s.
[186] On pourrait tout de même se demander si l'inexécution doit être tenue comme avérée dès que le débiteur a manifesté son intention de ne pas exécuter le contrat avant son échéance. En revanche, un tel doute n'existe pas lorsque cette intention n'est pas exprimée.

115. Une fois constatée l'*anticipitory breach*, le créancier doit faire savoir s'il l'accepte ou non. L'acceptation peut être expresse ou implicite, pourvu qu'elle soit non équivoque. Ainsi, par exemple, la réalisation d'une opération de substitution, la demande de dommages et intérêts, la notification au débiteur de l'acceptation ou de l'intention du créancier de mettre fin au contrat, ainsi que quelque comportement du créancier incompatible avec la non-acceptation de l'inexécution, sont des actes qui dévoilent l'intention non équivoque du créancier d'accepter l'inexécution anticipée.[187]

116. **a. Les dommages et intérêts.** Une fois acceptée l'inexécution anticipée du débiteur, le créancier peut demander l'indemnisation des dommages de manière immédiate, alors que l'obligation n'est pas encore exigible[188]. Cette solution pose des problèmes pratiques, car si les dommages doivent être évalués au moment de l'inexécution du contrat afin de mettre le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, il est difficile pour le juge de déterminer la perte de l'avantage pour le créancier du fait de l'inexécution si, au moment de rendre la décision, l'échéance du contrat n'est pas encore arrivée. En effet, il est possible que l'obligation n'arrive pas à l'échéance. C'est le cas lorsque, par exemple, l'obligation est sous une *condition precedent*, ou que le terme est incertain. Il a été indiqué que, bien que le créancier ait le droit de mettre fin au contrat, il n'a pas le droit de demander les dommages et intérêts jusqu'à la date de l'exigibilité de l'obligation.[189]

117. **b. Mettre fin au contrat.** Lorsque le créancier a accepté l'inexécution anticipée du débiteur, soit parce que le débiteur a exprimé expressément ou implicitement son intention de ne pas exécuter, soit parce que le débiteur a réalisé des actes qui le rendent incapable d'exécuter l'obligation à sa charge à l'échéance, le créancier a le droit de mettre fin au contrat, pourvu que les conditions légales soient remplies. Une fois que le créancier a

---

[187] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 942, nº 17-065-17-074.
[188] Hochster v De la Tour. (1853) 2 E. & B. 678.
[189] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* 12º ed., nº 17-079 et s. ; V. VOLD, 41 *Harv. L.R.,* 340. En dépit de ces critiques, la règle *Hochster v De la Tour* en droit anglais est bien établie. Elle a été justifiée précisément par des raisons d'efficience économique. En effet, en premier lieu, la règle permet de minimiser le dommage. Dans le cas d'espèce, le défendeur avait accepté d'employer le demandeur pour trois mois à partir du 1º juin, cependant le défendeur avait répudié le contrat un mois en avance. Parce que le demandeur avait le droit de demander les dommages intérêts immédiatement, il n'avait plus d'incitations à déployer ses effort vers un contrat de substitution auprès d'un tiers, évitant ainsi la perte supplémentaire qui impliquerait attendre un mois pour demander les dommages intérêts, avec les préjudices collatéraux ou indirects du créancier qui le débiteur devait compenser en tant que dommage direct et prévisibles de l'inexécution du contrat.

mis fin au contrat, deux effets en découlent. Le premier est que le créancier est libéré des obligations du contrat à sa charge. Le second est que le créancier n'est pas soumis à l'obligation de démontrer qu'il était dans la possibilité d'exécuter le contrat. En effet, il ne doit pas démontrer qu'il était capable d'exécuter son obligation dans le temps stipulé par le contrat et cela même si l'exécution de l'obligation à sa charge était érigée en *condition precedent* de l'exécution de l'obligation du débiteur coupable de l'inexécution anticipée.[190]

118. Au contraire, si le créancier n'accepte pas l'inexécution anticipée, il reste lié à l'exécution de l'obligation à sa charge et conserve le droit de demander l'exécution des obligations primaires du débiteur et de réaliser tous les actes permis par la loi afin de préserver son droit contre le débiteur au sujet de l'obligation primaire. Il s'agit de l'*affirmation* du contrat.

119. **c. L'*affirmation ou* « conservation » du contrat.** Si le créancier opte pour « conserver » le contrat, il ne peut pas revenir sur sa volonté et accepter l'inexécution anticipée si cela implique un préjudice pour le débiteur. En effet, le débiteur, une fois que le contrat a été réaffirmé par le créancier, a le droit de croire sur l'exécution du créancier, et de déployer ses efforts pour exécuter l'obligation à sa charge. Cependant, il n'y a pas de raison de ne pas permettre au créancier de revenir sur sa volonté et d'accepter l'inexécution anticipée si cela n'implique aucun préjudice pour le débiteur. C'est le cas, par exemple, si le débiteur par ses propres actes est devenu incapable d'exécuter l'obligation.[191]

120. Une fois encore, c'est au regard de l'efficacité économique que cette solution est justifiée. En effet, il serait pour le créancier insensé de s'engager et de déployer tous ces efforts en exécutant l'obligation à sa charge, alors qu'il sait déjà que le débiteur n'exécutera pas son obligation ; c'est encore plus évident quand le créancier poursuit dans un état d'inexécution anticipée. La solution contraire serait de permettre à la loi d'ignorer les impératifs de l'efficacité économique et de favoriser le gaspillage des ressources.[192]

---

[190] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* 12º ed., nº 17-079 et s.
[191] *Ibidem,* p. 855 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 540 et s.; H. BEALE, (dir.) *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s.; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* § 8.18, p. 600, nº 8.20 et s.
[192] TREITEL*, ibidem,* p. 857 et s.

121. Si, d'autre part, le créancier opte pour conserver le contrat, en dépit de l'inexécution anticipée du débiteur, le créancier n'a pas le droit de demander ni les dommages et intérêts ni la résolution du contrat jusqu'à la date fixée pour l'exécution de l'obligation du débiteur. Entre le moment de l'inexécution anticipée et le moment fixé pour l'exécution de l'obligation du débiteur, le créancier devra supporter les risques de la perte de son droit à demander les dommages et intérêts et la résolution du contrat. En effet, il est possible pour le débiteur de revenir sur la répudiation du contrat. Il est possible aussi que l'obligation du débiteur devienne impossible à exécuter pour cause de force majeure, ou pour une excuse légale, et que le débiteur mette fin légalement au contrat. Il est possible aussi d'appliquer des exceptions convenues entre les parties.[193]

122. En somme, bien qu'il n'y ait pas de différence substantielle en ce qui concerne l'inexécution du contrat dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et le *breach* dans le système de la *common law,* puisque tous les systèmes reflètent une même réalité, le défaut de satisfaction de l'intérêt du créancier, bien que l'inexécution soit totale, partielle ou défectueuse, cette appréciation n'est pas applicable en ce qui concerne l'inexécution anticipée ou *anticipatory breach.* En effet, dans le droit vénézuélien et dans le droit français, il n'y a pas d'inexécution du contrat de la part du débiteur si l'obligation n'est pas exigible, soit parce que l'obligation dépend d'une condition suspensive, soit parce qu'elle dépend d'un terme suspensif. En conséquence, le créancier, face au risque manifeste que le débiteur n'exécutera pas son obligation à l'échéance, n'a pas le droit de mettre fin au contrat ni de se libérer de l'obligation à sa charge. Il n'est pas non plus incité à éviter ou modérer les dommages évitables entre la date de l'inexécution anticipée et la date où l'obligation dévient exigible. C'est une conséquence logique de la conception volontariste du Code civil de 1804, car, jusqu'à l'échéance, il n'y aura pas d'inexécution de la part du débiteur. En outre, le créancier n'a pas le droit de demander avant l'échéance ni l'exécution de l'obligation principale ni la réparation des dommages, alors qu'il est manifeste que se produira l'inexécution une fois arrivé le moment fixé pour l'exécution de l'obligation[194]. Si bien que l'article 1220 du Code civil innove en permettant

[193] *Ibidem.*

[194] V. par exemple : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations,* 11º éd., nº 1208 et s.; M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones,* Caracas, RVLJ, 2016, p. 110 et s. ; *Código Civil de Venezuela. Artículos 1197 al 1220*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982, p. 221-331; M. RODRÍGUEZ FERRARA,

au créancier de suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que le cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance, la réforme n'arrive pas à admettre le droit du créancier à demander ou mettre en œuvre les autres sanctions à l'inexécution du contrat.

123. Il nous semble que la possibilité du créancier de mettre fin au contrat et de demander l'indemnisation par des dommages et intérêts immédiatement après l'inexécution anticipée du contrat, lorsque les conséquences de cette inexécution sont graves, est une règle de bon sens. Elle est aussi une règle conforme à l'impératif de l'efficacité économique du contrat. En effet, il n'est pas raisonnable que le créancier reste obligé d'exécuter l'obligation à sa charge ou bien lié au contrat, alors qu'il est certain ou manifeste qu'il n'obtiendra pas du débiteur l'avantage promis.

124. En effet, c'est en permettant au créancier de mettre fin au contrat, de demander les dommages et intérêts ou de continuer le contrat que l'obligation de modérer le dommage à la charge du créancier est capable de déployer ses effets en tant qu'outil de l'efficacité du contrat. La limite à l'indemnisation des dommages aux dommages non raisonnablement évitables, telle qu'établie dans le système de la common *law,* implique pour le créancier la nécessité d'opter pour la sanction qui, tout en permettant la satisfaction de son intérêt, évite le plus la production des préjudices directs et prévisibles dans son patrimoine. Tous les dommages évitables, étant donné les moyens légaux dont dispose le créancier à partir de la constatation de l'inexécution anticipée, seront supportés par le créancier. Ainsi, en sachant que le débiteur n'exécutera pas son obligation, le créancier est censé de son propre chef, mettre fin au contrat et se remplacer auprès du marché, si les conditions de la résolution sont remplies, demander les dommages et intérêts, ou choisir la sanction à sa disposition qui évite le plus les préjudices issus de l'inexécution anticipée du débiteur. Cependant, en principe, rien de cela n'est possible dans l'interprétation classique du Code Civil de 1804*,* suivi par le droit vénézuélien, ni par le droit de la réforme.

Introducción al Derecho de obligaciones, 2º ed., Caracas, Ventana Legal Editores, 2002, p. 243-252 ; R. BERNAD MAINAR, *op. cit.*, p. 105-110 ; O. OCHOA GÓMEZ, *op. cit.*, p. 90-94 ; O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 331-236 ; L. SANOJO, *op. cit.*, p. 70-73 ; A. DOMINICI, *op. cit*., p. 657-664 ; R. ZAMBRANO VELAZCO, Jose Alberto, *Teoría general de la obligación : parte general de las obligaciones,* Caracas, Arte, 1985, p. 133.

125. L'inexécution anticipée est l'un des traits caractéristiques du contexte utilitariste dont l'obligation de modérer le dommage est capable de déployer ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Encore plus important est le mécanisme de résolution unilatérale du contrat.

3. Résolution unilatérale du contrat

126. L'une des particularités, peut-être la plus importante, qui modèle et caractérise l'environnement et le contexte juridique de la *common law* dans laquelle l'obligation de modérer le dommage a été conçue est la résolution unilatérale du contrat pour inexécution.

127. En effet, la résolution unilatérale du contrat dans la *common law* présente des différences remarquables par rapport à la conception de la résolution du contrat issue du système traditionnel du Code civil de 1804, suivi par le droit vénézuélien, et avec le droit de la réforme. En dépit des apparences, il s'agit en réalité de deux institutions complètement différentes, qui ont en commun uniquement le point de départ : l'inexécution du contrat. Même en ce qui concerne le point de départ, les conditions légales de mise en place de la résolution sont très différentes dans les deux systèmes[195]. C'est en effet par les différences qui existent entre les deux systèmes que l'on peut mettre en évidence les différents fondements et principes sur lesquels reposent chaque système, celui de la *common law* et celui du Code civil de 1804, l'un l'utilitarisme, et l'autre le volontarisme.

128. Il faut noter que la structure et le fonctionnement du droit des contrats de la *common law* et du Code civil de 1804 répondent à des finalités spécifiques différentes. C'est parce que la *common law* a pris le choix d'adopter, parmi les finalités du contrat, son efficacité économique, que sa régulation a été, en conséquence, modelée par les juges de la *common law*[196]. Au contraire, ce sont les principes de la force obligatoire du contrat et du respect de la parole donnée qui inspirent et modèlent les solutions adoptées par le système

[195] V par example : G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 349 et s, spec. 360 et s. ; *Restatement Second of Contracts § 240-241 comment a.* ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* § 8.18, p. 600, nº 8.16, 817 et 8.18.
[196] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s.

du Code civil de 1804, suivi par le droit vénézuélien, dans la régulation juridique des sanctions de l'inexécution du contrat.[197]

129. Si bien que le nouveau droit des contrats et des obligations en France admet la résolution unilatérale du contrat, il ne faut pas se méprendre, les différences entre les deux systèmes bien que nuancés, sont toujours très marquées. Cela est ainsi, car la résolution unilatérale est toujours une mesure de caractère exceptionnel qui est mise en place aux risques et périls du créancier. À la différence de la *common law*, la résolution du contrat n'est pas un droit du créancier, mais une faculté réservée au juge, et cela, même si toutes les conditions légales de sa mise en place ont été remplies. En effet, selon l'article 1228 du Code civil, le juge peut, selon les circonstances, au lieu de constater la résolution, « ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur ou allouer seulement des dommages et intérêts ». La spécificité du *common law* réside dans les différentes conceptions et finalités de deux systèmes, l'un utilitariste, et l'autre, comme on le verra dans la deuxième partie, toujours volontariste.

130. Cela dit, il faut signaler que l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat, ne comporte que l'une des pièces de l'engrenage du mécanisme contractuel qui a été modelé et conçu pour satisfaire l'intérêt du créancier au moindre coût pour le débiteur et, par conséquent, pour la société. Cet engrenage, pour son fonctionnement, dépend aussi d'autres pièces essentielles, sans lesquelles le système dans son ensemble ne serait pas efficace économiquement. Ce mécanisme ainsi conçu est une adaptation du mécanisme contractuel aux finalités d'ordre politique et économique du libre marché et de l'initiative libre privée, propre des États de la *common law*.[198]

131. Comme l'obligation de modérer le dommage fait partie de cette machine conçue pour produire des échanges économiques entre individus et pour satisfaire leurs intérêts de la manière la plus efficiente, son fonctionnement peut être uniquement compris si cette obligation est placée avec toutes les autres composantes du système. Glisser le mécanisme de l'obligation de modérer le dommage, propre au système de la *common law*,

[197] V. *infra* nº 349 et s.
[198] H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *art. préc.,* nº 232.

dans le système du Code civil de 1804 suivi par le droit vénézuélien et dans le nouveau droit des contrats en France, sans modifier le reste des mécanismes contractuels, est un effort inutile. Il permettra uniquement d'adopter une version tempérée de l'obligation de modérer le dommage contractuel, incapable de transposer les impératifs de l'efficacité économique du contrat, fonction principale du mécanisme.[199]

132. Enfin, il s'agit ici d'analyser la résolution du contrat dans le droit de la *common law*, et de préciser comment sa spécificité fonctionne avec l'obligation de modérer le dommage dans le but de parvenir à l'efficacité économique du contrat. Les spécificités de la résolution du contrat dans la *common law* sont associées à sa nature, aux conditions de sa mise en place et à ses effets.

133. **a. La nature de la résolution.** Le caractère unilatéral de la résolution représente la spécificité la plus remarquable de la *common law* par rapport à la résolution du contrat en droit vénézuélien. En droit vénézuélien, la résolution est nécessairement judiciaire[200]. Comme on l'a déjà mentionné, la résolution unilatérale est un mécanisme nécessaire pour que l'obligation de modérer le dommage puisse déployer ses effets en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat. Bien que le nouveau droit des contrats et des obligations en France admette de forme positive la résolution unilatérale aux risque et périls du créancier, en rapprochant ainsi le droit français des contrats aux solutions de la *common law* et du droit international des contrats, les différences sont toujours très importantes[201].

---

[199] En effet, un mécanisme contractuel fondé sur la volonté peut se révéler incompatible si l'on veut que l'obligation de modérer le dommage soit capable de servir à l'efficacité économique du contrat. Il nous semble, en outre, comme on le verra par la suite, que la transposition de l'obligation de modérer le dommage au système traditionnel du Code civil de 1804 risque de poser des problèmes sur la cohérence du système, car fondé sur le respect de la volonté des parties ; on aura du mal à justifier des solutions qui n'ont pas d'explication si l'on ne reconnaît pas la nécessité d'admettre les impératifs de l'efficacité économique. D'où la nécessité d'harmoniser les deux systèmes. En tout cas, la transposition d'une pièce détachée du mécanisme ne permettra pas d'arriver à produire les effets en vue desquels il a été conçu.

[200] M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones,* Caracas, RVLJ, 2016, p. 602 et s ; G. GUERRERO-QUINTERO, *La resolución del contrato (Principios Generales),* 2º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 4º ed., 2013; J. MÉLICH ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003, p. 265 et s., Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 247-276; RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, pp. 115 y ss.; J. MÉLICH ORSINI, *Doctrina*, *op. cit.,* p. 721-751; E. MADURO, *op. cit.*, p. 508-520 ; R. BERNAD, *op. cit.*, t. III, p. 236-273 ; O. OCHOA GÓMEZ, *op. cit.*, t. II, p. 471-494 ; O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 260-270.

[201] H. G. TREITEL, E. PEEL, 11º ed., *op. cit*., p. 849 ; V aussi J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s. ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 579 et s. ; A. L. CORBIN, *Contracts, op. cit.,* p. 977 et s.

Ces spécificités entravent la possibilité de l'obligation de modérer le dommage de remplir ses effets en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat.

134. En ce qui concerne l'efficacité économique qui découle de l'interaction entre la résolution unilatérale et l'obligation de modérer le dommage, l'explication est la suivante : on sait que, dans une économie de libre marché, la résolution unilatérale et l'opération de substitution du contrat est fréquemment considérée comme le mécanisme économiquement le plus efficace de satisfaction de l'intérêt du créancier face à l'inexécution de prestations fongibles. Il en est ainsi, car, face à l'inexécution substantiel du contrat, cette solution permet la satisfaction de l'intérêt du créancier auprès du marché au moindre coût pour le débiteur et pour la société. Alors, en limitant le droit du créancier à la réparation des dommages évitables raisonnablement avec cette mesure, le système de la *common law* incite le créancier à se conformer à la solution la plus efficace.[202]

135. Or, si la résolution pour inexécution doit être préalablement déclarée par le juge, la limite à la réparation du dommage évitable ne sera capable d'inciter le créancier à se comporter de la forme la plus efficace. Il en est ainsi car il ne sera pas raisonnable de demander au créancier de résoudre le contrat unilatéralement en violation de la loi. Il ne sera non plus raisonnable de demander au créancier de conclure un autre contrat et redéployer rapidement ses ressources sur le marché, au risque d'être engagé dans deux opérations juridiques.

136. Dès que la résolution unilatérale n'est pas admise, le créancier victime de l'inexécution est prisonnier du contrat et, par conséquent, il a le droit de demander la réparation de tous les préjudices qui auraient pu être évités avec la résolution unilatérale et la substitution immédiate du contrat. Si l'on doit juger l'efficacité économique du système, il semble que le système qui opte pour la résolution judiciaire est moins efficace, car le système qui adopte la résolution unilatérale permet améliorer l'utilité du débiteur et de la société sans défavoriser celle du créancier.[203]

---

[202] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s. ; H. G. TREITEL, E. PEEL, 11º éd., *op. cit*., p. 847.

[203] Pour une étude critique voir : GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution,* préface L. Leveneur, Paris, LGDJ, 2007, p.427 et s. ; spéc. 437 « *L véritable différence s'observe en réalité dans le chef du créancier et plus exactement dans son patrimoine :* -Il n'est plus tenu d'attendre la décision du juge et par conséquent de

137. Si la résolution unilatérale est bien un dispositif qui permet l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, c'est aussi à propos des conditions de son exercice que l'on peut trouver des spécificités qui conditionnent son fonctionnement.

138. **b. Les conditions de la résolution.** Il s'agit ici de constater les conditions de la résolution du contrat dans le droit de la *common law*, en tant que mécanisme qui permet au créancier de se libérer de l'obligation à sa charge, de refuser l'exécution tardive, partielle ou défectueuse du débiteur défaillant et, par conséquent, de fonctionner avec l'obligation de modérer le dommage comme outil de l'efficacité économique du contrat.

139. En ce qui concerne les conditions de la résolution dans *la common law,* la spécificité réside dans le fait que dans le droit français[204], suivi par le droit vénézuélien[205], la résolution est une sanction qui dépend de la seule discrétion du juge. La résolution du contrat n'est pas un droit du créancier victime de l'inexécution.[206] Au contraire, dans la *common law*, le créancier a le droit de terminer le contrat dans des cas précis déterminés par des indices[207], même si ces cas sont aussi, en principe, soumis à l'appréciation du juge.

140. En effet, le créancier victime de l'inexécution du contrat a le droit de mettre fin au contrat dans trois circonstances : lorsque le débiteur signifie au créancier le refus

---

voir s'alourdir son préjudice d'heure en heure mais peut prendre les mesures nécessaires pour préserver ses intérêts ».

[204]*Ibidem, La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p.773 et s.

[205] M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones,* Caracas, RVLJ, 2016, p. 602 et s ; G. GUERRERO-QUINTERO, *La resolución del contrato (Principios Generales),* 2º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 4º ed., 2013; J. MÉLICH ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003, p. 265 et s., Legis/Universidad del Rosario, 2008, pp. 247-276; RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, pp. 115 y ss.; J. MÉLICH ORSINI, *Doctrina*, *op. cit.,* p. 721-751; E. MADURO, *op. cit.*, p. 508-520 ; R. BERNAD, *op. cit.*, t. III, p. 236-273 ; O. OCHOA GÓMEZ, *op. cit.*, t. II, p. 471-494 ; O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 260-270.

[206] V. *infra* nº 657.

[207] *Restatement Second of Contracts § 241, Circumstances Significant in Determining Whether a Failure is material: In determining whether a failure to render or to offer performance is material, the following circumstances are significant: 1. the extent to which the injured party will be deprived of the benefit which he reasonably expected; 2. the extent to which the injured party can be adequately compensated for the part of that benefit of which he will be deprived; 3. the extent to which the party failing to perform or to offer to perform will suffer forfeiture; 4. the likelihood that the party failing to perform or to offer to perform will cure his failure, taking account of all the circumstances including any reasonable assurances; 5. the extent to which the behavior of the party failing to perform or to offer to perform comports with standards of good faith and fair dealing.*

d'exécution (*repudiation*), lorsque l'exécution de l'obligation devient impossible (*impossibility*), et lorsqu'il y a une inexécution substantielle de l'obligation par le débiteur[208]. Les hypothèses de refus d'exécution et de l'incapacité d'exécuter doivent aussi remplir le test du caractère substantiel de l'inexécution.[209]

141. Il y a refus d'exécution (*repudiation*) chaque fois que le débiteur, de manière expresse ou implicite, laisse entendre au créancier son intention claire et absolue de refuser l'exécution du contrat. Il y a impossibilité d'exécution (*impossibility*) lorsque le débiteur, par ses propres actes ou fautes, devient incapable d'exécuter le contrat. L'inexécution est substantielle lorsqu'elle prive le créancier de l'avantage que celui-ci attendait du contrat, ou compromet la finalité pour laquelle le créancier a contracté.[210]

142. Les juges de la *common law,* afin de qualifier le caractère substantiel de l'inexécution, prennent en considération la mesure dans laquelle la résolution du contrat peut être le remède le plus adéquat pour la protection de l'intérêt du créancier victime de l'inexécution, ainsi que les préjudices que la résolution du contrat peuvent causer au débiteur défaillant et, par conséquence, à la société.[211] Le caractère substantiel de l'inexécution est une question de fait qui relève de l'appréciation du juge et, par conséquent, n'admet pas de classification exhaustive.

143. Alors, si le caractère substantiel de l'inexécution laisse au juge de la *common law* une marge d'appréciation sur la régularité de la résolution du contrat, la résolution du contrat dans les cas indiqués n'est pas moins un droit du créancier. Le juge ne pourrait pas, par exemple, ordonner l'exécution en nature après coup, ou bien accorder un délai de grâce au débiteur. Cela dit, et c'est ici l'essentiel, le caractère substantiel de l'inexécution dépend du pouvoir d'appréciation du juge de la *common law* du caractère adéquat de la sanction.

---

[208]H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º ed., o*p. cit*., nº 18-023 ; S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, *Droit anglais,* M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, chap. XXIII, p. 977 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s. ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 579 et s. ; A. L. CORBIN, *Contracts, op. cit.,* p. 977 et s.

[209] H. G. TREITEL, E. PEEL, *Ibidem.*

[210] *Ibidem.*

[211] E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 579 et s.

C'est dans les décisions de justice et les *precedents* de la *common law* que les parties peuvent trouver les indices du caractère adéquat de la sanction afin de s'y conformer.[212] C'est précisément la majeure certitude sur le caractère substantiel de l'exécution, le fait qui permet à l'obligation de modérer le dommage déployer ses effets en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat.[213]

144. Il en est ainsi, par exemple, chaque fois que la satisfaction de l'intérêt du créancier auprès du marché est considérée par le juge comme la sanction la plus adéquate. C'est au juge de déterminer le remède raisonnable le plus adéquat, prenant en compte tous les intérêts en jeu, et au créancier avisé de s'y conformer s'il ne veut pas supporter dans son patrimoine le dommage évitable non réparable.[214] Dans des cas très précis, comme le refus d'exécution de prestations fongibles dans les contrats de vente ou de service, le remède le plus adéquat dans la *common law* et le droit international de contrats est la résolution, la substitution du contrat et l'allocation des dommages et intérêts.[215] Ce type d'inexécution est sanctionné, selon une formule standard généralement acceptée, par l'allocation des dommages et intérêts calculés sur la différence entre le prix du contrat et le prix de substitution ou de revente.[216] Dans ce cas, il est clair que le caractère substantiel de l'inexécution est déterminé par le caractère adéquat de la sanction, laquelle répond aux impératifs de l'efficacité économique du contrat.[217]

145. Cependant, en d'autres circonstances, comme la résolution du contrat dans la *common law* libère le créancier de l'obligation à sa charge, il est très fréquent que, même

---

[212] S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, *Droit anglais,* M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, chap. XXIII, p. 977 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s.

[213] G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, *op. cit.,* p. 349 et s, spec. 360 et s. ; *Restatement Second of Contracts § 240-241 comment a.* ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* § 8.18, p. 600, nº 8.16, 817 et 8.18.

[214] G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract, op. cit.,* p. 358 : « In determining whether uncertanity as to future performance justify termination, the court will also have regard to 'the extent to which it reasonable appears to the injured party that the delay may prevent or hinder him from making reasonable substitute arrangements'». V. *Restatement Second of Contracts § 242 (b)*. V. aussi : *Poussard v. Spier & Pond* (1876) 1 Q.B.D. 410

[215] V. *infra* nº 291 et s.

[216] V. *infra* nº 265 et s.

[217] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s. ; S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, *Droit anglais,* M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, chap. XXIII, p. 977

lorsque l'inexécution prive le créancier de l'avantage attendu du contrat, le juge refuse de reconnaître le caractère substantiel de l'inexécution partielle ou défectueuse si le créancier, une fois libéré de son obligation, n'est pas ou ne sera pas capable de rendre au débiteur le bénéfice que le contrat lui aura procuré[218]. La résolution du contrat, en tant que mécanisme de libération du créancier de son engagement contractuel, peut bien être source d'un enrichissement injuste, et de ce fait, une sanction non adéquate face à tous les intérêts en jeu.[219]

146. Par ailleurs, la résolution du contrat est accordée sur la base d'une inexécution substantielle, lorsque la seule compensation du préjudice n'est pas une sanction adéquate pour réparer le préjudice causé. Au contraire, lorsque la compensation de dommages est une sanction adéquate, le caractère substantiel de l'inexécution n'est pas retenu. C'est le cas par exemple pour la vente d'un immeuble, lorsque la mesure ou les spécifications exécutées par le débiteur ne diffèrent pas substantiellement de celles du contrat. Dans ce cas, l'exécution en nature et une compensation monétaire, ou bien une réduction du prix, peuvent être considérées comme des remèdes adéquats à l'inexécution. En revanche, lorsque le défaut est substantiel et que la seule compensation des dommages ne se révèle pas être un remède adéquat, le caractère substantiel de l'inexécution est retenu.[220]

147. Lorsqu'il s'agit de la vente des biens meubles ou services, l'inexécution est substantielle, en principe, lorsque le défaut d'exécution porte sur l'aspect quantitatif de la

---

[218] G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract, op. cit.,* p. 357 et s.. En dépit du caractère adéquate de la sanction, la résolution n'est pas admise si la restitution de la prestation exécutée par le débiteur n'est pas possible, lorsque la résolution est demandée à fin d'éviter une mauvaise affaire, ou bien lorsque le débiteur est capable de corriger ou exécuter la prestation. En revanche, elle est admise à chaque fois qu'il existe une inexécution totale ou bien, lorsque le créancier a perdu l'intérêt dans une exécution tardive soit à cause du caractère essentiel du terme ou du caractère incertain de l'exécution future par le créancier. Cela dit, afin de garantir les besoins de prévisibilité dans le commerce, la *common law* prévoit un nombre important d'exceptions au caractère essentiel de l'inexécution. Parmi les exceptions les plus importantes à notre sujet on peut signaler la distinction en droit anglais entre *conditions, warranties* et *intermediate terms.* La *condition* est une stipulation contractuelle dont l'inexécution donne droit au créancier à résoudre le contrat, même dans les cas où celle-ci ne peut pas être considérée comme une inexécution essentielle. La distinction est importante dès que la qualification de ce type de clause est accordée par les parties, mais aussi par la loi et par la jurisprudence afin de donner certitude aux parties sur le caractère résolutoire de l'inexécution. En droit américain *warranties* est utilisé au lieu de *conditions,* et *covenants* au lieu de *warranties* et *intermediates terms.*

[219] *Ibidem.*

[220] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º ed., *op. cit*., nº 18-029 ; S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », *art. préc.,* p. 977 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s.

prestation.[221] Lorsque la non-conformité de la prestation porte sur l'aspect qualitatif, le caractère substantiel de l'inexécution dépendra en revanche de la gravité de l'inexécution et du caractère adéquat des dommages et intérêts afin de protéger l'intérêt du créancier. Lorsqu'il s'agit de contrats à longue durée, le caractère substantiel de l'inexécution dépend de la certitude de l'exécution future. Le seul retard dans l'exécution des obligations à la charge du débiteur n'est pas qualifié de substantiel, sauf si le terme de l'exécution est essentiel ou si le retard est capable de causer un préjudice grave au créancier.[222] Finalement, l'inexécution intentionnelle n'est considérée substantielle que si elle est interprétée comme l'intention claire et absolue du débiteur de refuser l'exécution du contrat.[223]

148. En somme, la plus grande détermination du caractère substantiel de l'inexécution dans les systèmes de la *common law* et droit international permet à l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets. En effet, on ne pourra pas reprocher au créancier de ne pas avoir résolu le contrat afin de modérer le dommage si son droit à la résolution n'est pas du tout certain. Au contraire, si le droit du créancier à résoudre le contrat est certain, alors on pourra lui reprocher de n'avoir pas résolu le contrat, si la résolution du contrat, en effet, correspond au moyen le plus efficace de satisfaire l'intérêt du créancier au moindre coût pour le débiteur et pour la société. Dans ce cas, le créancier ne pourra pas demander la réparation des dommages qui auront pu être évités avec la résolution du contrat.

149. **c. Les effets de la résolution ou la conservation du contrat.** Il s'agit ici de montrer la spécificité des effets de la résolution du contrat dans le système de la *common law* par rapport au droit vénézuélien et par rapport au droit de la réforme en France, et comment cette spécificité fonctionne avec l'obligation de modérer le dommage afin d'atteindre l'efficacité économique du contrat.

150. En effet, à la différence du système suivi par le droit vénézuélien[224], le droit du créancier de mettre fin au contrat en cas d'inexécution dans le droit de la *common law* est

[221] TREITEL, *ibidem,* nº 18-030 ; S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », *art. préc., loc. cit.*
[222] TREITEL, *Ibidem.*
[223] *Ibidem.*
[224] M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones,* Caracas, RVLJ, 2016, p. 602 et s ; G. GUERRERO-QUINTERO, *La resolución del contrato (Principios Generales),* 2º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 4º ed., 2013; J. MÉLICH ORSINI, *La resolución del contrato por incumplimiento*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2003, p. 265 et s., Legis/Universidad del Rosario, 2008,

une sanction qui tend à assurer au créancier la satisfaction de son intérêt contractuel[225] plutôt que mettre le créancier dans la situation qui aurait était la sienne si le contrat n'avait pas été conclu.[226]

151. Cette spécificité réside dans le fait que le contrat, du fait de la résolution, n'est pas anéanti. La rupture unilatérale du contrat a uniquement pour effet de libérer les parties des obligations primaires et non *accrued.* Le contrat maintien sa force obligatoire, car le débiteur défaillant est tenu d'une obligation dite secondaire, qui se substitue à l'obligation primaire inexécutée. C'est parce que le contrat n'est pas anéanti que le créancier a le droit à l'indemnisation par des dommage et intérêts positifs.[227]

152. Cela dit, le droit du créancier à la réparation de son intérêt positif à la suite de la résolution du contrat est limité au préjudice qui ne pouvait pas être évité avec des mesures raisonnables. L'obligation de modérer le dommage qui émane de cette limite incite ainsi le créancier à agir raisonnablement s'il ne veut pas supporter le dommage évitable, dont la réparation n'est pas garantie par la loi et, de ce fait, l'invite à choisir le comportement économiquement le plus efficace. Ainsi, l'obligation de modérer le dommage, dans un système qui hiérarchise les dommages intérêts sur l'exécution en nature, enlève la liberté de choisir les sanctions de l'inexécution du contrat en incitant le créancier à choisir la sanction économiquement la plus efficace. Si, dans le système français, suivi par le droit vénézuélien, le créancier est libre de choisir la résolution du contrat chaque fois que les conditions de la

---

pp. 247-276; RODRÍGUEZ-ROSADO, *ob. cit.*, pp. 115 y ss.; J. MÉLICH ORSINI, *Doctrina*, *op. cit.,* p. 721-751; E. MADURO, *op. cit.*, p. 508-520 ; R. BERNAD, *op. cit.*, t. III, p. 236-273 ; O. OCHOA GÓMEZ, *op. cit.*, t. II, p. 471-494 ; O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.*, p. 260-270.

[225] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s. ; S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, *Droit anglais,* M. FONTAINE et G. VINEY (dir.), Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 2001, chap. XXIII, p. 977

[226] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* p. 437 et s.,; C. GUELFUCCI-THIEBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, op. cit.,* nº 181 ; Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 145; M. FABRE MAGNAN, *op. cit.,* nº 212, 216 et 222 ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel, op. cit.,* nº 54 et nº 484. ; C. ANDRÉ, *Le fait du créancier contractuel,* préface G. VINEY, Paris, LGDJ, 2002, nº 570 ; J.-L. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », D. MAZEAUD, J CHRISTOPHE, in *Colloque « La nouvelle crise du contrat »,* Lille, Dalloz, 2001, p. 99; G. VINEY, « L'appréciation du préjudice », *PA* 19 mai 2005, nº 99, p. 89. Contre : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 1020.

[227] A. OGUS. « Les remèdes- Rapport Anglais », in TALLON D, HARRIS (dir.), *Le contrat aujourd'hui; comparaison franco-anglaise ,* Paris, LGDJ, 2000, p. 304. ; H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º ed. *op. cit*., nº 18-012 et s. V. aussi S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », *art. préc., loc. cit.,* p. 977 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s.

résolution sont remplies, dans le *common law* cette liberté est limitée par l'obligation de modérer le dommage.[228]

153. Un examen plus détaillé des effets de la résolution du contrat dans le système de la *common law* nous permettra saisir de plus près la spécificité des effets, leur fonctionnement avec l'obligation de modérer le dommage et l'impact de l'interaction entre ces deux éléments sur l'efficacité économique du contrat.

154. Selon les règles de la *common law,* après la résolution du contrat, le créancier victime de l'inexécution du contrat n'est plus tenu ni d'accepter l'exécution du débiteur défaillant ni d'exécuter l'obligation à sa charge. Dans les contrats à exécution successive, le créancier lésé n'est plus tenu d'exécuter les obligations qui n'étaient pas causées (*acrrued)* au moment de la résolution du contrat et il est libéré des obligations qui, selon le contrat, devaient être exécutées dans le futur.[229] La résolution du contrat ayant effet uniquement pour le futur.[230]

155. En ce qui concerne les effets de la résolution du contrat par rapport au débiteur de l'obligation inexécutée, il faut distinguer entre l'obligation dite primaire, c'est-à-dire celle qui a été accordée par les parties au contrat, de l'obligation dite secondaire, c'est-à-dire l'obligation d'indemnisation avec des dommages et intérêts qui remplacent l'obligation primaire en cas de résolution du contrat.

156. En ce qui concerne l'obligation primaire du débiteur défaillant, selon le système de la *common law,* les effets sont les mêmes que pour le créancier victime de l'inexécution du contrat. Le débiteur est libéré d'exécuter l'obligation qui a été inexécutée. Bien que le débiteur soit libéré de son obligation primaire, il est cependant responsable de l'inexécution de cette obligation et, par conséquent, il devient tenu d'une obligation

[228] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º ed. *op. cit*., nº 18-008 et s. « Although termination depends on the election of the injured party, that party's option is to some extent curtailed by the rule that the damages to which he is entitled may e reduced if he fails to take reasonable steps to mitigate his loss. This rule will sometimes put pressure on the injured party to terminate, for one common way of mitigating loss is to make a substitute contract and the effect of doing this will often be to put it out of the injured party's power to perform the old contract. Where this is the case, the making of the substitute contract will involve the termination of the original one ».

[229] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º ed. *op. cit*., nº 18-012 et s.

[230] *Ibidem.*

secondaire de payer la compensation des préjudices causés au créancier par l'inexécution. À partir de la résolution du contrat, le débiteur est aussi libéré de l'exécution toutes les obligations futures qui n'étaient pas encore exigibles, mais il est responsable de l'obligation secondaire de réparer les préjudices que le défaut d'exécution des obligations futures causera au créancier. Les stipulations du contrat qui concernent le règlement des conflits et tous les effets du contrat après la fin du contrat restent en vigueur.[231]

157. En ce qui concerne l'obligation dénommée secondaire de verser des dommages et intérêts issue de l'inexécution du contrat, celle-ci a une importance significative, car elle marque la différence principale entre les effets de la résolution du contrat par rapport au créancier victime de l'inexécution et les effets de la résolution du contrat par rapport au débiteur défaillant. En effet, à la différence du créancier victime de l'inexécution, le débiteur, bien que libéré de l'exécution en nature de la prestation inexécutée et des obligations futures qui ne sont pas arrivées à l'échéance au moment de la résolution, il devient débiteur d'une obligation secondaire du fait de la résolution du contrat. Cette obligation secondaire correspond à l'indemnisation des préjudices subis par le créancier à cause de l'inexécution du contrat imputable au débiteur avant la résolution, et l'indemnisation des préjudices subis pour le créancier à cause de l'inexécution des obligations futures prévues dans le contrat comme conséquence de la résolution.[232]

158. Ces particularités de la résolution unilatérale dans la *common law* modèle le contexte dont l'obligation de modérer le dommage produit ses effets en tant outil d'efficacité économique du contrat. En effet, du fait de la libération des obligations primaires, lorsqu'elles n'ont pas été exécutées, les deux parties seront capables de redéployer leurs ressources auprès du marché de forme immédiate. Si le débiteur montre que la résolution unilatérale exercée par le créancier était mal fondée et demande la réparation des dommages issus de l'inexécution du créancier, il n'aura pas non plus le droit de demander les dommages évitables de forme raisonnable. La libération de deux parties des obligations primaires du fait de la résolution, et l'obligation de modérer le dommage, incite les deux parties à adopter

---

[231] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º éd. *op. cit*., nº 18-012 et s. V. Aussi S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », *art. préc., loc. cit.,* p. 977 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s.
[232] *Ibidem.*

un comportement économiquement efficace afin d'échapper aux effets négatifs de la limitation à la réparation des dommages évitables.[233]

159. Il faut aussi signaler, comme il a déjà été noté, que la résolution du contrat n'est en principe qu'un choix du créancier face à l'inexécution du contrat. Le créancier n'est pas tenu de mettre fin au contrat. Au lieu de cela, le créancier peut insister sur l'exécution du contrat par le débiteur défaillant ou tout simplement se tenir silencieux. Dans les deux cas, le contrat reste en vigueur et les deux parties sont tenues d'exécuter leurs prestations respectives à l'échéance.[234] Cependant, et c'est ici l'un des aspects les plus significatifs de l'interaction entre la résolution et l'obligation de modérer le dommage, ce libre choix est limité par l'obligation de modérer le dommage chaque fois que la résolution et la substitution du contrat sont les mesures les plus raisonnables permettant d'éviter ou minimiser les préjudices issus de l'inexécution.[235] Ainsi, l'obligation de modérer le dommage est un mécanisme qui articule les remèdes et oriente le comportement du créancier face à l'inexécution du contrat afin de l'inciter à choisir les mesures économiquement les plus efficaces.

---

[233] J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s.

[234] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º éd., *op. cit*., nº 18-010 et s. Lorsque l'exécution de l'obligation d'une partie doit précéder l'obligation de l'autre partie, le système de la *common law* fait de l'exécution de l'obligation qui doit être exécutée la première une condition de l'existence de l'autre obligation. Ainsi, le créancier de l'obligation dont l'exécution doit précéder peut suspendre l'exécution de l'obligation à sa charge, sans nécessité de mettre fin au contrat, en attendant la vérification de la condition. Cela dit, il reste tenu de son obligation, au moins jusqu'au moment où la condition devient impossible, par exemple, parce que l'exécution de l'obligation de l'autre partie devient impossible. Cependant, une fois que le créancier victime de l'inexécution a mis fin au contrat, il ne peut pas revenir sur cette décision et demander l'exécution de la part du débiteur défaillant. En effet, le débiteur est libéré de l'obligation primaire et devient débiteur uniquement d'une obligation secondaire de compenser les dommages subis par le créancier. Au contraire, si le créancier affirme le contrat et insiste sur l'exécution du contrat par le débiteur défaillant, il ne perd pas son droit de résoudre le contrat, à moins que le créancier ait renoncé à son droit de demander la résolution du contrat. Si après la affirmation du contrat, l'inexécution du débiteur persiste, le créancier a le droit de mettre fin au contrat.

[235]H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 12º ed., *op. cit*., nº 18-008 ; S. WHITTAKER, « Les sanctions de l'inexécution des contrats », *art. préc., loc. cit.,* p. 977 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 537 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 24-001 et s. V. Par exemple : B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI* 1987, p. 393 ; O. DESHAYES, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français »*, art. préc. ;* C. PIZARRO, « Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño » in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso,* Valparaíso, PUCV, 2013, nº 41 ; A. VIDAL, « La carga de mitigar las pérdidas del acreedor », in *Estudios de Derecho Civil III,* A. GUZMÁN BRITO, (editor científico), Santiago, Legal Publishing, 2008.

160. Les spécificités de la résolution du contrat dans le système de la *common law*, par rapport au système suivi par le droit vénézuélien et par rapport au droit de la réforme, permettent de montrer le contexte dans lequel l'obligation de modérer le dommage s'est développée. En effet, c'est parce que le créancier, victime de l'inexécution du contrat, a le choix de se libérer unilatéralement de l'obligation à sa charge qu'il peut mettre en place des mesures destinées à la satisfaction immédiate de son intérêt contractuel. Mais c'est aussi parce que le créancier récupère sa liberté qu'il est tenu d'agir raisonnablement, lorsque cela est possible, afin d'obtenir l'avantage attendu au moindre coût pour la société.

161. En somme, le droit du créancier victime de mettre fin au contrat en cas d'inexécution dans le droit de la *common law* est une sanction qui tend à assurer au créancier la satisfaction de son intérêt contractuel. Il s'agit en principe de placer le créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. C'est clairement un mécanisme différent de la résolution modelée par l'interprétation volontariste suivie par le droit vénézuélien, lequel a pour but, en principe, de placer le créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu. Ce droit de mettre fin au contrat est un mécanisme façonné selon une conception utilitariste du contrat. On pourrait aspirer à l'assimilation des deux mécanismes, mais il nous semble qu'il faut au contraire reconnaître la différence des deux institutions, si l'on veut modeler l'obligation de modérer le dommage au contexte des systèmes du droit continental. On aura le temps d'étudier la résolution unilatérale lorsque l'on analysera les incompatibilités de l'obligation de modérer le dommage et de son contexte avec l'interprétation volontariste du Code civil français de 1804, suivi par le droit vénézuélien, et le nouveau droit des contrats et des obligations en France. [236]

162. La résolution unilatérale du contrat, dans le système de la *common law* et le droit international des contrats, est une condition indispensable du mécanisme de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil des impératifs de l'efficacité économique du contrat. Si cela est vrai, il y a d'autres traits caractéristiques du système de la *common law* et du droit international des contrats indispensables au fonctionnement de ce mécanisme. Cela concerne la conception du dommage réparable et les spécificités de sa

[236] V. *infra* nº 593 et s.

détermination. Il s'agit alors d'analyser les conditions internes de l'obligation de modérer le dommage.

Chapitre II
CONDITIONS INTERNES. « LE DOMMAGE RÉPARABLE »

163. L'obligation de modérer le dommage est un mécanisme qui limite les dommages réparables subis par le créancier du fait de l'inexécution du contrat par le débiteur. Il s'agit ici de préciser les spécificités du dommage réparable selon le système de la *common law* et du droit international des contrats qui sont l'objet de cette limitation. Le dommage réparable lors de l'inexécution du contrat correspond à la valeur des intérêts légitimes du créancier qui ont été violés. Selon la *common law*, lors de l'inexécution du contrat, les intérêts du créancier qui font l'objet de protection sont les suivants : *expectation interest, restitution interest* et *reliance interest*.[237]

164. Le premier représente l'intérêt positif du créancier, c'est-à-dire le droit du créancier d'être indemnisé sur la base de la situation économique qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté.[238] On parle de la perte de l'avantage que le créancier attendait du fait de l'exécution du contrat dans son patrimoine.[239] Les autres sont des intérêts négatifs, c'est-à-dire le droit du créancier d'être indemnisé sur la base de la situation économique qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu.[240] C'est le cas soit à travers la protection du *restitution interest* ou soit à travers celle du *reliance interest.* Le premier correspond au droit de la partie lésée de récupérer l'avantage procuré au débiteur défaillant du fait de la conclusion du contrat inexécuté. Le second correspond à l'ensemble des

---

[237] *Restatement of Law of Contracts §344. Purposes of remedies* : *« Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promisee : (a) his 'expectation interest,' which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed, (b) his 'reliance interest,' which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or (c) his 'restitution interest,' which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party ».* L. L. FULLER, W. R. PERDUE*,* « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936) 46 *Yale L.J.* 52 (Part 1); L. L FULLER, W. R. PERDUE*,* « The Reliance Interest in Contract Damages : 2 », (1937) 46 *Yale L.J.* 373 (Part 2); R. VON JHERING, « De la culpa in contrahendo ou des dommages intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites *» (1860),* in *Œuvre choisies,* t., II, trad. O. MEULENAERE, Paris, Marescq, 1883. Pour un analyse en droit français voir : Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 159 et s.

[238] *Ibidem.* V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, Paris, LGDJ, 2007, p. 530. Pour une bibliographie complete du concept voir : Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 110.

[239] *Ibidem.*

[240] *Ibidem.*

dépenses exposées par la victime de l'inexécution du contrat (perte de dépenses)[241], et par les opportunités auxquelles il a dû renoncer afin de conclure le contrat qui n'a pas été exécuté (perte d'opportunité).[242]

165. Il faut en outre distinguer, à l'intérieur des intérêts positif et négatif indemnisables, les dommages intrinsèques et les dommages extrinsèques. Dans l'indemnisation de l'intérêt positif, les dommages intrinsèques correspondent au « préjudice qui ne se serait pas produit si le contrat avait été correctement exécuté, mais qui se serait produit si le contrat avait été conclu » ; ils sont aussi appelés intérêts d'exécution.[243] Dans l'indemnisation de l'intérêt négatif, « ils indemnisent le préjudice qui ne se serait pas produit si le contrat n'avait pas été conclu, mais qui se serait produit si le contrat avait été correctement exécuté, car ils ont été acceptés par les parties lors de la conclusion du contrat. »[244] En ce qui concerne les dommages extrinsèques, l'indemnité vise à réparer un préjudice qui ne se serait pas réalisé si le contrat avait été correctement exécuté ainsi que si le contrat n'avait pas été conclu. Les dommages extrinsèques sont réparables autant au titre d'indemnisation de l'intérêt positif que de l'intérêt négatif, et la mesure est identique dans les deux cas. [245]

166. Avant d'analyser l'application de la limite du dommage raisonnablement évitable, et par conséquent, de l'obligation de modérer le dommage sur ces chefs de préjudices, il faut préciser les particularités de ceux-ci dans le système de la *common law* et du droit international. On verra alors les particularités du préjudice indemnisable sur l'intérêt positif (Section I) et sur l'intérêt négatif (Section 2) du créancier victime de l'inexécution dans ces systèmes.

---

[241] A. PINNA, *op. cit.,* p. 530 : La perte de dépenses est constituée : « *par l'ensemble de dépenses exposées par la victime de l'inexécution contractuelle, déduction faite de la valeur produite.* » La valeur produite est : *« la valeur qui reste dans le patrimoine de la victime de l'inexécution contractuelle, alors qu'en cas de correcte exécution du contrat elle aurait été transférée à la partie inexécutante. Elle fait l'objet d'une déduction au stade de la mesure du préjudice contractuel. Une valeur produite peut résulter de la suspension par la victime de l'exécution de son obligation contractuelle ou de la restitution en nature de la prestation caractéristique fournie à la suite de l'anéantissement rétroactif du contrat* ».

[242] A. PINNA, *op. cit.,* p. 531 : « *la opportunité à laquelle la victime de l'inexécution contractuelle a dû renoncer pour conclure le contrat finalement inexécuté. La perte de l'opportunité n'est pas indemnisée à titre d'intérêt positif, parce qu'elle a comme cause la conclusion du contrat. Elle est, en revanche, indemnisée en cas d'anéantissement rétroactif du contrat qui fait disparaitre la cause de sa renonciation* ».

[243] A. PINNA, *op. cit.,* p. 530

[244] *Ibidem.*

[245] *Ibidem.*

Section I

L'INTÉRÊT POSITIF. LA PERTE DE L'AVANTAGE OU *EXPECTATION INTEREST*

167. Selon le *restatement of law of contracts § 347*, section qui détermine la mesure des dommages en général en cas d'inexécution du contrat, la partie lésée a le droit à des dommages et intérêts, en fonction de l'intérêt attendu du contrat, calculés selon la formule suivante : (a) la perte de valeur de la prestation causée par l'inexécution de l'autre partie, augmentée de b) toutes les autres pertes, y compris la perte accessoire ou indirecte causée par l'inexécution, retranchée de (c) tout coût ou autre perte que la partie lésée a évité à travers la non-exécution des prestations à sa charge.

168. Cette formule du calcul de l'intérêt indemnisable dans le système de la *common law* traduit l'indemnisation de la perte de l'avantage attendu du contrat ou *expectation interest.* Elle vise à indemniser l'intérêt positif intrinsèque, traduit par la différence entre la perte de la valeur de la prestation (*loss in value*) et les coûts évités (*cost avoided*) de cette prestation par le créancier victime de l'inexécution, ainsi que l'indemnisation de l'intérêt positif extrinsèque, c'est-à-dire toutes les autres pertes causées au créancier par l'inexécution en dehors de l'avantage attendu (*other losses*).[246]

169. Comme il a déjà été indiqué, selon le chef du préjudice indemnisable d'après l'intérêt positif du créancier de l'obligation inexécutée, il s'agit de placer le créancier dans la situation patrimoniale qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté par le débiteur. Il s'agit d'indemniser l'avantage patrimonial qui aurait été obtenu de l'exécution du contrat et les autres pertes causées par l'inexécution. Cela implique d'indemniser tous les préjudices qui ne se seraient pas produits si le contrat avait été correctement exécuté. [247]

---

[246] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, p. 1145 ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 784 et s. ; G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 88 et s. ; H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1980 ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 31º ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, nº 26-034 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., Oxford, OUP, 2010, p. 570 et s. ; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, 5º ed., Thomson-West, 2009, p. 589 et s.

[247] A. PINNA, *op cit.,* p. 530.

170. Le calcul du préjudice sur la base de la perte de l'avantage ou *expectation interest,* présente des particularités significatives par rapport à l'indemnisation de la perte subie et du gain manqué prévu en cas d'inexécution du contrat dans le système du Code civil français de 1804. En effet, si la formule du calcul de l'*expectation interest* recoupe dans le fond l'indemnisation de la perte subie et du gain manqué prévu dans le système du Code civil français[248]*,* elle emploie une approximation du préjudice de la victime par rapport à toute l'opération contractuelle comme un ensemble. Elle prend en compte les droits et obligations des deux parties du contrat, et non uniquement le dommage indemnisable de l'obligation contractuelle inexécutée à l'égard d'une seule des parties. Il s'agit de l'indemnisation de l'inexécution du contrat, et non uniquement de l'indemnisation de l'inexécution d'une obligation particulière. Il faut aussi noter comme particularité du système de la *common law* que la date de calcul de la mesure du préjudice contractuel se place, en principe, au moment où l'exécution de l'obligation était due et non à la date du jugement. En effet, dans une économie de libre échange, chaque partie assume les risques de la fluctuation de la valeur des biens et des services. Les règles modèlent alors le comportement des parties face à l'inexécution du contrat afin que ceux-ci s'adaptent aux impératifs de l'efficacité économique. Comme il sera expliqué par la suite, c'est l'obligation de modérer le dommage, entendue comme la limite à la réparation du dommage raisonnablement évitable, qui permet de modeler le comportement de la victime, en l'incitant à ne pas rester immobile face à l'inexécution du contrat si l'atteinte à son droit peut être évitée ou modérée entre la date de l'inexécution et la date du jugement.[249]

171. Afin de comprendre les particularités du système de la *common law* sur la question de l'appréciation du dommage, il faut analyser les éléments de la formule de calcul sur la base de l'*expectation interest*, ainsi que ses particularités relatives à la date de calcul du préjudice. Cela est indispensable, car, comme on le verra plus tard, l'obligation de

[248] V. *infra* nº362 et s.

[249] Ainsi par exemple, si la date de calcul du préjudice était la date du jugement et non la date de l'inexécution, la fluctuation de la valeur sur le marché des biens et services entre la date de l'inexécution et la date du jugement n'affecterait pas l'indemnisation du créancier et, par conséquent, il ne serait pas incité à agir face à l'inexécution du contrat et à éviter l'aggravation du dommage. En outre, par exemple, si les coûts de la prestation inexécutée n'étaient pas pris en compte dans la formule du calcul de l'*expectation interest*, le créancier ne serait pas incité à suspendre l'exécution de la prestation à sa charge, à chaque fois que cela est raisonnable, afin d'éviter l'aggravation du préjudice issu de l'inexécution du contrat.

modérer le dommage dans le droit de la *common law* est applicable à tous les composants de cette formule. On verra alors les particularités de la formule de calcul de la perte de l'avantage ou *expectation Loss* (§1) et la date de la mesure du préjudice contractuel dans la *common law* (§2).

§ 1. PARTICULARITÉS DE LA FORMULE DE CALCUL DE L'INTÉRÊT POSITIF OU *EXPECTATION LOSS*

172. On sait que la question qui se pose dans le système de la *common law* n'est pas tant celle de savoir comment contraindre le débiteur à exécuter le contrat, mais celle de savoir comment inciter les personnes à avoir confiance dans la promesse engagée par le débiteur.[250] Le choix fait par le système de la *common law* est celui de placer le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, c'est-à-dire, de protéger le créancier victime de l'inexécution à la mesure de l'avantage attendu du contrat[251]. L'intérêt protégé du créancier est alors mesuré par rapport à l'expectative de gain du créancier grâce à l'opération économique entamée. Cet intérêt est connu sous le nom d'« *expectation interest* » ou l'intérêt positif du créancier.[252]

173. Ainsi, selon l'« *expectation interest* », l'intérêt lésé lors de l'inexécution du contrat par le débiteur correspond à la perte de l'avantage attendu par le créancier du contrat. Il ne s'agit pas de compenser le préjudice que la perte de la valeur de la prestation à la charge du débiteur lui cause, car, en principe, le dommage du créancier doit prendre en compte les coûts que le créancier doit employer pour parvenir à cet avantage[253]. Il faut noter que la *common law*, à la différence du système du Code civil de 1804, assume que tout engagement a une *consideration*, laquelle correspond normalement à la prestation que doit exécuter le créancier en faveur du débiteur afin de justifier économiquement son engagement. Selon

[250] V. *supra* nº 57 et s.
[251] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, p. 1145.
[252] *Ibidem.* V. aussi : E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed., *op. cit.,* p. 784 et s. Il est vrai que l'indemnisation du préjudice contractuel, calculée sur la base de l'intérêt positif ou *expectation interest*, s'avère parfois insuffisante pour inciter le débiteur à exécuter son obligation. C'est le cas par exemple lorsque la valeur de la prestation attendue par le créancier au moment de l'exécution est égale au coût de la prestation réciproque à sa charge. Ainsi, si au moment de l'exécution, la valeur de marché de la prestation attendue par le créancier est égale à 100, et la valeur de la prestation réciproque à sa charge est égale à 100, l'inexécution du débiteur du contrat n'aura causé aucun préjudice au créancier. C'est aussi le cas lorsque la valeur de marché de la prestation attendue par le créancier devient, par la fluctuation du marché, inférieure au coût de la prestation. Dans ce cas, le débiteur n'aura pas d'incitation économique afin à exécuter le contrat.
[253] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 11º ed., *op. cit*., p. 475.

l'optique du système du Code civil de 1804, il s'agit d'analyser le préjudice contractuel comme si le contrat correspondait à un contrat onéreux où le droit à l'avantage d'une partie « est la contrepartie de celui qu'elle procure à l'autre ».[254] C'est le cas, par exemple, des contrats synallagmatiques, dont l'obligation de chaque partie correspond à la justification économique de l'autre.[255] Selon le point de vue de la mesure du préjudice, toute prestation a un coût pour le créancier, l'avantage ou l'*expectation interest* du créancier étant la différence entre la valeur de la prestation attendue par le créancier du contrat et le coût de cette prestation.[256]

174. On verra alors les particularités des critères d'évaluation de la *expectation loss* (1), de la formule de calcul (2), et de la formule de calcul du préjudice directe et collatéral (3) dans la *common law.*

1. Particularités des critères d'évaluation de la *expectation loss*. Le coût pour compléter la prestation ou la diminution de la valeur

175. L'estimation de la perte de l'avantage ou *expectation loss* peut être faite, et c'est ici l'une des spécificités essentielles de la méthode de calcul, sur la base de l'un des deux critères. Soit le calcul se fait sur la base du coût pour le créancier pour corriger ou compléter l'opération à travers, par exemple, une opération de remplacement sur le marché (*cost to complet)*, soit en déterminant la perte de l'avantage subie par le créancier dans son patrimoine ou *value diminution*.[257] Le choix entre ces deux critères d'appréciation de la perte de l'avantage peut parfois donner des résultats très divers. Bien que les deux critères permettent de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, des considérations d'ordre pratique imposent l'un ou l'autre critère, car il n'est pas toujours facile de mesurer la valeur des prestations. En outre, des considérations relatives au caractère raisonnable de l'indemnisation sont aussi prises en compte pour la

[254] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11º éd., *op. cit.,* nº 67.
[255] *Ibidem,* nº 64
[256] E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed., *op. cit.,* p. 784 et s. E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, p. 1145 ; H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, 11º ed., *op. cit*., p. 475.
[257]E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *ibidem* ; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* p. 589 et s.

détermination de l'avantage réel attendu par le créancier.[258] Finalement, des considérations d'efficacité économique de l'indemnisation sont aussi présentes.

176. L'estimation de la valeur du préjudice sur la base du « coût pour compléter la prestation » implique de déterminer la valeur du sacrifice supplémentaire que doit réaliser le créancier victime de l'inexécution afin de se placer dans la même situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté[259]. Cette méthode de calcul de la perte de l'avantage subie par le créancier suppose qu'il y ait toujours une prestation substitute sur le marché et qu'elle peut être obtenue à un certain coût pour le créancier. Lorsque l'on parle de prestation substitute, on vise tous les mécanismes de substitution disponibles sur le marché. Cela inclut la substitution totale de la prestation, mais aussi la réparation et l'exécution de la prestation incomplète.[260]

177. Il faut cependant noter qu'il n'est pas toujours possible de trouver une prestation substitute sur le marché, soit parce que le bien est unique, parce que la prestation n'est pas fongible, soit parce que le retard dans l'exécution rend l'exécution impossible. Même lorsque la prestation substitute est disponible sur le marché, la méthode de calcul du préjudice sur la base du « coût pour compléter la prestation » n'est pas de manière générale adaptée pour réparer le préjudice causé par le retard dans l'exécution de l'obligation. C'est le cas, notamment, lorsque cette méthode indemnise plus que l'intérêt économique que le créancier attendait de retirer du contrat. Sur ces considérations, le calcul du préjudice subi par le créancier victime de l'inexécution sur la base de la diminution de la valeur de la prestation attendue par le créancier est en principe préféré.[261]

---

[258] *Ibidem.*

[259] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, p. 1160.

[260] *Ibidem.* V. Aussi, G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-035 ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 784 et s. ; G. H. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 88 et s. ; H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit., loc. cit.* ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* nº 26-034 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 570 et s. ; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* p. 589 et s.

[261] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, *loc. cit*. Selon l'auteur, il faut noter que l'appréciation du préjudice sur la base de la perte de l'avantage attendue, suppose que le préjudice peut toujours être estimé économiquement, lequel est contestable. Il faut aussi tenir en compte du fait que le préjudice dépende de la situation et de circonstances particulières du créancier. En ce sens : R. VON JHERING, « De l'intérêt dans les contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires », in *Œuvre choisies,* t., II, trad. O. MEULENAERE, Paris, Marescq, 1883, p. 145.

178. La diminution de la valeur de la prestation, en tant que mécanisme de détermination de la perte de l'avantage subie par le créancier victime de l'inexécution, prend en compte, non le coût du marché de la prestation, mais la différence entre la valeur de marché de la prestation promise par le débiteur dans le contrat et la valeur de la prestation exécutée par le débiteur au moment où l'exécution était due. Il est vrai que, lorsque l'inexécution est totale, les deux mécanismes se rapprochent, car la valeur de marché de la prestation est égale à la perte de la prestation subie par le créancier victime de l'inexécution. Cependant, lorsque l'inexécution est partielle ou défectueuse, la valeur pour compléter la prestation auprès du marché peut se révéler très différente. C'est le cas notamment dans le contrat de construction dans lequel la réparation des défauts de conformité des spécifications commis par l'entrepreneur peut s'avérer très onéreuse, alors que la diminution de la valeur de l'ouvrage par rapport à la valeur attendue par le créancier victime de l'inexécution peut être très faible voire inexistante.[262]

179. Lorsqu'il existe un marché de substitution, il est possible que l'indemnisation, calculée sur la base du coût pour remplacer ou compléter la prestation, dépasse la diminution de la valeur et, par conséquent, indemnise plus le créancier victime de l'inexécution que ce dont il a le droit. En effet, selon la formule de l'indemnisation de la perte de l'avantage ou intérêt positif, le créancier doit être placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté.[263] Il y a alors deux valeurs : l'une par rapport à la diminution de la valeur du patrimoine du débiteur et l'autre par rapport aux coûts de substitution de la prestation. Le choix dépend largement, comme on l'a indiqué précédemment, du juge de la *common law*.[264] Il s'avère que, lorsque la prestation a été contractée par le créancier afin de satisfaire ses goûts, préférences ou besoins particuliers et non afin de réaliser un gain économique, la mesure de la perte de l'avantage par le coût de substitution est le mécanisme le plus adapté à remplir la fonction de l'indemnisation, en ce qu'elle permettrait le mieux de placer le créancier dans la situation attendue du contrat, à

[262]G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 13º ed., *op. cit.,* p. 1013; E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, p. 784 et s.
[263] *Restatement § 347. « Measure of Damages in General Subject to the limitations stated in § 350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform ».*
[264] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.*, p. 1160.

condition que ce soit raisonnable.[265] Au contraire, lorsque le créancier a contracté l'opération afin de réaliser un gain économique, le mécanisme le plus adapté pour calculer la perte de l'avantage sera celui de la diminution de la valeur.[266] Dans ce cas, l'obligation de modérer le dommage limite la possibilité de demander le coût de substitution, l'indemnisation de la diminution de la valeur étant le mécanisme qui satisfait le créancier au moindre coût pour le débiteur et pour la société. Cependant, il n'est pas toujours facile de déterminer les motivations des contractants, soit parce qu'elles ne sont pas entrées dans le champ contractuel, soit parce qu'elles ne ressortent pas de la propre nature du contrat.

180. Trois décisions de principe sont régulièrement citées dans la doctrine de la *common law* afin d'illustrer cette situation : les affaires *Groves V. John Wunder Co*[267] et *Peevuhouse v. Garland Coal Mining, C.O*[268]. Dans la première affaire (*Groves)*, le preneur d'un terrain industriel s'était vu accorder par le bailleur le droit de faire des excavations avec l'obligation de remettre le terrain à l'état initial. À l'issue du bail, le preneur rend le terrain sans réaliser les travaux. La valeur de marché du terrain sans les travaux était égale à 12.160 dollars, alors que les travaux de nivellement auraient coûté au preneur la somme de 60.000 dollars. Le bailleur demande au preneur l'indemnisation du préjudice causé par l'inexécution du contrat sur la base du *coût pour exécuter complètement* le contrat, c'est-à-dire la somme de 60.000 dollars. Le juge accorde uniquement 12.160 dollars, indemnisation calculée sur le critère de diminution de la valeur. Dans la deuxième affaire (*Peevyhouse*), le preneur d'un terrain contracte un bail avec le propriétaire afin de réaliser une exploitation minière, avec l'obligation de rendre le terrain restauré à la fin du bail. Une fois achevé le bail, le locateur rend le terrain sans réaliser les travaux de restauration. La valeur du terrain avec les travaux de restauration aurait augmenté jusqu'à 300 dollars, alors que le coût pour le preneur pour réaliser les travaux aurait été égal à 29.000 dollars. Le propriétaire demande au locateur la somme de 25.000 dollars, mais le juge d'instance accorde une indemnisation de 5.000

---

[265] *Ibidem.*

[266] *Ibidem,* p. 1168. Il est vrai que, dans la plupart des cas, la diminution de la valeur du patrimoine du créancier victime de l'inexécution se fait par rapport à la différence entre la valeur de marché de la prestation et la valeur de la prestation reçue au moment où l'exécution du contrat était due. Si le créancier a été victime d'une inexécution totale, la perte de la valeur de la prestation se fera par rapport au prix du marché de la même prestation. Alors, le coût de substitution de la prestation auprès du marché, et la perte de la valeur de la prestation sera à peu prés le même.

[267] 205 Minn. 163, 286 N.W. 235 (1939). E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1170.

[268] 382 P.2d 109 (Okla. 1962). E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc., loc. cit.*

dollars. La cour d'appel d'Oklahoma infirme la décision et reproche au juge d'instance d'avoir accordé une indemnisation supérieure à la valeur de marché du terrain et réduit l'indemnisation à la valeur de 300 dollars, appliquant le critère de la diminution de la valeur. Dans une troisième affaire[269], un riche propriétaire engage une compagnie pour faire bâtir une piscine selon des spécifications précises dans sa maison. La piscine délivrée se révèle 50 centimètres moins profonde que ce qui était indiqué dans le contrat. Le coût de réparation de la piscine afin de la rendre conforme aux spécifications était de 21.560 livres, alors que la diminution de la valeur de la maison sur le marché était nulle. La *House of Lords* décide ainsi que le coût pour compléter la réparation demandée par le propriétaire était déraisonnable (*unreasonnable)* et disproportionné, et accorde uniquement la compensation de 2.400 livres afin de réparer le préjudice de *Amenity*.[270] La limite de la réparation du dommage évitable, avec des mesures raisonnables, limite le choix du créancier, lequel est incité à ne pas faire réparer la prestation défectueuse sur le marché s'il ne veut pas supporter le coût de réparation qui dépasse la diminution de la valeur de la prestation. C'est l'obligation de modérer le dommage qui articule les sanctions de l'inexécution du contrat.

181. Lorsque le coût pour compléter, réparer ou remplacer la prestation est inférieur à la diminution de la valeur du patrimoine du créancier victime de l'inexécution, la solution est différente. En effet, dans ce cas, le coût pour compléter la prestation est perçu comme un mécanisme pour déterminer la limite supérieure de l'indemnisation. C'est aussi une conséquence de l'application de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes de la common law.[271] En effet, du fait du remplacement, le créancier sera placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, au moindre coût pour le débiteur et pour la société.[272] Dans ce cas, le créancier sera incité à compléter, réparer ou remplacer la prestation chaque fois que c'est la solution la moins coûteuse pour le créancier. Il est ainsi placé dans la nécessité d'agir s'il ne veut pas supporter le préjudice du dommage évitable avec cette mesure. Cela dit, bien que le critère de la diminution de la valeur soit en principe préféré, il n'est pas applicable lorsque le coût pour compléter la prestation est

[269] *Ruxley Eectronics and Constructions Ltd* v. *Forsyth* [1996] 1AC 344, 366D, HL, *per* Lord Lloyd.
[270] *Ibidem.*
[271] N. ANDREWS, *Contract Law,* 2º ed., Cambrige, Cambrige University Press, 2015, nº 18-10, p. 495. L'Auteur cite : *Ruxley Eectronics and Constructions Ltd* v. *Forsyth* [1996] 1AC 344, 366D, HL, *per* Lord Lloyd.

inférieur à celui-ci. Cependant, il est applicable lorsque le coût pour compléter la prestation est supérieur, sauf si le coût raisonnable pour compléter est plus adéquat avec l'intérêt du créancier et pourvu qu'il ne soit pas disproportionné avec la diminution de la valeur de son patrimoine.[273]

182. Afin d'illustrer cette situation, prenons par exemple le cas où le créancier achète un bien pour un prix de 100, dont la valeur de marché du bien conforme au moment de l'échéance de l'obligation est égale à 130. Supposons que le débiteur a remis un bien non conforme, dont la valeur de marché au moment de l'échéance de l'obligation est égale à 110. La perte de l'avantage, calculée sur la base de la diminution de la valeur de la prestation, si le créancier a payé la totalité du prix, sera égale à 20. Si le coût pour compléter la prestation est égal à 10, le préjudice du créancier victime de l'inexécution sera limité au coût pour compléter la prestation. Cela est ainsi parce qu'en principe, en complétant la prestation, le créancier sera placé dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté par toutes les parties. En revanche, si la valeur de la prestation conforme sur le marché au moment de la déchéance est égale à 115, la perte de l'avantage, selon le mécanisme de la diminution de la valeur, sera égale à 5. Si le coût pour compléter la prestation est égal à 10, l'indemnisation du créancier aura comme limite supérieure 10 et comme limite inférieure la diminution de la valeur 5. Si le créancier n'a contracté que pour faire un bénéfice économique, l'indemnisation accordée sera celle qui correspond à la diminution de la valeur, c'est-à-dire 5. En effet, celle-ci représente la solution la plus efficiente, en tant qu'elle satisfait l'intérêt du créancier au moindre coût pour le débiteur. Il n'est pas raisonnable, du point de vue de l'efficience économique de faire payer 10 au débiteur, si la valeur de marché du bien sera de toute façon égale à 115. Cependant, si le créancier a contracté la prestation en vue de satisfaire un intérêt non économique, il aura le droit au coût de substitution, soit 10, à condition que ce soit raisonnable, c'est-à-dire en adéquation avec le but envisagé par les contractants, et non disproportionné par rapport à la diminution de la valeur de son patrimoine. Il est clair alors, et c'est ici l'essentiel, que dans le système de la *common law,* le juge a un pouvoir d'appréciation du dommage sur le

[273] V. *Restatement § 348 (2) « If a breach results in defective or unfinished construction and the loss in value to the injured party is not proved with sufficient certainty, he may recover damages based on (a) the diminution in the market price of the property caused by the breach, or (b) the reasonable cost of completing performance or of remedying the defects if that cost is not clearly disproportionate to the probable loss in value to him ».*

principe du caractère raisonnable de la compensation et de la réduction de coûts, qui n'existe pas dans le système du Code civil de 1804, système dont le coût de substitution ou de correction de la prestation est préféré.[274] Dans tous les cas, il incombe au juge de la *common law* de choisir le critère applicable selon les motifs prévisibles et certains, exprimés dans le contrat par le créancier, ou connus du débiteur.[275]

183. En somme, le calcul de la perte de l'avantage, soit sur le critère du coût de substitution de la prestation inexécutée, soit sur celui de la diminution de la valeur du patrimoine du créancier, n'est pas toujours une tâche facile. C'est la raison pour laquelle le juge de la *common law* dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. Autrement dit, la détermination du *quantum* de l'indemnisation de l'intérêt positif du créancier dans la *common law* dépend largement des considérations du caractère raisonnable et adéquat de l'indemnisation et de considérations d'efficacité économique sous l'appréciation souveraine du juge. Le pouvoir d'appréciation du critère d'évaluation du dommage entre le coût de substitution et la diminution de la valeur, lorsque l'efficacité économique est recherchée, doit mener à ce que l'indemnisation place le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté au moindre coût pour le débiteur, et par conséquent pour la société. Il faut noter que, quel que soit le critère applicable, la formule de calcul utilisée afin de calculer le préjudice sur la base de l'avantage attendu ou *expectation interest* est toujours la même.

184. Pour mieux comprendre la mesure du préjudice contractuel, ainsi que la limite au *quantum* de la réparation que comporte l'obligation de modérer le dommage, il nous faut analyser en détail la formule de calcul de la perte de l'avantage, ou l'*expectation interest.* Il

---

[274] V. T. GENICON, « Les dommages-intérêts comme reflet de l'exécution forcée en nature », *RDC* 2012, p. 773 ; P. JOURDAIN, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime » : *RD imm.* 1995, p. 51 : « dans notre droit, la réparation ne tend pas seulement à effacer une perte patrimoniale, mais aussi à donner à la victime les moyens de remettre en état ou de remplacer le bien endommagé »; G. VINEY ET P. JOURDAIN, *Traité de la responsabilité, Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, nº 100, p. 248 et s. En ce sens : Civ. 3º, 11 mai 2005, nº 03-21136 : Bull. civ. III, nº 103 ; *RDC* 2006, p. 323, obs. crit. D. MAZEAUD ; *Contrats, conc. consom*. 2005, p. 187, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES. Civ. 3º, 27 mars 2012, nº 11-11798. Cass. com., 7 févr. 2012, nº 10-20937. Civ. 3º, 14 nov. 1973, nº 72-13770 : Bull. civ. III, nº 580. Civ. 3º, 9 déc. 1975, nº 74-13118 : Bull. civ. III, nº 363. Ass. plén., 7 févr. 1986, nº 84-15189 : Bull. civ. Ass. plén., nº 2. Civ. 3º, 9 oct. 1991, nº 87-18226 : Bull. civ. III, nº 231 ; Civ. 3º, 16 juin 1993, nº 92-10636 : Bull. civ. III, nº 86 ; Civ. 3º, 11 oct. 2000, nº 98-22562 : *RD imm.* 2001, p. 86, obs. P. Malinvaud.

[275] N. ANDREWS, *ibidem.*

faut remarquer que l'obligation de modérer le dommage s'applique, selon le modèle de la *common law,* à chaque composant de la formule.

2. La formule de la perte de l'avantage attendu ou *expectation interest*

185. On sait que, selon le *restatement of law of contracts § 347,* la partie lésée a le droit à des dommages et intérêts en fonction de l'intérêt attendu du contrat, calculés selon la formule suivante: (a) la perte de valeur de la prestation causée par l'inexécution de l'autre partie, augmentée de b) toutes les autres pertes, y compris la perte accessoire ou indirecte, causée par l'inexécution, retranchée de (c) tout coût ou autre perte que la partie lésée a évité à travers la non-exécution des prestations à sa charge.

186. Ainsi, la formule du calcul des dommages principaux, sur la base de la perte de l'avantage attendu ou *expectation interest*[276], prend en compte deux éléments : le premier élément est l'avantage perdu dans l'affaire ou *loss in bargain*. Pour le déterminer, il faut tenir compte là encore de deux composants. D'abord, la perte de la valeur de la prestation attendue par le créancier ou *loss in value,* c'est-à-dire la différence entre la valeur de la prestation que le créancier aurait dû recevoir selon le contrat et la valeur de la prestation effectivement reçue par le créancier. Ensuite, il faut prendre en compte le coût évité ou *cost avoided.* Le coût évité correspond à la différence entre le coût de la prestation à la charge du créancier selon le contrat et le coût effectivement dépensé par le créancier. Le coût évité correspond à la partie des coûts inclus dans le prix de revient[277] que la victime de l'inexécution n'a pas eu à exposer en raison de l'interruption de l'exécution de sa propre prestation.[278]

187. Le deuxième élément correspond aux autres pertes subies par le créancier ou *the other loss*. Les autres pertes ou *other loss*, en tant qu'élément de la formule du calcul du préjudice sur la base de la perte de l'avantage attendu ou *expectation interest*, est un composant variable. Celui-ci n'est pas toujours présent. Il correspond aux pertes subies par le créancier victime de l'inexécution sur sa personne ou sur ses biens, ainsi que des dépenses

[276] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1161 et s. ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* p. 529.
[277] *Ibidem.* V. A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* p. 531 : « Ensemble des coûts qui doivent être exposés pour la fourniture d'une prestation par son débiteur. »
[278] *Ibidem.*

réalisées afin de sauver l'opération économique. Il correspond, toujours dans le préjudice de l'intérêt positif du créancier, aux dommages extrinsèques. Le préjudice subi par le créancier est alors la somme de ces deux composants.[279]

188. Selon la logique de la formule du calcul du préjudice dans la *common law*, il faut supposer que, dans la plupart des contrats, l'une des parties assume une obligation pécuniaire et l'autre partie prend à sa charge une obligation de donner ou de faire, ce que la doctrine en France et au Venezuela appelle l'obligation caractéristique. La première partie est appelé le *recipient,* ou créancier de l'obligation caractéristique et débiteur du prix, et la deuxième *le supplier,* ou débiteur de l'obligation caractéristique et créancier du prix. En vue de déterminer la perte de l'avantage ou *loss in bargain,* il faut analyser séparément le cas où la victime de l'inexécution est le *supplier* et le cas où la victime de l'inexécution est le *recipient.*[280]

189. Dans le premier cas, lorsque le *supplier* est la victime de l'inexécution, le problème est celui de déterminer le coût évité du *supplier* ou *cost avoided.* La perte de la valeur de la prestation attendue par le supplier ou *loss in value* est déjà déterminée, car elle représente la partie du prix non payée par le *recipient*. [281] Dans le deuxième cas, lorsque le *recipient* est la victime de l'inexécution, le problème est celui de déterminer la perte de la valeur de la prestation attendue par le *recipient* ou *loss in value,* car le coût évité par le *recipient* ou *cost avoided* est représenté par la partie du prix que celui-ci n'a pas payé.[282]

---

[279] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc., loc. cit.* Voilà la formule « A ». *Diminution in Value = Bragain loss + other loss or Diminution in Value = Loss in value - cost avoided + other loss.*

[280] *Ibidem*.

[281] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 531. Ainsi, prenons par exemple un contrat de vente d'un bien pour le prix de 100, alors que la valeur de marché du bien au moment prévu pour la délivrance est égale à 110. Si le vendeur refuse de livrer le bien, le problème est celui de déterminer la perte de la valeur de la prestation attendue par l'acheteur, car le coût évité sera la différence entre le prix du contrat et le prix payé. Ainsi, la perte de la valeur pour l'acheteur sera la différence entre la valeur du bien objet de la vente selon le contrat et la valeur du bien effectivement reçu par l'acheteur. Si le vendeur a refusé de livrer le bien, la perte de valeur sera égale à la valeur du bien conforme aux prévisions du contrat au moment de l'inexécution, soit 110. En ce qui concerne le coût évité par l'acheteur, il correspond à la différence entre le prix du contrat de vente et le prix effectivement payé par l'acheteur. Si l'acheteur a mis fin au contrat et n'a pas payé le prix, le coût évité sera égal à 100. S'il n'y a pas d'autres pertes, la perte de l'avantage attendu par l'acheteur ou le préjudice à son *expectation interest* sera égale à 10, c'est-à-dire la différence entre la perte de la valeur de la prestation, soit 110, et le coût évité soit 100.

[282] *Ibidem*. Lorsque celui qui n'a pas exécuté le contrat est l'acheteur, par exemple parce qu'il a refusé d'accepter le bien et de payer le prix, le problème qui se pose est celui de déterminer le coût évité par le vendeur. La perte de la valeur de la prestation du vendeur correspond à la différence entre le prix du bien accordé et le prix effectivement payé. Ainsi, si le prix du contrat était de 100, la perte de la valeur de la prestation sera la différence entre le prix reçu par le vendeur et celui qui est stipulé dans le contrat. Si l'acheteur a refusé d'accepter le bien et de payer le prix, la perte de la valeur de la prestation pour le vendeur sera égale à 100. En ce qui concerne le coût évité par le vendeur, celui-ci correspond à la différence entre le coût du marché de

190. Il faut noter que la perte de l'avantage attendu par le créancier lésé peut concerner soit l'avantage attendu de la prestation directement, soit l'avantage d'une opération ultérieure prévue par les parties au contrat. La formule prend alors en compte d'autres éléments.

3. Le préjudice direct et le préjudice collatéral

191. Le préjudice subi par le créancier lors de l'inexécution du contrat peut être constitué, on l'a vu, par la perte de l'avantage ou *loss in value,* calculée sur la perte de la valeur de la prestation attendue retranchée du coût évité de cet avantage. Cependant, il est possible que l'avantage attendu par le créancier soit placé dans une opération subséquente ou collatérale du créancier avec un tiers. Dans le premier cas, dans la *common law*, on parle de préjudice direct, en ce que le préjudice touche l'avantage direct du créancier. Dans le deuxième cas, on parle de préjudice collatéral ou indirect.[283]

192. Ainsi, lorsque le créancier est un commerçant, la perte de l'avantage pour le créancier peut correspondre non à la différence entre la valeur attendue du contrat par le créancier et la valeur reçue, mais à la perte de l'avantage du créancier dans une opération collatérale avec un tiers. C'est le cas très fréquent des commerçants qui achètent des produits

réaliser la prestation par le vendeur et le coût effectivement réalisé. Si l'acheteur a refusé le bien, le coût évité sera égal à la valeur du bien sur le marché au moment de l'inexécution du contrat par l'acheteur. Si, dans l'exemple proposé, le coût pour le vendeur de réaliser la prestation caractéristique est égal à 90, le coût évité sera égal à cette valeur. S'il n'y a pas d'autres pertes, la perte de l'avantage pour le vendeur sera égale à la différence entre le prix que n'a pas reçu le vendeur, soit 100, et le coût évité par le vendeur, soit 90, c'est-à-dire que la perte de l'avantage ou le préjudice à son *expectation interest* sera égal à 10. Si, dans les cas indiqués, il y a d'autres pertes, elles sont ajoutées à la perte directe de l'avantage. Cela représente le préjudice subi par le créancier sur son droit à bénéficier de l'avantage que le contrat, dans son ensemble, devait lui procurer, ou *expectation interest.* Selon la formule, est toujours présent le problème d'appréciation de la valeur soit de la perte de la valeur de la prestation *(loss in value)*, soit du coût évité (*cost avoided).* Cela s'explique par le fait qu'il n'est pas toujours facile de déterminer la valeur de marché de la prestation prévue dans le contrat et de la valeur de la prestation exécutée par le débiteur, ainsi que le coût de la prestation prévue dans le contrat et le coût de la prestation exécutée par le débiteur, lorsque ces composantes de la formule ne correspondent pas au prix dû ou payé, ou bien au prix reçu ou attendu. En ce qui concerne le coût évité, lorsque celui qui n'exécute pas le contrat est le *supplier* ou le débiteur de l'obligation caractéristique, les juges prennent, en tant que référence, le coût que doit employer le débiteur pour finir d'exécuter la prestation conforme. Cela se fait sur la base de la différence entre la valeur du marché de compléter l'exécution de la prestation conforme au moment de l'échéance de l'obligation, et le coût déjà employé par le débiteur au moment de l'inexécution du *receiver* ou créancier de l'obligation caractéristique. Ainsi, si le coût pour un constructeur pour réaliser une œuvre est égal à 100 au moment de la déchéance de son obligation, et que le coût déjà réalisé à ce moment est égal à 40, le coût évité sera la différence entre le coût pour compléter la prestation au moment prévu dans le contrat et le coût déjà employé par le constructeur, soit 60. Cela est connu comme étant le *reliance cost.*

[283] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1161 et s.

pour les revendre, des fabricants qui achètent des produits pour leur transformation et leur revente, ou bien de celui qui achète un bien pour le louer ou pour prêter des services à des tierces personnes. Dans tous les cas, le calcul de la perte de l'avantage pour le créancier doit prendre en compte des éléments supplémentaires.[284]

193. Dans ce cas, la perte de l'avantage pour le créancier sera égale à la valeur de la prestation collatérale non reçue, retranchée du coût de la prestation collatérale évitée, retranchée encore du coût de la prestation évitée, augmentée des autres dommages.[285] Ainsi, par exemple, si un fabriquant achète des produits pour les transformer puis les revendre, le préjudice du fabriquant causé par l'inexécution du fournisseur sera égal au prix de revente aux tiers, retranché du coût évité par le créancier afin de réaliser la prestation collatérale, retranché encore du coût évité par le créancier de la prestation du contrat originel, augmenté des autres dommages.

194. Cette formule est une variation de la formule du calcul du préjudice sur la base de la perte de l'avantage ou préjudice direct.[286] Cette formule du dommage peut aussi être exprimée comme la somme du profit attendu par la victime de l'opération collatérale, augmentée des coûts réalisés par la victime en vue d'obtenir le profit collatéral, augmentée encore des coûts réalisés par la victime du contrat inexécuté, augmentée enfin des autres dommages.[287]

195. Ayant précisé la formule de calcul de la perte de l'avantage ou *expectation interest,* il faut noter que l'obligation de modérer le dommage affecte le comportement du

---

[284] *Ibidem.*
[285] *Ibidem.*
[286] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1161 et s.
[287] *Ibidem.* Ainsi, afin d'illustrer la formule, supposons par exemple que le prix de revente d'un bien pour un fabriquant est égal à 20.000 ; le coût de fabrication du produit est de 15.000 ; et le coût de la prestation inexécutée pour le *supplier* est égal à 1.000. Admettons aussi que la victime n'a pas dépensé les coûts pour la prestation collatérale ni les coûts de la prestation inexécutée et qu'il n'y a pas d'autres pertes pour le créancier. Ainsi, selon la première formule du dommage, le dommage sera égal à la valeur de la prestation collatérale, soit 20.000, retranché du coût évité de la prestation collatérale, soit 15.000, retranché encore du coût de la prestation inexécutée, soit 1.000. La perte de l'avantage ou *value diminution,* subie par le commerçant victime de l'inexécution du contrat, sera égale à 4.000. Selon la deuxième formule, le dommage sera égal au profit de l'opération collatérale, soit 4.000, parce que la victime n'a pas exposé les coûts de la prestation collatérale ni les coûts de la prestation inexécutée. Si la victime a payé 5.000 pour la fabrication de la prestation dans l'opération collatérale, et 1.000 pour la prestation inexécutée par le *supplier*, en appliquant la deuxième formule, le dommage du fabriquant sera égal au profit de l'opération collatérale, soit 4.000, augmenté des coûts réalisés pour la prestation collatérale, soit 5.000, augmenté encore du coût de la prestation inexécutée pour le *supplier*, soit 1.000, c'est-à-dire que le dommage sera égal à 10.000.

créancier victime de l'inexécution par rapport à chaque élément de la formule, qu'il s'agisse de mesurer le préjudice direct ou collatéral. Le créancier est tenu dans son propre intérêt de modérer ou éviter la perte de la valeur de la prestation inexécutée et de la prestation collatérale, le coût de cette prestation et de la prestation collatérale, ainsi que les autres pertes ou dommages extrinsèques à l'intérêt contractuel. Il suffit ici de remarquer la particularité de la formule consacrée dans le *restatement of law of contracts § 347*, en tant que condition de l'obligation de modérer le dommage. On verra les effets de l'obligation de modérer le dommage dans chaque élément lorsqu'on analysera les mesures raisonnables de modération du dommage.[288]

196. Cela dit, la particularité de la protection des intérêts indemnisables du créancier se manifeste notamment à la date à laquelle l'indemnisation ou la restitution est calculée, date qui correspond au moment de l'inexécution en *common law*, et non au moment du jugement qui détermine l'indemnisation. La raison de ce choix est précisément fondée sur la consécration, dans le système de la *common* la, de l'obligation de modérer le dommage.

§ 2. LA DATE DU CALCUL DU DOMMAGE

197. La date du calcul du préjudice dans la *common law* est une conséquence directe de l'obligation de modérer le dommage et de la limite de la réparation du dommage évitable avec des mesures raisonnables. De cette obligation découlent les règles et les exceptions applicables à la détermination de la date d'estimation du dommage. Les implications de cette règle modèlent tout le mécanisme de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes, ce qui marque une séparation très nette sur ce point avec les solutions du droit français et du droit vénézuélien.

[288] V. *infra* nº 293 et s.

1. La règle et les exceptions

198. Selon le droit de la *common law*, en principe, les dommages sont mesurés par référence à la date de l'inexécution du contrat.[289] Ainsi, par exemple, si l'acheteur n'accepte pas les biens délivrés ou si le vendeur ne les délivre pas, les dommages, mesurés sur la formule de la perte de l'avantage ou *expectation interest*, sont en principe calculés sur la différence entre le prix du contrat et le prix du marché au moment où les biens ont dû être acceptés par l'acheteur ou, s'il n'a pas de temps pour l'acceptation, au moment auquel la délivrance a été refusée, c'est-à-dire à la date à laquelle l'inexécution est constatée.

199. La raison qui justifie ce choix est que la perte subie par le créancier victime de l'inexécution, due à la fluctuation de la valeur de la prestation sur le marché, n'est pas causée par l'inexécution du débiteur, mais par l'inexécution du créancier de son obligation de modérer le dommage.[290] Selon les règles de la modération du dommage, le créancier est tenu de se comporter raisonnablement afin d'éviter les dommages issus de l'inexécution. Cela implique que, lorsque le créancier n'a pas pu employer de moyens raisonnables pour éviter le dommage, la date de calcul du préjudice est établie par le juge de la *common law* par rapport à la date à laquelle il estime que le créancier aurait pu raisonnablement réaliser un contrat de substitution ou bien modérer le dommage. La règle est fondée sur deux suppositions : la première est que le créancier a connaissance de l'inexécution dès le moment où l'inexécution a lieu ; la deuxième est que le créancier est dans la possibilité de modérer le dommage avec des mesures raisonnables. Lorsque l'une de ces suppositions fait défaut, la date du calcul du dommage est rapportée à la date considérée comme appropriée selon les circonstances spécifiques du cas.[291]

200. Lorsque le créancier ne sait pas que le contrat n'a pas été exécuté, ou encore s'il n'est pas capable d'avoir connaissance de l'inexécution en se comportant comme l'aurait fait une personne diligente placée dans la même situation, la date de l'évaluation du

[289] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-063. V. aussi : J. BEATSON, A. BURROWS A., J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 533 et s. ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* nº 24-001 et s.; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 579 et s. ; A. L. CORBIN, *On Contracts*, *op. cit.,* p. 923 et s.
[290] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 10-010, 20-063, p. 1031.
[291] *Ibidem,* nº 20-063.

dommage est rapportée à la date à laquelle un créancier diligent dans la même situation aurait découvert l'inexécution. Il faut noter que l'obligation de modérer le dommage comporte donc la nécessité, pour le créancier lésé, d'agir diligemment afin de vérifier la conformité de l'exécution de la prestation par le débiteur. Cela s'explique par le fait que le créancier qui n'agit pas avec une diligence raisonnable afin de vérifier la conformité, de l'exécution du contrat devra supporter les dommages évitables produits après la date à laquelle l'inexécution est connue ou devrait être connue par le créancier.[292] Il est particulièrement important dans le cas de l'inexécution d'un contrat de louage d'œuvre, lorsque l'ouvrage est affecté d'un défaut de conformité car le calcul du dommage se fait par rapport au coût pour achever la prestation. Si le coût pour achever l'opération devient excessivement onéreux, le dommage pourra être calculé sur le critère de la diminution de la valeur.[293] Entre autres, il met à la charge du créancier victime de l'inexécution les risques liés à la fluctuation de la valeur de la prestation à partir du moment où l'inexécution aurait dû être découverte.[294]

201. Lorsque l'inexécution est connue du créancier, il est aussi possible que, malgré l'obligation de modérer le dommage, le créancier ne soit pas dans la possibilité de faire une opération de substitution sur le marché auprès d'un tiers. C'est le cas, par exemple, lorsque l'acheteur refuse d'accepter les biens après que le vendeur les a délivrés. Dans ce cas, il est impossible pour le vendeur de revendre les mêmes biens afin de substituer quelqu'un à l'acheteur défaillant. Le calcul du dommage est alors rapporté à la date à laquelle le vendeur peut raisonnablement réaliser la vente de substitution.[295] En outre, par exemple, il est possible que le créancier victime de l'inexécution ne puisse pas réaliser l'opération de substitution à cause de sa capacité financière, soit parce que le créancier de l'obligation caractéristique a déjà payé le prix et n'a pas de ressources propres pour entamer une deuxième opération auprès d'un tiers sur le marché, soit parce que le prix de l'opération de substitution dépasse sa capacité économique au moment de l'inexécution du contrat.[296] C'est aussi le cas lorsque le créancier, ayant le droit à l'exécution en nature (*specifique*

---

[292] *Sale of Good Act 1979*, §53(3) : *« In the case of breach of warranty of quality such loss is prima facie the difference between the value of the goods at the time of delivery to the buyer and the value they would have had if they had fulfilled the warranty* ». Voir aussi : Van den Hurk v R Martens & Co Ltd (1920) 1 KB 850 et East Ham BC v Bernard Sunley Ltd (1966) A.C. 406.
[293] Applegate v Moss (1971) 1 Q.B. 406; Duncan Wallace, 98 *L.Q.R.* 406.
[294] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-063.
[295] M. BRIDGE, *Benjamin's Sale Of Goods,* 7º ed., London, Sweet & Maxwell, 2008, nº 20-134.
[296] Worth v Tayler (1974) Ch. 30 cité par G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit., loc. cit.*

performance), étant donné la non fongibilité de la prestation ou l'absence de marché de substitution, doit être indemnisé par rapport à la valeur de l'exécution en nature à la date du jugement.[297]

202. Il est très important de noter que, lorsque le créancier ne peut pas modérer le dommage à la date de l'inexécution, la date d'évaluation des dommages peut être rapportée à la date du jugement. Dans le cas *Johnson v Agnew*[298], selon l'avis rendu par la *House of Lords*, la mesure des dommages est gouvernée par le même principe lorsqu'ils sont indemnisés sur la base d'une action en dommages et intérêts (*damages)* ou d'exécution en nature (*specific performance*).[299]

203. Dans le cas *Worth v Tyler,*[300] une personne avait conclu la vente de sa maison pour le prix de 6000 livres. La vente devait être exécutée en octobre 1971. Tenant compte du fait que la valeur de marché de la maison avait augmentée à 7500 livres, le vendeur refuse la vente en juillet 1971. L'acheteur demande l'exécution en nature du contrat, et le jugement est rendu en janvier 1973, alors que la valeur de marché de la maison avait augmenté jusqu'à 11500 livres. Les juges ont décidé que l'exécution en nature n'était pas admissible et que des dommages et intérêts devaient être accordés à sa place. Pour cela, ils ont estimé que l'évaluation des dommages devait être réalisée à la date du jugement et non à la date de l'inexécution du contrat. Comme le prix n'avait pas été payé, ils ont accordé une indemnisation de 5500 livres, par rapport à la valeur de 11500 livres de la maison au moment du jugement, au lieu de 1500 livres, indemnisation qui aurait été accordée si le juge avait décidé de calculer les dommages par rapport à la date de l'inexécution et non à la date du jugement.[301]

204. Lorsque le créancier victime de l'inexécution est en mesure de réaliser une opération de substitution, il peut décider de ne pas la réaliser s'il estime raisonnable la probabilité que le débiteur exécute complètement l'exécution alors partielle ou rende conforme l'exécution défectueuse de la prestation. Dans ce cas, en principe, la date de l'évaluation de la prestation est la date à laquelle cette probabilité raisonnable d'exécution

---

[297] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* nº 20-065 - 21-061.
[298] *Johnson v Agnew (1980)* A.C. 367 at 400.
[299] *Ibidem.*
[300] *Worth v Tayler (1974)* Ch. 30.
[301] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* nº 20-063.

cesse d'exister. C'est le cas lorsque le vendeur, en dépit de l'inexécution, promet la délivrance des biens dans un délai raisonnable. Dans ce cas, l'évaluation du dommage est rapportée à la date de l'inexécution du délai raisonnable ou bien, si le débiteur refuse d'exécuter le contrat dans le délai supplémentaire, à la date à laquelle le créancier décide de mettre fin au contrat. C'est aussi le cas lorsque le créancier demande l'exécution en nature, à condition qu'elle soit admissible, car le créancier ne pourrait pas demander des dommages et intérêts et, en même temps, l'exécution en nature de la prestation. Cela s'explique par le fait que l'obligation de modérer le dommage joue uniquement comme une limite applicable à l'action en indemnisation. En cas d'exécution tardive, la date de l'évaluation du dommage sera celle de l'exécution tardive et non celle prévue pour l'exécution du contrat.[302] L'obligation de modérer le dommage ne peut pas justifier la mise à l'écart de l'exécution en nature, lorsque celle-ci est la seule sanction adéquate de l'inexécution du contrat.

205. Une autre particularité au sujet de la date de l'évaluation du dommage, dans le système de la *common law* et du droit international des contrats, est celle de la date applicable au calcul du dommage en cas d'inexécution anticipée du contrat (*anticipatory breach*). Lorsqu'il y a inexécution anticipée du contrat, soit parce que le débiteur a répudié le contrat avant l'échéance, soit parce qu'il est certain que le débiteur ne pourra pas exécuter le contrat à la date prévue, le créancier n'est pas tenu de mettre fin au contrat. Il a en effet le droit de conserver le contrat et d'attendre son exécution. Dans ce cas, la date d'évaluation reste toujours la date de l'inexécution. Même lorsque le créancier a accepté la répudiation anticipée du contrat, bien que le contrat soit rompu à une date antérieure à la date prévue pour l'exécution, la date d'évaluation du dommage est celle prévue initialement pour l'exécution de la prestation. Il est vrai que cette règle pose des problèmes par rapport à l'évaluation du dommage lorsque le créancier demande l'indemnisation des dommages avant la date prévue pour l'exécution initialement, car le juge ne peut pas prédire la fluctuation du cours de marché et la valeur de la prestation dans le futur. Cependant, cette règle est significativement tempérée par l'obligation de modérer le dommage. En effet, le créancier est tenu de modérer le dommage dès qu'il aura accepté la répudiation anticipée du contrat. Le créancier est censé réaliser une opération de substitution sur le marché lorsqu'il existe un marché de substitution. Sous l'effet de l'obligation de modérer le dommage,

[302] *Ibidem.*

lorsqu'il existe un marché de substitution, la date d'évaluation du dommage sera alors la date de l'acceptation de la répudiation du contrat par le débiteur.[303] Il incombe au débiteur défaillant de prouver la possibilité de la modération du dommage pour le créancier avant la déchéance de l'obligation.

[303] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* n. 20-068.

2. Implications

206. Il faut remarquer l'importance donnée à l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la *common law* et le droit international des contrats. C'est l'obligation de modérer le dommage qui détermine l'une des différences les plus remarquables entre le régime des dommages indemnisables dans ces systèmes par rapport au système du Code civil de 1804 : la date d'évaluation du dommage. En effet, comme on vient de le voir, dans le système de la *common law* et en droit international, la date d'évaluation du dommage des contrats est placée, en principe, au moment de l'inexécution du contrat. En revanche, dans le système du Code civil de 1804*,* la date d'évaluation du dommage est en principe placée à la date du jugement.[304] Les implications des différences des deux systèmes sur ce point sont considérables. En effet, dans le premier système, les risques de fluctuation de la valeur de la prestation sur le marché sont à la charge du créancier victime de l'inexécution, alors que, dans le deuxième système, les risques de la fluctuation de la valeur de la prestation sur le marché sont à la charge du débiteur défaillant. Cela est en cohérence avec la reconnaissance dans le premier système de l'obligation de modérer le dommage, et avec la non-reconnaissance de cette obligation dans le système du Code civil de 1804 de cette obligation.[305]

207. Cela dit, et c'est ici l'essentiel, il n'est pas sans conséquences d'affirmer l'existence de l'obligation de modérer le dommage contractuel en droit français ou en droit

---

[304] F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations,* 12º éd. Paris Dalloz, 2018, nº 599, qui cite : Civ. 16 févr. 1948, 1949.1.69, note R. JAMBU-MERLIN ; Soc. 19 nov. 1953, *D.*1954. 361, note R. SAVATIER ; Com. 16 fév. 1954. 534 note RODIÈRE, *JCP* 1954.II.8062. Ce qui n'exclut pas l'actualisation du montant de la décision au jour de la décision en fonction d'un indice : Com., 2 nov. 1993, *D.* 1994. Somm. 212, obs. Ph. DELEBECQUE. V aussi : Civ. 3º, 16 juin 1993, 2 arrêts, *Bull. civ. III,* nº 85 et 86, *RDI* 1994, 503, obs. MALINVAUD et BOUBLI ; *RTD civ.* 1994. 118, obs. P. JOURDAIN ; « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement des la victime », *RDI* 1995.51 ; MARTY et RENAUD, t. II, 1º Vol., Nº 515 ; J. CARBONNIER, *Droit civil,* t. 4, *Les obligations*, 22º éd., Paris, PUF, 2000, nº 1090 et la jurisprudence citée ; M. GUITAR, « La réparation du dommage en matière contractuelle », *GP* 1978. 1. Doctr. 10. Selon Terré qui cite à H. L. J. MAZEAUD, t.II, 1º Vol., par Chabas, nº 265 : « *Cette solution doit être pleinement approuvée. Il ne faut pas confondre le dommage subi et sa valeur. C'est le dommage subi au jour de l'inexécution qui est pris en considération, mais la valeur de ce dommage peut s'être modifiée postérieurement. Et, si l'on veut par exemple permettre au créancier de se procurer une chose en remplacement de celle qui devait lui être remise, il faut bien se référer au jour du jugement, car c'est sur ce jour là que le créancier pourra être fixé sur ces droits. Si l'on ne lui accorde que la valeur de la chose au jour où l'exécution devait avoir lieu, il sera obligé de dépenser davantage au jour du jugement si, dans l'intervalle, il y a eu une hausse des prix. Le principe de la réparation intégrale impose donc l'évaluation du préjudice au jour du jugement définitif.* »

[305] Cela est en plus cohérent dans le système du Code civil de 1804, avec le principe de l'inversion des risques de la chose à partir de la mise en demeure du débiteur.

vénézuélien. En effet, soit l'obligation de modérer le dommage existe et l'évaluation du dommage doit être faite par rapport à la date de l'inexécution, ou bien à la date où la modération du dommage est possible, soit elle n'existe pas, et l'évaluation du dommage doit être faite à la date du jugement. A quoi sert de consacrer l'obligation de modérer le dommage, si le créancier victime de l'inexécution peut rester passif face à l'aggravation du dommage et face aux risques de la fluctuation du cours de marché entre la date de l'inexécution et la date du jugement ? Affirmer l'existence de l'obligation de modérer le dommage contractuel et en même temps consacrer l'évaluation du dommage à la date du jugement revient à enlever au mécanisme une grande part de sa cohérence et de son essence. Cela est ainsi, car, dans cette configuration du mécanisme, si le préjudice est apprécié au jour du jugement, le créancier ne sera pas incité à éviter ou réduire la perte de la valeur de la prestation inexécutée à cause de la fluctuation du cours du marché ou bien à éviter ou modérer l'aggravation du dommage extrinsèque. Le risque de l'aggravation du dommage évitable avec des mesures raisonnables serait placé sur débiteur.

208. En effet, la règle de l'évaluation du dommage contractuel par rapport à la date de l'inexécution du contrat, fondée sur les critères de l'application de l'obligation de modérer le dommage, a pour fonction d'inciter le créancier à éviter le dommage avec des mesures raisonnables chaque fois que cela est possible. Si le créancier peut éviter le dommage produit par l'inexécution du contrat, à travers, par exemple, la réalisation d'une opération de substitution sur le marché auprès d'un tiers, pourquoi inciter le créancier à rester passif devant l'inexécution du contrat en plaçant les risques de la fluctuation du marché à la charge du débiteur ? Il est vrai que le débiteur sera plus incité à exécuter le contrat si les risques de la fluctuation sont à sa charge, mais une chose est la protection de l'intérêt du créancier, et une autre chose est la protection de l'intérêt de la société contre le gaspillage des ressources et des autres coûts sociaux. Ainsi, si ces multiples solutions permettent de placer le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté par le débiteur, la solution la plus efficace du point de vue économique est celle qui implique le moins de coûts pour le débiteur et, par conséquent, pour la société.

209. Cela dit, l'indemnisation du dommage dans le système de la *common law* peut aussi viser à réparer d'autres intérêts légitimes du créancier victime de l'inexécution. En effet, le créancier victime de l'inexécution a le droit, à certaines conditions, à une

indemnisation qui le place dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat inexécuté n'avait pas été conclu. Il faut alors analyser si l'indemnisation de l'intérêt négatif du créancier victime de l'inexécution du contrat a des incidences vis-à-vis de l'obligation de modérer le dommage.

Section II

L'INTÉRÊT NÉGATIF. LE RESTITUTION INTEREST ET LE RELIANCE INTEREST[306]

210. Comme on l'a déjà précisé, selon les *Restatement (Second) of law of Contrat 344*[307]*,* les sanctions de l'inexécution du contrat ont pour finalité de protéger un ou plusieurs des intérêts suivants: «(a) l'avantage attendu ou *expectation interest*, qui est l'intérêt du créancier à bénéficier de l'avantage attendu du contrat, c'est-à-dire d'être placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté; mais aussi (b) son *reliance interest*, lequel correspond à l'intérêt du créancier à être remboursé pour les pertes causées par la confiance placée dans le contrat inexécuté, c'est-à-dire, son droit d'être placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu; ainsi que (c) l'intérêt de restitution ou *restitution interest*, qui est l'intérêt du créancier de se faire restituer tout avantage conféré au débiteur, comme si le contrat n'avait pas été conclu.»[308]

211. En principe, le créancier victime de l'inexécution a toujours le droit de demander l'indemnisation de la perte de l'avantage attendu du contrat ou *expectation interest.* Cependant, le créancier doit pour cela prouver la valeur de l'avantage attendu. Lorsque le créancier n'est pas capable de prouver la valeur de l'avantage attendu, la valeur de l'indemnisation pourra être limitée à la restitution de la prestation exécutée en faveur du débiteur défaillant, ou bien aux autres dépenses ou préjudices subis par la victime sur ses biens ou sa personne, non liés à l'avantage attendu du contrat et réalisés sur la base de la confiance mise dans le contrat inexécuté.[309]

---

[306] R. VON JHERING, « De la culpa in contrahendo ou des dommages intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites » *(1860), art. préc.,* p. 16 et s.; L. L. FULLER, W. R. PERDUE*, The Reliance Interest in Contract Damages,* (1936) 46 *Yale L.J.* 52 (Part. 1) et 46 *Yale L.J.* 373 (Part. 2) ; Pour un analyse en droit Français voir : Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* n º 119 et s.; A. PINNA, *op. cit.,* p. 23-67 et 530.

[307] V. *supra* nº 163 et s.

[308] *Restatement of Law*, 2º, *as Adopted and promulgated by the American Law Institute, Washington D.C., 1979 American Law Institute Publishers, 1981.*

[309] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-029. V. aussi : J. BEATSON, A. BURROWS A., J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 533 et s.; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* nº 24-001, et s.; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 579 et s. ; L. CORBIN, *op. cit.,* p. 923 et s.

212. Selon le *Restatement of law of contracts*, tous les intérêts sont indemnisables, et le choix dépendra de la victime, en application du principe compensatoire et si les conditions de chaque remède sont remplies.[310] Selon le principe compensatoire, le créancier victime de l'inexécution a le droit à l'indemnisation de la perte subie par le fait de l'inexécution et non au gain réalisé par le débiteur du fait de l'inexécution du contrat[311]. Ce principe traduit, dans le système de la *common law*, le principe essentiel de la réparation intégrale du dommage, aussi appelé « principe d'équivalence entre le dommage et la réparation ».[312]

213. Cependant, le créancier ne peut pas combiner la demande d'indemnisation de ces chefs de préjudice si cela implique d'indemniser plus d'une fois la perte subie par le créancier. Le créancier n'a pas le droit d'être indemnisé deux fois (*Principle against double recovery).* Cette limite implique, par exemple, que si l'acheteur a payé la totalité du prix de la vente et que le vendeur a refusé de délivrer le bien vendu, l'acheteur ne peut pas demander l'indemnisation de la valeur du bien et, en même temps, la restitution de la totalité du prix payé. Cela serait accorder au créancier une double indemnisation pour le même préjudice.[313] Il est donc incompatible de demander la totalité des dommages et intérêts pour la perte de l'avantage et la restitution totale du prix payé. Il est aussi incompatible de demander la compensation pour la perte procédant des dépenses réalisées par le créancier victime de l'inexécution du fait de la confiance mis dans le contrat ou de la perte de l'opportunité de conclure un contrat avec un tiers (*Reliance interest)*, et l'indemnisation de la perte de l'avantage, car, en principe, les dépenses réalisées sont comprises dans la formule du dommage calculé sur la base de la perte de l'avantage. L'avantage, les dépenses et les coûts de cet avantage sont déjà considérés dans le calcul de l'indemnisation de la perte de l'avantage. Lorsqu' il s'agit de demander l'indemnisation de différents chefs de préjudice, à condition que cela n'implique pas une double indemnisation, les prétentions d'indemnisation peuvent être combinées. Par exemple, l'acheteur peut demander la restitution totale du prix (*restitution interest)* et l'indemnisation des dépenses réalisées par le créancier du fait de la

[310] *Restatement (Second) of law of Contrat 344.*
[311] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-003
[312] V. *infra* nº 362.
[313] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, *loc. cit.*

confiance dans le contrat, ainsi que la perte de l'opportunité d'avoir conclu un autre contrat avec un tiers. (*reliance interest).*[314]

214. Comme on le verra plus tard, l'obligation de modérer le dommage, en tant que limite à l'indemnisation des dommages raisonnablement évitables, n'a pas d'implication sur la valeur des restitutions, car celles-ci ne correspondent pas, à proprement parler, à l'indemnisation d'un dommage.[315] En ce qui concerne le calcul des pertes résultant de la confiance placée par le créancier dans le contrat, l'obligation de modérer le dommage, en tant que limite à l'indemnisation de ce préjudice, ne devrait pas non plus avoir, en principe, semble-t-il, d'application. En effet, les dommages indemnisables du fait de la confiance placée dans le contrat, sont ceux subis pour les besoins de l'exécution du contrat (*direct reliance)* ou bien occasionnés par la perte de l'opportunité de conclure un autre contrat avec un tiers (*collatéral reliance)*, ou sur la croyance légitime de l'exécution du contrat. Ce sont des préjudices dont la causalité, la prévisibilité et le caractère certain du dommage doivent être prouvés par le créancier victime de l'inexécution. Ce sont aussi des préjudices que le créancier accepte avec le contrat et qui se seraient produits si le contrat avait été correctement exécuté, mais qui ne se seraient pas produits si le contrat n'avait pas été conclu[316]. Si le contrat n'avait pas été pas conclu, le créancier n'aurait pas dû réaliser des dépenses pour les besoins de l'exécution du contrat, il n'aurait pas eu de pertes d'opportunité, car le créancier aurait pu contracter avec un tiers, et le créancier n'aurait pas passé d'actes dans la croyance du contrat non exécuté. Comment peut-on modérer les dommages qui sont censés se produire avec l'exécution du contrat ? C'est en se plaçant dans la fiction du contrat non conclu, que ce type de situations acceptées par le créancier deviennent des violations aux intérêts légitimes du créancier, en particulier celui d'être dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le fait dommageable n'avait pas existé, c'est-à-dire si le contrat n'avait pas été conclu.

215. Il faut cependant nuancer l'affirmation selon laquelle la limite de l'indemnisation du dommage raisonnablement non évitable ne s'applique pas aux

---

[314] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-033. V. par exemple aussi, E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* p. 784 et s. ; H. BEALE, *Remedies for Breach of Contract*, *op. cit.,* nº 26-034 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 570 et s. ; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* p. 589 et s.
[315] *Ibidem.*
[316] A. PINNA, *op. cit.,* p. 530.

restitutions (*Restitution Interest)* et à l'indemnisation demandée sur la base de la confiance du créancier dans le contrat (*Reliance Interest*). En effet, le choix du chef du préjudice indemnisable, bien qu'il appartienne au créancier, pourrait être l'objet de l'obligation de modérer le dommage. D'abord, c'est le cas des préjudices extrinsèques de l'intérêt négatif, lesquels correspondent aux atteintes aux biens et à la personne du créancier autres que l'intérêt intrinsèque ; il ne fait pas de doute que l'obligation de modérer le dommage est applicable à ce type de préjudice. Ensuite, c'est le cas du créancier qui décide de demander l'indemnisation de l'intérêt négatif, sur la base de la perte de l'opportunité de conclure un autre contrat avec un tiers dans des conditions plus avantageuses que celles du contrat conclu, lequel, au moment de l'exécution, est devenu une mauvaise affaire du fait de la fluctuation de la valeur de la prestation inexécutée. Dans ce cas, lorsque le créancier cherche une indemnisation supérieure à l'avantage attendu du contrat, les juges de la *common law* limitent le choix du chef de l'indemnisation.[317] Cela s'explique par le fait qu'il est considéré que la transmission des coûts de la mauvaise affaire du créancier au débiteur implique de transférer le risque de l'opération au débiteur et, par conséquent, à la société. La mauvaise affaire du créancier, même en cas d'inexécution du débiteur, doit être supportée par le créancier. La solution finalement place le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté au moindre coût pour le débiteur et pour la société.

216. Afin de valider cette affirmation, il faut analyser les deux chefs de préjudice plus en détail. Il faut noter aussi que ces types de préjudices ne sont pas inconnus dans le système du Code civil de 1804. Selon ce système*,* les pertes subies et le gain manqué par le créancier victime de l'inexécution fautive sont indemnisables.[318] En particulier, le créancier, en cas de résolution judiciaire, a le droit aux restitutions des prestations exécutées à sa charge, ce qui revient à la consécration de la protection de la *restitution interest* ainsi que les dommages causés par la résolution, ce qui revient d'une certaine manière à l'admission de la *reliance interest.* C'est d'autant plus vrai que le créancier a le droit à la réparation de tous les dommages intrinsèques et extrinsèques liés à la non conclusion du contrat, sur la base de l'effet rétroactif de la résolution[319]. Cependant, dans le modèle du Code civil de 1804*,* suivi

[317] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-031.
[318] V. *infra* nº 362 et s.
[319] V. *infra* nº 662 et s.

par le droit vénézuélien, la technique de ce genre d'indemnisation et de restitutions est différente, car il est en principe établi à la condition que le contrat ait été résolu.[320]

217. Il faut alors analyser en détail l'indemnisation fondée sur la protection de la *restitution interest* et de la *reliance interest* dans le système de la *common law* et du droit international, afin de déterminer dans quelle mesure l'obligation de modérer le dommage est conditionnée.

§ 1. LA PROTECTION DU *RESTITUTION INTEREST*

218. Selon la théorie du *restitution interest*, il s'agit de placer le débiteur dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat -et, par conséquent, la promesse du débiteur- n'avait jamais été conclu. Il est mesuré sur la base de l'avantage réalisé par le débiteur du fait de l'inexécution du contrat. Il faut noter qu'une demande de restitution n'est pas une demande d'indemnisation de dommages. En effet, la finalité de la restitution n'est pas de réparer la perte subie par le créancier à cause de l'inexécution du contrat, mais de priver le débiteur défaillant du bénéfice obtenu du fait de l'exécution de la prestation à la charge du créancier victime de l'inexécution. [321]

219. Normalement, le créancier préférera être indemnisé sur la base de la valeur des attentes contractuelles, plutôt que sur la base de son *restitution interest*. Dans la majorité des cas, le calcul du préjudice sur la base de l'intérêt positif est plus bénéfique que le calcul fondé sur le préjudice du créancier victime de l'inexécution pour référence à la position qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, ou qui restitue au créancier la valeur de la prestation exécutée en faveur du débiteur.[322] Cependant, il y a des exceptions.

220. En premier lieu, les restitutions calculées sur la base de la lésion de la *restitution interest* s'avèrent plus favorables au créancier lorsque la valeur de l'avantage procuré au débiteur défaillant est plus grande que la valeur des attentes contractuelles du créancier. Cela peut arriver lorsqu'il y a inexécution totale de la part du débiteur. Malgré cette possibilité, on ne s'imagine pas bien pourquoi le débiteur n'exécuterait pas le contrat

[320] V. *infra* nº 662 et s.
[321] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, p. 1009.
[322] *Ibidem.*

si celui-ci lui est favorable. Cependant, lorsque le débiteur n'exécute pas le contrat qui lui est favorable, et que sa prestation consiste à payer une obligation pécuniaire, le créancier victime de l'inexécution a le droit de demander la restitution au lieu de l'indemnisation calculée sur la base de la perte de l'avantage ou *expectations interest*.[323]

221. En deuxième lieu, l'indemnisation du préjudice calculée sur la base de la *restitution interest* est plus favorable que sur la base des *expectation interest* lorsque le débiteur de l'obligation caractéristique (*supplier)* a refusé d'exécuter la prestation parce qu'il a passé un autre marché plus profitable. Dans ce cas, le créancier peut demander la restitution sur la base de l'avantage qu'a réalisé le débiteur en mettant fin au contrat. Cependant, la restitution, calculée sur la base du bénéfice réalisé par le débiteur en contractant avec un tiers, n'est pas accordée. La raison relève cette fois-ci de considérations économiques, puisqu'une telle solution serait contraire à une politique de libre marché et de libre concurrence.[324] Selon le droit anglais, en ce qui concerne l'obligation pécuniaire, la restitution est accordée uniquement lorsqu'il y a eu inexécution totale de l'obligation caractéristique. Cette restitution n'est pas limitée par le fait que le créancier, du fait de la restitution, puisse être mieux placé que si le contrat avait été exécuté.[325]

222. On peut noter qu'en ce qui concerne la restitution du bénéfice reçu par le débiteur défaillant, les restitutions accordées par les juges de la *common law* sont basées aussi bien sur des considérations d'ordre pratique que sur des considérations d'ordre économique. Il faut noter que, lorsque la restitution cherche à redresser une mauvaise affaire, la protection de la *restitution interest* n'est pas accordée. Cela impliquerait qu'à chaque fois que l'une des parties est placée dans une mauvaise affaire, par exemple par la fluctuation du cours du marché en ce qui concerne la prestation fournie et celle reçue, la partie lésée serait

---

[323] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s. En revanche, la restitution n'est pas allouée si la prestation objet de la restitution n'est pas une somme d'argent. C'est le cas par exemple du constructeur d'un immeuble qui est victime de l'inexécution du propriétaire qui refuse d'accepter l'œuvre et de payer le prix. Le constructeur demande l'indemnisation du *restitution interest* sur la base de la valeur du bien à construire, par exemple 2.000.000, au lieu du prix prévu dans le contrat ou 1.000.000. Dans ce cas, la compensation sera limitée au prix prévu dans le contrat. La raison de cette limite relève de considérations d'ordre pratique et non d'ordre juridique ou économique. En effet, le juge prend la solution qui évite de calculer la perte de la valeur de la prestation. Cependant, lorsque l'entrepreneur a exécuté en partie le contrat et le propriétaire refus d'accepter l'ouvrage et de payer le prix, le problème du calcul de la valeur de la prestation du créancier victime de l'inexécution ne peut pas être évité. Dans ce cas, le juge n'est pas limité par le prix du contrat et peut accorder la valeur du bien construit.

[324] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc., loc. cit.*

[325] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº. 10-010.

incitée à ne pas exécuter le contrat et à demander la restitution du prix ou de la valeur de la prestation caractéristique. Ce sont des considérations d'ordre économique qui limitent le choix du remède et non pas l'obligation de modérer le dommage. En ce qui concerne la restitution du prix payé, elle est accordée uniquement au créancier victime de l'inexécution de l'obligation caractéristique, et non à la partie défaillante.[326]

223. En somme, il apparaît qu'en ce qui concerne les restitutions qui suivent la résolution du contrat, sauf en ce qui concerne l'exercice du choix de la sanction, l'obligation de modérer le dommage, en tant que limite de l'indemnisation, n'a pas d'application. Cela s'explique par le fait que les restitutions n'ont pas de fonction réparatrice, à la différence de la protection du *Reliance Interest,* laquelle recherche la réparation de la perte de l'opportunité et de la perte de chance du créancier du fait de la conclusion du contrat.

§ 2. PROTECTION DU *RELIANCE INTEREST*

224. Une autre alternative au calcul du dommage est le *reliance interest.* Cet intérêt est indemnisable lorsque les attentes contractuelles pour la victime de l'inexécution est moins favorable que la valeur des attentes contractuelles du créancier sur d'autres contrats ou affaires que le créancier a refusé ou a exécuté, sur la base de la confiance placée dans la promesse de son cocontractant (*in reliance*).[327] C'est le cas, par exemple, du commettant qui refuse un contrat alternatif dont l'avantage était plus profitable que celui placée dans le contrat inexécuté. Ainsi, si le maître de l'ouvrage refuse la prestation ou l'exécution du contrat sans justification, le commettant peut demander une indemnisation pour la perte de l'opportunité de ne pas avoir conclu un contrat alternatif plus avantageux que celui inexécuté.

225. Cependant, selon Fuller et Perdue, l'indemnisation du *reliance interest* ne doit pas être accordée, lorsqu'elle met le créancier dans une position plus favorable que celle qui aurait était la sienne si le contrat initial avait été exécuté.[328] Alors, il est affirmé que

[326] *Ibidem.*
[327] R. VON JHERING, « De la culpa in contrahendo ou des dommages intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites » (1860)*, art. préc.* ; L. L. FULLER, W. R. PERDUE*,* « The Reliance Interest in Contract Damages : 2 »*, art. préc.* ; Pour un analyse en droit Français voir : Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 119 et s. ; A. PINNA, *op. cit.,* nº 23-67 et p. 530.
[328] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s. ; FULLER L. L., W. R. PERDUE*,* « The Reliance Interest in Contract Damages », (Part. I), *art. préc.,* p. 373.

l'*expectation interest* pose une limite à l'indemnisation du *reliance interest*[329], lorsqu'il n'est pas clair que le commettant aurait pu faire des profits ou avoir des pertes s'il avait conclu un contrat alternatif. Selon le cas, il peut être accordé à titre d'indemnisation le coût employé dû à la confiance mise dans le contrat (*cost of reliance)*, pourvu que les coûts employés soient raisonnables.[330]

226. La restitution et l'indemnisation calculées sur la base du *restitution interest* et du *reliance interest,* d'après le système du Code civil de 1804*,* peuvent être allouées, en tant qu'intérêt négatif, uniquement dans le cas de la résolution du contrat avec des effets rétroactifs. En effet, selon l'indemnisation de l'intérêt négatif, le créancier a le droit d'être indemnisé sur la base de la situation économique qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu.[331] Ce préjudice correspond à l'ensemble des dépenses exposées par la victime de l'inexécution du contrat (perte de dépenses)[332], et par les opportunités auxquelles il a dû renoncer afin de conclure le contrat qui n'a pas été inexécuté (perte d'opportunité).[333] La restitution de la prestation exécutée ne fait pas partie de l'indemnisation des dommages.[334] Alors, comme on l'a déjà noté, l'indemnisation de l'intérêt négatif dans la *common law* n'est pas indéfectiblement associée à la résolution du contrat. L'intérêt positif peut aussi être indemnisé lorsque le créancier met fin au contrat. Cette spécificité du système modèle la plupart des effets pratiques de l'‘obligation de modérer le dommage.

227. En ce qui concerne les préjudices extrinsèques de l'intérêt négatif, lesquels correspondent aux atteintes aux biens et à la personne du créancier autres que l'intérêt intrinsèque, il ne fait pas de doute que l'obligation de modérer le dommage est applicable.

---

[329] E. A. FARNSWORTH, *ibidem.*
[330] *Ibidem.*
[331] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel*, *op. cit.,* p. 530.
[332] *Ibidem*, la perte de dépenses est constituée : *« par l'ensemble des dépenses exposées par la victime de l'inexécution contractuelle, déduction faite de la valeur produite ». « La valeur produite est la valeur qui reste dans le patrimoine de la victime de l'inexécution contractuelle, alors qu'en cas de correcte exécution du contrat, elle aurait été transférée à la partie inexécutante. Elle fait l'objet d'une déduction au stade de la mesure du préjudice contractuel. Une valeur produite peut résulter de la suspension par la victime de l'exécution de son obligation contractuelle ou de la restitution en nature de la prestation caractéristique fournie à la suite de l'anéantissement rétroactif du contrat. »*
[333] A. PINNA, *op. cit*., p. 531. La perte de l'opportunité correspond à : *«l'opportunité à laquelle la victime de l'inexécution contractuelle a dû renoncer pour conclure le contrat finalement inexécuté. La perte de l'opportunité n'est pas indemnisée à titre d'intérêt positif, parce qu'elle a comme cause la conclusion du contrat. Elle est, en revanche, indemnisé en cas d'anéantissement rétroactif du contrat qui fait disparaitre la cause de sa renonciation ».*
[334] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 1009. V. aussi : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution,* préface L. Leveneur, Paris, LGDJ, 2007, nº 932-978.

Les dommages indemnisables sont uniquement les dommages non évitables avec des mesures raisonnables. Cependant, on ne sait pas clairement si l'obligation de modérer le dommage peut trouver application en ce qui concerne le préjudice intrinsèque de l'indemnisation de l'intérêt négatif. A *priori*, si le préjudice intrinsèque négatif est évitable, il n'est pas réparable. C'est le cas, par exemple, du devoir du créancier d'arrêter l'exécution de sa prestation ainsi que les coûts et dépenses de l'avantage dans une opération ultérieure, face à une inexécution substantielle du débiteur. Dans le système de la *common law,* le créancier qui continue l'exécution de son obligation, alors qu'il sait que l'autre partie n'exécutera pas sa prestation, n'a pas le droit à l'indemnisation du coût évitable et non évité.[335] En revanche, dans le système du Code civil de 1804*,* suivi par le droit vénézuélien, et même du droit de la réforme du droit des contrats, le créancier a le droit de choisir la sanction de l'inexécution et, s'il opte pour la résolution du contrat, le droit à la restitution de la prestation exécutée opère de manière automatique. En principe, le droit du créancier à la restitution n'serait pas limité par l'obligation de modérer le dommage, car elle ne correspond pas à un préjudice indemnisable. On reviendra sur ce trait particulier de la *common law* lorsque l'on analysera l'application de l'obligation de modérer le dommage sur la formule de calcul du préjudice[336] et lors de l'analyse de l'indemnisation de l'intérêt positif en cas de résolution du contrat dans le Code civil de 1804 et dans le droit de la réforme.[337] Il nous faut ici retenir que, dans le système de la *common law* et du droit international des contrats, la résolution du contrat permet de demander la réparation de l'intérêt négatif et positif, alors que, dans l'interprétation classique du système du Code civil de 1804*,* la résolution du contrat n'est pas associée à l'indemnisation de l'intérêt positif. Cela, bien que dans l'actualité la position de la doctrine soit partagée en France sur ce point.[338]

228. En somme, la détermination du préjudice réparable a des spécificités propres au système de la *common law.* C'est surtout le cas en ce qui concerne la formule de calcul du préjudice de l'intérêt positif et l'application de l'obligation de modérer le dommage à chaque composant de cette formule. Cette formule opère aussi comme une limite dans l'indemnisation de l'intérêt négatif. Cela étant, les composants de la formule de calcul du préjudice de l'intérêt positif correspondent parfaitement bien aux notions de perte subie et

[335] V. *infra* nº 281 et s.
[336] V. *infra* nº 291 et s.
[337] V. *infra* nº 281 et s.
[338] V. *infra* nº 671 et s.

de gain manqué visés par le modèle du Code civil de 1804 en tant que préjudices réparables de l'inexécution du contrat. On reviendra en détail sur la question lors de l'analyse de la compatibilité de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes volontaristes[339].

229. En outre, on constate que la fonction primordiale que remplit le mécanisme de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil au service des impératifs de l'efficience économique, dépend du contexte et des traits caractéristiques du système de la *common law* et du droit international des contrats. Cette interdépendance de l'obligation de modérer le dommage au contexte juridique utilitariste dans lequel elle a été développée est encore plus évidente lorsqu'on analyse ses effets dans le système de la *common law* et du droit international des contrats.

[339] V. *infra* nº 362 et s.

Titre II

LES EFFETS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE CONTRACTUEL DANS LA COMMON LAW ET LE DROIT INTERNATIONAL

230. Jusqu'à présent, on a seulement envisagé l'intérêt du créancier victime de l'inexécution du contrat par le débiteur. Cependant, les « systèmes légaux des pays qui dépendent tellement des contrats privés pour le fonctionnement de leur économie devraient avoir aussi égard aux coûts sociaux de son inexécution ».[340] Bien que la *common law* et le droit international des contrats ne prennent pas en compte cet intérêt, au point de forcer les parties à exécuter les contrats, ils sont en revanche très soucieux du fait que des efforts adéquats n'ont pas été mis en place pour éviter des gaspillages une fois le contrat inexécuté.[341]

231. Ainsi, afin d'inciter le créancier à opter pour le choix le plus efficient du point de vue économique, ces systèmes le sanctionne, si ses efforts font défaut, en refusant la compensation des dommages directs et prévisibles que le créancier victime de l'inexécution aurait pu éviter avec des efforts raisonnables. De cette limite dérive la nécessité du créancier lésé d'agir afin de modérer le dommage lié à l'inexécution lorsque cela est raisonnable. C'est cette nécessité qui est désignée comme *le duty to mitigate* ou « l'obligation de modérer le dommage ». On peut distinguer alors deux effets principaux liés à l'obligation de modérer le dommage et au caractère raisonnable de la mesure de modération. D'abord, les dommages évitables avec des mesures raisonnables ne sont pas réparables. Ensuite, le créancier a le droit de récupérer le coût de ces efforts raisonnables afin de modérer le dommage.[342]

---

[340] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1183 et s.
[341] *Ibidem.*
[342] *Restatement of law of contracts* § 350. « *Avoidability as a Limitation on Damages: (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss* » ; Principes d'Unidroit Article 7.4.8. « *Atténuation du préjudice, 1) Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables. 2) Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice.* » ; CVIM Article 7. *« La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la*

232. Il faut noter que le créancier n'est pas responsable envers le débiteur défaillant du fait de l'inexécution de modérer le dommage. Il est alors techniquement inexact de dire que le créancier est tenu d'une obligation de modérer le dommage.[343] Le créancier est uniquement empêché de récupérer la perte qu'il aurait pu éviter. On parle alors de l'obligation de modérer le dommage sur la base de la nécessité pour le créancier de se conduire raisonnablement afin d'éviter et de modérer les préjudices dont il est victime à cause de l'inexécution du contrat. On aura le temps de préciser la nature de ce devoir particulier lors de l'analyse de l'application du mécanisme en droit français et en droit vénézuélien.[344]

233. L'obligation de modérer le dommage se traduit en une nécessité du créancier d'agir dans son propre intérêt. La limite de la réparation du dommage évitable avec des mesures raisonnables modèle le régime juridique et le contenu de ce devoir spécial du créancier envers lui-même. En effet, cette limite du dommage réparable opère une inversion des risques liés aux conséquences dommageables de l'inexécution du contrat. A partir de l'inexécution, le créancier est tenu de supporter et de prendre en charge les dommages causés par l'inexécution du contrat, qui relèvent des dommages évitables par des mesures raisonnables.

234. C'est la notion de « mesures raisonnables de prévention et de modération du dommage » qui détermine la limite entre le dommage certain, direct et prévisible de l'inexécution du contrat, qui est indemnisable, et le dommage certain, direct et prévisible de l'inexécution du contrat, qui n'est pas indemnisable. C'est aussi la notion de « mesure raisonnable de prévention et de modération du dommage » qui détermine les coûts des efforts raisonnables de modération du dommage qui sont indemnisables.

---

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 et intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée » ; PDEC Article 9:505: « *Réduction du préjudice : (1) 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. (2) Le créancier a droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice ».*

[343] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 11º ed., *op. cit.*, p. 976 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 587. E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* nº 806-807.

[344] V. *infra* nº 405 et s.

235. Ayant précisé la notion de dommage et ses particularités, il s'agit ici de préciser le régime juridique de l'obligation de modérer le dommage, ce qui revient à préciser les critères qui délimitent le caractère raisonnable des mesures de prévention et de modération du dommage (Chapitre I), ainsi que les mesures raisonnables appliquées dans la *common law* et le droit international des contrats (Chapitre II).

Chapitre I
LES CRITÈRES DU CARACTÈRE RAISONNABLE DES MESURES ET DU REMBOURSEMENT

236. Les critères du caractère raisonnable des mesures de modération du dommage est au cœur du régime juridique et des effets de l'obligation de modérer le dommage. En effet, les dommages évitables avec des mesures *raisonnables* ne sont pas indemnisables (Section I). Cependant, le créancier a le droit d'obtenir le remboursement du coût de tous les efforts *raisonnables* de modération employés (Section II).

Section I
LES CRITÈRES DU CARACTÈRE RAISONNABLE DES MESURES

237. Afin de distinguer les mesures raisonnables de celles qui ne le sont pas dans le système de la *common law*, il est absolument indispensable de déterminer quels sont les critères de distinction employés dans ce système. Pour cela, il nous faut tout d'abord préciser la notion du raisonnable à propos des mesures permettant d'éviter ou de modérer les dommages issus de l'inexécution du contrat. L'enjeu de cette caractérisation est primordial par rapport au régime juridique de l'obligation de modérer le dommage dans la *common law* et le droit international des contrats. En effet, elle nous permettra de préciser les limites entre un dommage évitable, non réparable, et le dommage non évitable et, par conséquent, réparable. Elle nous permettra aussi de distinguer les coûts des efforts de prévention et de modération qui sont remboursables de ceux qui ne le sont pas. On verra ainsi la notion (§ 1) et les critères (§ 2) des mesures raisonnables de modération du dommage contractuel.

§ 1. LA NOTION DE MESURES RAISONNABLES

238. Bien que le raisonnable soit une notion récurrente dans le droit international[345], il est affirmé qu'elle a sa source dans le droit de la *common law*[346], particulièrement dans le droit médiéval anglais du XVI^e^ siècle[347]. Il est couramment affirmé que « le droit anglais, dans sa conception originelle et profonde, est tout entier construit sur la raison, sur la *reasonableness,* sur l'exigence d'être raisonnable »[348]. L'omniprésence du raisonnable en droit de la *common law,* « s'expliquerait (…) par le fait qu'il s'agit d'un système pragmatique (et utilitaire) »[349]. Cela dit, cette notion a une application très importante en droit du commerce international. En effet, dans la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandise du 11 avril de 1980, la référence au raisonnable apparaît plus de 40 fois. Les principes d'UNIDROIT renvoient à la notion du raisonnable 82 fois et, dans les PDEC, il y a au moins 53 références.[350] Le recours au raisonnable s'explique en droit international, car les notions floues et confuses permettent plus facilement l'accord entre systèmes ayant des idéologies différentes.[351]

239. A l'inverse, le raisonnable n'est pas une notion associée à la tradition juridique française et à la conception classique de ce système, suivie en cela d'ailleurs par le système de droit vénézuélien. Le législateur français tient à formuler des règles précises et veut éviter de laisser aux juges le pouvoir que les notions indéterminées, comme *discrétion* et *raisonnable*, attribuent aux juges anglais. Il ne faut pas oublier que les juges anglais ont la charge de créer le droit, alors que le juge français doit uniquement l'appliquer.[352] Une partie de la doctrine, cependant, affirme que « le concept du raisonnable peut parfaitement s'intégrer dans les systèmes romano-germaniques »[353]. Il est affirmé que le droit français est imprégné de cette notion, car l'esprit des Lumières est précisément fondé sur l'idée de la raison. Selon cette partie de la doctrine, l'idée de rationalité, selon Max Webber, est l'une

[345] V. G. WEISBERG, *Le raisonnable en droit du commerce international,* thèse, Paris II, 2003.
[346] H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN, « Les notions de 'right reason' et de 'reasonable man' en droit anglais », in *Les formes de rationalité en droit, APD,* t. 23, 1978, n° 48 et s.
[347] G. WEISBERG, *op. cit.,* n° 33.
[348] *Ibidem,* n° 45.
[349] O. MORETEAU, *Droit anglais des affaires,* 1° éd., Paris, Dalloz, 2000, n° 15, p. 9.
[350] *Ibidem.*
[351] H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA*, Le raisonnable en droit des contrats,* préface J. Beauchard Poitiers, LGDJ, 2009, p. 15.
[352] *Ibidem.*
[353] Ph. DELEBEQUE, « Les standards dans les droits romano-germaniques *», RRJ* 1988-4, n° 15.

des marques les plus caractéristiques des cultures occidentales, déjà présente dans le droit romain, le droit canoniste et dans les codifications du droit.[354] Si cela peut être vrai, la réalité est que la notion de raisonnable n'est pas un trait typique du système du Code Civil de 1804, et sa réception et comme son développement est une réalité plutôt récente.

240. Le raisonnable est une notion juridique indéterminée.[355] Il s'agit d'un standard juridique[356] qui permet de juger un comportement donné en fonction d'un paramètre de comportement idéal sur lequel un groupe de personnes est d'accord à un moment donné.[357] Un standard juridique est une norme souple fondée sur un critère intentionnellement indéterminé.[358] Il s'agit d'une notion-cadre, un étalon de la réalité, visant à permettre la mesure de comportements et de situations en termes de normalité[359]. Selon Chaim Perelman, « elles désignent une valeur universelle, que tout le monde respecte, mais que chacun conçoit à sa façon […] elles permettent de concilier l'accord sur les formules et le désaccord sur leur interprétation ».[360] En tant que notion mentionnée par la loi, même lorsqu'elle est empruntée de la vie courante, elle intègre la règle de droit et devient juridique, permettant un dialogue entre la réalité exprimée par la notion et le droit. L'utilisation de ce standard juridique est une technique répandue et développée dans le système de la *common law*[361], suivi par le

---

[354] Ph. MALAURIE, « Conclusions », in *Le contrat : Questions d'actualité, LPA* 5 mars 2000, nº 90, p. 74 et s.

[355] J. CARBONNIER , *Flexible droit*, 10º éd., Paris, LGDJ 2001 ; J.-L. BERGEL, *Méthodologie juridique*, 2º éd., Paris, PUF, 2016, p. 118; A. TUNC, « Standards juridiques et unification du droit », *RIDC* 1970, p. 251 ; G. KHAIRALLAH, « Le raisonnable en droit privé français. Développements récents », *RTD civ.* 1984, p. 439 et s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Rapport introductif », *LPA* 1998, n° 15, p. 3 ; P. SARGOS, « Approche jurisprudentielle du principe fédérateur majeur de l'application et de l'interprétation du droit », *JCP G* 2009, 442.

[356] D. MAZEAUD, « Sur les standards », *RDA* févr. 2014, n° 9, p. 35.

[357] A. VIDAL OLIVARES, « La noción de persona razonable en la compraventa internacional », in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez- Picazo,* Tomo II, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, p. 3285.

[358] G. CORNU, (dir.), *Vocabulaire juridique*, *Association Henri Capitant*, 10º éd., Paris, PUF, 2014, déf : « Standard ». Voir aussi : S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard, Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980 ; A.-A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. II, Paris, Sirey, 1934, p. 145 et s. ; R. BLOUD, in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. ALLAND, S. RIALS, (dir.), Paris, Lamy-PUF, 2003, déf : « Standard » ; C. PERELMAN, « Les notions à contenu variable en droit », R. VANDER ELST, (dir.), Bruylant, Bruxelles, coll. Travaux du Centre national de recherches de logique, 1984.

[359] N. BLANC, « Le juge et les standards juridiques », *RDC* 2016, nº 113f5, p. 394.

[360] C. PERELMAN C. « Usage et abus de notions confuses », in *Le raisonnable et déraisonnable en droit,* Paris, LGDJ, 1984, p. 99 et s. De cette indétermination ressortent leurs fonctions d'adaptation et de souplesse. En ce sens voir : A.-A. AL-SANHOURY, « Le standard juridique », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Gény, les sources générales des systèmes juridiques actuels,* Paris, 1934, p. 146. V. aussi : V. FORTIER, « La fonction normative des notions flous », *RRJ* 1991-3, p. 756, nº 6 : « *Le recours à des notions permet d'infléchir les règles techniques, d'en exclure toute rigidité et toute fixité* ».

[361] E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unis*, 1921, Giard & Cie, p. 51 ; R. POUND, « The End of Law as Developed in Legal Rules and Doctrines », 27 *Harv. LR* 195, 1914, et « The End of Law as Developed in Juristic Thought », 30 *Harv. LR* 201, 1917.

droit international des contrats[362]. Elle a été entérinée en droit français des contrats par l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018.[363]

241. Bien que le raisonnable corresponde à une notion juridique indéterminée et, par conséquent, dont le contenu est difficile à fixer, cela ne veut pas dire que la doctrine ne doive pas essayer de la préciser et la délimiter.[364] En effet, le « raisonnable » est un adjectif qui renvoie, dans un premier sens, à la qualité de « ce qui possède la raison » et, dans un second sens, au caractère de ce qui est « conforme à la sagesse, au bon sens, la prudence, à l'équité ; dicté par la raison (spécialement) de celui qui met de la mesure et de la modération dans ses actes ou ses propos ».[365] Le caractère raisonnable dans son sens juridique ne traduit pas la rationalité d'un acte, mais sa juste mesure par rapport à une situation donnée. Elle dessine un sens affaibli ou édulcoré de la rationalité. Elle traduit le caractère pratique ce qui est « convenable, tel qu'il doit être »[366]. Il est synonyme de ce qui est « modéré, mesuré, qui se tient dans une juste moyenne »[367]. Il désigne aussi ce qui est « acceptable »[368] ou, dans un sens plus précis du point de vue philosophique, ce qui est « socialement acceptable »[369]. Selon Ramparany-Ravololomiarana, « le raisonnable désigne ce qui est en adéquation avec

---

[362] B. FAGES, « Caractère raisonnable », *in Regards croisés sur les Principes de droit européen du contrat et sur le droit français*, C. PRIETO (dir.), Paris, PUAM, 2003, p. 127.

[363] G. VINEY, « L'expansion du raisonnable dans la réforme du droit des obligations : un usage déraisonnable », *D*. 2016, p. 1940 ; M. LAGELEE-HEYMANN, « Le «raisonnable » dans le nouveau droit des contrats », *RDC* 2018, n° 115k2, p. 473,

[364] Pour une liste des travaux et articles voir : H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, th. (Dir. Jean Beauchard et Ramarolanto-Ratiaray) *Le raisonnable en droit des contrats,* Poitiers, LGDJ, 2009, p. 7, et G. PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad en el derecho civil*, trad. de A. Luna Serrano, Madrid, Dykinson, 2015; C. PERELMAN, *Le raisonnable et le déraisonnable en droit*, Paris, LGDJ, 1984 ; S. ZORZETTO, « Ragionevolezza, razionalità e argomentazione giuridica », in G. BOMBELLI, (dir.), *Ragionare per decidere*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 140; N. MacCORMICK, « On reasonableness », in C. PERELMAN et R. VANDER ELST (dir.) *Les notions à contenu variable en droit*, Bruxelles, éd., Bruylant, 1984, p. 132; A. RICCI, *Il criterio della ragionevolezza nel diritto privato*, Padova, Cedam, 2007, p. XI et « La ragionevolezza nel diritto privato : primi riflessioni », in *Riv. Contratto e impresa* 2005, n° 2, p. 619 et s.; G. CRISCUOLI, « Buona fede e ragionevolezza », in *Riv.de Diritto Civile*, anno XXX, 1984, parte prima ; S. TROIANO, *La ragionevolezza nel diritto dei contratti*, Padova, Cedam, 2005 p. 87; N. STAMILE, *Razonabilidad (Principio de),* 'Eunomía', nº 8, 2015, p. 222-228 ; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali,* 2º ed., Milano, Giuffrè, 2016, p. 1 ; E. GIORGINI, *Ragionevolezza e autonomia negoziale*, Napoli, Scientifiche Italiana, 2010, p. 13 ; M. FURMSTON, *Law of contract*, 16º ed., Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 245; P. LOPEZ DIAZ, « La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el iter contractual : una aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas », in : *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, nº 36, enero-junio 2019, p. 127-168, entre autres.

[365] A. LALANDE , « Vocabulaire technique et critique de la philosophie », 2010, PUF, Quadrige ; *Dictionnaire de l'académie Française*, consulté in : https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9R0322.

[366] G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *op. cit.,* déf : « raisonnable ».

[367] *Ibidem.*

[368] *Le Petit Robert.* Déf : « Raisonnable (3) ».

[369] C. PERELMAN, *Raisonnable et déraisonnable en droit, APD*, t. 23, 1978, p. 38.

la situation en cause. Il s'exprime également par le possible et le sensé. »[370] Appliqué à une mesure, il est défini comme « ce qui est conforme à la raison, qui réponde plus encore qu'aux exigences de la rationalité (de la logique), à celles d'autres aspirations (usage, bon sens) sans exclure la considération des contingences (l'opportunité, le possible) »[371]. En matière contractuelle est donc raisonnable « ce qui est en adéquation avec la finalité escompté du contrat »[372]. Selon Duong, « appliqué au contrat, il pourrait se traduire par la recherche du « juste dans l'utile » : juste, c'est-à-dire, qui est justifié par la nature et le but de la relation juridique, par le contexte et par les circonstances ; utile, c'est-à-dire qui entraîne le juge à assurer que les parties tendent à réaliser l'efficacité de l'opération économique convenue ».[373]

242. Cette notion est fréquemment rapprochée de l'équité et de la bonne foi. Bien que les limites entre ces notions ne soient pas faciles à tracer, il semble que la distinction relève du fait que, tandis que l'équité évoque plutôt la justice et la bonne foi la morale, le caractère raisonnable puise quant à lui sa source principale dans la raison[374]. En outre, par opposition à cette approximation positive de la notion, certains considèrent que l'identification du raisonnable se fait plus aisément de manière négative par la simple constatation de ce qui n'est pas raisonnable, c'est-à-dire par la constatation du déraisonnable.[375] En effet, pour Chaim Perelman, « il est impossible de fournir une fois pour toute le critère du raisonnable. Comme toutes les idées vagues, celle-ci sera plus facilement reconnaissable de manière négative : l'accord sur le déraisonnable permet, par exclusion, de se rapprocher du raisonnable ».[376] « Cela s'expliquerait par le fait que même si l'on n'est pas toujours d'accord sur la manière d'agir dans une situation donnée […] il existe normalement dans une communauté humaine, à un moment donné, un large accord sur ce qui serait

---

[370] H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *Le raisonnable en droit des contrats, op. cit.,* p. 9.
[371] *Ibidem,* qui cite : G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, *Association Henri Capitant,* PUF, coll. Quadrige, 10º éd., 2014, déf : « raisonnable (1) » ; H. RAMPARANY-RAVOLOLOMIARANA, *op. cit.,* p. 3 : *« la rationalité est une « Faculté commune à toute espèce humaine, […] elle inclut la capacité d'abstraction aussi que d'action méthodique, de débat, de coopération et d'accord […] elle s'oppose à l'impulsion, au désir, à l'instinct ».*
[372] *Ibidem,* p. 19.
[373] M. DUOGN, *Le raisonnable en droit économique,* thèse, Nice, 2004.
[374] M. OUDIN, *L'exécution du contrat en bon père de famille (L'obligation de comportement en droit civil comparé),* Thèse, Paris XI, 2000, nº 326.
[375] H. A. SCHWARZ-LIEBERMAN, « Les notions de 'right reason' et de 'reasonable man' en droit anglais », in, *Les formes de rationalité en droit, APD,* t. 23, 1978, p. 48-49. V. Aussi, C. PERELMAN, « La réforme de l'enseignement du droit et 'la nouvelle rhétorique' », in, *le raisonnable et le déraisonnable en droit, au-delà du positivisme juridique, BDP*, VOL. XXIX, Paris, LGDJ, 1984.
[376] *Ibidem.*

déraisonnable, et, par voie de conséquence, inacceptable ou intolérable »[377]. Cependant, cette approximation négative n'est pas toujours fiable, car « tout ce qui n'est pas déraisonnable n'est pas automatiquement raisonnable ».[378]

243. Dans le système du Code civil français avant la réforme et dans le droit vénézuélien, cette notion indéterminée et ductile du droit ne figure pas comme un standard juridique afin d'interpréter le contrat, le comportement des parties, l'adéquation des délais ou encore les limites à l'exercice d'un droit. Pour apprécier le comportement, c'est davantage le standard du bon père de famille et celui de la bonne foi qui sont utilisés. Concernant l'exercice d'un droit, c'est aussi la notion d'abus du droit qui est employée. Ainsi, par exemple, selon la Professeure San Martin, qui commente cette notion dans les principaux systèmes de droit latino-américains : « le caractère raisonnable du comportement fait allusion à un critère abstrait de comportement calqué sur la notion de bon père de famille, à savoir, que le créancier doit se comporter comme une personne normalement raisonnable l'aurait fait dans les mêmes circonstances afin de réduire le coût de la résolution du conflit, en tenant compte de la nature et de l'objet du contrat, les circonstances de l'affaire et les utilisations et la pratique de l'activité. »[379] C'est clairement par rapport aux propres standards juridiques du Code civil de 1804 que la doctrine essaye de préciser la notion de raisonnable.

244. Dans la même veine, afin de définir le caractère raisonnable d'une mesure, nous pouvons prendre comme référence la définition de « raisonnable » adoptée par les Principes du droit européen des contrats[380]. En effet, selon l'article 1 : 302 PDEC, « il doit

---

[377] *Ibidem.*
[378] M. DUOGN M., *Le raisonnable en droit économique, op. cit.*
[379] L. SAN MARTIN, *La carga del Perjudicado de evitar o mitigar el daño, Estudio histórico comparado,* Universidad Externado de Colombia, *op. cit.,* p. 391 : *« El acreedor debe realizar todas aquellas actividades que, con base en las circunstancias, y conforme a la experiencia, se presentan verosímilmente aptas para la evitación o mitigación del daño, y que además, sean económicamente adecuadas (proporcionadas) a las condiciones del contrato o del perjuicio sufrido. Al ponderar estas actividades el perjudicado debería actuar conforme lo haría el buen padre de familia, con prudencia y con mesura* ». V. Aussi : A. SOLER PRESAS, « Cometario al artículo 77 CISG », in : *La compraventa internacional de mercaderías comentario a la convención de Viena*, (dir. Luis Diez-Picazo y Ponce de León) Madrid, Civitas, 1998 p. 790 : « *por razonable debe entenderse aquellas medidas que un comerciante cauteloso en la posición del acreedor habría adoptado. El nivel de exigencia lo marca pues el patrón de diligencia media en el tráfico adecuado a las circunstancias del caso (ordinary course of business). Estas medidas serán mayores cuando más arriesgado sea el negocio, sin que por ello esté obligado el acreedor a arriesgar su reputación comercial, a causar daño a terceros o a embarcarse en complicados litigios* ». A. VIDAL, « La noción de persona razonable en la compraventa internacional », *art. préc.* p. 269 : *« son aquellas que un operador del tráfico ubicado en la misma posición del acreedor, actuando de buena fe y con la debida prudencia y moderación, adoptaría para mitigar y evitar las pérdidas ».*
[380] B. FAGES, « Caractère raisonnable », *art. préc.,* p. 127.

être tenu pour raisonnable aux termes des présents principes ce que des personnes de bonne foi placées dans la même situation que les parties regarderaient comme tel. On a égard en particulier à la nature et au but du contrat, aux circonstances de l'espèce et aux usages et pratiques des professions ou branches d'activité concernées ». Cette fois-ci, le raisonnable s'approche de la notion de bonne foi et non de celle de bon père de famille.

245. Cela dit, il faut avouer qu'on a le sentiment de tourner en rond, lorsque le caractère raisonnable des mesures est déterminé au regard du critère d'une personne de bonne foi placée dans la même situation que le créancier. Cette impression est tout à fait justifiée, car, lorsqu'on cherche à déterminer ce qu'est un comportement de bonne foi, on le fait par référence à ce que ferait une personne normalement raisonnable dans la même position que celle du créancier. Pourtant, il est nécessaire de trouver des éléments qui permettent d'éclaircir le sens de la notion de raisonnable au-delà de la notion ductile de la bonne foi. Alors, pour évaluer le caractère raisonnable de la mesure, il nous semble essentiel de garder à l'esprit que la modération des dommages par le créancier est un mécanisme qui a pour finalité essentielle l'efficacité économique du contrat et que, précisément, le sens du raisonnable en matière contractuelle est l'«adéquation (de la mesure) à la finalité escomptée du contrat ». Cela implique que le caractère raisonnable de la mesure de modération du dommage doit être déterminé en fonction de l'adéquation d'une mesure concrète aux finalités du contrat, c'est-à-dire d'abord à la justice, qui se traduit par la satisfaction de l'intérêt du créancier lésé par l'inexécution et, ensuite, par l'utilité, c'est-à-dire par « l'efficacité de l'opération économique convenue ».[381]

246. Selon un auteur italien, le raisonnable « est un concept relatif qui assume sa signification selon l'ordre juridique, composé de valeurs propres et de propres idéologies, dans lequel il opère. Lorsque les valeurs normatives changent, que l'on modifie les règles et le système de référence, le critère du raisonnable est aussi modifié. Il suffit de penser jusqu'à quel point se répercute sur les décisions de justice le fait que la loi applicable appartient à un système individualiste (fondé sur la propriété individuelle), à un système collectiviste (fondé sur la propriété collective) ou bien à un système qui reconnaît la propriété privée, et protège la liberté d'entreprise, mais qui en même temps, est fondé sur l'utilité sociale, le libre

[381] J. GHESTIN, « L'utile et le juste dans les contrats », in, *L'utile et le juste, Archives de la philosophie du droit, op. cit.* nº 26, p. 35.

marché, l'individualisme et le solidarisme. […] Il s'agit d'un critère qui contribue à déterminer, dans le moment d'application de la loi, la solution qui entre toutes est la plus conforme à la lettre de la loi, mais aussi à la logique du système et de ses valeurs et idéologies »[382]. Ainsi, par exemple, dans la *common law*, le raisonnable se réclame de l'idée de correction, de coopération, de solidarité ou de sauvegarde, propre à la bonne foi ;mais, au moment de l'application de la norme elle doit être le plus possible conforme à l'ordre juridique et à ses valeurs normatives. Cela permet au critère du raisonnable d'introduire dans l'interprétation des normes des considérations à caractère utilitaire et d'efficacité économique, lorsque le système juridique, dont l'application du droit est réalisée, est inspiré de ces valeurs normatives ou de ces finalités.[383]

247. En effet, si l'on admet que ce sont les impératifs d'efficacité économique qui justifient fondamentalement l'obligation du créancier de modérer les dommages raisonnablement évitables dans le droit de la *common law*[384], le caractère raisonnable des mesures se traduit par la recherche de la mesure qui garantit la protection de l'intérêt du créancier au moindre coût pour le débiteur, et donc pour la société.[385] Le caractère raisonnable de la mesure doit prendre en compte la finalité du mécanisme.[386] Il ne s'agit pas de favoriser la position du débiteur par rapport à celle du créancier. Il s'agit de trouver un équilibre des intérêts en jeu, de sorte que le créancier arrive à remplir ses intérêts, tout en

---

[382] G. PELINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile,* Edizioni Scientifiche Italiane, 2015 (Traducción Agustin Luna Serrano) Madrid, Dykinson, 2015, p. 43

[383] *Ibidem,* p. 160.

[384] P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 797. H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *art. préc.* ; Spécialement : Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 205 et sur tout 342 ; A. BURROWS, D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in Contract and Tort*, 2 ed., London, Butterworths, 2002, p. 69 ; H. COLLINS, *The law of contracts*, London, Butterworths, 2003, p. 418 ; A. I. OGUS, « Les remèdes. Le droit français », in : *Le contrat aujourd'hui : comparaisons franco-anglaises*, (dir. D. Tallon, D. Harris), Paris, LGDJ, 1987, nº 70 ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « The mitigation of damages in English law » ; *RDAI* 1987, p. 347, nº 8 et p. 349 ; T. MICELI, *The economics of the law*, New York, Oxford University Press, 1997, p. 76 ; C. J. GOETZ, R. E. SCOTT, « The mitigation principle : Toward a general theory of contractual obligations » (1983) , 69 *Virginia LR* 967; S. LITVINOFF, « Damages, Mitigation and Good Faith », (1999), 73 *Tul. LR* 1161, spec., p. 1168.

[385] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 342 ; H. BEALE, (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* § 27-086 ; J. BEATSON, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 615 ; D. HARRIS, A. OGUS, J. PHILLIPS, « Contract Remedies and the Consumer Surplus », (1979) 95 *LQR* 581, p. 597 ; M. A. CHIRELSTEIN, *Concepts and case, Analysis in the study of the law of contracts*, 3º ed., New York, Foundation Press, 1998, p. 153 ; D. B. DOBBS, *Law of Remedies*, 2º ed., St. Paul, Vets Publishing, 1993, p. 128; E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* nº § 12.12 ; G. M. COHEN, « The fault lines in contracts damages », (1994), *Virginia LR* 1225, p. 1225 ; E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1183, entre autres.

[386] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 132 : « *The policies underlying the mitigation rule must, it is submitted, influence the meaning of reasonableness. This means that a concern for economic efficiency and avoidance of waste would require the party to take the least costly measures ».*

respectant les intérêts du débiteur, et de la société.[387] En ce sens, si le créancier a plusieurs options ou mesures qui lui permettent de satisfaire également son intérêt contractuel, le créancier doit choisir l'option ou la mesure la plus adéquate à l'efficacité économique, finalité du contrat admise dans la *common law*.[388]

248. Le caractère raisonnable des mesures sera encadré, dans chaque cas particulier, par les différentes options présentées au créancier au moment de l'inexécution afin d'obtenir la satisfaction de son intérêt. Le caractère raisonnable de son action implique alors un jugement de valeur sur le choix fait par le créancier parmi l'éventail d'options qui s'offrent à lui, et la mesure qui, étant à sa portée, est la plus appropriée du point de vue économique, c'est-à-dire, la mesure économiquement la plus efficace.[389] L'option la plus efficace sera donc celle qui, comme on l'a remarqué plusieurs fois, tout en permettant également au créancier de satisfaire ses intérêts contractuels, évite le plus grand nombre de dommages et, par conséquent, de gaspillage pour la société. Tel que l'affirme la doctrine belge, « le devoir de modération impose au créancier de choisir, entre différents moyens présentant les mêmes avantages pour lui, celui qui est le moins pénible ou le moins onéreux pour le débiteur […] Ce devoir est violé non seulement lorsque le titulaire d'un droit s'en sert sans aucun intérêt légitime pour lui, mais également en cas de disproportion manifeste entre son intérêt et les inconvénients imposés au débiteur ».[390]

---

[387] *Ibidem : « Fair dealing and good faith would require the innocent party to take the interests of the other party into account. At the same time, because the duty to mitigate is not a wholly altruistic duty and is also a reflection of a concern for the injured party itself, a proper application of the mitigation rule should aim to strike a balance between the legitimate interests of both parties ».*

[388] G. K. GARDNER, « An inquiry into the principles of law of contracts », (1932) *Harv. LR. 1 : « the fundamental principle of all sound government, that the community's economic energies are not to be thrown away or misdirected, has many illustration in the field of contract law. Perhaps the most striking is the rule that the promisee is required to mitigate his damages, or more accurately, that he can recover only for those losses that he cannot avoid […]. In short, it gradually become apparent, up on a broad survey of the law of remedies, that contract are not enforced merely because the parties made them, but that the law affords only such remedies for breach of promise as seem most likely to promote the orderly and efficient conduct of the community's economic life ».* Pour une analyse de la critique à ce fondement dans le droit international voir : D. SAIDOV, *The Law of Damages in International Sales The CISG and other International Instruments, op. cit.*, p. 132.

[389] Voir par exemple : Y.- M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 357.

[390] *Ibidem,* nº 404. V. R. O. DALCQ, « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *RDAI* 1987, n° 19, p. 370 ; R. KRUITHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *RCJB* 1989, n° 29, p. 41 ; la solution a parfois été retenue par la jurisprudence belge, V. par exemple : Liège, 13 février 1980, *Jur. Liège*, 1980, 1980-81. 109, note P. HENRY; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, la fraude aux droits des tiers et la fraude à la loi », *RCJB* 1976, 303, spéc. n° 2, p. 329.; Cass. belge, 10 septembre 1971, *Pas.* 1972. I. 28, *R.W.* 1971-1972, col. 321, note P. VAN OMMESLAGHE.

249. Il n'y a pas de formule écrite qui permette de donner un contenu précis à la notion de caractère raisonnable des mesures, car cela dépendra dans chaque cas de circonstances spécifiques. Les mesures raisonnables peuvent notamment comporter le choix du remède le moins coûteux pour le débiteur, la conclusion d'une opération de remplacement, l'acceptation de certaines conditions contractuelles, le prolongement des délais. Il s'agit de prendre en compte toutes les mesures qui, sans affecter la satisfaction de l'intérêt contractuel du créancier, sont capables de diminuer les conséquences négatives de l'inexécution imputable au débiteur.[391]

§ 2. LES CRITÈRES DES MESURES RAISONNABLES DE MODÉRATION DU DOMMAGE

250. Dans un système qui prône l'efficacité économique du contrat, il est raisonnable que, parmi les diverses options qui placent le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, le créancier adopte l'option la moins coûteuse pour le débiteur et, par conséquent, pour la société. Au contraire, dans un sens négatif, il est déraisonnable que le créancier néglige l'option la plus efficace, si son intérêt est également satisfait. En ce sens, on pourrait dire que la mesure est raisonnable si : 1.- La mesure n'affecte pas la satisfaction de l'intérêt contractuel du créancier[392]. 2.- La mesure ne représente pas un effort hors de portée du créancier[393]. 3.- Le coût de la mesure est inférieur au coût des dommages prévisibles qui sont évités avec son emploi.[394] 4.- La mesure permet,

[391] *Ibidem.*

[392] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 342. En ce sens l'auteur cite par exemple : A. L. CORBIN, *On Contracts*, *op. cit.,* nº 1042 -1043 ; D. B. DOBBS, *Law of Remedies*, *op. cit.,* p. 136 ; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* §14.15 ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* nº §12.12 ; J. BEATSON *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 615 ; H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, p. 978, J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 587.

[393] Voir par exemple : *Restatement of law of contracts § 350.* « *Avoidability as a Limitation on Damages: (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss*. » Voir aussi, H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, p. 978 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit., loc. cit.*

[394] E. A. FARNSWORTH, *On Contracts*, *op. cit.,* nº §12.12. V. aussi : *Cates V. Morgan Portable Building Corp*, 780F 2d 683. Pour (Posner) : *« if a plaintiff can avoid a loss at a cost no greater than the defendant would bear, one might have thought that the he would have to incur the cost (for which of course he could seek reimbursement from the defendant) and thereby avoid the lost ».*

de manière prévisible, d'éviter des dommages réparables, bien que sa réalisation soit infructueuse.[395]

251. En effet, en premier lieu, la mesure que le créancier doit adopter pour modérer le dommage ne doit pas limiter la possibilité de satisfaire son intérêt contractuel. Par exemple, si l'obligation inexécutée a pour objet la transmission d'une chose certaine, face à l'inexécution de cette prestation pour le débiteur, il ne peut être demandé au créancier de renoncer à son intérêt contractuel s'il n'y a pas un véritable substitut sur le marché. On dit que les attentes du créancier doivent être protégées.[396]

252. Au contraire, il sera raisonnable pour le créancier de réaliser une opération de substitution sur le marché chaque fois que la prestation inexécutée est remplaçable et que le remplacement n'affecte pas son intérêt.[397] Prenons, par exemple, le cas de la personne qui achète une œuvre d'art afin de satisfaire un goût personnel. Dans ce cas, la non-substituabilité de la prestation inexécutée empêche un remplacement. Le créancier a alors le droit à l'exécution en nature et à l'indemnisation des dommages causés par le retard. Il est vrai que les dommages dans le retard peuvent être réduits, mais, dans ce cas, la réduction desdits dommages externes n'implique pas une renonciation à l'intérêt contractuel. Au contraire, si l'objet du contrat de vente est un bien fongible ou est acheté dans un but purement économique, face au refus du vendeur d'exécuter le contrat, l'acheteur peut satisfaire son intérêt avec une opération de substitution avec un tiers sur le marché.

253. En deuxième lieu, les mesures seront raisonnables à condition qu'elles n'impliquent pas un effort déraisonnable et hors de portée du créancier.[398] Afin de déterminer ce qui peut être considéré comme un effort raisonnable et ce qui ne l'est pas, il faut tenir compte de la capacité économique, financière ou technique, ainsi que de la situation

[395] Pour une analyse des cas dans la CVIM voir : D. SAIDOV, *The Law of Damages in International Sales The CISG and other International Instruments, op. cit.*, p. 132.
[396] D. B. DOBBS, *Law of Remedies*, *op. cit.,* p. 136.
[397] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, p. 978 ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 587
[398] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit., loc. cit.* : « *Where the breach has induced the injured party not to claim sums due to him from third parties, the mitigation rules may require him to assert these claims (St. Albans City & District Council v. international Computers Ltd (1996) 4 A11 E.R. 481) subject to the overriding rule that he need only to take such steps as are reasonable: he therefore does not need to take steps which would involve him in complicated litigations (Pilkintong v. Wood [1953]; The Ines [1995] 2Lloyd Rep. 144 at159) or which would ruin his commercial reputation (James Finlay & co. Ltd v. NV Kwik Hoo Tong HM [1929] 1K.B. 400) or which would involve him in a unreasonable expense or inconvenience (The Griparion [1994] 1 Lloyd's Rep. 5333' Hussey v. Eels [1900] 2 Q.B. 227) ».*

particulière du créancier au moment de la rupture du contrat par le débiteur. Comme l'indique le professeur Laithier, « la victime ne doit rien faire qui ne soit pas dicté par le « cours normal des choses » (…) d'après le cours déterminé par les affaires (*ordinary course of business)* (…) selon le modèle du cocontractant adoptant une conduite économique utile et efficace »[399]. Il y a ici une appréciation du caractère raisonnable de la mesure que le créancier doit adopter en fonction de ses compétences spécifiques et des circonstances concrètes au moment de l'inexécution. Ainsi, les *restatements (Second)* en droit des contrats, à l'article 350, disposent clairement que les dommages ne seront pas indemnisés si le créancier aurait pu les éviter sans risque, charge ou humiliation excessive. C'est le cas, par exemple, lorsque la prestation est fongible et que le créancier n'a pas la capacité financière de la remplacer, compte tenu de la situation particulière du créancier au moment de l'inexécution (*impecuniosity of the claimant)*[400]. Dans ce cas, le défaut de remplacement ne devrait pas entraîner une réduction de l'indemnisation.[401] Si le dommage est évitable par une mesure qui discrédite le créancier ou qui l'oblige à faire un sacrifice contraire à ses intérêts, l'effort pour éviter le dommage n'est plus raisonnable[402]. Dans ce cas, le dommage doit être réparé par le débiteur défaillant. Le caractère raisonnable des mesures est une notion ductile et, par conséquent, elle laisse au juge un champ d'appréciation difficile à mesurer avec des paramètres objectifs[403]. Il faut noter que, même si cela va de soi, le créancier n'est pas tenu de violer la loi ou de réaliser l'impossible. La mesure raisonnable doit être possible et licite. Il n'est pas raisonnable de demander au créancier, par exemple, de mettre fin unilatéralement au contrat si cela n'est pas permis par la loi.

---

[399] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 57.

[400] H. BEALE, (dir.) *Chitty on Contracts*, ed. 32º, *op. cit,* § 27-083 : « *This means that the claimant's impecuniosity will be relevant in contract if it falls within defendant's reasonable contemplation (as the time of contracting) as not unlikely to affect the claimant's ability to mitigate after breach of the particular undertaking ».*

[401] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 134.

[402] *Ibidem.* L'auteur cite : Knapp in Bianca and Bonell (n 37) 560; Stoll and Gruber (n 25) 790; *Downs Investments Pty Ltd v Perwaja Steel SDN BHD* [2000] QSC 421; H. BEALE, *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* nº 8, p. 1318; H. McGREGOR, *McGregor on Damages*, 17º ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, p. 253, 258.

[403] Voir : S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 340. Selon l'auteur : « *L'examen de la jurisprudence anglaise révèle, par exemple, qu'elle n'impose au créancier ni d'entamer une action en justice à l'issue incertaine* (*Pilkintong c. Wood* (1953) 1 Ch. 770) *ni de prendre des mesures qui pourraient compromettre une réputation commerciale (James Finlay & Finlay Co. Ltd. Kwik Hoo Tong (1929) 1 K.B. 400), ni d'exposer des sommes trop importantes* (*Jewelowski c. Prop* (1944) 1 K.B. 510; *Lester Leather and Skin Co. c. Home and Overseas Brokers* (1948) 64 T.L.R. 569)*. De même, a-t-on fait remarquer, l'article 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises ne permet pas que l'on reproche au créancier de ne pas avoir pris des mesures exceptionnelles qui l'auraient obligé à faire l'avance de frais importants ou dont le résultat était douteux.* » L'auteur cite aussi : B. AUDIT*, La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du II avril 1980,* Paris, LGDJ*,* Coll. Droit des Affaires*,* 1990, n° 174, p. 166*.*

254. En troisième lieu, les mesures raisonnables doivent être, *a priori,* moins onéreuses que les dommages évités grâce à leur utilisation. [404] Ainsi, si, pour éviter la production du dommage, le créancier prenait des mesures disproportionnées en sachant qu'elles dépassent le coût des dommages évités, les mesures ne seraient pas raisonnables et, par conséquent, le créancier aurait le droit au remboursement des frais employés seulement jusqu'à concurrence du montant raisonnable.

255. Les principes européens du droit des contrats, à titre d'exemple, font référence au cas d'une personne qui achète un véhicule d'occasion pour 750 euros, avec la garantie que le véhicule est en bon état et prêt à marcher. L'acheteur se rend compte à la réception du véhicule que le véhicule ne peut pas fonctionner et commande des réparations de l'ordre de 1500 euros. L'acheteur commande la réparation du véhicule, lorsque sur le marché, il y a des véhicules de mêmes caractéristiques en bon état pour un prix de 800 euros. Dans ce cas, l'acheteur n'aurait pas le droit à une indemnisation par le vendeur pour la somme de 1500 euros. La mesure ainsi prise serait considérée comme déraisonnable. [405]

256. En quatrième lieu, la mesure est raisonnable s'il est raisonnablement prévisible que la mesure est capable ou de nature à éviter des dommages réparables résultant de l'inexécution.[406] En ce sens, elle n'est pas raisonnable lorsque la mesure n'est pas susceptible d'éviter les dommages. Cependant, si la mesure est susceptible d'éviter ou de modérer le dommage, mais qu'elle a échoué, la mesure n'est pas pour autant moins raisonnable. Au contraire, si la mesure n'est pas raisonnablement capable de minimiser les dommages, le créancier verra son dédommagement réduit de la valeur des dommages évitables et ne pourra pas récupérer les frais encourus.[407]

257. En somme, il faut tenir compte du fait que le créancier ne remplit pas l'obligation de modérer le dommage à chaque fois qu'il ne prend pas de mesures raisonnables

---

[404] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 370. V. aussi E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* nº §12.12 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 977-978 : *Darbishire v. Warran [1963] 1 W.L.R. 1067; Grant v. Dwkings [1973] 1 w.l.r. 1406;* L. SAN MARTIN, *op. cit.,* p. 405, entre autres.

[405] G. ROUHETTE, *Principes du droit européen des Contrats,* Paris, Société de législation comparée, 2003.

[406] Par exemple. L. SAN MARTIN, *op. cit.,* nº 406-408 ; Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 371 ; H. BEALE, *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* nº §27-098 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 978 ; A. L. CORBIN, *On Contracts*, *op. cit.,* nº §1044 ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* 12.12.

[407] Voir : *Restatement of law of contracts § 350.* « *Avoidability as a Limitation on Damages (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss ».*

ou lorsqu'il prend des mesures déraisonnables ou disproportionnées.[408] Dans les deux cas, le créancier doit supporter les dommages jugés évitables avec des mesures raisonnables. Bien que les critères du caractère raisonnable de la mesure de modération déterminent les dommages évitables non indemnisables, elle permet en même temps de déterminer le coût des efforts de modération qui est indemnisable.

[408] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 11º ed., *op. cit.,* p. 977.

Section II.

REMBOURSEMENT DES MESURES RAISONNABLES

258. Le créancier victime de l'inexécution du contrat a le droit de récupérer les dépenses raisonnables engagées afin de modérer le dommage, même si les mesures n'ont pas permis une telle modération.[409] Il faut constater que les démarches auxquelles le créancier est tenu en vue de restreindre le dommage impliquent le plus souvent des dépenses qui vont au-delà de ce qui a été prévu dans le contrat.[410] Ce préjudice est la suite nécessaire et directe de l'inexécution et ne correspond pas à un dommage évitable en soi. Au contraire, c'est un préjudice nécessaire et inévitable afin de modérer le dommage au bénéfice du débiteur et de la société. Le créancier qui prend les mesures raisonnables dans les termes exposés a donc un droit au remboursement, même dans les cas où la mesure n'a pas empêché, réduit ou modéré le dommage.[411]

259. En effet, selon la doctrine de *common law*[412], l'indemnisation de ces dépenses pour le débiteur défaillant est à la fois nécessaire[413], conforme à l'intérêt général[414] et juste[415]. Il faut noter que, comme le prévoit le *restatement of law of contract 350*[416], l'indemnisation des dépenses réalisées par le créancier afin de modérer le dommage est due, peu importe que les mesures aient modéré effectivement le dommage. Si, en dépit de la mise en place des mesures considérées comme raisonnables, le dommage n'est pas évité ou modéré, le créancier a le droit à l'indemnisation totale du préjudice non évité ou évitable, ainsi qu'à l'indemnisation des dépenses engagées sans succès.[417]Dans les systèmes qui suivent le

---

[409] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 369. Voir aussi : BEALE H. (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* nº § 26-102 ; A. L. CORBIN, *Corbin on Contracts*, vol. 5, *op. cit.,* p. 237; D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 146 : *« First […] their recoverability is necessary in order to place the party in the position in which it would have been had the contract been performed. Second, it has been argued that inasmuch as the law denies recovery for losses that can be avoided by reasonable effort and expense, justice requires that the risk, incident to such effort, should be carried by the party whose wrongful conduct makes them necessary. A related argument is that the recoverability of costs incurred in mitigation provides an appropriate incentive to the innocent party to mitigate by ensuring that it will not be worse off as a result of mitigation».* E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* nº § 12.12, p. 246.

[410] *Ibidem.*

[411] *Ibidem.*

[412] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 359.

[413] M. BRIDGE, Benjamin's *Sale of Goods*, *op. cit.,* nº 16-054.

[414] H. BALE, *Chitty on Contracts, op. cit*., nº 27-098; D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies on contracts & Torts*, *op. cit.,* p. 111.

[415] A. L. CORBIN, *On Contracts*, *op. cit.,* nº 1044.

[416] *Restatement of Law of Contract 350* : « […](2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss ».

[417] Cela est le même principe adopté dans le droit international des contrats. Les principes d'Unidroit prévoient à l'article 7.4.8 (2) : *« que le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue*

modèle de la *common law*, l'obligation de modérer le dommage est un outil au service des impératifs de l'efficience économique du contrat. Comme on l'a déjà noté[418], la fonction de l'obligation de modérer le dommage est d'inciter le créancier victime de l'inexécution du contrat à ne pas rester passif, mais à adopter activement les mesures raisonnables afin de minimiser le dommage imputable au débiteur. Il ne s'agit pas de favoriser la position du débiteur, mais de favoriser l'intérêt général en incitant le créancier à opter pour le choix le plus efficace, c'est-à-dire, celui qui permet de satisfaire son intérêt contractuel au moindre coût pour le débiteur et, par conséquent, pour la société. Lorsque la recherche d'efficacité et les efforts raisonnables employés par le créancier ne sont pas capables d'éviter ou de modérer le dommage, il incombe cependant au débiteur défaillant, et non au créancier, de supporter les pertes de cette démarche.[419]

260. Bien que le débiteur doive supporter les coûts et les dépenses employées par le créancier en vue de modérer le dommage issu de l'inexécution du contrat qui lui est imputable, il faut que les dépenses soient raisonnables. Ce sont les mêmes critères du caractère raisonnable des mesures qui doivent être appliqués afin de déterminer si les dépenses engagées par le créancier sont indemnisables ou non.

261. Bien que tous les critères doivent être analysés, le caractère raisonnable des dépenses dépend d'abord du critère selon lequel le coût de la mesure doit être, *a priori,* inférieur au coût des dommages évités avec son emploi ; et, en suite, du critère selon lequel la mesure doit être de nature, d'une forme prévisible, à modérer les dommages réparables. A propos de l'application de ces deux critères au remboursement des mesures raisonnables, il convient d'apporter certaines précisions afin d'apprécier le caractère raisonnable du coût et, donc, de son remboursement.

§ 1. LE COÛT DE LA MESURE DOIT ÊTRE INFÉRIEUR AU COÛT DES DOMMAGES PRÉVISIBLES QUE LE CRÉANCIER CHERCHE À ÉVITER

d'atténuer le préjudice ». Les PDEC adoptent la même solution à l'article 9:505 : *« (2) Le créancier a le droit au remboursement de tous frais qu'il a raisonnablement engagés en tentant de réduire le préjudice ».*

[418] V. *supra* nº 36 et s.

[419] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 369. Voir aussi : E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* nº § 12.12, p. 246 : « *Common sense dictates that an injured party that makes a reasonable, but to some extent unsuccessful, attempt to avoid loss, should not be penalized by being denied recover for loss that could have been avoided if the attempt had been more successful. Self-help of this kind should be encouraged ».*

262. Afin de constater leur caractère raisonnable, les coûts des mesures doivent s'avérer *a priori* moins onéreux que les dommages qu'il s'agit d'éviter.[420] Ainsi, si pour éviter la production du dommage, le créancier engage des coûts disproportionnés en sachant qu'ils dépassent le montant des dommages évités, les coûts de modération ne sont pas raisonnables. Le créancier aurait alors le droit au remboursement des frais employés seulement jusqu'à concurrence du montant raisonnable.[421]

263. Il faut noter que la valeur du dommage évitable, en tant que limite au coût raisonnable de la mesure envisagée et, par conséquent, du caractère raisonnable ou non de la mesure, ne comporte pas qu'une limite supérieure. Toute mesure, dont le coût, *a priori,* cause au créancier un préjudice supérieur au préjudice qu'il chercher à éviter, n'est pas une mesure raisonnable en soi. Ainsi, il n'est pas raisonnable pour l'acheteur victime de l'inexécution du contrat de réaliser une opération de substitution du même bien, d'une qualité exceptionnelle, alors qu'une qualité moyenne du bien était prévue dans le contrat et un bien de cette qualité était disponible sur le marché. Il est vrai que le créancier aura modéré les dommages issus de l'inexécution, car il aura reçu plus que l'avantage attendu du contrat de manière immédiate et à un coût inférieur au préjudice évité. Cependant, il ne s'agit pas uniquement de la protection de l'intérêt du créancier, mais aussi de la satisfaction de l'intérêt du créancier à un coût optimal. Le coût de substitution, étant disproportionné par rapport à la diminution de la valeur de son patrimoine du fait de l'inexécution, n'est pas un coût raisonnable objet d'indemnisation.[422]

---

[420] Y.- M. LAITHIER, *op. cit., loc. cit.* Voir aussi : H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, *op. cit.,* nº § 26-102 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 978 et s. : « *Thus in general he (the victim) should not, for example, spend more on curing a defect in performance than the subject-matter without the defect would be worth; nor should he continue to incur in expenses for the purpose of tendering performance after the other party has clearly indicated that he will refuse to accept » ;* E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* nº §12.12. Voir aussi : Budesgerichtshof, Allemagne, 25 juin 1997, CLOUT nº 235 ; Landgericht Darmstdt, Allemagne, 9 mai 2000, CLOUT nº 343.

[421] L. SAN MARTIN, *op. cit.,* p. 405 ; G. ROUHETTE, *Principes du Droit Européen du Contrat, op. cit., loc. cit.*

[422] E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* nº §12.12 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 978 et s. Cependant, si l'acheteur est un commerçant et que le préjudice est mesuré par rapport à la perte du profit de l'opération collatérale ou consécutive, les coûts de l'opération de substitution ne seront pas considérés comme une dépense non raisonnable, si la valeur du dommage collatéral évité est supérieure aux coûts de la prestation de substitution.

§ 2. LE COÛT RAISONNABLE CORRESPOND AU COÛT OPTIMAL

264. La limite supérieure ne détermine pas à elle seule le critère raisonnable des dépenses. Elle détermine uniquement les mesures qui, d'emblée, ne sont pas raisonnables. En effet, *a fortiori*, il n'est pas raisonnable, au nom de l'obligation de modérer le dommage, d'augmenter le préjudice de l'inexécution du contrat au lieu de le modérer. Comme il a été indiqué à plusieurs reprises, le caractère raisonnable des mesures de modération du dommage est fondé sur la notion d'efficacité économique. La mesure est raisonnable, non seulement parce qu'elle modère le dommage issu de l'inexécution, mais aussi parce qu'elle représente le choix optimal[423]. Ainsi, la mesure raisonnable est celle qui, *a priori* et selon les circonstances du cas concret, satisfait l'intérêt du créancier au moindre coût pour le débiteur et la société. Seulement ce coût optimal est raisonnable et, par conséquent, indemnisable.[424] Au-delà de ce coût optimal, le coût ne doit pas, en principe, être indemnisable. C'est le cas de l'acheteur qui, face au refus d'exécution du contrat par le vendeur, réalise une opération de substitution pour un prix supérieur au prix de marché du bien ou service. Comme l'affirme le professeur Laithier, dans ce cas-là, « le dommage a été minimisé en deçà de ce qui était requis. L'hypothèse est celle du créancier qui n'a pas suffisamment restreint le préjudice au regard de ce qu'il était raisonnable d'entreprendre (…) dans cette situation, le créancier répond de son incurie. Le préjudice qui aurait pu être évité par un comportement plus diligent n'est pas réparable. Cela dit, la jurisprudence fait preuve d'indulgence en admettant que le prix de remplacement soit un indice de la valeur marchande »[425].

265. Ce principe est suivi par le droit international des contrats. En effet, en ce qui concerne l'inexécution des prestations fongibles auxquelles s'applique le principe de substitution, lorsqu'il y a un marché de substitution, la formule du calcul du préjudice sur la base de la perte de l'avantage prévoit que le créancier de l'obligation caractéristique inexécutée a le droit à la différence entre le coût de la prestation et le coût raisonnable de substitution de la prestation sur le marché au moment de l'inexécution.[426] En ce qui concerne

[423] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 143-146. L'efficacité économique étant la situation où une personne ne peut être mieux sans qu'une autre personne soit défavorisée, ou, en termes généraux, des situations qui impliquent *«economic waste ».*
[424] E. A. FARNSWORTH, *Legal remedies for breach of contracts, art. préc.,* p. 1991.
[425] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 366.
[426] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 147.

le créancier de l'obligation monétaire victime de l'inexécution du contrat, il a le droit d'être indemnisé sur la base de la différence entre le prix du contrat et le prix raisonnable de revente sur le marché de la même prestation au moment de l'inexécution du contrat. La valeur de marché de la prestation inexécutée représente alors la référence du coût optimal de modération du dommage, lorsque la victime n'a pas procédé à la résolution et au remplacement.[427]

266. En effet, en principe, à chaque fois qu'il y a inexécution substantielle d'une prestation et un marché de substitution disponible, l'opération de substitution est réputée être la mesure optimale de modération du dommage. Le créancier obtient du marché l'exécution d'une prestation tout à fait identique à celle inexécutée, de manière immédiate, évitant les préjudices extrinsèques. Les frais engagés par le créancier afin d'obtenir la prestation de substitution sont indemnisés sur la base du prix raisonnable, mais diminués des coûts de la prestation du contrat. Ce sont les dépenses afférentes à la mesure qui donne satisfaction au créancier au moindre coût pour le débiteur et, par conséquent, à la société, qui correspondent au critère de dépenses raisonnables et donc indemnisables par le débiteur. Toutes les autres dépenses ou préjudices qui sont réputés évitables ne sont pas indemnisables.[428]

267. Cette limite à l'indemnisation des coûts raisonnables employés par le créancier afin de modérer le dommage est adoptée dans les Principes Unidroit aux articles 7.4.5 et 7.5.6. En effet, selon l'article 7.4.5, le créancier qui, ayant résolu le contrat, passe un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, peut récupérer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement, de même que des dommages et intérêts pour tout préjudice supplémentaire. Selon l'article 7.5.6, si le créancier, ayant résolu le contrat, ne procède pas à un contrat de remplacement, il peut, s'il existe un prix courant pour la prestation convenue, récupérer la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant au jour de la résolution, de même que des dommages et intérêts pour tout préjudice supplémentaire. Il s'agit ici du remboursement des coûts raisonnables de la mesure de modération optimale dans le cas d'une inexécution substantielle

[427] V. *infra* nº 291 et s. Le coût ou le prix effectif de remplacement est aussi pris en compte lorsqu'il est raisonnable, c'est-à-dire, lorsqu'il n'est pas disproportionné par rapport au prix du marché. Il faut noter que lorsque la victime de l'inexécution est le créancier de l'obligation monétaire, il n´y pas de coût de substitution car le coût du prix est toujours le même pour le débiteur de l'obligation caractéristique, alors que la substitution se fait par rapport à la perte de la valeur de la prestation.
[428] V. *infra* nº 293 et s.

du contrat par le débiteur. La même norme est prévue par les articles 75 et 76 de la CVIM[429] et par les articles 9 :506 et 9 :507 des PDEC.[430]

268. Lorsque l'inexécution n'est pas substantielle, le choix optimal d'indemnisation de l'intérêt positif entre la formule de la diminution de la valeur et le coût de substitution dépendra des circonstances précises selon chaque cas d'espèce. Le coût de substitution sera le plus souvent déterminé par le coût de réparation ou de réfaction du contrat et non par le coût de remplacement de la prestation. Ces coûts seront raisonnables s'ils ne représentent pas des coûts disproportionnés par rapport au préjudice calculé sur la diminution de la valeur. C'est la solution du *restatement of law of contrats N. 348* laquelle prévoit que : « *si l'inexécution entraîne une construction défectueuse ou inachevée et que la perte de valeur pour la partie lésée n'est pas prouvée avec suffisamment de certitude, le créancier peut obtenir des dommages-intérêts en fonction de: a) la diminution du prix du marché du bien causé par la violation, ou b) le coût raisonnable de l'exécution ou de la réparation des vices si ce coût n'est pas manifestement disproportionné par rapport à la perte de valeur probable pour lui. »*

269. Lorsque le principe de substitution n'est pas applicable, la perte de l'avantage est mesurée soit par le critère du coût de substitution, soit par le coût de la réparation, réfaction, ou achèvement dans la limite du critère de la diminution de la valeur. Si le coût de substitution est disproportionné par rapport à la perte de valeur probable pour lui, le caractère

---

[429] CVIM, Article 75 : *« Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procèdé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74. »* CVIM Article 76 *: « Lorsque le contrat est résolu et que les marchandises ont un prix courant, la partie qui demande des dommages-intérêts peut, si elle n'a pas procédé à un achat de remplacement ou à une vente compensatoire au titre de l'article 75, obtenir la différence entre le prix fixé dans le contrat et le prix courant au moment de la résolution ainsi que tous autres dommages-intérêts qui peuvent être dus au titre de l'article 74. Néanmoins, si la partie qui demande des dommages-intérêts a déclaré le contrat résolu après avoir pris possession des marchandises, c'est le prix courant au moment de la prise de possession qui est applicable et non pas le prix courant au moment de la résolution. »*

[430] PDEC, Article 9:506: « *Le créancier qui a résolu le contrat et passé un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, est fondé à obtenir la différence entre le prix du contrat originel et celui du contrat de remplacement, ainsi que des dommages et intérêts pour tout autre préjudice, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la présente section. »* Article 9:507: *« Le créancier qui a résolu le contrat sans passer de contrat de remplacement alors que la prestation promise a un prix courant, est fondé à obtenir la différence entre le prix du contrat originel et le prix courant au moment de la résolution, ainsi que des dommages et intérêts pour tout autre préjudice, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la présente section. »*

raisonnable des dépenses indemnisables pousse vers la méthode de calcul du dommage de la diminution de la valeur.[431] Il faut préciser qu'une dépense n'est pas déraisonnable si, une fois engagée, elle ne s'avère pas être la mesure la moins onéreuse. La dépense est raisonnable si, au jour de l'inexécution, elle est *a priori* la plus apte à modérer le dommage. Il faut uniquement que le créancier soit capable de démontrer que le choix n'était pas déraisonnable.[432]

§ 3. LA MESURE PERMET D'ÉVITER LES DOMMAGES RÉPARABLES RÉSULTANT DE L'INEXÉCUTION

270. Les dépenses réalisées par le créancier victime de l'inexécution ne seront pas raisonnables si la mesure n'est pas vraisemblablement apte ou de nature à éviter les dommages.[433] Si la mesure est susceptible d'éviter ou de modérer le dommage, mais qu'elle a échoué, la mesure n'est pas pour autant moins raisonnable. Au contraire, si la mesure n'était pas raisonnablement apte à minimiser les dommages, le créancier verrait son dédommagement réduit de la valeur des dommages évitables et ne pourrait pas récupérer les frais dépensés.[434]

271. Ainsi, il faut que la mesure dont le remboursement des dépenses est demandé soit vraisemblablement de nature à modérer les dommages issus de l'inexécution.[435] En revanche, pour que les dépenses employées soient indemnisables, il n'est pas nécessaire que le dommage soit effectivement modéré. Il y a plusieurs exemples dans les jurisprudence anglaise et américaine.[436] C'est le cas, par exemple, des démarches accomplies afin de conclure un contrat de substitution qui n'a pas abouti. C'est aussi le cas lorsqu'une demande judiciaire a été refusée. Il s'agissait de la réalisation d'une opération de substitution face à une inexécution anticipée du contrat, alors que le prix de la prestation de substitution contracté était supérieur au prix de la prestation au moment de l'échéance de l'obligation.[437] Dans tous ces cas, afin d'inciter le créancier à modérer le dommage évitable, la charge des

[431] V. *supra* nº 175 et s.
[432] E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.,* nº 12-12. Voir aussi *Apex Mining Company v Chicago Copper and Chemical Co.,* 306 F 2d 725 p. 731 ; *Hogland v Klein*, 298 P 2d. 1099, p. 1102.
[433] Y.- M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 371.
[434] *Ibidem.*
[435] *Ibidem.*
[436] *Ibidem,* p. 460.
[437] *Ibidem.*

conséquences dommageables de ces démarches sont placées sur le débiteur de la prestation inexécutée. Ce sont les impératifs de l'efficacité économique et l'intérêt général qui priment sur l'intérêt du débiteur défaillant et qui permettent d'apprécier le caractère raisonnable de la mesure, de son coût et de son remboursement.[438]

272. Cela dit, le créancier n'a pas le droit de récupérer les dépenses employées si le débiteur arrive à démontrer que les mesures réalisées par le créancier n'étaient pas de nature à modérer le dommage ou bien que ses coûts étaient disproportionnés par rapport au dommage prévisible de l'inexécution du contrat. Si le créancier agit d'une manière non raisonnable en essayant de modérer le dommage, il ne pourra pas récupérer les dépenses ainsi engagées. La question cruciale est celle de déterminer si le créancier a agi raisonnablement. Ainsi, par exemple, dans un cas fréquemment cité, un fabricant de boissons non alcoolisées s'est vu fournir des ingrédients contaminés. Il a été jugé que, en retirant et en détruisant des produits contenant l'ingrédient, même si la contamination ne représentait qu'un risque négligeable pour la santé, le fabricant avait agi de façon raisonnable afin de protéger sa réputation, et que le fournisseur de l'ingrédient était responsable du coût inutile du fabricant.[439]

[438] *Ibidem.*
[439] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 1061. L'auteur cite : Britvic Soft Drinks Ltd v Messer Uk Ltd (2002)1. Lloyd's Rep at (114).

§ 4. MESURES AU-DELÀ DE CE QUI EST NÉCESSAIRE POUR ÊTRE RAISONNABLE

273. Lorsque la mesure employée affecte l'intérêt du créancier ou représente un effort au-delà de ce qui est commandé par l'obligation de modérer le dommage, le débiteur ne sera obligé d'indemniser ce coût que dans la mesure jugée raisonnable.[440] C'est le cas du passager qui se voit refuser le transport en classe économique par une ligne aérienne et qui acquiert un ticket en première classe dans une autre compagnie aérienne, alors que des billets de substitution étaient disponibles. C'est aussi le cas « du salarié licencié qui accepte un emploi lui conférant un statut inférieur à celui qui était le sien antérieurement ».[441] Dans ce cas, si l'effort employé ou le coût de la mesure est nettement supérieur au coût de la mesure optimale, les coûts indemnisables seront limités aux coûts raisonnables pour éviter les dommages au moment de l'inexécution du contrat.

274. En somme, il faut tenir compte du fait que le créancier n'exécute pas l'obligation de modérer le dommage lorsque qu'il ne prend pas de mesures raisonnables pour éviter le dommage, mais aussi lorsqu'il prend des mesures déraisonnables afin de modérer le dommage. Dans les deux cas, le créancier doit supporter les dommages jugés évitables avec des mesures raisonnables. Si le créancier a adopté des mesures déraisonnables, il devra supporter les frais engagés au-delà de ce qui est demandé par l'obligation de modérer le dommage. Ainsi, le créancier n'a pas le droit au remboursement si la mesure est simplement disproportionnée. Le créancier devra supporter les coûts de la mesure dans la limite de ce qui est raisonnable et proportionnel afin d'éviter le dommage.

275. Ayant précisé les particularités du caractère raisonnable des mesures de modération et du remboursement dans le système de la *common law* et du droit international

[440] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 466 : « *Le débiteur ne répond que du préjudice existant ».* G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 980.

[441] *Ibidem.* « Le coût de la protection est optimal pour cette raison évidente que la fraction du dommage causé qui a été modérée n'est pas réparable ». Il faut ajouter : « et par le fait que le coût non raisonnable n'est pas indemnisable ». En effet, c'est parce que le dommage évitable n'est pas réparable, et parce que seul le coût optimal des mesures raisonnables est indemnisable, que le créancier est incité à modérer le dommage de manière aussi optimale. Au contraire, il devra supporter les conséquences négatives de son comportement ou omission.

des contrats, il convient alors d'analyser les particularités des mesures raisonnables dans ces systèmes.

Chapitre II
LES MESURES RAISONNABLES DE MODÉRATION

276. Dans la *common law* et le droit international des contrats, et c'est ici à notre avis la particularité essentielle de ces systèmes, les règles concernant la limite de la réparation du dommage évitable et, par conséquent, l'obligation de modérer le dommage, sont applicables à tous les composants de la formule de calcul de la perte de l'avantage ou *expectation interest.*[442] Elles sont applicables à la perte dans l'affaire (*loss in bargain)* ainsi qu'aux autres pertes (*other loss).* En ce qui concerne la perte dans l'affaire *(loss in bargain),* les règles de la modération du dommage sont ainsi applicables à chacun de ses composants internes, c'est-à-dire, la perte de la valeur de la prestation (*loss in value)* et le coût évité (*cost avoided).*[443] Autrement dit, il s'agit pour le créancier lésé de minimiser les pertes et de maximiser le coût évité.[444]

277. Ce qui fait la particularité de l'obligation de modérer le dommage dans la *common law* et dans le droit international des contrats est la spécificité des préjudices pour lesquels le créancier est censé agir afin de ne pas supporter les effets négatifs du dommage évitable. Il est clair qu'en appliquant les effets de l'obligation de modérer le dommage à la *perte de la prestation,* aux *autres pertes* ainsi qu'au *coût de la prestation*, l'obligation de modérer le dommage se répercute directement sur le *quantum* de l'indemnisation de l'intérêt positif, et même sur l'avantage attendu du contrat. Dans le système de la *common law,* il ne s'agit pas uniquement d'éviter l'aggravation du dommage initial, mais aussi de modérer ou réduire le dommage initial lorsque cela est possible et raisonnable.

278. Ainsi, l'application de l'obligation de modérer le dommage à la perte de la valeur de la prestation *(loss in value)* implique pour le créancier la nécessité de se procurer lui-même la satisfaction de son intérêt, si cela est possible et raisonnable, afin de modérer ou d'éviter l'aggravation des préjudices intrinsèque et extrinsèque. L'application au coût de

[442] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1184 et s.
[443] V. *supra* nº 185 et s.
[444] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc., loc. cit.* Cela évidemment autant que possible, dans le *ordinary course of business* et sans sacrifier son intérêt contractuel.

la prestation implique d'arrêter l'exécution à la charge du créancier afin de réduire la perte de l'avantage et de redéployer ailleurs les ressources afin de réparer, compléter ou remplacer la prestation inexécutée. La satisfaction de l'intérêt du créancier de manière immédiate à travers une opération de substitution est normalement la forme la plus efficace pour éviter les préjudices extrinsèques ou *les autres pertes*. Lorsque ces mesures ne sont pas possibles, licites ou raisonnables, les critères du caractère raisonnable des mesures sont applicables afin de déterminer le caractère évitable du dommage et la limite de l'indemnisation du dommage contractuel.

279. Cela dit, l'application systématique de l'obligation de modérer le dommage à chacun des composants de la formule de calcul de l'intérêt positif du créancier victime de l'inexécution du contrat a permis d'identifier certaines mesures dont le caractère raisonnable est, en principe, présumé. Il s'agit, selon Farnswoth du « principe de substitution » et du « principe d'interruption »[445]. Ce sont des mesures considérées comme raisonnables de manière constante à chaque fois que le débiteur refuse d'exécuter l'obligation.[446] Ils visent à modérer le dommage intrinsèque, c'est-à-dire le préjudice sur le droit subjectif ou l'intérêt légitime créé par le contrat en faveur du créancier victime de l'inexécution, ainsi que le préjudice extrinsèque.[447] Lorsque ces principes ne sont pas applicables, les mesures de modération sont appréciées selon les critères du caractère raisonnable. On verra ainsi les mesures raisonnables selon l'application du principe d'interruption et substitution (Section I), et les mesures raisonnables au-delà du principe d'interruption et de substitution (Section II.)

---

[445] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1185 et s. : *« As to cost avoided. After repudiation by the party in breach the injured party is expected to maximize his loss on the bargain and, therefore, his damages. Ordinarily this means that he is expected to stop work […] As to loss in value, the injured party is expected to minimize this component in order to minimize his loss on the bargain and, therefore, his damages. Here the 'principle of substitution' limits the loss in value to him […] to the cost at which he could replace that performance […] according to this principle, the injured party, on learning of the breach, is expected to take affirmative action to avoid loss by making such substitute arrangements as are reasonable under the circumstances. He is limited to recovery on the loss that he would have sustained had such arrangements been made, and, as a collorary, is allowed any cost that he has incurred in making such arrangements ».*

[446] *Ibidem*.

[447] V. *supra* nº 165 et s. Ce sont en effet ces principes qui justifient la formule qui limite l'indemnisation du dommage à la différence entre le prix de substitution et le prix du contrat prévue dans les articles UCC 2-713; 9:506 du PDEC, 7.4.5 des principes UNIDROIT, et 75 et 76 de la CVIM.

Section I
LE PRINCIPE D'INTERRUPTION ET DE SUBSTITUTION

280. On sait que les critères d'appréciation du caractère raisonnable des mesures de modération sont applicables, selon chaque cas d'espèce, à chaque élément de la formule de calcul du préjudice de l'intérêt positif issu de l'inexécution, ce qui correspond à la perte de la valeur de la prestation (*loss in value)*, au coût évité (*coût évité)* et aux autres pertes (*other losses).* Cela dit, lorsque l'on parle du principe de substitution, il est question de l'application de l'obligation de modérer le dommage au premier élément de la formule : la perte de la prestation. En revanche, lorsque l'on parle du principe d'interruption, il est question de l'application de l'obligation de modérer le dommage au deuxième élément de la formule : le coût de la prestation. Dans les deux cas, il s'agit de mesures applicables uniquement lorsqu'il y a un refus total ou une inexécution substantielle du contrat. On verra d'abord le principe d'interruption (§ 1) et ensuite le principe de substitution du contrat (§ 2).

§ 1. LE PRINCIPE D'INTERRUPTION

281. Après le refus du débiteur d'exécuter le contrat, le créancier lésé est dans la nécessité de maximiser le coût évité de la prestation inexécutée, deuxième élément de la formule du calcul de l'*Expectation Interest*, afin de minimiser sa perte dans l'affaire et, par conséquent, de modérer les dommages.[448] En d'autres termes, après le refus d'exécuter par le débiteur, le créancier doit arrêter l'exécution du contrat.[449] On désigne cette mesure de modération du dommage comme le « principe d'interruption ». Il s'agit d'une règle de

[448] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1185 .
[449] *Ibidem.* L'auteur cite : Rockingham County v Luten Bridge Co 35 F.2d 301(4th Cir. 1929). Voir aussi : Clark v Marsiglia, V Denio (N.Y.) 317,318-19 (1845). Dans ce dernier il est déclaré : *« to hold that one employs another to do a piece of work is bound to suffer it to be done in all events, would sometimes lead to great injustice. A man may hire another to labor for a year, and within the year his situation may be such as to render the work entirely useless to him. The party employed cannot persist in working, though he is entitled to the damages consequent upon his disappointment. So if one hires another to build a house, and subsequent events put it out of this power to pay for it, it is commendable in him to stop the work, and pay for what has been done and the damages sustained by. He may be under necessity to change his residence; but upon the [contrary rule], he would be obliged to have a house which he did not need and could not use*. »

modération du dommage d'application constante en cas de refus total d'exécution par l'une des parties.[450]

282. La mesure s'explique facilement dans la formule de calcul de la perte de l'avantage ou *Expectation Interest.*[451] Selon la formule, lorsque le débiteur refuse d'exécuter la prestation, le créancier a le droit d'être indemnisé sur la base de la valeur de la prestation inexécutée réduite du coût évité, augmentée des autres pertes. S'il n'y a pas d'autres pertes, la modération du préjudice indemnisable dépendra en grande partie du coût évité. En effet, le coût évité, on le sait, est la différence entre le coût stipulé dans le contrat pour la prestation réduit du coût réalisé par le créancier. Plus le coût évité est élevé (maximisé), moins le montant de l'indemnisation sera élevé. Ainsi, par exemple, si le créancier achète un bien pour le prix de 100 et que la valeur du bien au moment de l'inexécution est égale à 150, en cas de refus du contrat par le vendeur, l'acheteur aura le droit à une indemnisation de 50 s'il interrompt l'exécution de sa prestation et s'abstient de payer le prix, et de 150 s'il ne l'interrompt pas.

283. Dans les systèmes qui suivent le modèle du Code civil de 1804, cette possibilité est limitée, car, en principe, l'inexécution du débiteur ne libère pas le créancier des obligations à sa charge ; l'exception d'inexécution, lorsqu' elle est applicable, n'est qu'un droit du créancier et non une obligation. En effet, le créancier est tenu par son engagement contractuel, à moins que le créancier n'oppose l'exception d'inexécution du contrat ou demande la résolution du contrat, sanctions dont le régime juridique est significativement différent de celui de la *common law*.[452] En outre, le créancier victime de l'inexécution du contrat a le droit d'exécuter l'obligation à sa charge et de choisir entre soit l'exécution en nature et, si celle-ci n'est pas possible, la demande de l'exécution par équivalent ou la réparation en nature, soit la résolution du contrat.[453] Au contraire, selon le « principe d'interruption », le créancier est censé interrompre l'exécution de sa propre prestation afin de modérer le *quantum* de la perte de l'avantage, s'il ne veut pas perdre le

[450] H. G. TREITEL, « Remedies for breach of contract, Course of action open to a party aggrieved », in *International Encyclopedia of comparative law,* Paris, Mouton, The Hague and JCB Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, 1976, p. 16-53 : « *Expenditure incurred after wrongful repudiation of the contract may be irrecoverably on the ground that the aggrieved party ought to have refrained from incurring in the exercise of this duty to mitigate ».*
[451] V. *supra* nº 185 et s.
[452] V. *supra* nº 105 et s.
[453] V. *infra* nº 492 et s.

coût ainsi employé.[454] L'obligation de modération du contrat prend ainsi un rôle déterminant dans les effets du contrat en cas du refus total d'exécution par le débiteur.

284. C'est au créancier qu'il incombe de choisir la sanction ou le remède qui, tout en parvenant à réaliser son intérêt, implique un coût moindre pour le débiteur et, par conséquent, pour la société. La limitation de l'indemnisation du dommage évitable avec des mesures raisonnables impose au créancier victime de l'inexécution la nécessité de choisir la mesure de protection de son droit qui soit la plus efficiente, et cela sous le risque de voir limitée l'indemnisation des dommages qui rentrent dans la catégorie des dommages raisonnablement évitables. En cas de refus du débiteur d'exécuter l'obligation à sa charge et, en général, en cas d'inexécution substantielle, le créancier est placé dans la nécessité d'arrêter l'exécution de sa propre obligation, car les dommages qui découlent de cette exécution ne seront pas indemnisables.

285. On peut illustrer le principe avec une affaire de la jurisprudence américaine fréquemment citée[455.] Selon les faits de l'espèce, un entrepreneur avait poursuivi la construction d'un pont, demandée par une autorité locale, alors que celle-ci lui avait notifié sa décision de ne pas construire la rue dont le pont faisait partie et, par conséquent, de refuser le contrat. Le pont, construit au milieu de la forêt, n'avait aucune valeur pour l'autorité locale. Il a été décidé par la Cour d'appel des États-Unis du quatrième circuit que le constructeur n'avait pas le droit de cumuler et de faire augmenter les dommages en exécutant la construction d'un pont inutile. En effet, le constructeur, qui n'a pas arrêté l'exécution de la prestation à sa charge, augmentant de cette façon la perte dans l'affaire, s'est vu refuser la compensation des dommages pour le coût qui aurait pu être évité.[456] Selon le Professeur Williston, « Il est infligé un dommage au défenseur (débiteur défaillant) sans bénéfice pour le demandeur (créancier lésé) de permettre au créancier d'insister dans l'exécution de la prestation à sa charge. La prestation peut se révéler inutile pour le débiteur qui, en plus, devra payer la totalité du prix du contrat. Cela alors que le créancier lésé est uniquement intéressé

[454] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1185. Voir par exemple, en droit international : Commission d'arbitrage économique et commercial international de la Chine, 29 de septembre 1997, consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/970929c1.html.

[455] E. A. FARNSWORTH, G. YOUNG, C. SANGER, *Cases and materials contracts,* ed. 6º, New York, Foundation Press, 2001, p. 493 ; *Rockingham* County V Luten Bridge Co. 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929) ; S. WILLINSTON, *A treatise on the law of contracts,* Vol. 3, West Group, 2000, p. 2347.

[456] E. A. FARNSWORTH, *Contracts legal remedies for breach of contracts*, *art. préc., loc. cit.*

dans le profit qu'il attendait de retirer du contrat. En outre, il peut être également avantageux pour le créancier d'utiliser son temps autrement ».[457]

286. Malgré le principe, le créancier peut de manière exceptionnelle décider de continuer l'exécution de la prestation si, en dépit du refus du débiteur d'exécuter le contrat, le créancier considère que l'exécution de la prestation permettra de réduire ou de modérer les dommages issus de l'inexécution du débiteur. C'est le cas, par exemple, lorsque le créancier, fabricant des biens victime de l'inexécution de l'acheteur qui a refusé le contrat, considère que le dommage issu de l'inexécution sera minimisé si, une fois la fabrication du bien terminée, il pourra le vendre auprès d'un tiers sur le marché. En effet, cette solution est approuvée par le *Uniform Commercial Code*.[458] Si la décision est commercialement raisonnable, le créancier aura le droit de récupérer le coût non évité de la prestation inexécutée par le débiteur, même si cette décision ne permet pas de maximiser les coûts évités.[459]

287. Toutefois, lorsque l'inexécution du débiteur n'est pas substantielle, le créancier n'a pas le droit et n'est pas dans la nécessité d'arrêter la prestation à sa charge. Étant tenu d'exécuter l'obligation à sa charge, le refus d'exécution sans excuse légale sera à son tour un refus d'exécution de sa part, ce qui permettra à l'autre partie du contrat d'opter pour la résolution du contrat et la demande de la compensation des dommages.[460] Si l'exécution de la prestation est une *condition precedent* de l'obligation à la charge du créancier, soit parce que son exécution doit précéder l'exécution de l'obligation à la charge

---

[457] *Ibidem.* S.WILLINSTON, *op. cit.,* p. 2347 : « *There is a line of cases back to 1845 which holds that, after an absolute repudiation or refusal to perform by one party to a contract, the other party cannot continue to perform and recover damages based on full performance. This rule is only a particular application of the general rule of damages that plaintiff cannot hold a defendant liable for damages which need not have been incurred; or, as it is often stated, the plaintiff, so far as he can without loss to himself, mitigate the damages caused by the defendant's wrongful act. The application of this rule to the matter in question is obvious. If a man engages to have a work done, and afterwards repudiates his contract before the work has been begun or when it has been only partially done, it is inflicting damage on the defendant without benefit to the plaintiff to allow the later to insist on proceeding with the contract. The work may be useless to the defendant, and yet he would be forced to pay the full contract price. On the other hand, the plaintiff is interested only in the profit he will make out of the contract. If he receives this it is equally advantageous for him to use his time otherwise ».*

[458] UCC SS 2-704(2) : « *Where the goods are unfinished an aggrieved seller may in the exercise of reasonable commercial judgment for the purposes of avoiding loss and of effective realization either: complete the manufacture and wholly identify the goods to the contractor, cease manufacture and resell for scrap or salvage value or proceed in any other reasonable manner. »* V. aussi : E. A. FARNSWORTH, G. YOUNG, C. SANGER, *Cases and materials contracts,* 6º ed., *op. cit.,* p. 493.

[459] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1185.

[460] V. *supra* nº 138 et s.

du créancier, soit parce que il s'agit d'une *entire obligation*[461], alors le créancier victime de l'inexécution aura des causes légitimes pour arrêter l'exécution de la prestation à sa charge. Dans ce cas, le créancier n'aura pas le droit de demander des dommages et intérêts pour les coûts non évités s'il décide de continuer l'exécution, ces coûts étant raisonnablement évitables. Au contraire, si l'exécution de l'obligation du débiteur n'était pas une *precedent condition* de l'obligation à la charge du créancier*,* alors le créancier n'aurait pas d'excuses légales pour interrompre l'exécution de l'obligation à sa charge et pourra demander l'indemnisation de la prestation exécutée.[462]

288. Lorsque le créancier est victime d'une inexécution partielle ou défectueuse non substantielle, il a le droit de demander des dommages et intérêts sur la base de la perte de la valeur de la prestation ou *value diminution*, c'est-à-dire sur la base de la différence entre la valeur du marché de la prestation attendue par le créancier selon le contrat et la valeur du marché de la prestation effectivement reçue du créancier au moment prévu pour l'exécution.[463] Cependant, comme il a été déjà indiqué, selon les circonstances, la perte de l'avantage pourra aussi être calculée sur la base du coût de marché pour le créancier pour compléter la prestation non conforme.[464]

289. Si le créancier n'a pas de moyens légaux pour arrêter l'exécution de l'obligation à sa charge, le coût évité sera nul, ce composant étant la différence entre la valeur de la prestation à la charge du créancier et la valeur de la prestation effectivement réalisée. Au contraire, s'il y a des excuses légales pour arrêter l'exécution de la prestation, le créancier est censé arrêter l'exécution. En effet, il ne sera pas indemnisé pour les coûts de l'exécution engagés, ceux-ci étant considérés comme un préjudice raisonnablement évitable.

290. Le « principe d'interruption », que l'on vient d'expliquer, concerne l'application de l'obligation de modérer le dommage au « coût évité » en tant que composant du calcul du préjudice à l'intérêt positif ou *expectation Interest.* Dans un contexte économique de libre marché, lorsque la prestation inexécutée par le débiteur est fongible ou substituable, dans la plupart des cas, le créancier peut obtenir, indirectement, la satisfaction

[461] V. *supra* nº 101 et s.
[462] V. G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 7º ed., *op. cit.,* p. 762.
[463] V. *supra* nº 178 et s.
[464] V. *supra* nº 176 et s.

de son intérêt contractuel auprès d'un tiers sur le marché[465]. Ainsi, le créancier n'est pas seulement supposé arrêter l'exécution de la prestation à sa charge afin d'éviter le coût de l'inexécution, mais il est aussi censé prendre des mesures positives afin de remplacer le contrat et de modérer, voire d'éliminer, la perte de la prestation non exécutée.[466] C'est précisément ce contexte économique qui donne tout son intérêt et son importance pratique au principe de substitution en tant que mesure raisonnable de modération du dommage.

§ 2. LE PRINCIPE DE SUBSTITUTION

291. Dans une économie de libre marché, le créancier victime de l'inexécution du contrat, dans la plupart des cas, aura le choix de trouver un produit ou un service de substitution sur le marché, ou bien de placer le bien ou service sur le marché afin de récupérer le prix. S'il existe une prestation de substitution sur le marché ou un marché de revente, le système de la *common law* et du droit international des contrats[467] présument alors que la mesure la plus raisonnable est le remplacement du bien ou du service, ou la revente du bien ou service sur le marché.[468] On fait référence, alors, au principe de substitution.

---

[465] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s. E. A. FARNSWORTH, G. YOUNG, C. SANGER, *Cases and materials contracts, op. cit.,* p. 493.

[466] *Ibidem.*

[467] B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI* 1987, nº 33 et 401 : « le colloraire le plus souvent réaffirmé de l'obligation de modération est l'obligation de trouver un marché de substitution » elle est « clairement affirmée dans la jurisprudence arbitrale » ; V. aussi J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 309 et s.

[468]. Voir : E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1185 ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts, op. cit.,* nº 26-080, p. 1849 ; « *The purpose of the rules on mitigation is to prevent the waste of resources in society, since they are obviously limited. Whenever the innocent party, following the defendant's breach, is able to find substitute performance from a third party, the mitigation rule give him a strong incentive to accept the substitute* ». G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 11º ed., *op. cit.*, p. 976 et s.; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 589 : *« Useful illustration of the application of the principles so far discussed are provided by the manner of assessment in contracts of sales of goods. For example, sections 50 and 51 of the Sales of Goods Act 1979 (…) state that the measure of damage for non-acceptance or non-delivery of the good is the estimated loss directly and naturally resulting, in the ordinary course of events, from the buyer's or the seller's breach of contract; and where there is an available market for the goods in question, this is prima facie to be ascertained by the difference between the contract price and the market o current price at the time when the goods ought to have been accepted or delivered, as the case may be […] the reason for this prima facie breach rule is that in the case of non-delivery by the seller the buyer may go into the market and buy alternative goods at the current price and, in case a buyer's failure to accept goods, the seller may take his goods into the market and obtain the current price for them ».* S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005, p. 49 : « *Pour le droit anglais en revanche, lorsque l'une des parties n'exécute pas ses obligations, l'autre partie (généralement appelée injured party - la partie qui a subi un préjudice) a la possibilité d'obtenir une prestation équivalente en ayant recours aux services d'un tiers, sans qu'une autorisation judiciaire préalable ne soit exigée. Elle pourra ensuite réclamer le remboursement du coût de cette substitution au débiteur indélicat. Cette possibilité n'est pas affirmée en tant que telle, mais découle naturellement de l'obligation qui est faite au créancier de limiter le préjudice qu'il subit du fait de l'inexécution (mitigation of damages ou atténuation du préjudice)*. En droit français, O. DESHAYES, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière

292. Selon ce principe[469], dès le moment où le créancier a connaissance de l'inexécution substantielle du contrat ou du refus d'exécution par le débiteur, il est censé réaliser une opération de substitution, lorsque celle-ci représente une mesure raisonnable pouvant modérer le dommage.[470] Ainsi, le créancier a le droit d'être indemnisé dans la

contractuelle, Rapport français », *RDC*- n° 3, *art. préc.* : « *L'autre conception de l'obligation de modération est celle qui a cours en Angleterre et aussi, semble-t-il, aux États-Unis. La modération du dommage n'y est pas conçue, de manière isolée, comme une règle propre à l'allocation de dommages et intérêts mais comme le pivot de l'organisation des sanctions de l'inexécution du contrat. Partant du principe que le créancier est suffisamment rempli de ses droits lorsqu'il obtient une somme compensant les conséquences inévitables du dommage, ce créancier n'est pas fondé à réclamer, sauf exceptions, l'exécution en nature du contrat. Il doit prendre acte de la rupture du contrat et chercher à se remplacer immédiatement, sans avoir besoin de l'autorisation du juge. Le remplacement n'est donc pas pour le créancier anglais une faculté mais une obligation, dont le ressort est précisément l'obligation de modérer le dommage* ».

[469] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,*1185 : « *According to this principle, the injured party, on learning of the breach, is expected to take affirmative action to avoid loss by making such substitute arrangements as are reasonable under circumstances. He is limited to recovery based on the loss that he would have sustained had such arrangements been made.* ». E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* nº § 12.12, p. 809 et s. : « *As to loss avoided by making substitute arrangements, the injury party is usually expected not merely to stop performance in order to avoid cost, but to take reasonable affirmative steps to make appropriate substitute arrangements to avoid loss. An injured party that is the recipient can often obtain a suitable substitute on the market […] Similarly, an injured party that is the supplier can often dispose on the market of the performance that was to have been rendered under the contract…* » ; E. A. FARNSWORTH, G. YOUNG, C. SANGER, *Cases and materials contracts, op. cit.,*p. 494 : « *In the market economy, it is assumed that the injured party can generally arrange a substitute transaction and, under the principle of avoidability, is expected to do so».* G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 11º ed., *op. cit.*, p. 976 et s. : « *If the claimant fails to take reasonable steps to minimize his loss, he cannot recover anything in respect of extra loss due to his failure. Commonly, he is required to make a substitute contract […]. On the same principle, a wrongfully dismissed employee must make reasonable efforts to find a comparable job »* ; S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ?*, art. préc.* : « *Ce devoir autorise (et même oblige) implicitement le créancier à se procurer sur le marché une prestation équivalente à celle qui lui était due aux termes du contrat sans qu'une autorisation judiciaire ne soit requise, cette action du créancier ne faisant l'objet que d'un contrôle a posteriori : la limitation du préjudice doit en effet être « raisonnable ». De cette façon, le droit anglais encourage la partie qui doit faire face à une inexécution contractuelle à obtenir une prestation équivalente plutôt que de chercher à obtenir l'exécution de la part du débiteur et contre la volonté de ce dernier […] D'une manière générale, le droit anglais a donc adopté une stratégie très différente quant aux conséquences d'une inexécution contractuelle par rapport aux systèmes juridiques d'inspiration civiliste. Ceci implique qu'une partie au contrat n'est nullement titulaire d'un droit à l'exécution du contrat par l'autre partie, même dans les rares hypothèses où la specific performance est en principe disponible. De plus, une partie au contrat dispose dans la plupart des situations d'un droit à obtenir une prestation équivalente par le recours aux services d'un tiers, tout en mettant le coût de cette opération à la charge du débiteur initial grâce aux dommages et intérêts* » ; G. H. TREITEL, « Remedies for breach of contract, Course of action open to a party aggrieved », *art. préc.,* p. 76 : « *Only French law appears not to recognize the existence of a « duty » to make a substitute contract* ».

[470] G. H. TREITEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 847 : « *Although rescission depends on the election of the injured party, that party's option is to some extent curtailed by the rule that the damages to which he is entitled may be reduced if he fails to take reasonable steps to mitigate his loss. This rule will sometimes put pressure on the injured party to rescind, for one common way of mitigating loss is to make a substitute contract; and the effect of doing this will often be to put it out of the injured party's power to perform the old contract. Where this is the case, the making of the substitute contract will involve the rescission of the original one […] in this cases the injured party is not under any legal obligation to make the substitute contract, so that in this sense he remains free to choose between affirmation and rescission. But his freedom of choice is limited in that, if he acts unreasonably in falling to make such a contract, he will suffer a reduction in the damages to which he is entitled by reason of breach of the original contract ».* En droit international voir par exemple : Bundesgericht, Suize, 17 de décembre 2009, consulté in : cisgw3.law.pace/cases/091217s1.html ; U.S. District Court, Nothern District of New York, 9 septembre 1994, case CLOUT nº 85 ; Ontario Court of Appel, Canada, 26 janvier 2000, *Nova Tool & Mold, Inc.,* consulté in : cisgw3.law.pace.edu/case/000126c4.html ; Oberlandesgericht Köln, Allemagne, 8 janvier 1997, CLOUT nº 311; Cour internationale d'arbitrage de la CCI, janvier 1997, sentence arbitrale nº 8786, Unilex ; Cour internationale d'arbitrage de la chambre de commerce et de l'industrie de la Fédération de Russie, 13 avril 2006, sentence arbitral 105/2005, consulte in : cisgw3.law.pace.edu/case/0060413r1,html.

mesure de la valeur des préjudices qu'il aurait subis si ces actions positives de substitution avaient été réalisées. En pratique, cependant, il est fort probable que le créancier ne sera pas indemnisé de tous les inconvénients que l'opération de substitution lui aura causés.[471] Comme l'opération de substitution doit être réalisée dans une période raisonnable après l'inexécution du contrat, elle permettra d'éviter, en principe, tous les autres dommages issus du retard dans l'exécution de la prestation, car, une fois réalisée, le créancier aura reçu, en termes pratiques, une prestation identique à celle attendue du contrat.[472] Tous les préjudices qui auraient pu découler de l'inexécution, incluant ceux qui auraient pu affecter les opérations collatérales, seront évités, puisque le créancier sera en mesure d'exécuter à son tour les obligations à sa charge.[473]

293. Le principe de substitution, bien qu'il ait pour finalité de minimiser, voire d'éliminer la perte de la valeur de la prestation (*loss in value)*, a une incidence sur tous les composants de la formule du calcul du préjudice à l'intérêt positif du créancier ou *expectation interest*.[474] Peu importe que la victime de l'inexécution soit le créancier de l'obligation caractéristique (*recipient)*[475], ou bien que la victime de l'inexécution soit le créancier du prix (*supplier)*[476]. Ainsi, il y a des incidences sur les deux composants du calcul de la perte de l'affaire (*loss in bargain)*, c'est-à-dire sur la perte de la valeur de la prestation ou *loss in value,* élément premier de la formule, et sur le composant du coût évité ou *cost avoided,* deuxième élément de la formule, ainsi que sur les autres pertes (*other loss),* troisième composant de la formule.[477] Alors, pour mieux comprendre le principe de

---

[471] E. A. FARNSWORTH, *Contracts legal remedies for breach of contracts*, *art. préc.,* p. 1186.
[472] *Ibidem.*
[473] *Ibidem.* En droit français voir : S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 359 et s., selon l'auteur : *« Solidement ancrée en droit anglais, l'obligation de rechercher la conclusion d'un contrat de remplacement apparaît également dans la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises. Elle y est même présentée comme l'application la plus fréquente de l'obligation de minimiser le dommage. Elle joue, ici aussi, à l'égard du vendeur et de l'acheteur. Si les marchandises sont arrivées inutilisables et que l'acheteur sait que le vendeur n'est en mesure ni d'en fournir d'autres, ni de remédier au défaut, l'acheteur doit se remplacer au meilleur cours. Si le vendeur a reçu de l'acheteur une notification par laquelle le second informe le premier qu'il renonce à recevoir les marchandises pour une raison quelconque et que les marchandises étaient prêtes à être expédiées, il doit s'efforcer de les revendre. Dans les deux cas, l'article 75 de la Convention suppose que l'opération de substitution est effectuée « d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution ». Cela ne signifie pas, a-t-on remarqué, que le remplacement doit se faire au meilleur prix. Il suffit qu'il soit raisonnable, conforme, en d'autres termes, aux exigences de l'obligation de minimiser le dommage. Assez proche, sur ce point, du droit anglais, la Convention de Vienne se démarque, en revanche, nettement du droit français. »* B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du II avril 1980, op. cit.,* n° 173, p. 165; V. HEUZE, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme, op. cit.,* n° 4.39, p. 333.
[474] V. *supra* nº 185 et s.
[475] V. *supra* nº 188 et s.
[476] V. *supra* nº 189 et s.
[477] *Ibidem.*

substitution, il faut analyser en détail sa répercussion sur chaque élément de la formule de calcul du préjudice contractuel sur la base de l'intérêt positif ou *expectation interest*.[478]

294. En ce qui concerne la perte de la valeur de la prestation[479] (*loss in value*), en application de l'obligation de modérer le dommage, le créancier est censé minimiser cette composante du préjudice afin de minimiser la perte de l'avantage attendu[480] (*loss on the bargain*) et, par conséquent, dans la totalité du préjudice.[481] Ainsi, la perte de la valeur de la prestation (*loss in value*), élément premier de la formule, est égale à la différence entre la valeur de la prestation au moment de l'inexécution (*value of performance*) ou « valeur d'exécution » et la valeur de la prestation reçue par le créancier à travers l'opération de substitution (*value of substitute)* ou la « valeur de substitution ».[482]Pour sa part, en ce qui concerne le coût évité, deuxième élément de la formule, celui-ci sera égal à la différence entre le coût de la prestation pour le créancier *(cost of performance)* ou « coût d'exécution » et le coût de la prestation de substitution auprès d'un tiers sur le marché (*cost of substitute*) ou « coût de substitution ».[483]

---

[478]V. *supra* nº 185 et s. On sait que la perte de l'avantage (*loss in bargain)* est la différence entre la perte de la valeur attendue par le créancier (*loss in value)* et les coûts évités de cette prestation (*cost avoided)* augmentés des autres pertes (*other losses).* On sait aussi que la perte de la valeur *(loss in value),* première élément de la formule, est égale à la différence entre la valeur de la prestation pour le créancier selon le contrat et la valeur de la prestation reçue par le créancier au moment où l'exécution était prévue dans le contrat. On sait d'autre part que le coût évité (*cost avoided),* deuxième élément de la formule, est égal à la différence entre le coût de la prestation pour le créancier selon le contrat et le coût de la prestation réalisée pour le créancier au moment de l'inexécution.

[479] V. A. PINNA, *op. cit.,* p. 531.

[480] Aussi désigné comme perte de marge ou de profit, voir : A. PINNA, *op. cit.,* p. 532.

[481] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1186. Selon Farnsworth, le principe de substitution limite le *quantum* de la réparation de la perte de l'avantage subis par le créancier, au coût de substitution sur le marché de la prestation inexécuté par le débiteur, plus les dommages causés par le retard dans le replacement. Cette limite est le même principe qui fait du coût de compléter la prestation la limite supérieure du *quantum* de la réparation. Cette limite est la source des règles les plus importants pour le calcul du *quantum* du dommage : *« Of the principle of the substitution, Bonbright says : 'Having a house to live in may be so important to me that I would give my entire fortune rather than go without it. But having this particular house is much less important, since I could buy another, equally attractive house, say, for 10.000$. Recognition of this principle of substitution has led appraisal writers to lay down the rule that the replacement cost of property ordinarily sets the approximate upper limit of its value…' For Bonbright : 'That replacement cost sets the approximate upper limit….value' is' one of the most useful rules of thumb'. For Bonbright: '[value] refers to the advantage that is expected to result from the ownership of a given object of wealth (or the market price that this advantage will command), whereas [cost] the sacrifice involved in acquiring this object 'anything or human achievement worth what it cost' ».*

[482] Damages= [value of performance-value of substitute]-[cost of performance-cost of substitute] + other loss or Préjudice = [avantage contractuel - avantage du substitute]-[coût d'exécution (valeur contraprestation) - coût du substitute (Valeur du substitute)] + autres préjudices.

[483] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1187. Comme on l'a déjà noté, afin de comprendre la formule, il faut supposer que, selon la logique de la *common law,* les contrats sont, sauf exceptions, des contrats conclus à titre onéreux. Il faut aussi supposer que, dans la majorité des contrats, il y a une partie (*supplier),* débiteur de l'obligation caractéristique et créancier du prix, qui

295. Ainsi, afin d'illustrer le principe de substitution, prenons le cas d'un fournisseur (*supplier*) débiteur de l'obligation caractéristique, qui s'engage à fournir une pièce de rechange d'une machine à un fabricant (*receiver*) créancier de l'obligation caractéristique, pour un prix de 100 et dont le coût de fabrication est de 90. Si le fournisseur n'exécute pas le contrat et que la machine reste inactive, le fabricant n'a pas le droit de demander en justice au fournisseur la somme de 10.000 du gain manqué pour la non-utilisation de la machine pendant dix ans, période de vie de la pièce de rechange. Si la pièce de remplacement était disponible sur le marché au prix de 110, l'indemnisation des dommages sera limitée uniquement à 10, c'est-à-dire la différence entre « la valeur d'exécution » (*value of performance)* (100) et « la valeur de substitution » (*value of substitute)* (100), réduite de la différence entre « le coût de substitution» (*cost of substitute)* (110) et « le coût d'exécution » (*cost of performance)* (100), augmenté des autres dommages produits à cause du retard pour avoir la pièce de rechange.[484]

296. En effet, s'il y a une pièce de rechange de même caractéristique sur le marché, la valeur de la prestation, selon le contrat et la valeur de la prestation reçue à travers

s'engage à donner ou faire quelque chose au bénéfice d'une autre (*recipient),* créancier de l'obligation caractéristique et débiteur du prix, qui à son tour s'engage en contrepartie à payer un prix. Cela dit, il faut noter que, lorsque la formule du préjudice contractuel parle de « valeur d'exécution » *(value of performance)* et de « valeur de substitution » (*value of substitute),* ainsi que de « coût d'exécution » (*cost of performance)* et de « coût de substitution » (*cost of substitute),* la formule aborde le phénomène du calcul du dommage à partir de la perspective de la partie lésée par l'inexécution du contrat, soit le *supplier* ou le *recipient,* et dans sa double dimension de créancier et de débiteur de l'obligation caractéristique et du prix. Ainsi, la « valeur d'exécution » (*value of performance)* et la « valeur de substitution » (*value of substitute)* pour le créancier de l'obligation caractéristique (*recipient)* est donnée par la valeur que devait lui procurer l'exécution de la prestation par le débiteur de l'obligation caractéristique (*supplier)* et par l'avantage que lui procure la prestation fournie par un tiers au marché ou « débiteur de substitution » (*substitute supplier)* respectivement. Du point de vue du débiteur de l'obligation caractéristique ou créancier du prix *(supplier)*, la « valeur d'exécution » (*value of performance)* et la valeur de substitution (*value of substitute)* sont obtenues par le prix du contrat et par le prix de substitution reçu d'un tiers sur le marché. Dans le sens inverse, le « coût d'exécution » (*cost of performance)* et le « coût de substitution » (*cost of substitute)* pour le créancier de l'obligation caractéristique (*recipient*) sont le prix prévu dans le contrat et le prix de la prestation de substitution sur le marché. Mais, pour le débiteur de l'obligation caractéristique *(supplier),* le « coût d'exécution » est le coût pour exécuter la prestation caractéristique du contrat envers le créancier, et le « coût de substitution » est le coût pour exécuter la prestation caractéristique envers un tiers acquéreur sur le marché.

[484] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1187 ; WASHINGTON, « Damages in Contract at Common Law II », 48 *LQR*, 90-93 (1932). Dans le cas Gainsford V Carroll, 2B. & C. 624, 625, 107 Eng. Rep. 516 (K.B. 1824), une Cour dans l'année 1824 a decidé : « *here the plaintiff had his money in his possession and he might have purchased other bacon of the like quality the very day after the contract was broken, and if he has sustained any loss, by neglecting to do so, it is his own fault. »*

l'opération de substitution réalisée, sera la même : ce serait comme si le fabricant avait reçu l'exécution conforme de la prestation prévue dans le contrat. Cependant, en ce qui concerne le coût de cette prestation, le fabricant aurait dû payer un prix supérieur à celui prévu dans le contrat. Si, dans l'exemple, il n'a pas d'autres préjudices, l'indemnisation des dommages, qui place le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, est égale à la différence entre le coût de la prestation prévue dans le contrat ou « coût d'exécution » et le coût de la prestation de substitution sur le marché, ou « coût de substitution ». Comme le fabricant reçoit l'exécution conforme au contrat mais de la main d'un tiers, il n'a pas à demander la réparation des dommages extrinsèques, car, en principe, avec la prestation conforme, tous ces préjudices sont censés être évités.

297. Dans le sens inverse, il est possible que celui qui n'exécute pas le contrat soit le fabricant débiteur du prix (*recipient*), lequel refuse de recevoir la pièce de rechange et de payer le prix au fournisseur créancier du prix (*supplier*). S'il y a un marché de revente dans lequel la pièce de rechange peut être placée au prix de 90, le fournisseur n'a le droit de demander en justice une indemnisation qu'à hauteur de 10, autrement dit la différence entre « la valeur d'exécution » (*value of performance*) 100 et « la valeur de substitution » (*value of substitute*) 90, réduit du « coût d'exécution » (*cost of performance*) 90, et du « coût de substitution » (*cost of substitute*) 90. En effet, pour le fournisseur, le coût d'exécution, c'est-à-dire le coût de la pièce de rechange prévu dans le contrat, est le même que le coût de fabrication de la pièce dans l'opération de revente. Cependant, la valeur de cette prestation prévue dans le contrat, c'est-à-dire le prix de vente, est supérieure à la valeur de la prestation de substitution ou prix de revente. S'il n'y a pas d'autres dommages, l'indemnisation qui place le fournisseur dans la même situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté par le fabricant est égale à la différence entre le prix du contrat et le prix de revente.[485]

[485] Ainsi, Dommage = prix du contrat – prix de revente + autres pertes. Voir par exemple en droit international : Oberlandesgericht Düsseldorf, Allemagne, 14 janvier 1994, CLOUT nº 93; Oberlandesgericht Hamm, Allemagne, 22 septembre 1992, CLOUT nº 227; U.S. Court of Appeals, Eleven Circuit. États Unis d'Amérique, 12 septembre 2006 (*Treibacher Industrie, A.G. v Allegheny Technologies, Inc.),* 464 F.3d1235 (11th Cir. 2006), consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/060912u1.html. ; Commission d'arbitrage économique et commercial international de la Chine, 6 janvier 1999, consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/990106c1.html; Oberlandesgericht Graz, Autriche, 24 janvier 2002, consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/020124a3.html; Tribunal Supremo de España, 28 janvier 2000, CLOUT nº 395 ; Hof van Beroep Antwerpen, Belgique, 22 janvier 2007 (*N.V. Secremo v. Helmut Papst),* consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/070122b1.html ; Commission d'arbitrage économique et commercial international de la Chine, 28 novembre 1996, consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/961128cl.html; Hof van Beroep Antwerpen, Belgique, 24 avril 2006 (*GmbH*

298. Déterminer le type d'opération de substitution qui est raisonnable dépendra des circonstances. Selon Farnsworth, comme l'économie américaine est une économie qui protège la libre initiative privée, il y a une tendance naturelle à considérer que la partie lésée aura toujours un marché à sa disposition pour réaliser une opération de substitution.[486] Il est présumé qu'à travers l'encouragement des opérations de substitution sur le marché, la société peut éviter des gaspillages. En effet, il n'y a pas nécessité, comme c'est le cas dans les systèmes d'économie planifiée ou centralisée, de trouver une solution spécifique à chaque controverse. Cette présomption est renforcée par le fait que l'objectif des parties au contrat dans une économie de libre marché est d'échanger les risques de la fluctuation des cours du marché. Par conséquent, le principe de substitution a été généralisé afin de produire des formules standard pour le calcul des dommages lorsqu'il y a un marché de substitution.[487]

299. Ainsi, lorsqu'il y a un marché de substitution, les dommages du créancier de l'obligation caractéristique (*recipient*), victime de l'inexécution, sont calculés sur la différence entre le prix du contrat et le prix de la substitution du bien ou service au jour où l'exécution était due.[488] Le dommage du créancier du prix (*supplier*), victime de l'inexécution, est calculé sur la différence entre le prix attendu du contrat et le prix de revente du bien ou service sur le marché.[489] Il faut noter que la formule de calcul du préjudice à l'intérêt positif modelée sur le principe de substitution peut être faite par référence à la valeur du cours du marché à un moment raisonnable à partir de l'inexécution, ou bien par référence à la valeur de l'opération de substitution choisie par la partie lésée. Dans le premier cas, l'on

Lothringer Gunther Grosshandelsgesellschaft für Bauelemente und Holzwerkstoffe v. NV Fepco international), consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/060424b1.html; Tribunal d'arbitrage commercial de la chambre de commerce et de l'industrie de la Fédération de Russie, 10 février 2000, sentence arbitrale nº 340/1999, consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/060424b1.html.

[486] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1188.

[487] *Ibidem.*

[488] *Ibidem.* Par exemple : *Buyer's damage = market price - contract price + other loss*.

[489] *Ibidem.* Par exemple : *Seller's damage= sale price- market resale price +other loss*.

parle de la *méthode abstraite* de l'appréciation du dommage[490] ; dans le second cas, l'on parle de la *méthode concrète* d'appréciation du dommage.[491]

300. Il faut noter que le principe de substitution du contrat, dans le système de la *common law* et le droit international des contrats, suppose le refus d'exécution du contrat par le débiteur ou bien une inexécution substantielle. En effet, ce n'est que si le débiteur refuse le contrat ou commet une inexécution substantielle, que le créancier a le droit de mettre fin au contrat unilatéralement.[492] Lorsque le débiteur réalise une exécution partielle ou défectueuse non-substantielle, le créancier n'a pas le droit de mettre fin au contrat, mais peut seulement demander l'indemnisation des dommages calculés sur la base de la diminution de la valeur de la prestation sur le marché (*value diminution*) ou sur le coût pour compléter l'opération (*coût to complete*). [493]

301. Selon la formule du préjudice à l'intérêt positif en suivant le critère de la diminution de la valeur de la prestation, le créancier a le droit à la différence entre la valeur de la prestation et la prestation exécutée partiellement ou défectueusement, réduite de la différence entre le coût exécuté et le coût prévu dans le contrat, augmenté des autres dommages. L'indemnisation de l'intérêt positif, selon les critères du coût pour compléter la prestation défectueuse ou partielle, est seulement admissible lorsque c'est une indemnisation adéquate et si celle-ci ne représente pas un coût disproportionné par rapport à la diminution de la valeur. En effet, en principe, les deux formules placent le créancier dans la même

---

[490] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 172 : « *According to the CISG, '[i]f the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction as well as any further damages recoverable under article 74.10 The wording of the corresponding provisions of the UPIC and PECL is similar. However, because the two sets of Principles are potentially applicable to transactions other than sales transactions, their provisions make a broad reference to a 'replacement' and 'substitute' transactions. As noted, because this method of calculation looks to the claimant's actual conduct and situation, it is often referred to as the 'concrete' assessment of damages. »*

[491] *Ibidem,* p. 188 : *« The other method of calculation, which is expressly provided for in the instruments in cases where the contract is avoided, aims to compensate for the difference between the contract price and the 'current' price […] It is often referred to as 'abstract' calculation for the reason that it does not purport to examine the claimant's particular circumstances. Instead, this 'depersonalized' formula simply presumes that it is possible for an injured party to make a substitute transaction at the current price as soon as it has freed itself from the original contract. In this sense, the formula can perhaps be said to presume mitigation. »*

[492] Voir : G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.*, p. 832 et s. ; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, 29º ed., *op. cit.,* p. 533 ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., *op. cit.,* nº 24-001 et s. ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* nº § 8.3, p. 579 et s. ; A. L. CORBIN, *op cit.,* p. 977 et s.

[493] *Ibidem.*

position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté en conformité avec les prévisions du contrat. La réparation et la substitution d'une partie de la prestation sont admissibles sur le critère du coût pour compléter la prestation, pourvu qu'elle représente une mesure raisonnable pour éviter le dommage. Comme il a déjà été indiqué, sauf lorsqu'il existe un intérêt légitime de la partie lésée qui justifie l'application du critère d'estimation du coût pour compléter la prestation, le critère préféré est celui de la diminution de la valeur.[494]

302. Il faut noter que l'application de la formule du calcul du dommage sur la base de l'intérêt positif ou *expectation interest,* en ce qui concerne le principe de substitution, cherche d'abord à éviter ou modérer le dommage intrinsèque à travers l'opération de substitution. Une fois évités les dommages intrinsèques, les dommages extrinsèques seront aussi évités dans la plupart des cas. Il n'est donc pas exact d'affirmer que l'obligation de modérer le dommage, au moins dans les systèmes qui suivent le système de la *common law,* ne concerne que les préjudices qui suivent l'inexécution du contrat et non la perte de l'avantage issu de l'inexécution.[495] La fonction de l'obligation de modérer le dommage vise, dans le système utilitariste, à modérer et même à éviter le dommage, que celui-ci soit initial ou final, intrinsèque ou extrinsèque, principal ou collatéral, prévisible ou imprévisible, direct ou indirect, pourvu que le dommage soit évitable avec des mesures raisonnables.[496]

303. Ainsi, s'il y a un marché de substitution et que le créancier est face à une inexécution substantielle, l'opération de substitution peut éviter la perte subie et le gain manqué issus de l'inexécution. L'inexécution de l'obligation de modérer le dommage peut, selon les cas, exonérer le débiteur de toute l'indemnisation, incluant le préjudice intrinsèque initial. Cela représente une particularité significative de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes qui suivent le modèle de la *common law*, par rapport à l'obligation de modérer le dommage qui a été dégagée sur la base de la causalité, la bonne foi, la

---

[494] V. *supra* nº 175 et s.

[495] V. Par exemple, J. L. AUBERT, « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Liber Amicorum. Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008 ; F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Études de droit comparé*, (dir. B. DUBUISSON, et al.), Bruxelles, Bruylant, 2015 ; D. MAZEAUD, « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 637.

[496] E. A. FARNSWORTH. *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* nº § 12.12 et s. ; B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI* 1987, p. 393

prévisibilité, la faute de la victime - entre autres fondements - dans les systèmes volontaristes qui suivent le modèle du Code civil de 1804.[497]

304. Bien que, du point de vue de l'efficacité économique du contrat, le principe de substitution soit la mesure la plus raisonnable à chaque fois qu'il y a un refus d'exécution de la part du débiteur ou une inexécution substantielle, l'application du principe est soumise à des limitations significatives.

§ 3. LIMITATIONS AU PRINCIPE DE SUBSTITUTION

305. L'application du principe de substitution a des restrictions importantes, car, par sa nature, il doit s'appliquer uniquement lorsqu'une opération de substitution peut être réalisée par la partie lésée. Si cette opération n'est pas possible ou n'est pas raisonnable, les règles générales pour la détermination et l'évaluation du préjudice indemnisable sont applicables. On peut constater, alors, que les limitations au principe de substitution dépendent au moins de cinq circonstances.

306. **1. Inexécution substantielle.** Une première limite tient au fait que l'interruption et la substitution du contrat opèrent uniquement lorsqu'il y a un refus d'exécution ou une inexécution substantielle.[498] En effet, la partie lésée ne peut interrompre et remplacer le contrat que lorsqu'elle est en droit de mettre fin au contrat. Le principe de substitution implique la substitution du contrat, et non pas uniquement le remplacement de la prestation. Le caractère raisonnable du « remplacement de la prestation » est un problème lié à l'inexécution non conforme et non au refus du contrat ou à une inexécution

[497] V. *infra* nº 405 et s.

[498] G. H. TREITEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 847 : « *Although rescission depends on the election of the injured party, that party's option is to some extent curtailed by the rule that the damages to which he is entitled may be reduced if he fails to take reasonable steps to mitigate his loss. This rule will sometimes put pressure on the injured party to rescind, for one common way of mitigating loss is to make a substitute contract; and the effect of doing this will often be to put it out of the injured party's power to perform the old contract. Where this is the case, the making of the substitute contract will involve the rescission of the original one […] in this cases the injured party is not under any legal obligation to make the substitute contract, so that in this sense he remains free to choose between affirmation and rescission. But his freedom of choice is limited in that, if he acts unreasonably in falling to make such a contract, he will suffer a reduction in the damages to which he is entitled by reason of breach of the original contract* »; D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 172 : « *According to the CISG, '[i]f the contract is avoided and if, in a reasonable manner and within a reasonable time after avoidance, the buyer has bought goods in replacement or the seller has resold the goods, the party claiming damages may recover the difference between the contract price and the price in the substitute transaction ».* O. DESHAYES, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle, Rapport français », *RDC* n° 3, *art. préc.*

substantielle.[499] Il concerne aussi les critères d'appréciation du dommage selon la diminution de la valeur de la prestation (*value diminution*) et le coût pour compléter la prestation (*cost to complete*).[500] Le nouvel article 1222 du Code civil français s'inscrit en effet, à notre avis, dans ce mécanisme de remplacement de la prestation, et non dans celui de la substitution du contrat.[501]

307. **2. Caractère raisonnable de la substitution.** Une deuxième limite tient au caractère raisonnable de la substitution. Lorsque la substitution implique un effort déraisonnable[502] ou qu'il existe une mesure plus efficiente pour mettre le créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, la partie lésée est censée prendre l'option la plus efficiente. Ainsi, par exemple, en droit anglais, l'impécuniosité de la partie lésée peut rendre la substitution d'une prestation fongible non raisonnable lorsque cette situation était connue de la partie défaillante au moment de la formation du contrat.[503] C'est aussi le cas « du salarié licencié qui accepte un emploi lui conférant un statut inférieur à celui qui était le sien antérieurement ».[504] En droit international, il a été jugé, par exemple, que, lorsque l'acheteur a déjà payé le prix et qu'il n'a pas suffisamment de ressources pour réaliser une opération de substitution, le remplacement du contrat peut être jugé déraisonnable. [505] Il a aussi été jugé que l'opération de substitution n'est pas raisonnable si la partie défaillante a offert l'exécution du contrat à un prix différent, si le prix de substitution se révèle inférieur. L'acceptation de l'offre d'exécution a été considérée comme étant la mesure la plus raisonnable.[506] En outre, il a été jugé que la partie lésée, au lieu d'opter pour une opération de substitution, a déployé ses ressources dans une autre affaire plus lucrative

[499] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 229. V. *infra* nº 716 et s.
[500] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1145 et s.
[501] V. *infra* nº 706 et s.
[502] Ainsi, les *Restatements (Second)* en droit des contrats, à l'article 350, dispose clairement que les dommages ne seront pas indemnisés si le créancier aurait pu les éviter sans risque, charge ou humiliation excessive.
[503] H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts*, 32º ed., *op. cit.,* nº 26-083 et s.
[504] *Ibidem.* Le coût de la protection est optimal pour cette raison évidente que la fraction du dommage causé qui a été modéré n'est pas réparable. Il faut ajouter : et par le fait que le coût non raisonnable n'est pas indemnisable. En effet, c'est parce que le dommage évitable n'est pas réparable, et parce que uniquement le coût optimal des mesures raisonnables est indemnisable, que le créancier est incité à modérer le dommage de façon aussi optimale. Au contraire, il devra supporter les conséquences négatives de son comportement ou omission.
[505] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 134 et s. : « *While making substitute transactions is a typical measure of mitigating losses, various circumstances may restrict or preclude the injured party's ability to do so. One such circumstance may be where the buyer who has already paid the purchase price does not have sufficient financial resources to procure a substitute. Although this concern has been said to reflect an unreal conviction* ».
[506] *Ibidem.* L'auteur cite : *Payzu Ltd v Saunders* [1919] 2 KB 581 (CA); *Sotiros Shipping Inc v Sameiet Solholt (The Solholt)* [1983] 1 Lloyd's Rep 605 (CA).

et, par conséquent, le calcul du dommage par la formule du prix de remplacement n'était pas applicable.[507] Bien que le caractère raisonnable guide l'appréciation de la mesure afin de déterminer le *quantum* du dommage indemnisable, dans la plupart des cas, le principe de substitution en cas de refus du contrat s'avère être la mesure optimale.[508]

308. **3. Absence de marché de substitution disponible.** La troisième limite est l'existence ou la disponibilité pour le créancier d'un marché de substitution raisonnable.[509] Le marché de substitution est le lieu où se rencontrent l'offre et la demande des biens et des services vus comme substituts de la prestation inexécutée.[510] Il faut noter que le marché noir n'est pas un marché de substitution disponible car le créancier n'est pas censé violer la loi. Selon le professeur Y.-M. Laithier, il y au moins trois critères pour déterminer la disponibilité du marché de substitution.[511] D'autres critères et circonstances peuvent aussi être ajoutés.

309. Selon le premier critère, il doit y avoir une équivalence qualitative entre le bien ou service inexécuté et la prestation de substitution. La similarité entre la prestation du contrat et la prestation de substitution est suffisante, l'équivalence ou l'identité parfaite n'étant pas nécessaire.[512] Selon le deuxième critère, il doit y avoir une équivalence

---

[507] *Ibidem.* L'auteur cite : See *International Jute Maatschappij BV v Marín Palomares SL*, Supreme Court (Spain) 28 January 2000, consulté in : <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/000128s4.html>

[508] *Ibidem : « In the context of sales transactions, making a substitute transaction is a typical measure of mitigating loss* ».

[509] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 192 ;Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 451; H. BEALE, *Chitty on Contracts*, *Volume 2, Specific Contracts*, 28º ed., London, Sweet Maxwell, 1999, nº § 43-367; M. BRIDGE, *Benjamin's Sale of Goods*, *op. cit.,* nº §16-062.

[510] Voir par exemple : *Dictionnaire de l'Académie Française : « Lieu, place où, par la confrontation de l'offre et de la demande, s'établissent les prix'; Dictionnaire Larousse de la langue Francaise : 'Lieu théorique où se retrouvent l'offre et la demande'.*

[511] Y.-M. LAITHIER, *cit., op*., nº 451.

[512] *Ibidem ;* R. LAWSON, « An analysis of the concept of Available Market », (1969) 43 *ALJ 52 et 106 spèc.* p. 59. Il est vrai que la prestation de substitution n'est pas une exécution en nature de la prestation inexécutée car en principe, c'est précisément l'inexécution de cette obligation par le débiteur qui fait naitre une deuxième obligation à sa charge d'indemniser le préjudice que cette inexécution cause au créancier. Il ne s'agit pas non plus de l'exécution de l'obligation inexécutée par un tiers intéressé ou, bien d'un tiers non intéressé car l'opération de substitution implique un nouveau contrat dont le créancier de la prestation de substitution devra, selon le cas, soit payer le prix de substitution, soit exécuter la prestation au bénéfice d'un tiers. Cela n'empêche pas que l'on puisse déterminer que l'opération de substitution est possible, et par conséquent, que le marché de substitution existe, lorsque le créancier peut trouver sur le marché une prestation qui respecte les expectatives d'identité et d'intégrité de la prestation inexécutée raisonnablement. *Restatement Second of Law of Contracts § 350*, E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* § 43-369; Le degré d'identité est mesuré par l'utilité qu'attend le créancier de l'exécution de la prestation prévue dans le contrat et l'utilité que lui rapporte la prestation de substitution. Est aussi pris en compte le niveau d'adéquation de l'indemnisation des dommages à compenser les disparités entre la prestation du contrat et la prestation de substitution.

quantitative entre la prestation de substitution et la prestation prévue sur le marché.[513] Le troisième critère est celui du temps de la substitution. Selon ce critère, il n'y a marché de substitution que lorsque l'opération de substitution est disponible dans un délai utile. Si l'opération de substitution n'est pas possible dans un délai raisonnable après l'inexécution, le marché de substitution peut être considéré comme absent.[514] Un quatrième critère, qui, selon notre avis, peut être ajouté vise la dimension géographique du marché. Selon ce critère, la détermination de l'existence du marché de substitution peut dépendre de sa proximité géographique. En effet, pour être disponible, le marché de substitution doit être situé dans un espace géographique raisonnablement accessible au créancier.[515]

310. D'autres circonstances qui limitent la disponibilité d'un marché de substitution peuvent être retenues, lorsqu'il s'agit de la vente de produits de saison[516]. C'est aussi le cas lorsque l'acheteur victime de l'inexécution a besoin, malgré le caractère fongible des produits, que les produits soient les mêmes que ceux prévus dans le contrat afin de remplir ses engagements dans le contrat collatéral en vue duquel le contrat inexécuté a été

[513] *Ibidem.* L'auteur cite : H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts, op. cit.,* nº 43-369, p. 1849 ; M. FURMSTON, *The Law of Contract*, 12º ed., London, LexisNexis, 2003, nº § 8.50. Selon ce critère, il faut que le créancier de l'obligation caractéristique puisse avoir accès à une prestation comparable dans une quantité suffisante pour satisfaire l'intérêt contractuel prévu dans le contrat inexécuté. Cela peut être réalisé par une opération de substitution ou par plusieurs opérations de substitution à condition que l'offre ou la demande sur le marché du bien ou service objet de substitution, soit suffisante pour satisfaire l'intérêt contractuel du créancier et que le nombre de transactions reste dans les critères du caractère raisonnable de la mesure.

[514] *Ibidem.* L'auteur cite : M. FURMSTON, *Law of Contract, op. cit.,* nº §8.50 ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed, *op. cit.,* nº 12-12.

[515] Cela dépendra dans chaque cas des spécificités du créancier, de sa capacité économique, de sa capacité technologique et de son emplacement, entre autres aspects à prendre en considération. La détermination marché de substitution peut dépendre aussi de la nature propre de la prestation non exécutée et de la finalité envisagée par le créancier de cette prestation. Le caractère raisonnable du marché géographique de substitution est soumis aux critères du caractère raisonnable des mesures déjà exposés.

[516] D. SAIDOV, *The Law of Damages in International Sales The CISG and other International Instruments, op. cit.,* p. 135. L'auteur cite : Case No 17 U 146/93 Appellate Court Düsseldorf (Germany) 14 January 1994 (Shoes case) <http://cisgw3.law.pace.edu/cases/940114g1.html> : « *In the court's view, a resale nearly 2 months after avoidance (avoidance on 7 August, resale on 6 and 15 October) still succeeded within reasonable time and was no breach of the [seller]'s obligation under art. 77 CISG -to mitigate the loss-. In that regard, the court accepted the [seller]'s argument, who had offered the shoes on the Italian market, that in August most retailers have already filled their stock for the coming season and have no reason to buy more goods for the winter season.* Aussi : ICC Arbitration Case No 8786 January 1997 (Clothing case) in: http://cisgw3.law.pace.edu/ cases/978786i1.html.

conclu[517]. C'est aussi le cas lorsque le produit acheté a été produit ou désigné selon les besoins particuliers de l'acheteur, ce qui élimine le marché de revente des produits[518].

311. **4. La détermination du marché de substitution.** Il s'agit ici de déterminer quel est le marché de substitution dont le caractère raisonnable de la mesure doit être appréciée. La disponibilité du marché de substitution peut être affectée selon le niveau de la chaîne de production, de distribution ou de commercialisation dans lequel la prestation inexécutée était engagée. La réponse est qu'il s'agit du marché dans lequel l'opération de substitution aurait été réalisée.[519] Ainsi par exemple, si le fournisseur n'exécute pas le contrat, l'acheteur doit chercher le contrat de substitution sur le marché dans lequel il aurait acheté le bien pour le revendre. Si c'est l'acheteur qui n'exécute pas le contrat, alors le fournisseur doit chercher le marché dans lequel il aurait vendu le bien. Le fournisseur ne peut pas demander la réparation des dommages sur le prix du marché dans lequel l'acheteur revend le bien, par exemple, dans une autre localité ou dans un autre maillon de la chaîne de commercialisation, car, dans ce cas-là, les dommages seront surestimés ou sous-estimés.[520]

312. **5. Perte du volume (loss in volume).** Pour qu'il existe un marché de substitution, il faut que la deuxième opération soit un vrai substitut du contrat non exécuté.[521] Uniquement si la deuxième opération n'avait pas été conclue si la première avait été

---

[517] D. SAIDOV, *The law of Damages, op. cit., loc. cit.* L'auteur cite : CIETAC Arbitration proceeding 17 October 1996 (Tinplate case) in : http://cisgw3.law.pace. edu/cases/961017c1.html. Voir aussi : CIETAC Arbitration proceeding 29 September 2004 (India rapeseed meal case) in : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/040929c1.html : *« the tribunal dismissed the seller's argument that the Chinese buyer ought to have procured a substitute delivery of rapeseed meal in its domestic market on the basis that the contract goods were indicated as 'India rapeseed meal ».*

[518] D. SAIDOV, *The law of Damages, op. cit., loc. cit.,* ICAC Case 107/2002, 16 February 2004 : « *The seller, deprived of the possibility of independently selling the goods produced for the buyer since according to the conditions of the contract the goods were marked with buyer's trademark and could not be sold by the seller to a third party without a written consent of the buyer as provided for in the contract* »; Case No OR.96.0-00-13 Commercial Court Aargau (Switzerland) 26 September 1997 (Contrats de coûtellerie) in : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/970926s1.html (see Case No 7 O 43/01 District Court Göttingen (Germany) 20 September 2002 (Matelas et accesoires) http://cisgw3.law-pace.edu/cases /020920g1.html.

[519] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *op. cit.,* p. 192.

[520] D. SAIDOV, *The law of damages, op. cit., loc. cit*. L'auteur cite le cas : Orester v. Dayton Rubber manufacturing Co., (228 N.Y. 135, 126 N.E. 510 (1920).

[521] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1195 ; D. SAIDOV, *The Law of Damages, op. cit., loc. cit*.

exécutée, la deuxième opération peut être considérée comme une vraie opération de substitution. La nature de la prestation non exécutée est fondamentale à cet effet.[522]

313. Ainsi, lorsque la prestation est personnelle, par exemple dans un contrat de travail, il n'y a pas de doute. Le deuxième contrat de travail est un substitut du premier, car le salarié n'aurait pas consenti à s'engager dans un deuxième contrat si le premier n'était pas terminé.[523] Mais, lorsqu'un deuxième contrat aurait pu être conclu sans nécessité de l'inexécution du premier, le deuxième contrat n'est pas un substitut.[524] C'est le cas, par exemple, lorsque le fournisseur, grâce au second contrat, ne fait que répondre à la demande de son produit sur le marché afin d'élargir son volume d'affaires et non à la substitution de l'opération ratée. Si le contrat avait été exécuté, le fournisseur aurait conclu deux ventes, au lieu d'une seule. L'inexécution du premier contrat ne représente qu'une réduction du volume d'affaires de la partie lésée. Alors, il y a des situations dans lesquelles, même s'il y a des marchés de substitution disponibles, le *principe of substitution* n'est pas applicable.[525]

314. Cette exception au principe de substitution a une importance pratique significative. En effet, la deuxième opération ne permet pas à la partie lésée de minimiser le préjudice causé par l'inexécution du contrat. Par conséquent, elle a le droit d'être indemnisée pour toute la perte de l'avantage dans l'affaire (*loss in bargain*) sans que le débiteur défaillant puisse discuter du préjudice causé par la perte du volume. En outre, cette limite est importante, car, dans une économie de marché, sauf lorsque la demande surpasse l'offre de services, le fournisseur sera toujours prêt à augmenter son volume d'affaire et, en sens inverse, lorsque l'offre dépasse la demande d'un produit, l'acquéreur aurait tendance à augmenter ses achats en vue de profiter de l'excès de l'offre sur le marché de revente de biens ou de services. Une telle situation est loin d'être rare ou éparse et doit être présente à l'heure d'appliquer le principe de substitution.[526]

---

[522] Voir aussi : A. PINNA, *op. cit.,* p. 531 : *« Diminution du volume général de l'activité de la victime du fait de l'inexécution contractuelle. La situation de perte de volume empêche que la conclusion d'un contrat de même nature que le contrat inexécuté puisse être considérée comme un contrat de substitution. »*

[523] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 196. G. H. TREITEL, « Remedies for breach of contract, Course of action open to a party aggrieved »*, art. préc.,* p. 16-103.

[524] *Ibidem.*

[525] *Damages = loss in value – cost avoided + other loss.*

[526] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-099.

315. Le principe de substitution, bien qu'il présente des problèmes d'application relatifs à l'existence ou à la disponibilité du marché de substitution, à la détermination du marché de substitution, à la détermination du prix du marché applicable, présente aussi des avantages par rapport à la détermination du *quantum* du préjudice causé par l'inexécution.[527] En effet, il est affirmé que l'application du principe de substitution relève du juge ; et le calcul de la perte du créancier lésé constitue un grand fardeau et se révèle être une tâche parfois fort compliquée, on l'a vu, lorsque le juge doit décider entre l'application du critère de la diminution de la valeur de la prestation ou celui du coût pour compléter.[528] On se réfère ici au calcul de la différence entre l'attente de l'avantage contractuel, et l'avantage reçu par le créancier après l'inexécution totale ou partielle du contrat. De plus, lorsqu'est déterminée l'existence d'un marché disponible pour réaliser le contrat de substitution, la *common law* et le droit international des contrats dépersonnalisent la tâche à travers des formulations standard pour le calcul du dommage et la recherche de l'attente de l'avantage propre du créancier est évitée.[529] Cependant, lorsque le principe de substitution n'est pas applicable, le calcul du préjudice devient compliqué, car il se fait sur la base de circonstances qui rejoignent les attentes du créancier lésé. Selon Farnsworth, c'est à ce moment que les questions relatives aux caractères certain et prévisible du dommage sont examinées.[530] Il s'agit alors d'analyser les mesures raisonnables de modération au-delà du principe de substitution.

Section II
MESURES RAISONNABLES AU-DELÀ DU PRINCIPE DE SUBSTITUTION

316. Lorsqu'il n'y a pas de contrat de substitution sur le marché, l'indemnisation du dommage ne saurait être limitée par la valeur de la prestation de substitution sur le marché ou par le prix d'une opération de substitution raisonnable. Il s'agit pour le créancier de prendre d'autres mesures afin de modérer le dommage issu de l'inexécution du contrat, si celles-ci sont raisonnables. Le traitement dans la *common law* et dans le droit international

[527] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1197.
[528] *Ibidem.*
[529] *Ibidem.* Voir aussi : G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-099 et s.; J. BEATSON, A. BURROWS, J. CARTWRIGHT, *Anson's Law of Contract*, *op. cit.,* p. 589 ; S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation », *RDC* 2005, p. 49; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, 3º ed., *op. cit.,* nº § 12.12, p. 809 et s. ; H. BEALE (dir.), *Chitty on Contracts, op. cit.,* nº 26-080, p. 1849.
[530] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1197-1198.

des contrats est différent selon que l'inexécution du contrat est substantielle ou n'est pas considérée comme substantielle. Une liste des mesures raisonnables étant impossible, il s'agit ici d'analyser uniquement les mesures raisonnables les plus fréquemment utilisées dans ces systèmes.

§ 1. CAS D'INEXÉCUTION GRAVE ET ABSENCE DE MARCHE DE SUBSTITUTION

317. Dans le cas où l'inexécution est substantielle, le créancier doit choisir, parmi les options légales, celle qui représente le moindre coût pour le débiteur et qui lui permette d'atteindre l'avantage économique attendu du contrat. Selon les règles de la limitation à la réparation du dommage raisonnablement évitable, la partie lésée n'est pas censée mettre fin au contrat pour conclure un contrat de substitution. Elle devra considérer les moyens légaux de protection de son intérêt positif et analyser le moyen le plus raisonnable à sa disposition. Il s'agit ici d'analyser les mesures jugées raisonnables lorsque le principe de substitution n'est pas applicable[531].

318. **1. Confirmation ou résolution du contrat.** Lorsqu'il n'y a pas de marché de substitution disponible, le dommage réparable est calculé sur la perte de la valeur de la prestation, réduite du coût évité et augmenté des autres pertes. La formule de calcul du dommage, dans la *common law,* ne prend en compte ni les avantages ni les coûts de la prestation de substitution pour le créancier. Le dommage calculé sur la base de la différence entre le prix du marché et le prix du contrat n'est plus applicable.

319. En ce qui concerne la perte de la valeur de la prestation, elle sera toujours calculée sur la différence entre la valeur économique de la prestation attendue par le créancier selon le contrat et la valeur de la prestation effectivement reçue. Comme il n'y a pas de prestation de substitution, en principe, le créancier ne pourra pas agir sur cette composante de la formule afin de la minimiser. Si l'inexécution est substantielle, c'est parce

[531] Il faut noter que s'il n'y a pas un marché de substitution disponible, cela ne veut pas dire que la sanction la plus adéquate n'soit pas l'indemnisation des dommages. Le créancier a uniquement le droit à l'exécution forcée en nature lorsque le versement de dommages et intérêts n'est pas une mesure adéquate. Sauf pour les cas exceptionnels pour lesquels l'exécution en nature est admise, le créancier devra opter pour le versement de dommages et intérêts, seul ou avec d'autres mesures compatibles.

que le créancier a été privé de ce à quoi il avait droit selon le contrat et la valeur reçue de la prestation sera égale à zéro.

320. Cependant, le coût évité pourra être minimisé afin de modérer le dommage issu de l'inexécution. En effet, comme il n'y a pas de marché de substitution, le créancier n'est pas tenu de réaliser les coûts de substitution afin de modérer les dommages. Cela étant, le créancier victime d'une inexécution essentielle peut arrêter l'exécution de la prestation à sa charge afin d'éviter l'augmentation des dommages issus de l'inexécution.[532] Pour cela, il faut que le créancier, une fois connu le caractère substantiel de l'inexécution, mette fin au contrat. En effet, si le créancier confirme le contrat en dépit de l'inexécution substantielle, il sera tenu d'exécuter la prestation à sa charge et, par conséquent, ne pourra pas limiter le coût du contrat. Par contre, si le créancier notifie la résolution du contrat, il est libéré de sa prestation, ce qui lui permet de modérer le dommage indemnisable.[533] Comme on l'a déjà noté, selon le système de la *common law*, lorsque le créancier est victime d'une inexécution substantielle du contrat, il a le droit de choisir entre la confirmation du contrat, afin d'insister sur l'exécution du débiteur, et la résolution du contrat en demandant des dommages et intérêts.[534] Cela dit, bien que le créancier ait le double choix, il est censé choisir l'option qui représente le moindre coût pour le débiteur.

321. En principe, le choix le plus efficient pour le créancier sera l'acceptation du refus du contrat, la fin du contrat et l'interruption définitive de l'exécution de la prestation à sa charge. En effet, si le créancier, en dépit de la répudiation du contrat faite par le débiteur, continue l'exécution de la prestation à sa charge, il ne pourra pas récupérer les dommages qui auraient pu être évités à travers la résolution du contrat. Il faut alors constater que l'obligation de modérer le dommage limite en termes pratiques le droit du créancier de choisir entre la confirmation ou la résolution du contrat. Il s'agit ici de l'application du principe d'interruption du contrat.[535]

322. **2. Arrêter les coûts de la prestation collatérale.** Lorsque le créancier est un commerçant, la perte de l'avantage par lui peut correspondre, non à la perte de

[532] V. *supra* nº 281 et s.
[533] V. *supra* nº 282 et s.
[534] V. *supra* nº 105 et s.
[535] V. *supra* nº 281 et s.

l'avantage attendu, mais à la perte de l'avantage attendu par lui d'une opération collatérale avec un tiers. C'est le cas très fréquent des commerçants qui achètent des produits pour les revendre, ou des fabricants qui achètent des sous-produits pour leur transformation et revente, ou bien de celui qui achète un bien pour le louer ou pour prêter des services à des tierces personnes. Dans tous ces cas, le calcul de la perte de l'avantage par le créancier doit prendre en compte des éléments supplémentaires.[536]

323. En effet, la perte de l'avantage pour le créancier sera la valeur de la prestation collatérale non reçue, dont on retranche les coûts de la prestation collatérale évités, ainsi que les coûts de la prestation évités et les montant des autres dommages. [537] Ainsi, par exemple, si un fabriquant achète des produits pour les transformer, puis les revendre, le préjudice du fabriquant dû à l'inexécution du fournisseur, sera égal au prix de revente aux tiers, réduit du coût évité par le créancier de cette prestation collatérale, réduit encore des coûts évités par le créancier de la prestation du contrat originel.[538]

324. Cette formule n'est que l'application de la formule de calcul du dommage sur la base de l'intérêt positif ou *expectation interest*. Il faut toujours noter que, selon la *common law,* le dommage réparable est l'attente de l'avantage promis. Il s'agit de placer le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. Alors, la formule prend en compte la valeur de la prestation attendue selon le contrat dont on déduit le coût de cette prestation pour le débiteur. Ainsi, si la valeur de la prestation attendue est de 20.000, et le coût de cette prestation pour le créancier selon le contrat est égal à 15.000, la perte de l'avantage pour le créancier sera de 5.000. C'est le cas de celui qui achète un bien dont la valeur du marché au moment de l'exécution du contrat est de 20.000, et le prix de cette prestation accordé dans la vente est de 15.000. Si le prix n'a pas été payé, la perte dans l'affaire pour l'acheteur victime de l'inexécution substantielle est de 5.000. Si le prix a été payé, le dommage pour la victime de l'inexécution comprend le coût de la prestation exécutée. Ainsi, si la victime a payé 14.000, selon la formule du calcul du dommage, le dommage est égal à la valeur du bien sur le marché au moment de l'exécution du contrat, soit 20.000 ; retranché du coût évité, soit 1000, c'est-à-dire la différence entre le prix du

[536] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1166.
[537] *Ibidem. Damage = Collateral value of performance - cost of collateral performance - cost of direct performance + other loss*
[538] *Ibidem.*

contrat, soit 15.000, et le prix en réalité payé par la victime, soit 14.000. Le dommage dans l'exemple sera égal alors à 19.000, augmenté des autres pertes. La formule du dommage peut être aussi exprimée par la somme de la perte du profit, augmentée du coût réalisé, augmenté des autres dommages. Ainsi, si le profit dans notre exemple est de 5000, le coût direct réalisé du profit est de 14.000 et, s'il n'y a pas d'autres pertes, le dommage sera égal à 19.000.[539]

325. Cela dit, lorsque la victime de l'inexécution est un commerçant et que la perte de l'avantage correspond à la perte de l'avantage attendu d'un contrat collatéral avec un tiers, le dommage est égal à la valeur de la prestation collatérale attendue, dont on retranche le coût évité de la prestation collatérale, dont on retranche encore les coûts évités de la prestation inexécutée, augmenté des autres dommages.[540] Cette formule du dommage peut être exprimée aussi comme la somme du profit attendu par la victime de l'opération collatérale, augmentée des coûts engagés par la victime en vue d'obtenir le profit collatéral, augmenté des coûts réalisés par la victime du contrat inexécuté, augmenté des autres dommages. [541]

326. Ainsi, par exemple, disons que le prix de revente d'un bien pour un fabriquant est égal à 20.000, le coût de fabrication du produit est de 15.000 et le coût de la prestation inexécutée pour le fournisseur est égal à 1.000. Admettons aussi que la victime n'a engagé ni les coûts de la prestation collatérale ni les coûts de la prestation inexécutée, et qu'il n'y a pas d'autres pertes pour le créancier. Selon la première formule du dommage, le dommage sera égal à la valeur de la prestation collatérale, soit 20.000 ; retranché du coût évité de la prestation collatérale, soit 15.000, (c'est-à-dire le coût de la prestation collatérale, soit 15.000, du coût réalisé soit, 0,00) ; et du coût de la prestation inexécutée, soit 1.000, (c'est-à-dire le coût de la prestation inexécutée selon le contrat ou 1.000, retranché du coût réalisé soit 0.00), c'est-à-dire que le dommage sera égal à 4.000.

327. Selon la deuxième formule, le dommage sera égal au profit de l'opération collatérale, soit 4.000, car la victime n'a pas effectué les coûts de la prestation collatérale, ni

---

[539] Selon E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc., loc .cit.* : *Damage= Direct profit + direct cost+ other damages* ou Dommage = marge + coûts directs de la prestation+ autres dommages.

[540] *Ibidem, Damage = Collateral value of performance - cost of collateral performance- cost of direct performance + other loss.*

[541] *Ibidem, Damage = Collateral Profit + collateral cost + direct cost + other loss.*

les coûts de la prestation inexécutée. Si la victime a payé 5.000 pour la fabrication et 1.000 pour la prestation inexécutée, en appliquant la deuxième formule, le dommage du fabriquant sera égal au profit de l'opération collatérale, soit 4.000, augmenté des coûts réalisés pour la prestation collatérale, soit 5.000, augmentés des coûts de la prestation inexécutée, soit 1.000, c'est-à-dire que le dommage sera égal à 10.000.

328. Selon la formule du calcul du dommage dans la *common law,* dans le cas où la perte de l'avantage (*loss in value*) est la perte du profit dans une opération collatérale au contrat inexécuté, le créancier est censé arrêter l'exécution de la prestation à sa charge lorsque cela est possible et raisonnable afin de modérer le dommage dans l'opération collatérale. Si le créancier ne le fait pas, il n'aura pas le droit de réclamer la compensation des dommages ni des coûts des prestations collatérales ni des coûts du contrat inexécuté. C'est la limite de la réparation du dommage raisonnablement évitable qui place le créancier dans la nécessité d'agir raisonnablement pour contenir les préjudices issus de l'inexécution et, vu l'absence d'un marché de substitution, d'arrêter les coûts de la prestation inexécutée, ainsi que les coûts de la prestation collatérale.

329. **3. Acceptation de l'offre de correction du débiteur.** Une mesure raisonnable de modération est l'acceptation d'une offre tardive d'exécution conforme de la part du débiteur défaillant.[542] Cette mesure est reconnue comme un moyen de modération du dommage dans les droits anglais et américain, à condition qu'elle soit sérieuse et raisonnable.[543] Ce droit de correction est reconnu expressément au débiteur défaillant par la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises.[544] En effet, selon l'article 48, « le vendeur peut, même après la date de la livraison, réparer à ses frais tout manquement à ses obligations, à condition que cela n'entraîne pas un retard déraisonnable et ne cause à l'acheteur ni inconvénients déraisonnables ni incertitude quant au remboursement par le

[542] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 358.
[543] M. FURMSTON, *Cheschire Fifoot & Furmston's Law of Contract*. 2º ed., *op. cit.,* nº §8.101 ; D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in contracts & Torts,* London, Weidenfel, and Nicolson, 1988, p. 111 ; H. McGREGOR, *Damages,* 17º ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, nº 7-045 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.*, p. 978; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.,* nº §12.12 ; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* nº §14-18.
[544] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, *op. cit.,* nº 442.

vendeur des frais faits par l'acheteur ». « La jurisprudence arbitrale impose également l'obligation au créancier déçu d'accepter l'offre d'exécution du débiteur défaillant ».[545]

330. **4. L'acceptation du créancier d'une prestation différente offerte par le débiteur.** Le créancier victime de l'inexécution du contrat est parfois contraint de considérer l'acceptation d'une prestation différente offerte par le débiteur défaillant, même si cette prestation n'est pas conforme au contrat.[546] C'est le cas, par exemple, lorsque le vendeur a promis de vendre un bien à crédit, mais qu'il refuse de délivrer le bien si le paiement du prix n'est pas fait en espèces.[547] Le créancier peut être tenu, selon les circonstances et afin de modérer le dommage issu des fluctuations du cours du marché, d'accepter l'exécution de la prestation offerte par le débiteur, même si celle-ci diffère des conditions prévues par le contrat.[548] C'est aussi le cas lorsque le vendeur offre de remettre le bien vendu tardivement, alors que normalement le créancier aurait le droit de mettre fin au contrat.[549] C'est encore le cas, par exemple, lorsque l'acheteur offre un prix inférieur au

---

[545] *Ibidem.* Selon cet auteur : « *Et elle va assez loin dans ce sens. Ainsi, par exemple, dans la sentence CCI n° 2478, rendue en 1974, il est reproché au demandeur de n'avoir pas accepté l'offre de révision du prix qui lui avait été faite par le défendeur : il est décidé que, bien que cette proposition ne lui convenait pas, il aurait dû l'accepter, quitte à recourir ensuite à l'arbitrage en vue de requérir le maintien du prix contractuel* ». L'auteur cite : Sentence CCI n° 2478, 1974, *JDI* 1975, 925, obs. Y. DERAINS. V. aussi : « *De manière comparable, dans la sentence CCI. n° 5073, rendue en 1986, les arbitres ont considéré qu'aurait dû être acceptée une offre de renouvellement d'un contrat, alors que le précédent contrat venait d'être abusivement résilié* ». L'auteur cite : Sentence CCI n° 5073, 1986, *Yearbook Commercial Arbitration XIII* 1988, p. 53. Voir aussi : D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 140 et s.

[546] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, nº 20-100 ; M. FURMSTON, *Cheschire Fifoot & Furmston's Law of Contract*, 2º ed., *op. cit.,* nº §8.101 ; D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in Contracts & Torts, op. cit.,*1988, p. 111 ; H. McGREGOR, *Damages,* 17º ed., *op. cit.,* p. 7-045; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.,* nº §12.12; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* nº §14-18. En droit international voir : D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 138, l'auteur cite en droit anglais : *Payzu Ltd v Saunders* [1919] 2 KB 581 (CA); *Sotiros Shipping Inc v Sameiet Solholt (The Solholt)* [1983] 1 Lloyd's Rep 605 (CA).

[547] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit.*, *loc. cit*.

[548] *Ibidem.*

[549] E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.,* nº§12.12; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* nº §14-18.

prix du contrat, ou que le vendeur demande un prix supérieur.[550] En revanche, ce n'est pas le cas lorsque la partie refuse le contrat initial et offre un nouveau contrat similaire.[551]

331. Bien que le créancier soit parfois contraint d'accepter une prestation non conforme au contrat afin de modérer le dommage issu de l'inexécution, lorsque cette mesure s'avère être la plus raisonnable, la différence entre la valeur de la prestation prévue dans le contrat et la valeur de la prestation non conforme, représentant la perte de l'avantage pour le créancier, peut facilement être indemnisée.[552] Il faut toujours considérer que cette mesure n'est pas raisonnable si elle implique que l'intérêt du créancier ne sera pas satisfait.[553] Il s'agit ici de défauts de conformité par rapport aux éléments accessoires de l'obligation caractéristique ou de défauts à caractère non substantiel qui poussent le plus souvent le créancier vers ce type de mesure.[554]

332. Il faut aussi noter que l'acceptation d'une prestation différente par le créancier n'est pas l'acceptation de modifier le contrat. Le créancier n'est pas tenu de renoncer à son droit de créance selon les termes et conditions prévues dans le contrat originel, car cela impliquerait la renonciation aux dommages causés par l'exécution partielle ou non conforme de la prestation. Il s'agit d'accepter l'exécution partielle ou défectueuse, sous réserve de

---

[550] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 139 : *« after the conclusion of the contract the buyer offered to purchase the goods at a lower price than the contract price. The seller rejected the offer and resold the goods to a third party at a price lower than both the original contract price and the price in the buyer's offer. The court dismissed the seller's claim for the difference between the contract price and the resale price on the ground that rejecting the buyer's offer had been a failure to mitigate the loss -(Supreme Court (Spain) 28 January 2000 (n 60)-. At the first sight, a different result appears to have been […] in another case -ICC Arbitration Case No 6281 of 1989 (Steel bars case), http://cisgw3.law.pace.edu/cases/ 896281i1.html- where it was the seller who was willing to sell the goods at the price higher (US$215.00 per ton) than the contract price (US$190.00 per ton). The buyer rejected the proposal and insisted on the performance at the original contract price. After the seller had failed to deliver, the buyer made a cover purchase from a third party and the tribunal held that the cover purchase was a reasonable mitigation measure and that the buyer was not required to accept the seller's offer. »*

[551] E. A FARNSWORTH, G. YOUNG, C. SANGER, *Cases and materials contracts,* 6º ed., *op. cit.,* p. 503 : « *Parker v. Twentieth Century-Fox Film Corp, Supreme Court of California, 1970, 3 Cal. 3d 176, 474 P.2d 689 ».* Shirley MacLaine avait conclu un contrat pour réaliser un film par la *Twentieth Century-Fox*. L'entreprise décide de réaliser un autre film, révoque le contrat, mais offre un contrat similaire à l'actrice. Shirley MacLaine refuse et demande des dommages et intérêts pour l'inexécution du contrat initial. La Cour considère que l'actrice n'est pas tenue de modérer le dommage en acceptant un emploi de moindre qualité. ». L'employée n'est pas tenue d'accepter un emploi capable de compromettre son honneur ou respect. Voir aussi : « *S.A. HEALEY Co. v. Milwaukee Metropolitan Sewerage District, 50 F.3d 476, 481 (7th Cir. 1995-Posner, C.J.)* ».

[552] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit., loc. cit.*

[553] D. DOBBS, *Law of remedies, op. cit.,* nº §12.6 (2).

[554] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit*., *loc. cit.*

demander des dommages et intérêts sur la base de la formule de la perte de l'avantage attendu.[555]

333. Le créancier n'est pas non plus tenu d'accepter une prestation différente si elle implique un préjudice substantiel pour lui. C'est le cas, par exemple, si le créancier a besoin de marchandises d'une certaine qualité afin de les transformer en un autre produit, ou bien afin de les revendre à une clientèle avisée. C'est le cas, en droit anglais, pour l'employé qui démissionne. Il n'est pas tenu d'accepter auprès du même employeur une offre d'emploi dans des conditions moins favorables, ou encore dans les mêmes conditions que celles du contrat originel, si la démission a eu lieu pour des causes contraires à la dignité de l'employé, par exemple parce que l'employeur l'a humilié ou ne lui a pas témoigné du respect dû dans toute relation de travail.[556]

§ 2. MESURE RAISONNABLE EN CAS D'INEXÉCUTION PARTIELLE OU DÉFECTUEUSE

334. Lorsque l'inexécution du contrat n'est pas substantielle, le créancier n'est pas tenu de *substituer le contrat*. En ce qui concerne l'acceptation d'une offre tardive d'exécution ou d'une prestation différente, les éléments d'appréciation ont été déjà analysés.[557] Ils sont les mêmes, que l'exécution soit substantielle ou non.

335. En réalité, lorsque le principe de substitution n'est pas applicable, l'obligation de modérer le dommage s'impose au créancier parmi les remèdes à sa portée afin de protéger son intérêt contractuel.[558] Comme il a été indiqué à propos du caractère raisonnable des mesures de modération, « le devoir de modération impose au créancier de choisir, entre

---

[555] *Ibidem,* 20-100, p. 1060; D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 139 : « *It is argued that what is crucial in these types of case is whether or not accepting the offer would lead to the injured party surrendering its right to damages and to avoid the contract. If so, then accepting the breaching party's offer cannot be regarded as a reasonable measure to mitigate loss. This would be grossly unfair to the injured party and would, no doubt, contravene the mitigation rule's aim of striking a fair balance between the legitimate interests of both parties. If, however, accepting the offer does not lead to the injured party being deprived of its right to avoid the contract and to claim damages for the difference between the original contract price and the newly accepted price, there is no reason why accepting the offer should not be a reasonable measure of mitigating loss. »*

[556] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, 12º ed., *op. cit., loc. cit.*

[557] V. *supra* nº 330 et s.

[558] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 132 : « *The policies underlying the mitigation rule must, it is submitted, influence the meaning of reasonableness. This means that a concern for economic efficiency and avoidance of waste would require the party to take the least costly measures ».*

différents moyens présentant les mêmes avantages pour lui, celui qui est le moins pénible ou le moins onéreux pour le débiteur (…) Ce devoir est violé non seulement lorsque le titulaire d'un droit s'en sert sans aucun intérêt légitime pour lui, mais également en cas de disproportion manifeste entre son intérêt et les inconvénients imposés au débiteur ».[559]

336. Le créancier devra alors considérer, selon les critères du caractère raisonnable des mesures, la mesure qui, tout en procurant la satisfaction de ses intérêts, est la moins coûteuse pour le débiteur et, par conséquent, pour la société.[560] En effet, les dommages évitables par des mesures raisonnables ne sont pas indemnisables. Une liste évidemment non exhaustive des mesures à la portée de la partie lésée pourrait embrasser les mesures suivantes : agir promptement[561], interrompre le contrat[562], interrompre les contrats avec ses clients ou fournisseurs[563], ne pas utiliser un produit non conforme ou défectueux et conserver les produits[564], renégocier les contrats avec ses clients ou fournisseurs,[565] vérifier la conformité de l'exécution, informer le débiteur défaillant du défaut de conformité ou de l'inexécution du contrat,[566] octroyer au débiteur un délai supplémentaire d'exécution[567],

---

[559] *Ibidem,* nº 404. Voir aussi : R. O. DALCQ, « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle »*, RDAI* 1987, n° 19, p. 370 ; R. KRUITHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage »*, RCJB* 1989, n° 29, p. 41. La solution a été retenue par la jurisprudence belge : voire par exemple, Liège, 13 février 1980, Jur. Liège, 1980, 1980-81. 109, note P. HENRY. ; P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, la fraude aux droits des tiers et la fraude à la loi »*, RCJB*, 1976. 303, spéc. n° 12, p. 329 ; Cass. Belge, 10 septembre 1971, Pas. 1972. I. 28, R.W. 1971-1972, col. 321, note P. VAN OMMESLAGHE.

[560] Voir aussi : Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 357.

[561] J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 300 et s. Si bien cette mesure est consacrée dans la jurisprudence arbitrale internationale, « l'existence des discussions ou de négociations viennent cependant à tempérer la rigueur de cette règle ».

[562] E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* nº §12.12 : *Rockingham County v. Luten Bridge Co.,* 35 F.2d 301 (4th Cir. 1929). Voir aussi : Cour d'appel de Rennes, 27 mai 2008, CLOUT nº 1029, consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/080527f1.html ; Cour d'arbitrage de la chambre de commerce de l'industrie de la Fédération de Russie, 27 juillet 1999, sentence arbitral nº 302/1996, consultée in : cisgw3.law.pace.edu/ cases/990727r1.html.

[563] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts »*, op. cit.,* p. 1184 et s.

[564] N. ANDREWS, *Contract Law, op. cit.,* p. 513. L'auteur cite : *Schering Agrochemicals Ltd. v. Resibel NVSA (1992),* note : S. Burrows, (1993) 109 *LQR* 175 ; *County Ltd v. Girozetrale Securities (1996),* ER 834, C.A. Voir aussi : Commission internationale d'arbitrage économique et commercial de Chine, République populaire de Chine, 6 de juin 1999, consulté in : cisgw3.law.pace.edu/cases/910606c1.htlm.; Oberlandesgericth Köln, Allemagne, 21 août 1997, consulté in : CLOUT nº 284

[565] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 141.

[566] G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 976.

[567] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 352 ; D. ELLIOT, « Mitigation of damages dans le droit de la construction », *RDAI* 1987. 383; LEVEL P., « Obligation de minimiser le dommage dans la pratique du contrat international de construction »*, RDAI* 1987, p. 385; M. SCHNEIDER, « Résumé de la discussion sur l'obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction le 1º décembre 1986 à Paris »*, RDAI* 1987, p. 387 : *« Lorsque, dans un contrat synallagmatique, une des parties est en retard pour exécuter la prestation lui incombant, l'autre partie peut lui impartir un délai convenable pour fournir cette prestation, en déclarant qu'elle refusera d'accepter ladite prestation après expiration de ce délai - Nachfrist-. Le système a été repris par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises*

demander des tiers parties en justice[568], mettre fin au contrat si le débiteur n'exécute pas son obligation dans le délai d'exécution[569], confirmer le contrat[570], accepter l'offre d'exécution tardive du débiteur[571], accepter l'offre d'exécution non conforme du débiteur[572], réaliser la revente de la prestation non conforme à un prix réduit[573], entamer la renégociation et adaptation du contrat[574], demander la réparation ou le remplacement de la prestation pour le débiteur, faire compléter, réparer[575] ou remplacer la prestation par un tiers[576], réaliser la

au profit de l'acheteur dans ses articles 47 à 49 ainsi qu'au profit du vendeur dans ses articles 63 et 64, par l'article 7.1.5 des principes Unidroit et par l'article 8.106 des principes du droit européen des contrats. »

[568]G. H. TREITEL, E. PEEL, *The Law of Contract*, *op. cit.,* p. 977-978 : « *Where the breach has induced the injured party not to claim sums due to him from third parties, the mitigation rules may require him to assert these claims (St. Albans City & District Council v. international Computers Ltd (1996) 4 A11 E.R. 481) subject to overriding rule that he need only to take such steps as are reasonable: he therefore does not need to take steps which would involve him in complicated litigations (Pilkintong v. Wood [1953]; The Ines [1995] 2Lloyd\s Rep. 144 at159) or which would ruin his commercial reputation (James Finlay & co. Ltd v. NV Kwik Hoo Tong HM [1929] 1K.B. 400) or which would involve him in an unreasonable expense or inconvenience (The griparion [1994] 1 Lloyd's Rep. 5333' Hussey v. Eels [1900] 2 Q.B. 227) ».*

[569] *Ibidem,* p. 847.

[570] *Ibidem.*

[571] *Ibidem.*

[572] *Ibidem,* p. 847 et 978.

[573] *Ibidem :* CIETAC Arbitration proceeding 29 March 1999 (Flanges case) in : http://cisgw3.law.pace.edu/ cases/990329c1.html; CIETAC Arbitration proceeding 26 October 1996 (Cotton bath towels case), in : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961026c1.html.

[574] E. McKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, 1º ed., London, Oxford University Press, 2005, p. 10100 : Sotiros Shipping Inc. V. Samiet Solholt (The solholt) (1983) 1 Lloyd's Rep 605 ; (1981)2 Lloyd's Rep 574 (Staughton).

[575] E. McKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, 1º ed., London, Oxford University Press, 2005, p. 1018 et s., part. 1022 ; *Ruxley Electronics and Construction Ltd v. Forsyth (1996)* AC 344, House of Lords.

[576] *Ibidem* : CIETAC 31 January 2000, in : http://cisgw3.law.pace.edu/ cases/000131c1.html; ICAC Case 97/2004, 23 December 2004. Aussi : ICC Arbitration Case No 8740, 1996 (Russian coal case) in : http ://cisgw3.law.pace.edu/cases/968740i1.html. Voir aussi : B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980, op. cit.,* n° 173, p. 165. En matière de contrats de construction voir particulièrement S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 352, l'auteur cite : D. ELLIOT, « Mitigation of damages dans le droit de la construction », *op. cit., loc. cit.* ; P. LEVEL, « Obligation de minimiser le dommage dans la pratique du contrat international de construction », *op. cit. loc. cit.*; M. SCHNEIDER, « Résumé de la discussion sur l'obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction le 1er décembre 1986 à Paris », *art. préc., loc. cit.* ; B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *art. préc., loc. cit.*; E. A. FARNSWORTH, G. YOUNG, C. SANGER, *Cases and materials contracts,* 6º ed., *op. cit.,* p. 506 et s. : *« Cases of defective, as distinguished from merely incomplete, performance may raise difficult problems of avoidability. If the breach consists merely of incomplete performance, the injured party can usually arrange to have someone else complete the work at less than the loss in value to the injured party. The limitation of avoidability then has the effect of restricting the injured party to damages based in that lesser cost to complete the work rather on the loss in value (...) if the performance is defective rather than merely incomplete (...) part of the cost to remedy the defect and complete performance will be probably the cost of undoing some of the work already done. The total cost to remedy the defect may then exceed the loss in value to the injured party so that an award based on that cost would to that extent be a windfall ».* (Jacob & Youngs v. Kent, Court of Appeals of New York, 1921. 230 N.Y. 239, 129 N.E. 889, 23 A.L.R. 1429). Le problème par rapport à l'obligation de modérer le dommage démure dans le fait que le créancier doit choisir l'option ou mesure la plus raisonnable. Dans le cas d'espèce un entrepreneur avait utilisé un matériel diffèrent à celui spécifié dans le contrat, la désinstallation et la nouvelle installation de tubes dans la maison était considérée déraisonnable. La maison n'avait pas diminué sa valeur sur le marché. Voir aussi : Gorves v. Jhon Wunder Co. Supreme Court of Minnesota, 1939, 205 Minn 163. 163, 286 N.W. 235 et Peevyhouse v. Garland Cial & mining Co. (382 P.2d 109 (Okla, 1962), denied, 375 U.S. 906 (1963). Le critère nous semble être celui d'éviter le

substitution de la prestation pour la période de retard[577], opposer ou demander la réduction du prix, adopter des mesures aptes à réduire, éviter ou modérer le dommage extrinsèque[578], retirer le produit non conforme du marché[579], demander des dommages et intérêts sur la base de *l'expectation, restitution* ou *reliance interest,* entre autres mesures.

337. Il est impossible d'élaborer une liste exhaustive des mesures raisonnables, car le caractère raisonnable des mesures dépend de chaque cas d'espèce. De ce fait, les mesures sont variables à l'infini. L'appréciation du caractère raisonnable des décisions prises par la partie lésée est une question de fait.[580] Selon le professeur Laithier, « *aucune mesure n'est raisonnable ou déraisonnable par nature* ». Ce sont les critères du caractère raisonnable des mesures de modération qui permettent de les apprécier. Cela peut être illustré par quelques exemples de la jurisprudence internationale.

338. Dans un premier cas, il a été jugé que spécifier la finalité du contrat pour la partie lésée peut se révéler utile afin de déterminer le caractère raisonnable de la mesure de modération. Ainsi, si la partie lésée a acheté un bien pour le revendre, et accepte un bien non conforme, il peut s'avérer raisonnable de faire réparer ou remplacer le bien afin de modérer le dommage. La partie lésée pourra le revendre selon l'avantage attendu.[581] C'est une mesure raisonnable, à condition que le coût de réparation soit inférieur à la valeur du dommage contractuel, dont la mesure a pour finalité de le modérer. Cependant, si le coût de réparation ou de remplacement de l'une de ses composantes n'est pas raisonnable, alors la partie lésée doit tirer la majeure utilité possible du bien non conforme.[582]Ainsi, il a été jugé que l'une des utilisations possibles est la revente du bien à un prix réduit.[583] C'est dans l'intérêt de la

---

gaspillage de ressources ou *unreasonable economic waste, « the relationship between the expense involved and the end to be attained, in other words the relative economic benefit ».*

[577] *Ibidem.* See Supreme Court Austria, 14 January 2002 (n 25). See ICC Arbitration Case No 8740 (n 96).

[578] E. McKENDRICK, *Contract Law, Text, Cases and Materials*, 1º ed., London, Oxford University Press, 2005, p. 1099 : *Britvic Sof Drinks Ltd v. Messer UK Ltd (2002)* 1 Lloyd's Rep 20,46.

[579] *Ibidem.* Banco de Portugal v. Waterlow & Son Ltd. (1932) AC 452.

[580] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 357.

[581] D. SAIDOV, *op. cit.,* p. 141.

[582] *Ibidem.* L'auteur cite : CIETAC Arbitration proceeding 5 July 1993 (Copper steel tubes case) in : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/930705c1.html.

[583] *Ibidem.* L'auteur cite: CIETAC Arbitration proceeding 29 March 1999 (Flanges case) http://cisgw3.law.pace.edu/ cases/990329c1.html ; CIETAC Arbitration proceeding 26 October 1996 (Cotton bath towels case), http://cisgw3.law.pace.edu/cases/961026c1.html : « *In one case under the CISG101 where non-conforming goods of a seasonal nature were delivered, the buyer argued that it had requested the seller to remedy the defects but received no response. As the end of the sale season was approaching and the storage fees were increasing (causing financial difficulties), the buyer again contacted the seller requesting the latter to collect the goods. The buyer finally suggested that because it could not afford to incur the cost of returning*

partie lésée de tirer la plus grande utilité du bien non conforme afin de modérer le dommage. Par conséquent, le préjudice qui dérive d'une telle omission n'est pas indemnisable.

339. Dans une deuxième affaire, il a été considéré que, dans les cas où la partie lésée achète des biens pour les besoins de son activité industrielle, le préjudice qui dérive d'une exécution tardive et du retard dans le commencement du processus de production peut être modéré par le remplacement de la prestation de manière provisionnelle ou pour l'utilisation des biens en stock.[584]

340. Finalement, dans une troisième affaire[585], un commerçant demandait l'indemnisation de la pénalité qu'il a dû payer à ses clients pour le défaut de son cocontractant de délivrer la marchandise dans le terme convenu. Le tribunal détermine que l'indemnisation de ce préjudice doit être limitée, car il était raisonnablement évitable par le créancier. En effet, la partie lésée avait payé la pénalité sans négocier la clause pénale prévue dans le contrat avec ses clients, alors que, selon la loi applicable, le juge avait le pouvoir de réduire le montant.[586]

Conclusion de la première partie

341. Selon Farnsworth, tous les traits qui caractérisent les remèdes de l'inexécution du contrat dans le système de la *common law* ont été influencés dans une certaine mesure par les finalités de l'économie de libre entreprise.[587] Les éléments ayant rendu l'exécution forcée en nature attractive dans les systèmes d'économie planifiée, sont manifestement absents dans un contexte de liberté économique. Ainsi, en ce qui concerne le choix pour l'*expectation interest*, plutôt que le *reliance interest* ou la *restitution interest*, il est particulièrement important dans une économie de marché dans laquelle l'une des

the goods itself, it had no choice but to resell the goods at a reduced price. The tribunal accepted that the buyer's conduct was in accordance with its duty to mitigate ».
[584] D. SAIDOV, *op. cit., loc. cit.* : ICC Arbitration Case No 8740 (n 96).
[585] *Ibidem : ICAC Case 97/2004, 23 December 2004,* in : http://cisgw3.law.pace.edu/cases/ 041223r1.html.
[586] Restatement (Second) of the Law of Contracts (1981). §350 : Avoidability : *« (1) Except as stated in Subsection (2), damages are not recoverable for loss that the injured party could have avoided without undue risk, burden or humiliation. (2) The injured party is not precluded from recovery by the rule stated in Subsection (1) to the extent that he has made reasonable but unsuccessful efforts to avoid loss ».*
[587] E. A. FARNSWORTH, « Contracts legal remedies for breach of contracts », *art. préc.,* p. 1216.

principales fonctions de la promesse est de fournir une protection contre les fluctuations défavorables du marché. En ce qui concerne la préférence pour la substitution plutôt que pour l'exécution en nature, elle est particulièrement appropriée dans une économie où l'on suppose que les marchés rendent les produits et les services de remplacement librement disponibles pour tous. Le choix de mesurer le préjudice par la diminution de la valeur de l'avantage attendu par le créancier au lieu du coût pour compléter la prestation, est aussi compréhensible, car il est caractéristique des échanges commerciaux dans les économies de libre marché. Quant à la règle de limitation de la réparation du dommage évitable issu de l'inexécution du contrat, elle est fondamentale dans une économie qui incite à la libre concurrence et l'efficacité économique dans la distribution des richesses. La partie lésée peut consulter le marché pour organiser une opération de substitution auprès du concurrent du débiteur défaillant, tout en évitant les coûts et les retards associés à l'inexécution. Enfin, en ce qui concerne la limitation des dommages à ceux qui sont prévisibles et pouvant être considérés comme certains, elle permet de réduire le risque des entrepreneurs dans un système de liberté économique et de libre entreprise.[588]

342. Le système de la *common law* et les normes du droit international des contrats suivant ce modèle reconnaissent une place prépondérante à l'impératif de l'efficience économique du contrat. Le contrat doit être efficient, non pas uniquement par rapport aux finalités du droit, mais aussi du point de vue économique. Afin de réaliser ses finalités juridiques, telles que la justice et l'utilité, de la manière la plus économiquement efficiente, le système modèle les règles afin d'inciter le créancier à choisir lui-même la solution la plus efficiente en cas d'inexécution du contrat, sous peine de supporter sur son patrimoine les préjudices évitables par des mesures raisonnables. En effet, le système opte pour privilégier l'indemnisation des dommages au lieu de l'exécution en nature à chaque fois que l'indemnisation des dommages est jugée adéquate à la réalisation de l'intérêt contractuel de la partie lésée. Ensuite, dans certaines circonstances, l'exécution des obligations est tenue comme une *precedent condition* de l'obligation réciproque, ce qui permet au créancier de s'excuser légalement d'exécuter sa propre prestation sans avoir recours au juge. En outre, le créancier victime de l'inexécution substantielle du contrat, même anticipée, a le droit de mettre fin unilatéralement au contrat. Ainsi, une fois délié du contrat, le créancier lésé est

[588] E. A. FARNSWORTH, *ibidem.*

censé se procurer la satisfaction de son intérêt contractuel à travers une opération de substitution sur le marché. Lorsque la substitution n'est pas possible, le créancier est conduit à choisir le remède ou la mesure la plus raisonnable, c'est-à-dire celle qui procure la satisfaction de son intérêt contractuel au moindre coût pour le débiteur et, par conséquent, pour la société.

343. Dans le contexte d'une économie de libre entreprise et de libre marché, la plupart des transactions sur des biens et services sont interchangeables. Le créancier est censé trouver sur le marché la prestation inexécutée par son débiteur. Afin de permettre au créancier de se procurer la satisfaction de son intérêt contractuel en nature, de manière immédiate, le système facilite la résolution unilatérale du contrat au créancier dans les cas de refus ou d'inexécution substantielle de l'obligation du débiteur. Bien que le créancier ait le droit de se procurer l'avantage attendu du contrat sur le marché, tout en évitant les coûts et externalités liées à l'inexécution du contrat, le créancier est censé agir raisonnablement. Alors, dans un contexte de libre entreprise, il est raisonnable que le créancier réalise la substitution par référence au prix de marché au moment de l'inexécution. Le système de la *common law* a modelé ses règles sur cette présomption d'efficience juridique et économique, reliée à l'opération de substitution du contrat.

344. Lorsqu'il n'y a pas de marché de substitution, le créancier a le droit à l'indemnisation des dommages sur la base de la perte de l'avantage attendu et des pertes subies à cause de l'inexécution. C'est sur la base du critère de la diminution de la valeur ou du coût de substitution ou de réparation que les dommages sont mesurés. Cependant, même dans ce cas, les coûts des prestations doivent être modérés. Lorsqu'il y a inexécution substantielle, le créancier est censé interrompre l'exécution de la prestation à sa charge, laquelle correspond au coût de l'avantage attendu, pour ne pas augmenter la perte de l'avantage. Lorsque l'inexécution n'est pas substantielle ou qu'il n'y a pas de refus d'exécuter, le créancier doit prendre en considération la possibilité d'octroyer des délais supplémentaires au débiteur, d'accepter des offres d'exécution du débiteur en termes différents de ceux prévus dans le contrat, sous réserve de l'indemnisation de son préjudice. Le créancier doit même considérer les offres de modification du contrat, de réparation et de substitution émises par le débiteur, si cela constitue, au regard des circonstances, la mesure

la plus raisonnable afin de satisfaire l'intérêt contractuel du créancier au moindre coût pour le débiteur et par conséquent pour la société.

345. Afin d'inciter le créancier à prendre des mesures raisonnables en vue de modérer les préjudices issus de l'inexécution, les dommages sont calculés au moment où l'exécution du débiteur était prévue par les parties. En effet, le modèle de la *common law* estime que c'est à partir de ce moment que le créancier est dans la possibilité de prendre les mesures raisonnables afin de modérer les dommages. La date de calcul du dommage est une règle nécessaire pour permettre à l'obligation de modérer le dommage de remplir sa fonction en tant qu'outil de l'efficience économique du contrat. Si les dommages étaient calculés au moment du jugement, le créancier n'aurait aucune incitation à modérer le dommage. Les dommages occasionnés entre la date prévue pour l'exécution et la date du jugement seront supportés par le débiteur, incluant les dommages issus de la fluctuation des cours, ainsi que les dommages extrinsèques. Il s'agit de faire peser sur le créancier les risques des préjudices évitables entre la date de l'inexécution et la date du jugement.

346. Seulement lorsque l'indemnisation des dommages n'est pas une mesure adéquate pour satisfaire l'intérêt du créancier, ce dernier a exceptionnellement le droit de demander, soit l'exécution en nature, soit la réparation en nature. Dans la plupart des cas, l'indemnisation du dommage, qui se traduit par l'octroi d'une somme d'argent équivalente à la perte de l'avantage, permet de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, ce qui traduit l'objectif de l'indemnisation de l'intérêt positif, lequel prend en compte les dommages intrinsèques et extrinsèques. L'indemnisation de ce chef de préjudice est applicable notamment en cas de résolution unilatérale du contrat. Il est vrai que le créancier peut opter pour la demande de restitution des prestations exécutées, des dépenses réalisées, incluant la perte de l'opportunité, préjudices qui découlent de la violation de l'intérêt négatif du créancier. Il s'agit du droit du créancier d'être indemnisé par référence à la position qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu. Cependant, si, selon le modèle de la *common law*, ce chef de préjudice est indemnisable, il n'est pas admissible lorsqu'il cherche à placer le créancier dans une meilleure position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. La limite est logique, car elle a été établie pour que le créancier ne soit pas capable de redresser une mauvaise affaire et de transférer ses pertes au débiteur. Le créancier, et non le juge, doit

prendre les décisions afin de satisfaire ses intérêts au coût optimal pour le débiteur et la société. Si son choix est a *priori* raisonnable, il aura le droit d'être remboursé des coûts et dépenses raisonnables engagés pour mettre en place la mesure. Il s'agit de substituer au préjudice raisonnablement évitable, le préjudice causé par les mesures employées.

347. La spécificité de l'obligation de modérer le dommage contractuel dans la *common law* n'est pas compréhensible si l'on ne tient pas compte de ce contexte juridique et économique ainsi que des particularités de ce système en cas d'inexécution du contrat. Parmi les spécificités les plus caractéristiques, il faut signaler les suivantes : la supériorité hiérarchique de la sanction de l'indemnisation des dommages sur l'exécution en nature et d'autres remèdes, le pouvoir du juge d'apprécier le caractère adéquat des sanctions, les excuses légales d'exécuter la prestation, l'inexécution anticipée, la résolution unilatérale du contrat, les causes de résolution unilatérale du contrat, le dommage indemnisable, la mesure du dommage indemnisable, la date de calcul du dommage indemnisable, la configuration du caractère raisonnable du dommage évitable, le principe de substitution et sa formule de calcul, les mesures raisonnables en l'absence de marché de substitution, entre autres. Tous ces éléments sont caractéristiques du système utilitariste, lequel tient le contrat pour un mécanisme au service du marché et de l'efficience économique, et comme formule de maximisation de l'utilité et du bien-être général.

348. La question centrale qui se pose alors est la suivante. Si l'obligation de modérer le dommage, telle qu'elle est prévue dans le système de la *common law* et dans les normes et principes du droit international suivant ce modèle, est introduite dans un système volontariste, tel que le modèle du Code civil français de 1804 suivi par le Venezuela, n'y a-t-il pas un risque que les incompatibilités du mécanisme avec ce système inhibent sa fonction en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat ? A quoi sert alors l'introduction de l'obligation de modérer les dommages dans le droit vénézuélien et dans le système du Code civil français, si le contexte normatif ne permet pas de déployer les effets attendus ? En revanche, si l'on permet au mécanisme de déployer ses effets dans le contexte normatif volontariste, existe-t-il un risque de bouleverser les principes qui servent de fondements au système du Code civil de 1804 ? Il convient donc de vérifier les incompatibilités de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, avec le système volontariste du contrat adopté par le Venezuela, selon le modèle du Code

civil français de 1804, ainsi qu'avec le système inauguré par la réforme du droit des contrats en France.

SECONDE PARTIE

INCOMPATIBILITÉS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE AVEC LA CONCEPTION VOLONTARISTE DU CONTRAT

349. La conception volontariste du contrat est une œuvre produite par les plus éminents juristes français des XIX^e^ et XX^e^ siècles et qui a inspiré les ordres juridiques dans le monde entier. C'est particulièrement le cas du Venezuela et de la plupart des pays d'Amérique latine.

350. En effet, la conception volontariste du contrat est la conséquence de l'interprétation volontariste du Code civil français, qui a surtout été l'œuvre des commentateurs français de la seconde moitié du XIX^e^ siècle[589]. Toutefois, elle a subi un déclin important pendant tout le XX^e^ siècle et le début du XXI^e^ siècle, au point que certains auteurs ont proposé de remplacer le rôle de la volonté[590], en tant que moteur de la force obligatoire du contrat, par d'autres fondements du droit tels que la justice et l'utilité[591], voire la solidarité contractuelle[592]. Cependant, bien que tempérée, la conception volontariste du

[589] *Ibidem.* Voir : E. GOUNOT, Le *principe de l'autonomie de la volonté en droit privé. Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* Paris, A. Russeau, 9012, p. 24 et s., p. 80-81, p. 65 note 2 ; H. BATIFFOL, « La crise du contrat et sa portée », *APD,* 1968, p. 21 ; V. RANOUIL, *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept,* préface J.-Ph. Lévy, Paris, PUF, 1980 ; TERRE, « Sur la sociologie juridique du contrat », *APD* 1968, p. 72 et p. 87 ; F. GOMMA, *Théorie des sources des obligations,* thèse, Paris, 1968, p. 214 ; G. ROUETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat,* thèse, Paris, 1965, p. 417 et s. ; G. ROUHETTE, « La force obligatoire du contrat » in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise,* LGDJ, 1987.

[590] J. GHESTIN, *Traité de droit civil, La formation du contrat,* 4º éd., Paris, LGDJ, 2013, nº 169.

[591] J. GHESTIN, *La formation du contrat,* 3º éd., *op. cit.,* p. 162 et s.

[592] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. VII, Paris, A. Rousseau, 1931, nº 3 ; C. JAMIN, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXIº siècle,* Paris, LGDJ, 2001*,* p. 441 ; *Le solidarisme contractuel* (Sous la direction de L. Grynbaum et M. Nicod) Paris, Economica, 2004 ; *La nouvelle crise du contrat* (Sous la direction de C. Jamin et D. Mazeaud) 2003 ; D. MAZEAUD, « Loyauté, solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » in *L'avenir du droit. Mélanges hommage à François Terré*, Paris, Dalloz, PUF, Juris-Classeur 1999, p. 603; D. MAZEAUD, « Le nouvel ordre contractuel », *RDC* 2003, 295.

contrat est encore suivie par la totalité de la doctrine vénézuélienne[593], ainsi que par une partie importante de la doctrine française[594].

351. Selon cette conception, la volonté des parties au contrat est le moteur du mécanisme contractuel.[595] C'est la rencontre des volontés libres et éclairées des parties sur un contenu précis qui fait naître le contrat et, par conséquent, le rapport juridique entre les parties au contrat. Le rejet du principe de l'autonomie de la volonté ne méconnaît pas le rôle spécifique de la volonté dans la formation et les effets du contrat dans le modèle du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et même dans le droit de la réforme. La conception de la liberté contractuelle que le Conseil Constitutionnel[596] a développé peut-être interprétée en ce sens : « il y rattache, outre la force obligatoire du contrat, la liberté de choix du cocontractant et celle de la détermination du contenu du contrat. Il reconnaît par ailleurs au législateur la possibilité d'apporter des limitations. Mais celles-ci doivent être liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général et il ne doit pas en résulter d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi ».[597]

---

[593] J. MÉLICH-ORSINI, *Doctrina general del contrato*, 4º ed., *op. cit.,* no 61; M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, op. cit.,* 2016 ; E. MADURO, E. PITTIER, E. SUCRE, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 11º ed., *op. cit. ;* O. OCHOA, *Teoría general de las obligaciones, Derecho civil III*, *op. cit.*, p. 497-498 ; O. PALACIOS HERRERA, *Apuntes de Obligaciones, op. cit.*; R. BERNAD MAINAR, *Derecho Civil Patrimonial, t. III, Obligaciones. op. cit.,* p. 81; C. MADRID MARTÍNEZ, « La Libertad Contractual : Su lugar en el Derecho Venezolano de Nuestro Tiempo », in *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Melich Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Investigaciones Jurídicas, Caracas, 2012 ; J. ANNICCHIARICO, C. MADRID, « El derecho de los contratos en Venezuela : Hacia los principios latinoamericanos de derecho de los contratos », in *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Melich Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias, Políticas y Sociales, 2012.

[594] V. par exemple : Ch. LARROUMET, *Droit Civil. Les Obligations, Le contrat,* 6º éd, Paris, Economica, 2007, nº 135 et 136 : « *En réalité, il ne paraît pas possible de justifier le contrat autrement que par la volonté »* ; E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité,* préface J. Aubert, Paris, LGDJ, 1997 ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations,* 12º éd., Paris, Dalloz, 2019, nº 30 (b) ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, *Les contrats*, 8º éd., Paris, Defrénois, 2016, nº 451 et s. ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 3º éd., Paris, PUF, 2004, nº 28 ; Ph. DELEBECQUE, F. PANSIER, *Droit des obligations, contrats et quasi-contrats,* 7º éd., Paris, Lexis-Nexis, 2016, nº 62 ; A. BENABENT, *Les principaux contrats spéciaux,* 17º éd., Paris, Montchrestien, 2018, nº 35 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit Civil, Les obligations 1. Les actes juridique,* 16º éd., Paris, Sirey, 2014, p. 106 : « *Le volontarisme, propre aux contrats, correspond justement à la reconnaissance, par la loi de ce pouvoir fondamental d'organisation laissé à la volonté ».*

[595] *Ibidem*, nº 501 : « *Les trois principes directeurs de liberté contractuelle, d'utilité sociale et de justice contractuelle ne se situent pas exactement sur le même plan. La liberté contractuelle est un élément créateur du contrat dont elle est le moteur. Instrument essentiel des intérêts privés, elle est en même temps conforme, dans son principe, á l'intérêt général avec lequel elle doit se concilier ».*

[596] CC 13 juin 2013, nº 2013-672 ; *JO* 16 juin 2013, p. 9976, *RTD civ.* 2013, 832, note J.-D. BARBIER ; *JCP* 2013, nº 37,929, note J. GHESTIN ; *RDC* 2013.1285, obs. C. PÉRÈS.

[597] J. FLOUR, J.-L AUBERT, E. SAVAUX, *Droit Civil, Les obligations 2. Les fait juridique, op. cit.,* p. 106.

352. C'est, en effet, la reconnaissance par la loi aux personnes d'un pouvoir créateur de rapports juridiques à caractère obligatoire et contraignant qui détermine la conception volontariste du contrat. [598] C'est la volonté qui est au cœur du mécanisme contractuel, à la différence d'autres systèmes où la loi reconnaît la force obligatoire sur la base de la réalisation de certaines formalités, comme ce fut le cas dans le droit romain[599], ou à la constatation de l'existence d'un rapport d'échange, comme c'est le cas dans la *common law*[600], systèmes où le rôle de la volonté est moins important.

353. Le droit positif vénézuélien, à l'heure actuelle, reste fidèle à l'interprétation classique de la conception volontariste du contrat dominant en droit français pendant la plupart du vingtième siècle. Interprétation encadrée dans les limites classiques de l'ordre public traditionnel et de l'ordre public de protection et de direction. La tendance, au moins dans la doctrine, est de reconnaître, à travers la notion de bonne foi, l'admission de mécanismes contraires à ses postulats classiques, les uns, vers la reconnaissance des impératifs de justice contractuelle, et les autres vers l'utilité du contrat. En effet, malgré l'immutabilité de la jurisprudence, la doctrine vénézuélienne, naguère contre, est aujourd'hui favorable à la révision du contrat pour imprévision[601], à la régulation générale des clause

[598] J. GHESTIN, *La formation du contrat,* 1993, *op. cit.*, p. 37 ; La conception volontariste du contrat dénote alors un système dans lequel le consentement, qui traduit la rencontre des volontés au moins de deux personnes sur un contenu précis, est l'élément essentiel du contrat. La rencontre des volontés devient le moment exact de formation du contrat à travers le mécanisme de l'offre et de l'acceptation. L'erreur, le dol et la violence, en tant que vices de la volonté des parties, ont une importance primordiale, car, lorsque la volonté est viciée, elle ne suffit pas pour créer un contrat valable. L'objet ou le contenu du contrat est déterminé par l'accord des volontés exprimées par les parties et, lorsque cette volonté n'est pas claire, le juge doit interpréter le contrat sur la base de la volonté réelle des parties. (J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil,(dir. J. GHESTIN) Les effets du contrat*, 3º éd, Paris, LGDJ, 2001, nº 8 et s.) En ce qui concerne la cause du contrat, depuis un long débat sur son utilité, elle est expliquée aussi comme une manifestation de la volonté. (Ch. LARROUMET, *Droit Civil. Les Obligations, Le contrat,* 6º éd, *op. cit.*, nº 448 te s.) Pour la majorité de la doctrine française classique, la cause correspond aux motifs déterminants qu'impulse la manifestation de la volonté contractuelle de chaque partie. La cause est objective lorsqu'il s'agit de préciser la justification économique des obligations à la charge de chaque partie et elle est subjective lorsqu'elle traduit la finalité essentielle qui amène chaque partie à conclure le contrat. La cause permet alors d'exercer un contrôle juridique de la conformité de l'intention de chaque contractant à la justice, à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Elle joue aussi un rôle déterminant dans la qualification des actes juridiques, tout en reconnaissant la volonté comme fondement déterminant de cette condition de formation du contrat. En ce qui concerne la capacité des parties, elle est aussi une notion dégagée de la conception volontariste du contrat, et d'une manière plus générale applicable aussi à la théorie des actes juridiques. Les personnes ne peuvent avoir la capacité de réaliser des actes juridiques valables que s'ils sont capables de comprendre les conséquences de leurs actes. L'acte juridique valable suppose une volonté libre et éclairée du sujet de droit, donc cette capacité d'exercice est nécessaire pour que la volonté exprimée soit suffisante pour produire des effets juridiques.

[599] Ch. LARROUMET, *Droit Civil. Les Obligations, Le contrat, op. cit., loc. cit.*

[600] *Ibidem.*

[601] J. MELICH, « La revisión judicial del contrato por onerosidad excesiva » in : *Revista de la Universidad Católica Andrés Bello* No 54, 1999, p. 55-98 ; J. OTIS RODNER, « La teoría de la imprevisión (Dificultad de

abusives dans les contrats d'adhésion[602] et à la consécration du devoir de coopération et de loyauté dans la phase de négociation, comme dans la phase d'exécution du contrat[603], cela parmi d'autres manifestations de la justice contractuelle. La doctrine est aussi favorable à la reconnaissance des impératifs de l'utilité contractuelle, voire de l'efficacité économique du contrat. C'est le cas, précisément, de l'obligation de modérer le dommage.[604] Cette tendance, cependant, n'a pas eu d'écho dans la loi ni dans la jurisprudence, laquelle reste attachée à la conception volontariste classique reconnue par la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence en France pendant la majeure partie du vingtième siècle. Il est évident que l'évolution du droit français des contrats prendra du temps à être assimilée par les ordres juridiques qui ont suivi le modèle du Code civil de 1804. Il s'agit d'un phénomène de déconstruction et de reconstruction du droit des contrats et des postulats et principes classiques, tenus comme sacrés dans la culture juridique vénézuélienne et dans les codes civils de l'Amérique latine qui ont suivi ce modèle.

354. Il faut ainsi constater que les principes de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la relativité du contrat, principes dégagés par l'interprétation volontariste du contrat des auteurs classiques de fin du XIX^e^ siècle et début du XX^e^ siècle, sont toujours en vigueur dans les deux pays. Cela dit, la justification de ces principes, fondés exclusivement sur la considération du rôle de la volonté de l'individu, coexiste dans le droit

---

cumplimiento por excesiva onerosidad) », in *El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, p. 401-449 ; L. LUPINI BIANCHI, « Notas sobre la teoría de la imprevisión en el derecho civil », in *Homenaje a Aníbal Dominici*, Caracas, Ediciones Liber, 2008, p. 265-322, et in *Estudios de Derecho Privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2010, p. 303-351 ; A. MORLES HERNÁNDEZ, « La teoría de la imprevisión en el derecho privado; la crisis económica como supuestos de revisión del contrato », in *Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el Centenario de su fundación 1915-2015*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015, t. IV, p. 2337-2438 ; L. FLAH, M. SMAYEVSKY, « *La teoría de la imprevisión en la emergencia económica* » in *Temas de Derecho Civil. Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley. Colección Libros Homenaje No 14*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, t. I, p. 513-532 ; E. MADURO LUYANDO, *op. cit.,* p. 199-202 ; M. RODRÍGUEZ FERRARA, *op. cit.,* p. 145-149 ; C. CASAS RINCÓN, *op. cit.,* t. II, p. 446-453; J. ANNICCHIARICO, C. MADRID, *op. cit.,* p. 68-73 ; J. MÉLICH ORSINI, *Doctrina General del contrato, op. cit.,* p. 436-449.

[602] C. ACEDO SUCRE, *Cláusulas Abusivas y contrato de adhésion,* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2018.

[603] M. C. DOMÍNGUEZ, « Buena fe y relación obligatoria », in *RVLJ*, nº 11, 2018, p. 17-80 ; G. RODRÍGUEZ MATOS, « La buena fe en la ejecución del contrato », in *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 429 ; J. MÉLICH ORSINI, *Doctrina, op. cit.,* p. 436-449 ; J. ANNICCHIARICO C. MADRID, « El derecho de los contratos en Venezuela », *op. cit.*

[604] J. ANNICCHIARICO, « La carga de mitigar los daños del incumplimiento contractual en el derecho venezolano » in *Libro homenaje a la Academia de Ciencias políticas y Sociales en centenario de su fundación 1915-2015,* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015; E. URDANETA FONTIVERO, *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño,* Caracas, RVLJ, 2016.

français, avant la réforme, et dans le droit de la réforme, avec d'autres justification ou paradigmes, telles que la justice et l'utilité du contrat. La liberté, la force obligatoire, la justice et l'utilité contractuelle sont alors tenues comme les principes directeurs du contrat.[605] Si les principes classiques de la conception volontariste du contrat assurent un idéal de liberté et de sécurité, la notion ductile de bonne foi, ainsi que les autres mécanismes mentionnés, soit introduits par la réforme du droit des contrats, soit par la jurisprudence, assurent la justice et l'utilité, voire l'efficience du mécanisme contractuel. La conciliation de ces principes directeurs est une tâche essentielle du droit de la réforme confiée principalement au juge.

355. C'est à l'égard des postulats de la conception volontariste du modèle du droit français, suivi par le droit vénézuélien, et à l'égard de la conception renouvelée du contrat adoptée dans le droit issu de la réforme qu'il faut analyser la compatibilité de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

356. Il s'agit ici de constater les incompatibilités de l'obligation de modération du dommage, selon les spécificités propres de la *common law* et du droit international des contrats, avec le système volontariste du Code civil français, suivi par le Venezuela, et avec la réforme française du droit des contrats et des obligations.

357. On verra, ainsi, les incompatibilités entre les conditions de l'obligation de modérer le dommage et les principes directeurs de l'exécution forcée du contrat (Titre I) et les incompatibilités entre les effets et techniques de modération du dommage et les règles applicables aux sanctions de l'inexécution du contrat (Titre II).

[605] J. GHESTIN, « La formation du contrat », *in Traité de droit civil,* 4º éd., Paris, LGDJ, 2013, nº 169.

Titre I
INCOMPATIBILITÉS DES CONDITIONS DE L'OBLIGATION DE MODERER LE DOMMAGE

358. Dans le système de la *common law,* l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil d'efficacité du contrat, déploie ses effets dans un environnement contractuel qui est modelé afin d'inciter les parties à se comporter de la façon la plus efficiente du point de vue économique. Ce sont les traits caractéristiques de ce système qui permettent à l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

359. On a déjà dédié toute la première partie à l'identification des traits particuliers de ce système, qui ont été mis en place afin que le contrat puisse atteindre ces finalités de la façon la plus efficiente possible. Parmi les particularités caractéristiques propres de la *common law,* on a identifié la supériorité hiérarchique de l'indemnisation du dommage sur celle de l'exécution forcée en nature propre au système du Code civil français. La possibilité du créancier de l'obligation inexécutée de se libérer de l'obligation à sa charge soit sur la base de la *condition precedent*, soit par la résiliation unilatérale du contrat et cela même avant l'inexécution. On a aussi identifié la date de l'estimation du dommage, laquelle prend en compte celle de l'inexécution et non celle du jugement, et la possibilité pour le créancier de demander l'indemnisation de l'intérêt positif en cas de résolution. Si l'on ajoute à cette construction caractéristique une limitation à l'indemnisation du créancier victime de l'inexécution du contrat de tout dommage évitable avec des mesures raisonnables, on comprend bien comment le créancier est incité à limiter le dommage issu de l'inexécution du contrat s'il ne veut pas subir les préjudices évitables raisonnablement. Ainsi, la limitation de l'indemnisation des dommages uniquement aux dommages non évitables avec des mesures raisonnables, place le créancier sous la contrainte d'agir dans son propre intérêt. Cette contrainte est désignée en France comme l'obligation de modérer ou minimiser le dommage.

360. Si l'on analyse prospectivement la compatibilité entre système du Code civil français et la spécificité de l'environnement juridique qui conditionne le *duty to mitigate* dans le système de la *common law*, on peut constater des incompatibilités, singulièrement, avec les principes directeurs de l'exécution forcée du contrat du système français de 1804, suivi par le droit vénézuélien. Il est vrai que, lorsque l'on fait la même analyse avec le nouveau droit des contrats en France, on peut constater un moindre degré d'incompatibilité, car le droit de la réforme, tout en réaffirmant les principes de liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, relativise certains concepts et incorpore des mécanismes qui nous rapprochent de cet environnement d'efficacité contractuelle propre à la *common law*. Ces incompatibilités se posent principalement avec le principe qui guide l'exécution forcée en nature : le principe de la primauté de l'exécution en nature (Chapitre II) et avec le principe qui guide l'exécution par équivalent : le principe de la réparation intégrale du dommage contractuel (Chapitre I).

Chapitre I
LES INCOMPATIBILITÉS AVEC LE PRINCIPE DE LA RÉPARATION INTÉGRALE DU DOMMAGE

361. Les incompatibilités entre le contexte juridique qui conditionne l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes et la conception volontariste du contrat, suivi par le droit vénézuélien et le nouveau droit de contrats en France, concernent d'abord le principe essentiel de la réparation intégrale du dommage causé par l'inexécution du contrat[606]. Après avoir présenté le principe et les éléments compatibles avec l'obligation de modérer le dommage (Section I), on verra les incompatibilités. (Section II)

SECTION I
LE PRINCIPE DE LA RÉPARATION INTEGRALE DU DOMMAGE. ÉLÉMENTS COMPATIBLES

362. Comme l'affirme le professeur Geneviève Viney, le principe de la réparation intégrale du dommage[607] est un principe admis dans la plupart des systèmes juridiques. Ce principe comporte une règle « consacrée par de nombreuses conventions et déclarations internationales et son adoption a été proposée par les différents projets d'harmonisation des droits privés européens. Elle est également appliquée couramment par les arbitres internationaux. »[608]

363. En droit français, « elle constitue la directive essentielle en ce qui concerne l'évaluation des indemnités »[609]. S'agissant de la portée de cette règle, selon une formule

---

[606] M.-S. BONDON, *Le principe de la réparation intégrale du préjudice, contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile,* Aix-en-Provence, PUAM, 2020, p. 405 et s.
[607] C. COÛTANT LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé,* préface F. POLLAUD-DULLIAN*,* Aix en Provence, PUAM, 2002.
[608] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité,* in *Traité de Droit Civil,* (Dir. J. GHESTIN) Paris, LGDJ, 2017, p. 154.
[609] *Ibidem,* voir aussi : Y. CHARTIER, *La réparation du dommage*, Paris, Dalloz, 1983, nº 112 et s. H., L., J. MAZEAUD et CHABAS, *Traité,* t. III, vol. II, 6º éd., Paris, Montchrestien, 1983, nº 2358 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français,* t. II, Paris, LGDJ, 2016, nº 601 ; P. EISMEN *in* PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique du droit civil français,* t. VI, Paris, LGDJ, 1952, nº 682 ; R. RODIERE in Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IX, 2º éd, Paris, Russeau, 1953, nº 1658 ; N. DEJEAN DE LA BATIE in AUBRY ET RAU, *Droit civil français,* t. VI-2, 8º éd., Paris, Librairies Techniques 1989, nº 85 et s. ; Ph. LE TROUNEAU et L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats,* Paris, Dalloz, 2002, nº 2523 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit Civil, Les obligations, op. cit.,* nº 899 ; J.

constante de la Cour de Cassation, « le propre de la responsabilité civile est d'établir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation ou elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »[610]. L'avant-projet de la réforme de la responsabilité civile de 2017 emploie la formule suivante : « Sous réserves de dispositions ou de clauses contraires, la réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit résulter pour elle ni perte ni profit ».[611] Selon le professeur Viney, « de cette affirmation, les tribunaux tirent deux séries de conséquences complémentaires. Ils affirment d'abord constamment que l'évaluation doit prendre en compte tous les chefs de préjudice indemnisables dont la réparation est demandée par la victime, à condition qu'ils aient été causés par le fait dommageable et qu'elle doit être faite de manière à compenser entièrement et efficacement ces différents préjudices […] ». Ensuite, « le responsable doit réparer tout le dommage mais rien que le dommage »[612]. Cette règle a une valeur de principe dans la doctrine française. Selon le professeur Viney, « elle fait l'objet d'une approbation unanime […] -représente- une exigence fondamentale de justice […] et ferait apparaître toute dérogation comme une véritable aberration. »[613]

364. Le principe général de la réparation intégrale du dommage et les dispositions légales aménageant l'indemnisation sont applicables également aux dommages issus de l'inexécution du contrat. Ainsi, le dommage réparable doit être certain, légitime et direct.[614] Le dommage réparable lors de l'inexécution du contrat correspond à la valeur des intérêts

---

CARBONNIER, *Droit Civil, Les obligations,* t. 4, *op. cit.,* § 285 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations, Responsabilité délictuelle,* Paris, Litec, 1997, nº 1311 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD, *Droit Civil, Les Obligations, Les Sources,* 2º éd., t. 1., Paris, Sirey, 1989, nº 588 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit Civil, Les obligations. 2. Le fait juridique,* 10º éd., Paris, A. Colin, 2002, nº 387 et s. ; C. COÛTANT LAPALUS, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.,* nº 174 et s. ; Ph. MALAURY, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les Obligations,* 4º éd., Paris, LGDJ, 2017, nº 238 et s. ; M. BACACHE-GIBELLI, *Droit Civil, (*dir. Ch. LARROUMET), t. V, 3º éd. Paris, Economica, nº 597 et s. ; M. FABRE MAGNAN, *Droit des obligations, 2,* Paris, Thémis-PUF, 2007, p. 417 et s. ; P. BRUN, *Responsabilité contractuelle,* 3º éd., Paris, LITEC, 2014, nº 592 à 598 ; M. E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur une notion de la réparation,* préface P. HÉBREAUD, Paris, LGDJ, 1974 ; C. Le GAILLOU, *La notion d'indemnité en droit privé,* préface A. SÉRIAUX, Paris, LGDJ, 2007.

[610] Ex. Civ. 2º, 8 juillet 2004, *Bull.* II, nº 393 ; *RTD civ.* 2004*,* p. *739,* obs. P. Jourdain : « les dommages intérêts alloués à la victime doivent réparer le préjudice subi sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit. ».

[611] Projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

[612] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* p. 155.

[613] *Ibidem,* p. 156.

[614] *Ibidem,* nº 302.

légitimes du créancier qui ont été lésés[615]. C'est la règle dans le système du Code Civil et dans le système de la *common law.*[616]

365. Il est vrai que dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, les dommages et intérêts visent la réparation de toute *perte subie et du gain manqué* à cause de l'inexécution du contrat, alors que, selon la *common law*[617], les intérêts du créancier qui font l'objet d'une protection lors de l'inexécution du contrat correspondent soit à l'intérêt positif, soit à l'intérêt négatif[618]. Cependant, il ne faut pas se méprendre : « la fonction première des dommages intérêts contractuels en *common law* est rigoureusement identique à celle qu'ils remplissent en droit français. »[619]En effet, l'intérêt positif du créancier correspond au droit du créancier d'être indemnisé sur la base de la situation économique qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté[620]. Selon le professeur Laithier, « cette définition correspond à l'idée qu'on se faisait habituellement de l'objectif de l'indemnisation pécuniaire en matière contractuelle en droit anglais, américain et français ».[621] On parle de la perte de l'avantage que le créancier attendait du fait de l'exécution du contrat dans son patrimoine ainsi que des autres pertes issues de l'inexécution.[622] Les autres sont des intérêts négatifs, c'est-à-dire le droit du créancier d'être indemnisé sur la base de la situation économique qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu.[623]

---

615 G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, p. 25, nº 249.
616 V. *supra* nº 163 et s.
617 *Restatement of Law of Contacts* §344. « *PURPOSES OF REMEDIES. Judicial remedies under the rules stated in this Restatement serve to protect one or more of the following interests of a promise : (a) his 'expectation interest,' which is his interest in having the benefit of his bargain by being put in as good a position as he would have been in had the contract been performed, (b) his 'reliance interest,' which is his interest in being reimbursed for loss caused by reliance on the contract by being put in as good a position as he would have been in had the contract not been made, or (c) his 'restitution interest,' which is his interest in having restored to him any benefit that he has conferred on the other party.'* La distinction entre *Expectation interest, Restitution interest, Reliance interest,* est attribuée à Fuller et Pedue: L. L. FULLER, W. R. PERDUE, « The reliance interest in contract damages », (1936) 46 *Yale LJ* 52 *(*Part 1) et (1936) 46 I *Yale LJ* 373 (Part 2).
618 V. *supra* nº 163 et s. La distinction est attribuée au juriste allemand R. Von Jhering. R. VON JHERING, « De la culpa in contrahendo ou des dommages intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860) », in *Œuvre choisies,* t., II, trad. O. MEULENAERE, Paris, Marescq, 1983, p. 1 et p. 15 et s.
619 Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 113.
620 V. *supra* nº 167 et s.
621 Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 161 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité,* 2º éd., *op. cit.* nº 57.
622 V. *supra* nº 167 et s. E. BETTI, *Cours de droit civil comparé des obligations,* Milan, Giufrrè, 1958, nº 16, p. 99 ; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations,* Paris, Sirey, 1936, p. 196 ; G. GORLA, *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien,*Turin, Institute universitaire d'études européen, 1958, p. 57.
623 V. *supra* nº 210 et s. ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel, op. cit.,* p. 530.

366. Selon Monsieur Pinna[624], il faut constater que, dans les deux types d'intérêts indemnisables dans le système de la *common law*, positifs et négatifs, on retrouve le même chef de préjudice identifié par Pothier dans son traité d'obligations, c'est-à-dire les dommages intrinsèques et les dommages extrinsèques.[625] Que les deux sortes de préjudices, intrinsèques et extrinsèques, soient indemnisables dans le système du Code civil français et dans le système de la *common law*, est encore plus évident lorsque l'on analyse le *Restatement second of contracts §347.* Selon cette norme : « sujet aux limitations établies dans § 351, §352 et §353, la partie victime de l'inexécution du contrat a le droit à l'indemnisation de dommages et intérêts sur la base de son expectative -*Expectation Interest ou* intérêt positif-[626]*,* mesurée par (a) la perte de la valeur subie pour elle à cause du défaut ou non-conformité de l'exécution de l'autre partie, plus (b) toutes les autres pertes, y compris les pertes accessoires ou consécutives causées par l'inexécution, moins (c) les coûts ou les pertes évitées -par la victime- du fait de ne devoir pas exécuter le contrat ».[627] Selon Monsieur Pinna, « bien qu'il ne soit pas fait référence à la perte subie ou au gain manqué […] la base du calcul se révèle identique parce que la valeur d'une prestation est composée de dépenses et par une marge qui correspondent tout simplement à la perte subie et au gain manqué. Plus généralement, le concept de *« loss »,* c'est-à-dire de perte subie dans les pays de *common law (sic),* inclut également la perte de profits. La différence est donc seulement formelle et n'affecte pas la substance de la réparation monétaire du préjudice. »[628] La doctrine et la jurisprudence en droit anglais assimilent le même régime.[629]

367. En ce qui concerne le droit international des contrats, « cette dualité d'approches des pays de droit civil et pays de *common law* se retrouve dans les conventions

---

[624] *Ibidem.*
[625] *Ibidem.*
[626] V. *supra* nº 167 et s.
[627] *Restatement second of contracts* § 347 : *« Measure of Damages in General. Subject to the limitations stated in §§ 350-53, the injured party has a right to damages based on his expectation interest as measured by (a) the loss in the value to him of the other party's performance caused by its failure or deficiency, plus (b) any other loss, including incidental or consequential loss, caused by the breach, less (c) any cost or other loss that he has avoided by not having to perform. »*
[628] A. PINNA, *op. cit.,* nº 5 530. Selon Monsieur Pinna , « l'article 1149 du Code civil, de façon indirecte mais certaine, affirme que les dommages intérêts alloués à titre de remède principal à l'inexécution visent à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté».
[629] H. McGREGOR, *On damages,* 16º ed, London, Sweet & Maxell, nº 53 et s.

internationales portant droit uniforme ».[630] La convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises fait explicitement référence à la perte subie et au gain manqué. Cependant, la version anglaise, qui fait une formulation plus conforme aux concepts de la *common law*, inclut expressément la perte des profits.[631] Dans les principes d'Unidroit, l'article 7.4.2 prévoit que le « créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution. Le préjudice comprend la perte qu'il a subie, et le bénéfice dont il a été privé, compte tenu de tout gain résultant pour le créancier, d'une dépense ou d'une perte évitée. » En ce qui concerne les principes du droit européen des contrats (PDEC) préparés par la Commission Lando, le rapprochement est encore plus clair. En effet, l'article 9 :502 prévoit que : « les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subi que du gain dont il a été privé ». Ainsi, les principes du droit européen des contrats, lorsqu'il font référence expressément à la fonction de la réparation en consacrant le droit du créancier à être indemnisé sur la base de la situation économique qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, ils ne font que reconnaître aussi l'identité entre l'intérêt positif et le dommage réparable dans le système du Code civil sur la base de la perte subie et du gain manqué et, par conséquent, le principe de la réparation intégrale du dommage. En somme, la mesure des dommages et intérêts sur la base de la perte subie et du gain manqué est largement reprise par la plupart des systèmes juridiques et recoupe la notion de l'intérêt positif[632].

368. Alors, étant donné la nature de la responsabilité contractuelle, l'objet de l'indemnisation issu de l'inexécution contractuelle est limité, en France et en droit vénézuélien, d'une part, par les dommages prévisibles au moment de la conclusion du contrat et, d'autre part, par le lien de causalité direct entre l'inexécution du contrat et le dommage.[633] En effet, les articles 1231-3 et 1231-4 du Code Civil, lesquels reprennent les articles 1150 et 1151 du Code civil de 1804*,* limitent la portée de l'article 1231-2 à l'égard du préjudice

[630] A. PINNA, *op cit.,* nº 7.
[631] CVIM Art. 74 : *« les dommage intérêts pour une contravention au contrat commise pour une partie sont égaux à la perte subie et au gain manqué par l'autre partie par suite de la contravention. Alors que la version en anglais : « Damages for breach of contract by one party consist of sum equal to the loss, including loss of profit, suffered by the other party as a consequence f the breach ».*
[632] A. PINNA, *op cit.,* nº 7.
[633] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* p. 433.

contractuel. Ainsi, selon l'article 1231-3, « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou que pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive » ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ».[634] Ensuite, selon l'article 1231-4 : « dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ».[635] Le système de la *common law* et le système du Code civil français sont très proches sur ce point.[636] D'une certaine façon, les deux systèmes adoptent une approche objective de la prévisibilité du dommage. En effet, le dommage, selon la *common law*, correspond au *standard* fixé par l'arrêt anglais *Hadley v. Bexandale*. Le célèbre principe prévoit que les dommages réparables issus de l'inexécution du contrat « sont ceux qui peuvent justement et raisonnablement être considérés soit comme découlant naturellement, c'est-à-dire selon le cours normal des choses, de l'inexécution même du contrat, soit comme pouvant raisonnablement être envisagés par les parties, au moment où elles ont conclu le contrat, comme une conséquence probable de son inexécution »[637].

---

[634] Voir, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 92 et s.. Selon l'auteur, cette exception au principe de la réparation intégrale du dommage est fondée sur des arguments philosophiques et économiques. En ce qui concerne les fondements philosophiques, « l'argument le plus classique est naturellement celui tiré de l'autonomie de la volonté. Le raisonnement est le suivant : « l'obligation contractuelle est fondée sur la volonté des parties; or, la volonté ne peut appréhender que ce qui est prévisible », « le débiteur ne pouvait pas vouloir s'engager au-delà de ce qu'il a pu prévoir ». Même en cas de violation du contrat, « l'obligation reste marquée par le concert initial des volontés ». La volonté accordée lie les parties dans les sanctions de l'inexécution du contrat. « Par conséquent, c'est elle qui fixe définitivement l'étendue du dommage réparable, le créancier ne saurait exiger du débiteur plus qu'il n'a voulu ». L'article 1150 du Code civil français est la seule norme légale qui introduit le principe de l'autonomie de la volonté dans le domaine de la responsabilité civile. « Ainsi s'explique le caractère irréductible de la distinction dans les deux ordres de responsabilité ». La volonté des parties, parfois tacite, selon le droit classique, est l'explication à laquelle adhère une fraction importante de la doctrine contemporaine en droit français. En ce sens, voir : J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.,* nº 157 ; Ch. LARROUMET, *Le contrat, op. cit.,* nº 657; H.L.J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Les Obligations, op. cit.,* nº 629 ; B. STARK, H. ROLAND, L. BOYER, *Contrat, op. cit.,* nº 1671; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *De la responsabilité et des contrats, op. cit.,* nº 1036 et s.; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.,* p. 307; I. SOULEAU, *La prévisibilité du dommage contractuel, op. cit.,* nº 537 ; P. JOURDAIN, « Les dommages intérêts alloués par le juge. Rapport Français », M. FONTAIN, G. VINEY, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé, op. cit.,* nº 19.

[635] Le droit vénézuélien reprend dans les mêmes termes les articles 1149, 1150 et 1151 du Code civil français de 1804, dans les articles 1273, 1274, 1275 du Code civil vénézuélien. En effet, selon l'article 1273, « les dommages et préjudices sont dus généralement au créancier pour la perte qu'il a subie et pour l'utilité dont il a été privée, sauf pour les modifications ou exceptions établies par les articles suivants ». Selon l'article 1274 « le débiteur n'est pas tenu sinon pour les dommages et préjudices prévus ou qui ont pu être prévus au moment de la conclusion du contrat, lorsque le défaut d'exécution de l'obligation ne provient pas de son dol ». Selon l'article 1275, « même lorsque l'inexécution de l'obligation résulte du dol du débiteur, les dommages et préjudices relatifs à la perte subie par le créancier et à l'utilité dont il a été privée, ne doivent comprendre que ceux qui sont les suites immédiates et directes de l'inexécution de l'obligation ».

[636] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 132.

[637] Hadley & Anor v Baxendale & Ors [1854] EWHC Exch J70 (23 February 1854) : *« Now we think the proper rule is such as the present is this : Where two parties have made a contract which one of them has broken, the damages which the other party ought to receive in respect of such breach of contract should be*

369. Sur la base de ce qui vient d'être mentionné, il est reconnu la place éminente du principe de la réparation intégrale du dommage, lequel, selon le professeur Viney, devrait plutôt être désigné comme « équivalence entre dommage et réparation »[638].

370. Ayant cerné le principe, il faut analyser les incompatibilités avec l'obligation de modérer le dommage.

such as may fairly and reasonably be considered either arising naturally, i.e., according to the usual course of things, from such breach of contract itself, or such as may reasonably be supposed to have been in the contemplation of both parties, at the time they made the contract, as the probable result of the breach of it. »

[638] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* p. 152.

SECTION II
LES INCOMAPTIBILITÉS

371. À la différence du Code civil français, suivi en cela par le droit vénézuélien, et de la réforme du droit des contrats, dans les systèmes de la *common law* et du droit international des contrats, les dommages réparables sont limités, en plus des caractères certain, prévisible et direct, par le caractère évitable du dommage[639]. C'est ainsi que le préjudice contractuel indemnisable correspond à celui qui est certain, direct, prévisible et inévitable par des mesures raisonnables par le créancier. C'est précisément de cette limite à la réparation du dommage évitable que découle l'obligation de modérer le dommage et l'incompatibilité essentielle entre de celle-ci et le principe de la réparation intégrale du dommage en droit français.

372. En effet, cette limite n'est pas consacrée dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, ni dans le droit issu de la réforme. Le principe de réparation intégrale du dommage commanderait alors la réparation du dommage évitable. Malgré les efforts de la doctrine[640], la jurisprudence en France et au Venezuela ne l'admet point, ni à propos de la responsabilité extracontractuelle[641] ni à propos de la responsabilité

[639] V. *supra* nº 230 et s.

[640] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.*; P.-Y. THIRIEZ, « La mitigation ou l'obligation pour la victime de minimiser son dommage : une exception française », *Gaz. Pal.* 7-9 décembre 2001, p. 5. V. Au Venezuela, E. URDANETA FONTIVEROS, *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mititgar el daño,* Caracas, RVLJ, 2016. V. Pour une étude dans l'Amérique Latine, L. SAN MARTIN, L. *La carga del perjudiciado de evitar o mitigar el daño, estudio histórico-comparado, op. cit.*, 2012.

[641] Civ. 2º, 19 juin 2003 (2 arrêts), n° 00-22302 et 01-13289, *Bull. civ.* 11. n° 203; *« la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » ; JCP* 2004, I, 101, n° 9, obs. G. VINEY; *RTD civ.* 2003, p. 716, obs. P. JOURDAIN ; *Defrénois* 2003, p. 1574, obs. J.-L. AUBERT ; *D.* 2003, p. 2326, note J.-P. CHAZAL ; *D.* 2004, p. 1346, note D. MAZEAUD ; *PA* 2003, n° 208, p. 16, note S. REIFEGERSTE ; *JCP* 2003, nº 45, II, 10170, p. 1933 et s., note C. CASTETS-RENARD ; *GP* 2003, p. 3101 et s., note E. ROSENFELD et CH. BOUCHEZ ; *PA* 2003, nº 261, p. 17 et s., note Y. DAGORNE-LABBE ; *RCA* Janvier 2004, nº 1, chron. 2, note M. AGARD ; *GP* 6 mai 2004, p. 27, note D. GENCY-TANDONNET ; *RGDA* 2003, p. 506, note J. LANDEL. Civ. 1º, 9 novembre 2004, n° 01-16.382, n° 2004-025551 et 2004-025552 ; *JCP* 2005, I, 144, n° 1 et s., obs. P. GROSSER. Civ. 2º, 2 décembre 2005, nº 01-16963, *RTD civ.* 2005, p. 785, obs. P JOURDAIN. Civ. 1º, 3 mai 2006, *D.* 2006, p. 1403, note I. GALLMEISTER ; *RCA* 2006, comm. 243 ; *RD sanit. soc.* 2006, p. 745, obs. P. HENNION-JACQUET ; *RTD civ.* 2006, p. 562, obs. P. JOURDAIN ; *RDC* 2006, p. 1228, note S. CARVAL. Civ. 1º, 14 février 2008, *JCP* 2008, I, p. 186, n° 2, note Ph. STOFFEL-MUNCK. Civ. 2º, 22 janvier 2009, n° 07-20.878, *Bull. civ.* II, n° 26, *D.* 2009, p. 1114, note R. LOIR ; *RTD civ*. 2009, p. 334, obs. P. JOURDAIN; *GP* 25-26 mars 2009, note S. SALEH SHAPARAK et J. SPINELLI ; *RCA* 2009, comm. 98, note M. BRUSORIO-AILLAUD. Civ. 3º, 19 mai 2009, n° 08-16.002, *RDC* 2009, p. 6, note O. DESHAYES; *RDC* 2010, p. 52, note Y.-M. LAITHIER. Civ 2º, 4 de Octobre 2009, nº 818-49. Civ. 2º, 25 oct. 2012, n° 11-25511, *JCP* 2013, 484, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *GP* 9-10 novembre 2012, p. 33, note F. BIBAL ; *D.* 2013, p. 415, note A. GUÉGAN-LÉCUYER. Civ. 2º, 26 mars 2015, n° 14-16.011, *D.* 2015,

contractuelle[642]. Elle est pourtant prévue par le projet de réforme du droit français de la responsabilité civile[643].

373. L'admission de la limite du dommage évitable, et par conséquent, de l'obligation de modérer le dommage qui en découle, fait à l'heure actuelle l'objet d'un grand débat au sein de la doctrine en France sur la question de savoir si un tel mécanisme peut être déduit en droit français sur la base des règles de la responsabilité civile et du droit commun déjà consacrées dans le système du Code civil. Si cela était le cas, il n'y aurait aucune incompatibilité entre la limite du dommage évitable et le principe de la réparation intégrale du dommage.[644]

1475, F. GRÉAU ; 1791, chron. L. LAZERGES-COUSQUER ; *GP* 2 juill. 2015, p. 11, note A. GUÉGAN-LÉCUYER. Civ. 2º, 29 mars 2012, n° 11-14.661, *D.* 2013, p. 40, obs. P. BRUN et O. GOUT. Civ. 1º, 16 janvier 2013, n° 11-28.537. Civ. 2º, 28 mars 2013, n° 12-15.373, *D.* 2013, p. 2669, obs. A. GUÉGAN-LÉCUYER ; *RCA* 2013, comm. 166 ; *GP* 21-22 juin 2013, p. 34, note A. COVIAUX.

642 Civ. 2º, 24 novembre 2011, n° 10-25.635, *Bull. civ.* II, n° 217 : « Qu'en statuant ainsi, sans caractériser la faute de l'assuré ayant causé l'aggravation de son préjudice matériel, la cour d'appel a violé le texte susvisé », *D.* 2012, p. 141, note H. ADIDA-CANAC ; *PA* 2012, n° 232, p. 3, obs. P. JOURDAIN, et p. 55, obs. A. LAUDE ; *D.* 2012, p. 644, chron. H. ADIDA-CANAC, O.-L. BOUVIER et L. LEROY-GISSINGER ; *D.* 2013, p. 40, obs. P. BRUN et O. GOUT ; *RTD civ.* 2012, p. 324, obs. P. JOURDAIN ; *JCP* 2008, I, 196, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK; *RCA* 2012, comm. 34, note S. HOCQUET-BERG ; *JCP* 2012, 170, note V. REBEYROL ; *JCP* 2012, 530, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *GP* 3 mai 2012, p. 11, obs. M. MEKKI ; *RGDA* 2012, 424, note A. PÉLISSIER ; *RDC* 2012, p. 437, note S. CARVAL. Civ. 3°, 10 juillet 2013, n° 12-13.851 : « L'auteur du dommage doit en réparer toutes les conséquences » et « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » ; *RD Imm.* 2013, p. 470, obs. B. BOUBLI. Civ. 3º, 5 février 2013, n° 12-12.124 : « Qu'en statuant ainsi, alors que la victime n'est pas obligée de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, la cour d'appel a violé le texte susvisé » ; *RCA* 2013, comm. 135, note S. HOCQUET-BERG; *JCP* 2013, 484. obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. Civ. 3°, 10 juillet 2013, n° 12-13851, *RD Imm*. 2013, p. 470, note B. BOUBLI ; *GP* 14 novembre 2013, p. 16, obs. M. MEKKI ; *LEDC* 1º octobre 2013, p. 4, nº 9, obs. M. LATINA. Civ. 2º, octobre 2013, *RDC* 2014, p. 27, obs. O. DESHAYES. Civ 1º, 2 juillet 2014, n° 13-17599, *RTD* civ. 2014, p. 893, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2015, p. 124, obs. P. BRUN ; *D.* 2014, p. 1919, note C. BOISMAIN; *JCP* 2014, 1034, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; *RDC* 2015, p. 24, obs. G. VINEY ; *D. Actualité* 29 juilliet 2014, obs. A. CAYOL. Civ. 1º, 15 janvier 2015, n° 13-21180, *Bull.* civ. I. n° 13 , *D.* 2015, p. 2283, obs. M. BACACHE GIBEILI ; *D.* 2016, p. 35, obs. O. GOUT ; *RDC* 2015, 461. obs. J.-S. BORGHETTI ; *Lexbase hebdo droit privé*, 19 mars 2015, n° 605, obs. C. RADÉ ; *GP* 19 mars 2015, n° 78, p. 10, obs. J. GUIGUE ; *D.* 2015, p. 1075, note T. GISCLARD ; *JCP* 2015, 436, obs. J. HOUSSIER ; *GP* 16 avril 2015, p. 18, obs. A. GUÉGAN-LÉCUYER. Com., 23 septembre 2020, nº 15-28.898 : *JurisData* nº 2020-15057 et Com., 21 octobre 2020, nº18-10.338 : *JurisData* nº 2020-016948, *JCP* 2020, 2239, Obs. P. GROSSER.

643 Projet de reforme de la responsabilité civile mars 2017. Présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des sceaux, ministre de la justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.V : http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf

644 Voir entre autres : G. VINEY, « La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable », *RDC*, 31 mars 2015, n° 1, p. 24 ; O. DESHAYES, « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », *RDC* 2010, n° 3.

374. Cela dit, en dépit de la position de la jurisprudence, la doctrine majoritaire est favorable à son admission sur le fondement de l'obligation de la bonne foi plutôt que sur d'autres fondements du droit commun qui ont été avancés. La bonne foi, bien qu'elle soit un fondement juridique capable de justifier l'obligation de modérer le dommage dans le système du Code civil français et dans le droit vénézuélien, nous semble être cependant un fondement imparfait, car inapte à transposer le mécanisme en tant qu'outil essentiel de l'efficacité économique du contrat. Finalement, même si l'obligation de modérer le dommage était admise sur les fondements classiques du droit commun, la date de calcul du dommage représente une incompatibilité majeure à surmonter.

375. Afin de présenter les incompatibilités avec le principe de la réparation intégrale du dommage, on verra : le refus par la jurisprudence de l'obligation de modérer le dommage : approche historique (§1) ; l'admission de l'obligation de modérer le dommage par la doctrine : approche critique (§2) ; et, finalement, l'obligation de modérer le dommage et la date de calcule du dommage (§3).

§ 1. LE REFUS DE LA LIMITE DE LA RÉPARATION DU DOMMAGE ÉVITABLE: APPROCHE HISTORIQUE

.

376. **1. Droit romain.** La limite à la réparation du dommage évitable, ainsi que l'obligation de modérer le dommage dont cette obligation découle, était une limite de longue date reconnue dans le droit romain.[645] Le fondement de cette limite se trouvait dans la faute de la victime. Cette faute créait un lien de causalité entre le dommage subi et le comportement négligent de la victime qui limitait la responsabilité du responsable.[646] En effet, l'homme romain devait être diligent dans ses propres affaires comme dans celles des autres. La violation de ce devoir constituait une faute ou culpa.[647] Lorsque le défaut de diligence concernait ses propres affaires, on parlait de culpa sua (*neglegentia domini o neglegentia creditori*). Il y avait un *dammno ex-culpa sua* à chaque fois que la victime

[645] L. SAN MARTIN, *op. cit.,* p. 129.
[646] *Ibidem.*
[647] *Ibidem.*

agissait de façon non conforme avec le modèle du *diligens pater familias*. Cette faute de *diligentia* était assimilée à la culpa envers les tiers.[648]

377. Ainsi, le droit romain distinguait entre la culpa dans la production du dommage ou inexécution du contrat et la culpa dans la production du dommage ultérieur.[649] Lorsqu'il s'agissait de reconnaître une action à la victime contre le débiteur, le juge admettait l'action ou non selon les faits produisant le dommage initial. La culpa de la victime pouvait exonérer totalement de sa responsabilité le débiteur. Juliano divise la responsabilité entre le sujet actif et le sujet passif de l'action (D.I4.I.7pr). Lorsqu'il s'agissait de la culpa de la victime dans la production d'un dommage ultérieur, la responsabilité du débiteur était exclue en ce qui concernait la totalité du dommage attribuable à la victime.[650] Dans le cas de la responsabilité contractuelle, et particulièrement dans le cas de *bonae fidei iudicia,* la victime présentait une liste de préjudices ; si le préjudice était attribuable à la *culpa* (soit pour action, soit pour omission) de la victime, la réparation de ce préjudice était écartée de la décision.[651] Le débiteur pouvait être exonéré de toute responsabilité si le créancier pouvait éviter tout le préjudice,[652] sauf pour le « coût de la diligence » (D.I.9.2.60.2). Des manifestations de ce devoir peuvent se trouver dans plusieurs passages du *Digeste*, par exemple dans le devoir de la victime de soigner les esclaves blessés (D.I.9.2.30.4, D.9.2.52pr), dans le devoir de la victime de réaliser des opérations de substitution (D.I9.I.21.3), dans le devoir de la victime de mettre en place des réclamations judiciaires (D.I9.I.45.I, D.I9.2.60.2), ou bien d'adopter des mesures économiquement appropriées au moment de contracter (D.I4.I.7pr) ou de gérer le préjudice (D.2I.I.23.8), entre autres.[653] Il faut noter que la *culpa* n'était pas assimilée à l'anti-juridicité de l'acte. L'assimilation de la *culpa* à la violation d'un devoir juridique préexistant est une conception ultérieure, qui correspond à la notion de faute du Code civil français.[654] C'est précisément cette conception de la faute qui pose les problèmes actuels relatifs à la limite de la réparation du dommage évitable.[655]

---

[648] *Ibidem.*
[649] *Ibidem.*
[650] *Ibidem,* p. 131
[651] L. SAN MARTIN*,* p. 132
[652] *Ibidem,* p. 132
[653] *Ibidem,* p. 132
[654] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les Conditions de la Responsabilité*, *op. cit.,* p. 326.
[655] V. *infra* nº 389 et s.

378. **2. L'ancien droit en France.** Le modèle du Code civil français de 1804 a été fortement influencé, en ce qui concerne les normes sur le *quantum respondeatour*, par l'œuvre de Pothier (1699-1772)[656], lequel à son tour était influencé par l'œuvre de Domat (1625-1696) et par l'œuvre de Dumoulin (1500-1566).[657] En effet, selon Pothier, « lorsque donc que l'on dit que le débiteur est tenu d'indemniser dommage et intérêts, résultant de l'inexécution de l'obligation, cela veut dire qu'il doit indemniser le créancier de la perte que lui a causée, et du gain dont l'a privé l'inexécution de l'obligation. »[658] Cependant, selon Pothier, le débiteur ne doit pas indemniser toutes les pertes et tous les gains manqués, il faut distinguer différentes espèces de préjudices, même apporter une certaine modération.[659]En effet « le débiteur n'est pas tenu que […] de ceux souffert par rapport à la chose qui a fait l'objet de l'obligation *damni et interesse, propter ipsam rem non habitam »,* (dommage intrinsèque), ce qui, dans la conception de Pothier correspond au dommage prévisible[660].

379. Cependant, pour Pothier, « quelque fois, le débiteur est tenu des dommages et intérêts du créancier, quoique extrinsèques, savoir, lorsqu'il parait que par le contrat ils ont été prévus, et que le débiteur s'en est expressément ou tacitement chargé en cas d'inexécution de l'obligation ».[661] La prévision tacite du dommage sort des circonstances précises de l'affaire réalisée et, plus particulièrement, de la connaissance du débiteur du

---

[656] P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, 3º éd., Scientia Verlag Aalen, 1966, p. 139.
[657] *Ibidem.*
[658] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.,* nº 159.
[659] *Ibidem,* nº 160
[660] On sait que la doctrine en France accepte l'indemnisation du dommage extrinsèque pourvu qu'il soit prévisible.
[661] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.,* nº 163. Photier donne l'exemple suivant : « si j'ai vendu mon cheval à un chanoine, et il y avoit (sic) une clause expresse sur le marché par laquelle je ne me suis pas obligé de le lui livrer assez à temps pour qu'il pu arriver au lieu de son bénéfice, et à temps pour gagner ses gros fruits. Si dans ce cas, j'ai manqué par ma faute, quoique sans dol, à remplir mon obligation, *et que ce chanoine n'ait pu facilement trouver d'autre cheval, ni d'autre voiture,* je serais tenu même des dommages extrinsèques résultants de la perte qu'il a faite de ses gros fruits […] -le débiteur- ne doit être tenu que du risque dont il s'est chargé ».

destin que le créancier fera de la prestation du contrat.[662] Cette limite s'applique uniquement si le dommage n'est pas dû à l'inexécution dolosive du débiteur.[663]

380. Lorsque l'inexécution est dolosive, le débiteur « est tenu indistinctement de tous les dommages que j'ai soufferts, auxquels son dol a donné lieu, non seulement de ce que j'ai souffert par rapport à la chose qui a fait l'objet du contrat, *propter ipsam rem,* mais tous les dommages-intérêts que j'ai soufferts par rapport à mes autres biens, sans qu'il ait lieu de distinguer et de discuter en ce cas si le débiteur doit être censé s'y être soumis: car celui qui commet un dol s'oblige, *velit, nolit,* à la réparation de tout le tort que ce dol causera ».[664]

381. Cependant Pothier se demande : quels sont les dommages auxquels le débiteur dolosif doit répondre ? C'est ici que Pothier analyse le problème de la réparation du dommage évitable, à travers le célèbre exemple de la vache pestiférée. Selon l'exemple « si un marchand m'a vendu une vache qu'il savait être infectée d'une maladie contagieuse, et qu'il m'ait dissimulé ce vice, cette dissimulation est un dol de sa part, qui le rend responsable du dommage que j'ai souffert, non seulement dans la vache même qu'il m'a vendue, et qui a fait l'objet de son obligation primitive ; mais pareillement de ce que j'ai souffert dans tous mes autres bestiaux auxquels cette vache a communiqué la contagion ; *I.13, ff. de act empt* : car c'est le dol de ce marchand qui m'a causé tout ce dommage ».[665] C'est clairement le dommage intrinsèque sur la vache qui est indemnisable, mais aussi le dommage sur les autres animaux, dommage extrinsèque. Mais Pothier se demande : « à l'égard des autres dommages

---

[662] *Ibidem,* nº 164. Pour Pothier : « le principe sur lequel cette décision est fondée, est que les obligations qui naissent des contrats, ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties. Or le débiteur, en s'obligeant aux dommages et intérêts qui résulteront de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir pas entendu ni voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que pourraient monter au plus haut les dits dommages intérêts, et non- au-delà : donc, lorsque ces dommages et intérêts se trouvent monter à une somme excessive, à laquelle le débiteur n' a pu jamais penser qu'il seraient dans le cas de monter, ils doivent être réduits et modérés à la somme à laquelle on pouvoit (sic) raisonnablement penser qu'ils pourraient monter au plus haut ; le débiteur étant censé n'avoir pas consenti de s'obliger à davantage. » *Moulin. Tract de eo quod interest, n 60. »*

[663] C. DUMOULIN, *Tract de eo quod interest. cit.,* § 155.

[664] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations, op. cit.,* nº 166. L'auteur cite : C. DUMOULIN, *Tractatus, op. cit.,* §155.

[665] *Ibidem,* nº 167.

que j'ai soufferts, qui sont une suite plus éloignée et plus indirecte du dol de mon débiteur, en sera-t-il tenu ? »[666]

382. Il répond de la façon suivante : « la règle qui me paroit (sic) être suivie dans ce cas, est *qu'on ne doit pas comprendre dans les dommages intérêts* dont un débiteur est tenu par des raisons de son dol, *ceux qui non seulement n'en sont qu'une suite éloignée*, *mais qui ne sont pas une suite nécessaire*, *et qui peuvent avoir des outres causes*. »[667] Ainsi, pour Pothier, le créancier n'a pas le droit de réclamer la perte de cultives de ses terres, car il aurait pu les faire cultiver, ou bien louer la terre.[668] Il n'y a pas une relation nécessaire entre l'inexécution et le dommage si des autres causes concourent à sa production.[669]

383. Le raisonnement de Pothier est parfaitement en harmonie avec celui de Du Moulin, pour qui ne doivent pas être indemnisés les dommages qui se sont produits après l'inexécution et qui ont une cause nouvelle « *non autem damnum postea succedens ex novo casu* »[670]. Également, la position de Pothier correspond à celle de Domat, lorsqu'il identifie la limite de l'indemnisation aux dommages qui ont des causes différentes de l'inexécution

[666] *Ibidem.* Pothier poursuit l'exemple ainsi : « Par exemple, si, en retenant la même supposition, le contagion qui a été communiqué à mes boeufs par la vache qui m'a été vendue, m'a empêché de cultiver mes terres : le dommage que je souffre de ce que mes terres sont demeurées incultes paroit (sic) aussi une suite du dol de ce marchand qui m'a vendu une vache pestiférée, mais c'est une suite plus éloignée que n'est pas la perte que j'ai souffert de mes bestiaux par la contagion : ce marchand qui m'a vendu de ce dommage ? »

[667] *Ibidem.* Ainsi, Pothier explique que par exemple si les biens du créancier sont l'objet d'une saisie réelle, « ce dommage n'est qu'une *suite très éloignée et très indirecte de son dol*; et *il n' y a pas une relation nécessaire : car* quoique la perte de mes bestiaux (…) ait influencé dans le dérangement de ma fortune, ce dérangement peut avoir *des autres causes* ».

[668] Pothier affirme « qu'il –le débiteur- ne doit pas être tenu, ou du moins qu'il ne doit pas être tenu tout entier. Ce défaut de culture *n'est pas une suite absolument nécessaire de la perte de mes bestiaux,* que m'a causé le dol de ce marchand *: je pouvois (sic), nonobstant obvier* à ce défaut de culture *en faisant cultiver mes terres par des autres bestiaux* que j'aurais achetés, et si je n'avais pas le moyen, que j'aurois (sic) loués ; ou *en affermant* -louant- *mes terres,* si je n'avais pas le moyen de le faire valoir moi même. Néanmoins, comme en ayant recours à ces expédients, je n'aurais pas retiré autant de profit de mes terres que si je les avois (sic) fait valoir par moi-même, avec mes bœufs […] cela peut rentrer pour quelque chose dans les dommages intérêts dont il est tenu. »

[669] *Ibidem.*

[670] C. DU MOULIN, *Tractatus, op. cit.,* § 79.

du contrat.[671] Il est clair pour Domat que, lorsque le dommage est la conséquence d'une autre cause, le dommage n'est pas réparable.[672]

384. Cela dit, il s'agit de savoir, et c'est ici l'essentiel, si le débiteur doit répondre du dommage que le créancier a pu éviter. La réponse de Pothier, dans son exemple de la vache pestiférée est que le dommage évitable n'est pas indemnisable.[673] C'est uniquement lorsque le dommage est une conséquence *nécessaire* de l'inexécution que le dommage est réparable. La conséquence n'est pas nécessaire lorsqu' elle dépend d'une autre condition de fait que l'inexécution du contrat. Cette autre condition de fait peut correspondre à une omission. Ainsi, lorsque cette omission est imputable au créancier, celle-ci est une cause nouvelle du dommage. Le dommage évitable par le créancier devient une conséquence non nécessaire de l'inexécution. En revanche, le dommage inévitable par le créancier est une conséquence nécessaire de l'inexécution lorsque l'inexécution est la seule cause. Une partie de la doctrine, en effet, assimile le dommage nécessaire au dommage inévitable par le créancier.[674] Selon cette position, pour Pothier, les conséquences que le débiteur ne doit en aucun cas indemniser sont les conséquences éloignées ou indirectes, c'est-à-dire celles qui

---

[671] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* 2º éd. t. II, l. 2º, vol II, Paris, Librerie Messeigneur les Enfants de France, 1692, p. 324. En effet, Domat pose l'exemple suivant: « si le propriétaire d'une vigne […] ayant loué des voitures pour la vendanger à un certain jour, celui qui devoit (sic) les fournir manque à sa promesse […] et la vigne n'ayant pu être vendangée, il arrive qu'une grêle emporte toute la récolte d'où cette personne attendoit (sic) sa seule ressource pour payer un créancier qui fait ensuite saisir et vendre son bien, *ce voiturier devra sans doute, […] dans le premier cas ce qu'il aura coûté de plus pour d'autres voitures*. Mais dans le second cas de la perte de cette récolte, et de cette saisie, cela sera une question de droit ». Pour Domat la saisie des biens et leur vente est trop éloignée, et répond à la condition précaire du créancier, c'est-à-dire à une autre cause. En ce qui concerne la perte des fruits, pour Domat, cela dépend des circonstances : il doit être considéré si « un cas fortuit est arrivé à ce voiturier, ou s'il avoit (sic) préféré un plus grand profit en un autre lieu, ou par quelle autre cause il n'avoit (sic) pas exécuté son obligation ». Domat affirme que « *Si on pouvoit (sic) avoir d'ailleurs des voitures et selon ces circonstances (…) on jugera si sera tenu de quelque dédommagement ou s'il devrait aucun »*.

[672] Cependant, dans l'exemple, Domat fait dépendre la réparation du dommage de la gravité de la faute du débiteur, ce qui revient à enlever la limite de la prévisibilité du dommage lorsque le dommage est dû au dol du débiteur. On constate que les limites entre la prévisibilité et la causalité ne sont pas toujours très nettes. En effet, au-delà de la gravité de la faute du débiteur, il y a l'anormalité de la condition économique du créancier. Le débiteur doit répondre de ce qui est une suite normale de l'inexécution, car elle peut être jugée prévisible, mais non des conditions ou de suites anormales. La normalité du dommage par rapport à l'inexécution est en effet l'un des critères de la théorie de la causalité adéquate. En tout cas, indépendamment des limites entre la prévisibilité et la causalité, il nous semble très clair pour Du Moulin, Domat et Pothier, qu'à chaque fois qu'il y a une autre cause qui concourt à la production du dommage, le dommage devient une conséquence trop éloignée, non immédiate ou indirecte de l'inexécution.

[673] R.-J. POTHIER, *op. cit., loc. cit.* En effet, selon Pothier : « ce défaut de culture *n'est pas une suite absolument nécessaire de la perte de mes bestiaux,* que m'a causé le dol de ce marchand *: je pouvois (sic), nonobstant… obvier* à ce défaut de culture *en faisant cultiver mes terres par des autres bestiaux* que j'aurait achetés, et si je n'avait pas le moyen, que j'aurois (sic) loués ; ou *en affermant* –louant- *mes terres,* si je n'avait pas le moyen de le faire valoir moi-même. »

[674] L. SAN MARTIN, *op. cit.,* p. 171.

sont la conséquence de la survenance d'un fait nouveau entre l'inexécution et le dommage, et les conséquences non nécessaires, c'est-à-dire celles que la victime aurait pu éviter.[675]

385. Il nous semble pourtant que la différence entre le dommage éloigné ou indirect et le dommage non nécessaire n'est pas réelle. Le dommage qui n'est pas une conséquence nécessaire et le dommage évitable sont tous des exemples de la même limite, celle de la non-réparation du dommage indirect, c'est-à-dire, le dommage dont l'inexécution du contrat n'est pas la cause exclusive. Il s'agit, dans les œuvres de Du Moulin, Domat et Pothier, de donner un rôle causal à l'omission du débiteur. Dans l'œuvre de Pothier, les références à l'opération de substitution sont nombreuses. C'est le cas du chanoine qui ne reçoit pas le cheval loué à temps pour récolter les fruits et qui n'a pas trouvé un autre cheval ou voiture[676] ; ou bien le cas de la personne qui est privée d'une maison louée, dont l'indemnisation du gain manqué de son activité lucrative est conditionnée au fait que le créancier n'a pas une trouvé autre maison dans le quartier.[677] Pothier ne donne pas les raisons pour lesquelles la réparation des dommages est limitée lorsque le dommage peut être évité par le créancier. Il prend même soin d'éliminer toute référence à la *culpa* du créancier.

386. La position de Pothier correspond parfaitement bien à la position de Du Moulin en ce qui concerne la limite de la réparation du dommage évitable, sauf pour la considération relative à la culpabilité dans l'omission du créancier.[678]En effet, à la différence de Pothier, Du Moulin pose expressément , dans le paragraphe 64 du *Tractatus*[679], la règle selon laquelle « *Non habetur ratio damni, quod vitari potuit »*[680]. C'est ainsi que Du Moulin attache à la notion de *culpa* du créancier, la limite à la réparation du dommage évitable. La causalité est ainsi liée à la culpabilité du créancier.[681]

---

[675] *Ibidem.*
[676] R.-J. POTHIER, *op. cit.,* §162.
[677] *Ibidem.*
[678] L. SAN MARTIN, *op. cit.,* p. 175.
[679] C. DUMOULIN, *Tractatus, op. cit.* § 63-64.
[680] *Ibidem.*
[681] *Ibidem*. Selon l'exemple proposé par l'éminent juriste, lorsque les poutres achetées pour réparer une maison s'avèrent défectueuses et que la maison s'effondre du fait du vice de celles-ci, la question qui se pose est de savoir si le propriétaire a le droit à l'indemnisation des meubles qu'il avait laissés dans la maison pendant la réparation. Pour Du Moulin, le vendeur de poutres doit répondre de la valeur de l'édifice, mais il ne doit pas indemniser la valeur des meubles. Cela est ainsi, selon Du Moulin, car « l'acheteur doit imputer à lui-même la perte des choses qui, en pouvant et *en devant* être retirées de la maison, *ont été exposées à un danger qui aurait pu être évité* ».

387. En somme, il semble clair, pour Du Moulin, Domat et Pothier, que le seul critère de la causalité, est celui selon lequel le débiteur doive répondre uniquement des dommages dont la cause unique est l'inexécution du contrat. Le dommage évitable a une cause nouvelle qui enlève le caractère direct, immédiat et nécessaire du dommage : l'omission du créancier. Bien qu'il soit très clair que le dommage évitable doit être lié à la *culpa* du créancier dans le droit romain et dans l'œuvre du Moulin, cela n'est pas si clair dans l'œuvre de Domat et de Pothier.

388. Il faut aussi noter la distinction entre les conditions de la responsabilité et la mesure de la responsabilité. Il semble, dans l'œuvre de Du Moulin, Domat et Pothier, que, pour engager la responsabilité du débiteur, l'inexécution doit bien être à l'origine du dommage. Cependant, en ce qui concerne la mesure du dommage indemnisable, les dommages qui n'ont pas l'inexécution comme cause exclusive ne sont pas indemnisables. C'est bien en ce qui concerne la mesure du préjudice contractuel que la question de la réparation du dommage évitable se pose. En outre, il faut noter que, lorsque la condition anormale ou particulière du créancier est une cause du préjudice, par rapport à la condition jugée normale, le préjudice qui peut en dépendre est exclu, car la position spécifique du créancier ne doit pas aggraver l'obligation du débiteur. L'anormalité de la condition du créancier, en tant que critère causal du préjudice, peut correspondre à un fait neutre, car il n'est pas précisé que cet état d'anormalité doit correspondre à la *culpa* ou à un défaut du comportement du créancier mesuré selon le comportement de l'homme normalement diligent.

389. **3. Le Code Civil français de 1804.** Le traitement du dommage indemnisable issu de l'inexécution du contrat dans le modèle du Code Civil français est principalement inspiré du Traité des Obligations de Pothier[682]. Dans le projet approuvé le 7 février 1804, et qui consacre les articles 1149, 1150, et 1151 du Code civil*,* suivi à l'heure actuelle en cela par le droit vénézuélien, il était établi un traitement différencié entre la mesure du dommage réparable issu de l'inexécution d'une obligation contractuelle et la mesure d'un dommage causé par un fait intentionnel ou fautif qui viole un devoir non contractuel et qui correspond à l'article 1240, ancien article 1382 du même code. Dans le premier cas, le débiteur est tenu

[682] J. MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'État,* 3º éd., t. IV, Paris, Nève-Libraire de la Cour de Cassation, 1822.

de réparer les dommages issus de l'inexécution du contrat ou du retard dans son inexécution mesurés par référence à toute la perte subie ou le gain manqué par le créancier, à condition que les parties les aient prévus ou aient pu les prévoir lors de la formation du contrat -sauf le cas d'inexécution dolosive- et que les dommages soient une « suite immédiate et directe de l'inexécution de la convention ». Dans le second cas, l'agent du dommage doit répondre de tout dommage conséquence de son dol ou de sa faute.

390. Ainsi, selon Toullier[683], l'article 1151 limite le dommage réparable dans les termes suivants : « Dans le cas même où l'inexécution de la convention résulte du dol du débiteur, les dommages et intérêts ne doivent comprendre, à l'égard de la perte éprouvée par le créancier, et du gain dont il a été privé, que ce qui est une suite *immédiate et directe* de l'inexécution de la convention (1151), c'est-à-dire, les dommages causés uniquement par le fait ou par l'inexécution de la convention, et non pas ceux qui ne sont que des suites éloignées du fait de l'inexécution, et auxquels d'autres causes ont concouru ».[684] Jusque-là le raisonnement de la causalité immédiate et directe repose sur la conception objective de la « cause unique » de Pothier. Cependant, lorsque l'auteur justifie la limite, il développe une explication qui n'était pas exprimée par Pothier ni par Domat. En effet, Toullier, afin de justifier la portée de la limite de la réparation au dommage immédiat et direct causé par l'inexécution, revient sur l'exemple de Domat[685] sur l'inexécution de l'obligation de livrer les voitures louées au créancier afin de récolter les fruits de la vendange[686]. Toullier

[683] M. TOULLIER, *Le droit civil français suivant l'ordre du code,* t. VII, Paris, Warée, 1824, nº 286.
[684] M. TOULLIER*, ibidem,* nº 286.
[685] J. DOMAT, *op. cit.,* liv. 3, tit. 5, sec. t. 2, nº 4.
[686] M. TOULLIER, *op. cit.,* p. 185. « Titius me loue des voitures pour vendanger le 1er octobre, dans une vigne éloignée de mon domicile, et où je me suis transporté exprès pour préparer les travaux, louer des vendangeurs, etc. ; mais Titus manque d'amener ses voitures, et je suis obligé d'en louer d'autres plus cher, ou bien, faute d'en trouver, je suis forcé de renvoyer mes vendangeurs, et de retarder ma vendange. Quelques jours après, une grêle survient et détruit toute ma récolte, que j'avais vendu pour payer des créanciers; faute de les payer, mes biens sont saisis, je suis réduit à faire une faillite ruineuse. Titius doit-il m'indemniser, au premier cas, de ce que j'ai payé de plus pour louer d'autres voitures ? Au second cas, du salaire des vendangeurs que j'ai renvoyés, de mes frais de voyage ? Mais devra-t-il le prix de ma récolte, en tout ou en partie ? Devra-t-il indemniser de la perte que j'éprouve par la vente de mon bien, et par la faillite qui en a été la suite ? Il est d'abord évident que cette dernière perte, si elle peut être considérée comme une suite de la faute de Titius, en est une suite trop éloignée pour qu'il en doive répondre. La cause directe, la cause immédiate de cette perte, est dans le mauvais état de mes affaires, que Titius n'a pu ni du prévoir. Sa condition ne doit pas être pire pour avoir manqué de parole à telle personne plutôt qu'à telle autre, à une personne dont les affaires étaient délabrées, plutôt, qu'à une personne dont les affaires étaient en bon état. Cette perte n'est point la suite immédiate et directe de la faute de Titius; elle a été produite par une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, et qu'il ne pouvait prévoir. Il n'eut donc, en répondre, quand même il y aurait de sa part dol ou mauvaise foi. Mais la perte de ma récolte, la devra-t-il entière ? En devra-t-il une partie ? N'en devra-t-il rien ? Il faut distinguer : il n'en devra rien, s'il justifie qu'il a été empêché d'exécuter son obligation par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit (1148); en un mot, par une cause étrangère, qui ne peut lui être imputée (1147) […] Si Titus n'a point de pareille excuse, il faut encore distinguer s'il y a de sa part dol ou mauvaise foi, ou simplement une faute plus ou moins excusable. S'il y a mauvaise foi, par exemple, si Titius n'a manqué

affirme : « si j'ai pu me procurer d'autres voitures, et que je ne l'ai pas fait, la perte de ma récolte n'est plus seulement la suite de la mauvaise foi de Titius, et de la faute qu'il a commise, c'est également la suite de ma négligence: je ne puis donc faire tomber la perte entièrement sur lui; d'autre coté ma négligence peut être excusable; j'ai pu me reposer sur la parole de Titius, et espérer qu'il m'amènerait ses voitures le lendemain ou le surlendemain […] Mais il faut que cette perte soit la suite *immédiate et directe* de l'inexécution de l'obligation (1151), et qu'elle n'ait été précédée d'aucune faute, d'aucune négligence de ma part. Par exemple, lorsqu'il m'a été impossible de me procurer d'autres voitures avant l'orage ; car si j'ai pu m'en procurer voitures ailleurs, et que je ne l'ai pas fait, ma négligence ayant précédé l'événement, on ne peut pas dire qu'il ait été la *suite immédiate et directe* de la faute de Titius, puisqu'il est également la suite de ma négligence ».[687]

391. Il faut constater que cela n'est pas, à notre avis. l'opinion développée par Pothier, ni par Domat non plus, pour qui, la simple omission non fautive du créancier suffisait à enlever le caractère immédiat et direct du dommage. Cependant, il est certain que, dans l'œuvre de Du Moulin, et dans le droit romain, lorsque le dommage est évitable, l'omission du créancier d'éviter le dommage est un comportement négligent ; on parle ainsi de *culpa sua.*[688]

392. Cela dit, indépendamment de la discussion du caractère objectif ou subjectif du rôle causal du dommage évitable, il est fondamental de constater que les premiers commentateurs du Code Civil de 1804 ont attribué un rôle causal à l'omission du créancier d'éviter le dommage évitable, sur la constatation de sa faute consistant à ne pas se comporter selon le modèle de l'homme normalement raisonnable. Jusque-là, la limite de la réparation du dommage évitable était admise en France, et, par conséquent, l'obligation de modérer le dommage ainsi que ses effets était une institution existante dans le modèle du Code civil

---

d'exécuter son obligation que pour profiter d'un loyer plus considérable qui lui a été offert, il doit tout le prix de la récolte, si la perte a été la *suite immédiate et directe* de l'inexécution de l'obligation. »

[687] *Ibidem,* nº 287. L. SAN MARTIN, *op. cit.,* p. 185. Selon l'auteur et comme on le verra par la suite, ce raisonnement est partagé par la majorité des commentateurs du Code civil français du XIX siècle. V. DELVINCOURT, MERCADE, DEMOLOMBE, DURANTON, LAURENT.

[688] L'interprétation de Toullier n'est pas pourtant dépourvue d'ambiguïté, car d'un côté la condition financière du créancier fait que l'inexécution n'est pas la « cause unique » de la faillite et, par conséquent, une suite *immédiate et directe de l'inexécution,* sans que cette circonstance soit d'abord précédée d'aucune faute, d'aucune négligence du créancier. La condition du créancier dans ce cas opère objectivement. Cependant, l'omission du créancier d'éviter le dommage évitable doit être un acte négligent et fautif, pour que le dommage évitable ne soit pas une suite directe de l'inexécution. Le caractère évitable du dommage opère subjectivement, car il présuppose la négligence ou bien la faute du créancier.

français, sur le terrain de la mesure du dommage indemnisable (*quantum respondeatour)*. L'admission de l'obligation de modérer le dommage s'appuyait sur le *caractère indirect du dommage évitable par rapport à l'inexécution*, et le caractère fautif de l'omission du créancier qui n'évitait pas le dommage évitable. Le dommage évitable n'est pas réparable, car l'inexécution n'est pas sa « cause unique ». Le dommage réparable est celui dont l'inexécution est la « cause unique ». Il faut, en tout cas, selon cette interprétation, que l'omission d'éviter le dommage soit ainsi fautive. Selon cette interprétation, le créancier a une obligation de limiter le dommage évitable avec des mesures raisonnables au bénéfice du débiteur qui n'a pas exécuté le contrat.[689]

393. **4. Interprétation actuelle. Refus du rôle causal du dommage évitable.** La question qui est récurrente chez les commentateurs du Code civil de 1804 aux XIX[e] et XX[e] siècles est de savoir si les limites à l'indemnisation du dommage applicables aux dommages issus de l'inexécution du contrat étaient applicables à la responsabilité extracontractuelle. Initialement, la doctrine a hésité.[690] Selon Demolombe[691], la limite du dommage prévisible, prévue à l'ancien article 1150, correspond à une clause tacite dans toutes les conventions et selon laquelle le débiteur est tenu dans la mesure de son engagement, ce qui implique que la mesure des dommages et intérêts ne peut pas surpasser la valeur de l'obligation contractée et que les parties ont prévus ou ont pu prévoir lors de la formation du contrat. Par conséquent, cette limite s'applique uniquement dans le cas de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Cependant, lorsque le débiteur, par son dol ou sa mauvaise foi, n'a pas exécuté le contrat, le débiteur doit réparer tout le dommage causé par l'inexécution de son obligation.

---

[689] J. MALEVILLE, *Analyse raisonnée de la discussion du code civil au Conseil d'Etat*, t. III , 2º éd., Paris, Chez Néve-Librairie de la Cour de Cassation, 1807, p. 41 ; M. TOULLIER, *Le droit civil français*, 3º éd., 1821, t. VI, *op. cit.,* n° 286 et s. ; M. DURANTON, *Cours de droit français*, t. X, Paris, Alex-Gobelet, 1830, n° 470 et s. ; C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon*, t. XXIV, 1877, *op. cit.,* n° 576 et s. La méthode casuistique est abandonnée par Aubry et Rau, dès la 1º éd. du Cours de droit civil français (1832, t. II, § 308, p. 324).

[690] La doctrine hésite sur le point de savoir si ces principes sont applicables à la responsabilité délictuelle ou sont seulement réservés à la responsabilité contractuelle, C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, t. XXXI, 1882, n° 687 ; *Jurisprudence Générale Dalloz*, t. 39, 1858, *V°* Responsabilité, n° 30 et 232 ; M. A. SOURDAT, *Traité général de la responsabilité*, t. I, 2º éd., Paris, Imprimerie Librairie Générale de Jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1872, n° 105 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE ET L. BARDE, *Traité de droit civil*, 3º éd., t. XV, *op. cit.*, n° 2880 ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 3º éd., Paris, Sirey, 1939, t. II, n° 1670 ; G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, de M. Planiol, t. II, avec le concours de J. Boulanger, 3º éd., Paris, LGDJ, 1949, n° 1151 ; M. PLANIOL ET G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, avec le concours de P. Esmein, 2º éd., Paris, LGDJ, 1954, n° 861 ; R. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile*, Paris, t. II, LGDJ, 1939, n° 472 ; H. LALOU, *La responsabilité civile*, 2º éd., Paris, Dalloz, 1932, n° 78.

[691] C. DEMOLOMBE, *Cours de code Napoléon, op. cit.,* XXIV, p. 595.

Il s'agissait d'une nouvelle obligation tout à fait semblable à celle dont l'origine est délictuelle. Alors, le caractère immédiat et direct du dommage réparable est une limite applicable aussi bien en cas de responsabilité délictuelle que de responsabilité contractuelle, lorsque l'inexécution est due au dol ou à la mauvaise foi du débiteur.[692] En appliquant la même limite du caractère *immédiat et direct* de l'article 1151 à la responsabilité extracontractuelle, cette limite, plutôt adaptée au dommage contractuel, subira l'évolution de la responsabilité extracontractuelle vers un régime plus favorable à la protection de la victime.

394. En effet, d'un critère restrictif qui réserve l'indemnisation du dommage dont l'inexécution du contrat était la « cause unique », le critère de la causalité sera élargi en bénéfice des victimes. La question est ainsi obscurcie, d'une part, à cause du pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond et, d'autre part, à cause de l'application concurrente des théories de la causalité adéquate et de l'équivalence des conditions.[693] En effet, la théorie allemande de l'équivalence de conditions a modifié l'étendue de l'indemnisation à tous les dommages dont l'inexécution est une condition nécessaire de sa production[694]. Que le dommage soit une suite ou la « conséquence » immédiate et directe, voire nécessaire de l'inexécution, ne veut pas dire que l'inexécution soit une cause nécessaire ou directe du dommage. Ce sont des notions très différentes. Pourtant, avec l'acceptation de

---

[692] Finalement ils se sont accordés sur le fait qu'il doit exister une causalité directe entre le fait illicite et le dommage, J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, Paris, PUF, Thémis, 22º éd., 2000, n° 213 ; Ph. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Paris, Dalloz Action, 2002/2003, n° 1776 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5º éd., 1996, n° 1063 ; H. L. et J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *Obligations*, t. II, 1º vol., 9º éd., Paris, Monchrestien, 1998, n° 568 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, *Les obligations, 2, Le fait juridique, op. cit.*; P. MALAURIE, L. AYNES, *Obligations*, Paris, Cujas, n° 96 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 8º éd., Paris, Dalloz, 2002, n° 860 ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, 2º éd., Paris, PUF, 1988, n° 102-a. V. Cependant la théorie de « *l'empreinte continue du mal* » exposée par N. Dejean de la Bâtie in : AUBRY, RAU, *Droit civil français*, 8º éd., dir. A. PONSARD, I. FADLALLAH, t. VI-2, par N. DEJEAN DE LA BÂTIE, Paris, Litec, 1989, § 444, n° 72 et s. et le scepticisme de G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil*, dir. J. Ghestin, *Les conditions de la responsabilité*, 2º éd., Paris, LGDJ, 1998, n° 359.

[693] J.-P. CHAZAL, *D.* 2003, p. 2326.

[694] Cette théorie a été développée par Von Buri. M. MARTEAU, *La causalité dans la responsabilité civile,* thèse Aix, 1914 ; F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit de la réparation,* thèse*,* Paris 1965 ; G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise et francaise) », *RTDC* 1939, p. 685 ; H. L. A. HART, T. HONORE, *Causation in the law,* 2º ed., Clarendon Press Oxford, 1985 ; EMMECERUS, KIPP, WOLF, *Lherbuch des Burgerlichen rechts,* t. II, 12º éd., Lemann, 1932, p. 64 et s. ; V. TRAEGER, *Der kausalbegriff im straf- und zivilrecht,* 2º éd., 1929 ; R. GUEX, *La relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles,* Lausanne, 1904 ; M. NICOLESCO, *La notion de dommage direct,* Paris, 1931 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations,* t. IV, Paris, Russeau, 1924, nº 373.

la théorie de l'équivalence des conditions dans la détermination du lien de causalité dans les cas de la responsabilité extracontractuelle, et son extension au lien de causalité dans la responsabilité contractuelle, toutes les causes qui sont une condition *sine qua non* de la production du dommage ont un lien de causalité avec le dommage. Ainsi, selon cette théorie, sont des conséquences directes de l'inexécution tous les dommages dont l'inexécution est une condition nécessaire. La limite du caractère immédiat et direct du dommage réparable est ainsi applicable exactement dans les deux régimes de responsabilité. Cette interprétation confortait en plus la thèse unitaire de la responsabilité civile, laquelle sera développée par la doctrine française au XX^{e} siècle. C'est en fait l'interprétation actuelle de l'ancien article 1151 pour une partie de la doctrine.[695]

395. Alors, et c'est ici à notre avis l'essentiel, selon cette nouvelle interprétation, le dommage est une suite directe de l'inexécution à chaque fois que le dommage ne se serait pas produit sans l'inexécution du contrat (équivalence des conditions), ou que l'inexécution est la cause adéquate de l'inexécution (causalité adéquate), et non à chaque fois que l'inexécution est sa « cause unique ». La question qui se pose est celle de savoir quand l'omission d'éviter le dommage évitable est capable de rompre le lien de causalité ou de concourir avec l'inexécution. La réponse dépendra toujours du caractère fautif de l'omission. Ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont jamais admis le rôle causal objectif de l'omission qui cause le dommage évitable, malgré l'œuvre de Pothier et de Domat.

396. S'agissant plus particulièrement des dispositions de l'ancien article 1151 du Code Civil de 1804, c'est avec l'opinion de Demogue que la victime est en faute si elle ne prend pas d'elle-même les mesures nécessaires pour diminuer le dommage. Demogue prend comme exemple le cas du blessé qui refuse de se soigner ou de la victime qui laisse inutilement les choses en l'état un temps prolongé.[696] Cette interprétation correspond aussi au critère de la *faute d'abstention* affirmé par la Cour de Cassation et selon lequel « une abstention peut être fautive lorsqu'elle constitue l'inexécution d'une obligation d'agir » et

[695] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* p. 433; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 257-265, 266, 267, 268; A. PINNA, *op. cit.,* nº 39-44.
[696]R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, t. IV, *op. cit.,* n° 463 *bis.* Voir dans le même sens H. LALOU, *La responsabilité civile*, 2º éd., *op. cit.*, n° 336.

que « cette faute ne saurait être déclarée sans rapport avec le dommage si les précautions omises étaient de nature à en écarter le risque ».[697]

397. Alors la jurisprudence a, sur cette question, suivi la doctrine en analysant le lien de causalité et le comportement de la victime par référence à celui qu'aurait adopté un individu raisonnable placé dans la même situation ; critère d'ailleurs applicable en droit romain, suivi par Du Moulin, par les commentateurs du Code civil du XIXème siècle, et par la majorité de la doctrine du XXème siècle. Ainsi, a été déclarée fautive la victime dont l'omission n'a pas empêché l'aggravation du dommage.[698]

398. Cependant, en ce qui concerne particulièrement le refus de la victime de soins bénins, en 1997, la deuxième chambre civile parait changer d'avis, mais au visa de l'article 16-3 du Code civil.[699] Puis, par deux arrêts rendus par la chambre civile de la Cour de cassation le 19 juin de 2003[700], la Cour « a décidé de rompre avec une tradition doctrinale

---

[697] Civ. 2º, 18 mai 1955, *D.* 1955.520*, JCP* 1955.II.8793 et note Esmein, *GP* 1955.2.32 ; Orléans, 17 janvier 1949, *D.* 1949.502, note RIPERT ; V. H. et L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* t. I; Paris, Montchrestien, 1965, p. 627. Selon l'auteur : *« La jurisprudence s'est trouvée plus ou moins fixé pour une arrêt du 24 décembre de 1924 (Civ. 24 déc. 1924, D.H. 1925.120) la cour posait en principe : « si chacun est responsable de sa négligence, l'omission ne peut entrainer une responsabilité qu'autant qu'il y avait, pour celui auquel on l'impute, l'obligation d'accomplir le fait omis » […](Civ. 27, feb. 1951, D. 1951.329, note Débois) « Attendu que la faute prévue par l'article 1382 et 1383 peut consister aussi bien dans une abstention que dans un acte positif : que l'abstention, même non dictée par la malice et l'intention de nuire, engage la responsabilité de son auteur lorsque le fait omis devait être accompli soit en vertu d'une obligation légale, réglementaire ou conventionnelle, soit aussi dans l'ordre professionnel ».*

[698] Civ. 2º, 13 janvier 1966 : *GP* 1966, 1, p. 375 ; *RTD civ*. 1966, p. 806, obs. G. DURRY ; Crim., 30 octobre 1974 : *D.* 1975, Jur. p. 178, note R. SAVATIER ; *JCP* 1975, II, n° 18038, note L. MOURGEON ; *RTD civ.* 1975, p. 107, obs. G. DURRY. « *C'est sur tout dans le cas où la victime avait refusé une intervention bénigne ou une transfusion sanguine ».* Contra : *« les juges ne pouvaient se fonder sur le refus de la victime pour modérer la réparation accordée, sans violer le principe selon lequel le préjudice doit être réparé intégralement » ;* Crim., 3 juillet 1969 : *JCP* 1970, II, 16447, note R. Savatier ; *RTD civ.* 1969, p. 782, obs. G. DURRY ; B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *Obligations, 1, Responsabilité délictuelle*, Paris, Litec, 5º éd., 1996, n° 1346 et s. Voir P.-J. DOLL *« Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidation des blessures » JCP* 1970, I, n° 2351.

[699] Civ. 2º, 19 mars 1997, *Bull. civ.* II, n° 86 : « *nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale ». RTD civ.* 1997, p. 675, obs. P. Jourdain : « En l'espèce, il s'agissait d'une victime qui avait refusé de subir une opération chirurgicale consistant en la pose d'une prothèse. Cette intervention étant lourde et douloureuse, le refus pouvait être considéré comme légitime à l'aune du critère forgé par la doctrine et la jurisprudence. Toutefois, dans la décision rejetant le pourvoi, la Cour de cassation a affirmé qu'il résultait « de l'article 16-3 c. civ. que nul ne peut être contraint, hors les cas prévus par la loi, de subir une intervention chirurgicale. » *D.* 2003, p. 2326, note J.-P. Chazal ; *D.* 1997, p. 106 ; *RTD civ.* 1997, 632, obs. J. HAUSER.

[700] Civ. 2°, 19 juin 2003, (2 arrêts) : n° 00-22302 et 01-13289, *Bull. civ.* 11. n° 203.

pluriséculaire et une jurisprudence aussi juste ».[701] La deuxième chambre civile déclare, au visa de l'article 1382 Code civil, que « l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables » et que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».[702]

399. Dans la première espèce, une victime avait demandé au responsable du dommage et son assureur l'indemnisation de l'aggravation de son préjudice corporel consécutif à un accident. L'arrêt attaqué est censuré en ce qu'il avait limité le montant de cette indemnité aux motifs que la victime avait refusé de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins. La Cour de cassation désapprouve cette qualification en estimant « que l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables » ; que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable », et par conséquent, la victime « n'avait pas l'obligation de se soumettre aux actes médicaux préconisés par ses médecins »[703].

400. Dans la deuxième espèce, la victime d'un accident de la circulation, laquelle exploitait un fonds de boulangerie, avait subi une incapacité pendant nombreux mois l'empêchant de reprendre son activité. La victime demandait au responsable en réparation l'équivalent de la valeur de son fonds de boulangerie, lequel avait perdu toute valeur, puisque la clientèle avait disparu et que le matériel était devenu obsolète. La fille de la victime de l'accident, quant à elle, réclamait la réparation de la perte d'une chance d'avoir pu reprendre un fonds de commerce prospère. L'arrêt attaqué est censuré pour avoir débouté la demande en considérant que la victime avait la possibilité de faire exploiter son fonds par un tiers et que « si elle a choisi de le laisser péricliter, elle ne saurait en imputer la responsabilité à l'auteur de l'accident ». Selon la Cour de cassation, la victime avait conservé une incapacité l'empêchant de reprendre son activité, ce dont il résultait l'existence d'un lien de causalité directe entre l'accident et le préjudice allégé. L'arrêt est cassé, sous le même visa : « l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ».[704]

---

[701] J.-P. Chazal. *D.* 1997, 106.
[702] Civ. 2°, 19 juin 2003, (2 arrêts) : n° 00-22302 et 01-13289, *Bull. civ.* 11. n° 203.
[703] Civ. 2°, 19 juin 2003 : n° 01-13289, *Bull. civ.* 11. n° 203.
[704] Civ. 2°, 19 juin 2003 : n° 00-22302, *Bull. civ.* 11. n° 203.

401. Ainsi, la Cour de cassation, avec ces deux arrêts, ferme résolument la porte à l'introduction, en droit privé français, d'une obligation pour la victime de minimiser ses préjudices.[705] Ce critère est le critère actuel, aussi bien dans la responsabilité extracontractuelle que dans la responsabilité contractuelle.[706]

402. Bien que les arrêts du 19 juin 2003 visent l'ancien article 1382, ils sont tout à fait applicables à la responsabilité contractuelle, car en principe l'ancien article 1151 est également applicable dans les deux types de responsabilité, le caractère *immédiat et direct* du dommage réparable étant une limite commune aux deux sortes de responsabilité. A partir des arrêts du 19 juin 2003, la Cour de cassation fait valoir sa préférence, en ce qui concerne la détermination du caractère *immédiat et direct* du dommage, pour la théorie de l'équivalence des conditions. Le responsable répond ainsi de tous les dommages qui ne se seraient pas produits sans l'inexécution du contrat ou la réalisation du fait illicite, et non des dommages dont l'inexécution ou le fait illicite est une « cause adéquate » ou la « cause unique ». L'omission de la victime d'éviter le dommage évitable avec des mesures raisonnables ne constitue pas une faute. La détermination du caractère direct du dommage par la théorie de l'équivalence des conditions fait que la faute de la victime, même si elle était retenue, ne serait pas capable de rompre le lien de causalité et d'exonérer le responsable de la totalité du dommage évitable. Elle ne pourrait devenir qu'une faute partiellement exonératoire.[707]

403. Ainsi, entre la limite du dommage évitable prévu dans le système de la *common law,* qui établit une limite objective à la réparation du dommage évitable, et l'interprétation actuelle en France, il existe un antagonisme total. En effet, le système de la *common law* adopte le critère le plus restrictif, qui exclut la réparation du dommage évitable indépendamment du comportement de la victime[708], tandis que l'interprétation actuelle du Code civil français adopte le critère le plus large en admettant la réparation du dommage

[705] J.-P. Chazal. *D.* 1997, 106.
[706] V. *supra* nº 172.
[707] M. BACACHE-GIBEILI, « Obligation de minimiser le dommage, commentaire de l'article 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 », in : *Vers une réforme de la responsabilité civile française, regards croisés franco-québécois* (Dir. Blandine Mallet-Bricoût) *Themes & Commentaires,* Paris, Dalloz, 2018, p. 104 ; M. BACACHE-GIBEILI, « L'obligation de minimiser son dommage rapport français », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Étude de droit comparé,* Bruselles, Bruylant, 2015, p. 493 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Les Obligations, La résponsabilité civile extracontractuelle,* (dir. Larroumet) Paris, ECONOMICA, 2012, nº 212.
[708] V. *infra* nº 461 et s.

évitable sur la base de la théorie de l'équivalence des conditions, et en déclarant que l'omission d'éviter le dommage qui est évitable avec des mesures raisonnables n'est pas une faute, car *la victime n'a pas l'obligation de modérer le dommage au bénéfice du responsable*.

404. Cela explique la tendance, pour ceux qui prônent l'admission de la limite de la réparation du dommage évitable dans le système du Code Civil français, à rechercher une *obligation* de la victime de modérer le dommage.[709] La faute du créancier, fondée sur la violation d'un devoir préexistant de modérer le dommage, serait en principe[710] capable de rompre le lien de causalité entre l'inexécution du contrat et le dommage évitable. Malgré la position de la jurisprudence en France, il faut constater que la doctrine majoritaire est favorable à l'admission de l'obligation de modérer le dommage sur le principe de la bonne foi.

[709] Comme on verra par la suite, la jurisprudence en France à l'heure actuelle ne reconnaît pas un rôle causal à l'omission du créancier d'éviter les dommages évitables avec des mesures raisonnables dès lors que cette omission n'est pas considérée comme fautive. Selon la définition de Planiol, la faute est nécessairement la violation d'un devoir préexistant. V. Ass. Plén. 9 mai 1984 (*Lemaire), D. 1984,* p. 525, note F. CHABAS ; *RTD civ.* I1984, *p. 508,* obs. P. JOURDAIN *; JCP* 1984, II 20255, note, DEJEAN DE LA BÂTIE. C'est le caractère illicite de l'acte qui produit la violation d'un devoir préexistant qui justifie la qualification de la faute. Selon cette interprétation, l'aspect subjectif de la faute n'est pas pris en compte. Ainsi, pour que l'omission du créancier d'éviter les dommages évitables avec des mesures raisonnables soit qualifiée de faute et puisse avoir un rôle causal capable de rompre le lien de causalité entre l'inexécution du contrat et le dommage évitable, il faut reconnaître l'existence d'un devoir préalable de modérer le dommage. C'est la raison pour laquelle la position de la jurisprudence est ferme, lorsqu'elle affirme que la victime n'a pas l'obligation de limiter le dommage dans l'intérêt du responsable. Le fait de ne pas reconnaître la faute du créancier du seul fait de l'omission d'éviter le dommage évitable, est la preuve que le créancier a le droit de rester indifférent face à l'inexécution du contrat.

[710] M. BACACHE-GIBEILI, « Obligation de minimiser le dommage, commentaire de l'article 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 *»,* in : *Vers une réforme de la responsabilité civile française*, *regards croisés franco-québécois*, *art. cit.,* p. 104.

§ 2. L'ADMISSION DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE PAR LA DOCTRINE : Approche critique

405. Malgré la position actuelle de la jurisprudence, une partie importante de la doctrine est favorable à l'admission de l'obligation de modérer le dommage. La tendance est plutôt à admettre la limite de la réparation du dommage évitable en prenant appui sur l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats (2) que sur d'autres mécanismes, comme la faute de la victime, la prévisibilité ou la causalité (1). Cela dit, on verra que la bonne foi est un fondement imparfait, capable de transposer uniquement un mécanisme tempéré, incompatible avec les effets de l'obligation de modérer le dommage modelée dans les systèmes utilitaristes (3).

1. LES MECANISMES PROPOSÉS

406. Les fondements de l'obligation de modérer le dommage dans le droit français ont été déjà analysés en détail par des travaux sur le même sujet, particulièrement par Stephan Reifegerste.[711] On verra les fondements proposés les plus importants en ordre régressif de pertinence et les critiques nouvelles qui nous semblent les plus déterminantes. Il ne faut pas perdre de vue qu'il s'agit d'étudier ici les fondements du droit de la responsabilité et du droit des contrats dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, qui permettraient de transposer l'obligation de modérer le dommage modelée par les systèmes utilitaristes, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Si cela était possible, il n'existerait pas d'incompatibilité entre l'obligation de modérer le dommage et le principe de la réparation intégrale du dommage. On verra ainsi : la prévisibilité du dommage réparable (a) ; le lien de causalité et le caractère direct du dommage (b) ; et la faute de la victime et l'auto-responsabilité (c).

407. **a. Prévisibilité du dommage réparable.** Dans le système du Code civil français, le caractère prévisible du dommage réparable a été suggéré afin de fonder l'admission de l'obligation de modérer le dommage.[712] Le raisonnement est le suivant : le

[711] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.,* p. 143 -180.
[712] V. Y.-M. LAITHIER, *op. cit.* nº 345 ; S. REIFERGESTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.,* nº 295 et s.

dommage qui aurait raisonnablement pu être évité par le créancier est toujours un dommage imprévisible pour le débiteur, raison pour laquelle il n'est pas indemnisable. Au contraire, le dommage dont le débiteur savait ou aurait dû savoir au jour de la conclusion du contrat qu'il n'était pas susceptible d'être évité par le créancier est un dommage prévisible pour le débiteur et donc réparable.[713] Il y a ainsi la tentation d'appliquer ce fondement emprunté de la *common law,* dans le système du Code civil français. Cependant, le caractère prévisible du dommage n'est pas un fondement susceptible de transposer l'obligation de modérer le dommage. Il en est ainsi pour au moins trois raisons.

408. i. En effet, l'incompatibilité tient tout d'abord au fait que, dans le système du Code civil, en principe, « le créancier n'est pas tenu de limiter le dommage au bénéfice du responsable »[714]. Alors, dans le système français - à la différence du système de la *common law*, dont le dommage évitable n'est pas réparable - le créancier a le droit de ne pas modérer ou limiter le dommage dans l'intérêt du débiteur. La production du dommage évitable devient ainsi un dommage parfaitement prévisible pour les parties.

409. ii. Une deuxième raison de l'incompatibilité tient au fait que l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat, tombe précisément, entre autres, sur le dommage intrinsèque issu de l'inexécution, dommage par principe prévisible. En effet, on sait que l'un des effets pratiques principaux de l'obligation de modérer le dommage est le principe de substitution[715]. Selon le principe de substitution, à chaque fois que le créancier est victime d'une inexécution substantielle et qu'il existe un marché de substitution, la mesure la plus raisonnable pour le créancier est d'arrêter l'exécution du contrat et de réaliser une opération de substitution[716]. À travers l'opération de substitution, le créancier parvient à la satisfaction immédiate de son intérêt contractuel auprès d'un tiers sur le marché, tout en évitant les coûts et les pertes associées au retard du remède judiciaire. Ainsi, le dommage évitable objet de la mesure raisonnable de modération dans l'opération de substitution est précisément le dommage intrinsèque, c'est-à-dire l'avantage attendu du contrat par le créancier.

---

[713] *Ibidem.*
[714] V. *supra* nº 372 et s.
[715] V. *supra* nº 291 et s.
[716] *Ibidem.*

410. À travers le mécanisme de l'obligation de modérer le dommage, il s'agit d'inciter le créancier à trouver la satisfaction immédiate de son intérêt intrinsèque afin d'éviter les dommages extrinsèques de l'inexécution. Alors, dans la conception volontariste du Code civil, dans la plupart des cas, le dommage prévisible par excellence est le dommage intrinsèque, c'est-à-dire la perte de l'avantage promis par le débiteur défaillant. Ainsi, par exemple, si le débiteur s'engage à fournir un service ou un bien fongible au créancier, c'est précisément l'inexécution de la prestation promise qui représente le dommage prévisible, nommé par Pothier, d'après le droit romain, comme le préjudice sur la chose ou *propter ipsam rem.* Il s'ensuit que l'obligation de modérer le dommage vise précisément le dommage prévisible. D'où l'impossibilité d'assimiler la limite du dommage évitable à la limite du dommage imprévisible afin de transposer l'obligation de modérer le dommage. Pour clarté de l'argument, il faut préciser que l'obligation de modérer le dommage peut aussi tomber aussi sur les dommages imprévisibles. Cela nous confirme que la prévisibilité du dommage, en tant que limite de la réparation, n'a rien à voir avec la limite du caractère évitable du dommage et l'obligation de modérer le dommage. Cela explique aussi pourquoi, lorsque l'inexécution est dolosive, l'obligation de modérer le dommage limite la réparation du dommage imprévisible. Il s'agit de deux limites de la réparation du dommage de nature différente.

411. iii. Finalement, on sait que selon l'article 1231-3 du Code civil français et l'article 1274 du Code civil vénézuélien, « le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou que pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive ». Il est évident que, si l'obligation de modérer le dommage devrait être fondée sur le caractère prévisible du dommage réparable, lorsque l'inexécution du contrat résulte du dol ou de la mauvaise foi du débiteur, la limite de la réparation du dommage évitable ne serait pas applicable et, par conséquent, l'obligation de modérer le dommage qui découle de cette limite n'aurait pas d'effets. Dans le système de la *common law*, c'est précisément le refus intentionnel du débiteur d'exécuter le contrat, cas d'inexécution substantielle, qui permet au créancier de mettre fin au contrat et de se remplacer sur le marché. Si la limite de la réparation du dommage évitable n'était pas applicable en cas du refus d'exécution, le créancier n'aurait pas d'incitation à réaliser l'opération de substitution afin de satisfaire son intérêt contractuel au moindre coût pour le débiteur et pour la société. La non-application de la limite de la

réparation du dommage évitable, dans le cas du refus intentionnel du débiteur d'exécuter le contrat, implique de désamorcer le principe de substitution, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

412. En somme, il nous semble ainsi que la prévisibilité du dommage réparable n'est pas un mécanisme autonome qui permet d'assimiler l'obligation de modérer le dommage dans le système du Code civil français, ni dans le droit vénézuélien. Un fondement plus adéquat peut être le caractère direct et immédiat du dommage indemnisable.

413. **b.- Le lien de causalité et le caractère direct du dommage.** On a déjà eu l'occasion de constater comment, en droit français, la limite de la réparation du dommage évitable était fondée sur l'article 1151 du Code civil de 1804[717], article inspiré de l'œuvre de Du Moulin, Domat et Pothier, interprétation qui a été suivie par les commentateurs du Code civil au XIXème et jusqu'à la moitié du XX^{e} siècle. Selon cette interprétation, le dommage évitable par le créancier est un *dommage indirect* de l'inexécution et, par conséquent, non réparable. L'omission du créancier d'éviter le dommage, lorsqu'il était évitable par une personne raisonnable placée à la place du créancier, constitue une faute capable de rompre le lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice évitable. On a aussi vu, à travers deux arrêts du 19 juin 2003[718], que la Cour de cassation « a décidé de rompre avec une tradition doctrinale pluriséculaire et une jurisprudence aussi juste »,[719] en déclarant que « l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables » et que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable ». On ne reviendra pas ici sur ce qui a déjà été dit.[720]

414. Il s'agit ici de rechercher si le lien de causalité et le caractère immédiat et direct du dommage réparable, prévu à l'article 1232-4 du Code civil – ancien article1151 du Code civil de 1084 - et 1274 du Code civil vénézuélien, est un mécanisme apte à transposer dans le système français des contrats, et le droit de la réforme, l'obligation de modérer le dommage telle qu'elle a été modelée par le système de la *common law.*

---

[717] V. *supra* n° 389 et s.
[718] V. *supra* n° 393 et s. Civ. 2°, 19 juin 2003, (2 arrêts) : n° 00-22302 et 01-13289, *Bull. civ.* 11. n° 203.
[719] J.-P. CHAZAL, *D.* 1997, 106.
[720] V. *supra* n° 398 et s.

415. En effet, dans le système de la *common law*, la limite de la réparation du dommage évitable ne dépend pas de la violation d'un devoir de diligence préexistant.[721] Si le dommage est évitable par des mesures raisonnables, il n'est pas indemnisable. Il s'agit d'une limite légale. Il s'agit d'une constatation objective entre les options à la disposition du créancier face à l'inexécution du contrat imputable au débiteur et les dommages issus de cette inexécution. La réparation du dommage est limitée si le dommage est évitable par des mesures raisonnables, indépendamment du comportement du créancier. Si le créancier évite le dommage, le dommage n'est pas indemnisable, car le dommage simplement n'existe pas. Mais si le créancier n'évite pas le dommage, le dommage n'est pas indemnisable du seul fait de la possibilité qu'il pouvait raisonnablement l'éviter.[722]

416. On pourrait proposer qu'en l'absence de la consécration légale d'une limite à la réparation du dommage évitable dans le modèle du Code civil français, il faille simplement suivre l'œuvre de Pothier, qui a servi de base et d'inspiration à ces règles, et reconnaître qu'en matière contractuelle, le dommage issu de l'inexécution est réparable uniquement lorsque l'inexécution du contrat est sa « cause unique » ou prépondérante. Ainsi, lorsqu'un préjudice lié à l'inexécution est évitable par le créancier par une mesure raisonnable, l'inexécution du contrat n'est pas sa « cause unique », car l'inexécution du débiteur et l'omission du créancier concourent à la production du dommage. Cela, indépendamment du caractère fautif ou non de l'omission du créancier. Il s'agit ici de déterminer, non l'existence de la responsabilité (*an debeatur)*, mais uniquement la mesure de la responsabilité (*quantum repondeatur)*, fondée sur une conception objective de la causalité.

417. La règle proposée est une règle qui se comprend bien à l'égard de la responsabilité contractuelle. Il s'agit d'un mécanisme de distribution des risques. La règle de la cause *unique ou prépondérante* adoptée ; chaque partie peut mesurer la portée de son

---

[721] V. *supra* nº 232 et s.

[722] *Ibidem.* E. A. FARNSWORTH, *Contracts,* 2º ed., New York, *op. cit.,* §12.12 : « *it is sometimes said that […] the injured party is under a 'duty' to take appropriate steps to mitigate damages. This is misleading […] for the injured party incurs no liability to the party in breach by failing to take such steps. That party is simply precluded from recovering damages for loss that he could have avoided.* »*;* Voir aussi : *McCleland v. Climax Hosiery Mills, 169 N.E. 605 (NY 1930)*. Pour Farnsworth, co-rédacteur et commentateur du *Second Restatement of Contracts*, l'omission de modeler le dommage n'est pas une violation de l'obligation générale de bonne foi dans l'exécution des contrats. Dans ce sens voir : H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *art. préc.* Selon le modèle de la *common law,* la limite du dommage évitable ne s'appuie pas sur la faute du créancier d'une prétendue obligation préexistante. Tout simplement, si le débiteur prouve que le dommage est évitable par des mesures raisonnables, le dommage n'est pas réparable. C'est la raison pour laquelle il est affirmé en droit américain que l'obligation de modérer le dommage n'est pas une manifestation du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat.

engagement, aussi bien dans le domaine de la prévisibilité que dans celui de la causalité. Selon cette interprétation de l'œuvre de Pothier, le créancier n'a pas l'obligation de limiter le dommage évitable avec des mesures raisonnables. Il ne commet pas de faute s'il ne le fait pas. Tout simplement, le dommage évitable par des mesures raisonnables n'est pas un dommage direct de l'inexécution et, dès lors, il n'est pas indemnisable. Le caractère évitable du dommage est capable de rompre le lien de causalité, car le lien de causalité « direct », du point de vue « juridique » et selon le contenu qui lui est attribué, suppose que l'inexécution soit la *cause unique* ou prépondérante de la production du dommage[723]. Ainsi, lorsqu'une autre cause plus adéquate que l'inexécution du contrat contribue à la production du dommage, l'hypothèse normative du dommage direct n'est pas configurée et, par conséquent, le dommage n'est plus un dommage direct et indemnisable.[724]

418. L'interprétation proposée est parfaitement applicable au système du Code Civil français, suivi par le droit vénézuélien. Il s'agit simplement de l'application de la théorie de la causalité adéquate.[725] Selon le professeur Laithier, « le raisonnement, que

---

[723] G. VINEY, P. JOURDAN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 250. L'auteur cite : J.-L. BAUDOUIN, P. DESLAURIERS, *La responsabilité civile,* 6º éd, Paris, Blais, nº 592.

[724] *Ibidem.* E. A. FARNSWORTH, *Contracts,* 2º ed., New York, *op. cit.,* §12.12 : « *it is sometimes said that […] the injured party is under a 'duty' to take appropriate steps to mitigate damages. This is misleading […] for the injured party incurs no liability to the party in breach by failing to take such steps. That party is simply precluded from recovering damages for loss that he could have avoided.* »*;* Voir aussi : *McCleland v. Climax Hosiery Mills, 169 N.E. 605 (NY 1930)*. Pour Farnsworth, co-rédacteur et commentateur du *Second Restatement of Contracts*, l'omission de modeler le dommage n'est pas une violation de l'obligation générale de bonne foi dans l'exécution des contrats. Dans ce sens voir : H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain », *art. préc.* Selon le modèle de la *common law,* la limite du dommage évitable ne s'appuie pas sur la faute du créancier d'une prétendue obligation préexistante. Tout simplement, si le débiteur prouve que le dommage est évitable par des mesures raisonnables, le dommage n'est pas réparable. C'est la raison pour laquelle il est affirmé en droit américain que l'obligation de modérer le dommage n'est pas une manifestation du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat.

[725] J. VON KRIES, *Beitgrage zur theorie des strafretchs* in : M. MARTEAU, *La causalité dans la responsabilité civile,* thèse Aix, Barlatier, 1913 ; F. CHABAS, *L'influence de la pluralité de causes sur le droit de la réparation,* thèse, Paris, 1965 ; G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise et francaise) », *RTD civ.* 1939, p. 685 ; H. L. A. HART, T. HONORE, *Causation in the law,* 2º ed., Clarendon Press Oxford, 1985 ; L. ERNNECERUS, T. KIPP, M. WOLF, *Lherbuch des Burgerlichen rechts,* t. II, 12º éd., par Lemann, Tübingen, JCB Mhor, 1932, p. 64 et s. ; L. TRAEGER, *Der kausalbegriff im stra fund zivilrecht,* 2º éd., Marburg, Elwert, 1904, XI, 391 et s.; R. GUEX, *la relation de cause à effet dans les obligations extracontractuelles,* thèse, Lausanne, Imprimerie Charles Pache, 1904 ; M. NICOLESCO, *La notion de dommage direct,* thèses, Paris, 1931 ; R. DEMOGUE, *Traité des obligations,* t. IV, *op. cit.,*1924, nº 373 et s. et p. 13 et s. ; J. FAVIER, *La relation de cause à effet dans la responsabilité quasi délictuelle*, thèse Paris, 1951; F. G'SELL MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité*, thèse Paris I, 2005; R. MISLAWSKI, *La causalité dans la responsabilité civile*. *Recherches sur ses rapports avec la causalité scientifique*, thèse Cergy-Pontoise, 2006; C. BEAUDEUX, *La causalité, fondement pour une théorie générale de la responsabilité civile*, thèse Strasbourg, 2006 ; G. QUÉZEL-AMBRUNAZ, *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2010. G. MARTY, « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise et francaise) »*,art. préc*., p. 693. Selon Marty, « elle a, en somme, le même point de départ que la théorie de l'équivalence des conditions. Pour être retenu comme

plusieurs arrêts anglais et américains datant du début de XX[e] siècle ont expressément approuvé est simple : l'inexécution du contrat n'est juridiquement pas la cause du dommage (ou de la fraction du dommage) que le créancier aurait pu modérer en adoptant un comportement raisonnable ».[726] Ce mécanisme est d'ailleurs autorisé et soutenu par une partie de la doctrine en France[727]. La théorie de la causalité adéquate est en plus le critère de causalité d'application préféré par la jurisprudence.[728]

---

cause du dommage un fait doit d'abord en être la condition nécessaire, *sine qua non.* Mais cela ne suffit pas. Toutes les conditions ne pourront pas être retenues comme causes juridiques du dommage. Seules seront retenues celles qui sont unies au résultat par un rapport adéquat de causalité ». Les critères de la configuration de la condition adéquate sont divers. Pour Von Kries l'inexécution est une cause adéquate du dommage lorsque, aux yeux du débiteur, l'inexécution est susceptible d'entrainer le dommage, c'est selon Marty un critère de prévisibilité subjective. Pour Rumelin, le test est le même mais en se plaçant du point de vue d'un observateur normal, qui se demandera « rétrospectivement si le fait en question contenait une possibilité importante d'entrainer le dommage », c'est le critère « pronostic objectif rétrospectif ». Pour Traeger la condition *sine qua non* est cause du dommage uniquement lorsque, selon le cours normal des choses, elle peut être considérée comme entrainant des dommages de cette espèce. C'est le critère de la « circonstance généralement favorisante ». V. H et L. MAZEAUD, A. TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle,* t. I; Paris, Montchrestien, 1965, p. 627. V. H et L. MAZEAUD, A. TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, délictuelle et contractuelle,* t. I; Paris, Montchrestien, 1965, p. 627. selon L. Mazeaud, et A. Tunc,[725] « pour Von Kries, un évènement ne peut être considéré comme cause du dommage, par le seul fait que, sans cette événement, le préjudice ne se serait pas réalisé. Parmi tous les événements qui concourent à la réalisation d'un dommage, qui en sont les conditions, tous ne sont pas « sa cause » du point de vue de la responsabilité […] uniquement peuvent être considérés comme cause du préjudice les évènements qui devaient normalement le produire : il faut que le rapport entre l'événement -inexécution- et le dommage qui en résulte soit adéquat, et non pas simplement fortuit. En d'autres termes, celui qui a commis une faute doit réparer tout le préjudice qu'elle était propre à produire suivant le cours naturel des choses et qu'elle a effectivement produit […] le juge demeure libre d'apprécier selon toutes les circonstances si l'évènement a joué un rôle suffisamment prépondérant dans la réalisation du préjudice pour être retenu comme cause »[725]. H. L. A. HART, T. HONORE, *Causation in the law,* 2º ed., *op. cit.*, p. 469. Comme cela est présenté par Hart et Honoré[725], « un fait sera la cause adéquate d'un préjudice uniquement si deux conditions sont satisfaites : (i) il – le fait- est une condition *sine qua non* du préjudice, et (ii) il doit avoir augmenté la probabilité objective du préjudice de forme significative ». Hart et Honoré affirment que « la théorie de la causalité adéquate est parfois présentée, non dans la manière dont elle vient d'être énoncée, mais de manière plus large, selon laquelle une condition est la cause adéquate d'une conséquence si elle a la tendance, selon l'expérience humaine et le cours ordinaire des événements, d'être suivie par une conséquence de cette sorte. »[725]

[726] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 442, nº 347. Selon l'auteur, voir aussi : En droit Anglais, J. BEATSON, *Anson's Law of Contract, op. cit.,* p. 614; H. COLLINS, *The law of contract, op. cit.,* p. 419; K. R. HANDLEY, « Reductions of damages award », *in P.D. Finn* (ed. By), *Essays on damages,* (LBC.1992), p. 113; M. FURMSTON, *The law of contract, op. cit.,* §8.5 et §8.55. Critique : H. G. BEALE, *Chitty on Contracts, op. cit. SS 27-029; Droit* Américain : L. CORBIN, *Contracts, op. cit.,* §1353. Contre : E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.,* §12.1, p. 149.

[727] V. HEUZE, *Traité des contrats, (dir. J. Ghestin), La vente internationale de marchandises, Droit uniforme,* Paris, LGDJ, 2000, p. 180 ; J. ORTSCHEIDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international,* Paris, Dalloz, 2001, nº 212 et s.; P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p. 1191 ; G. VINEY, « Modération et limitation des responsabilités et des indemnisations », *in* (J. SPIER, ed. by) *The limits of liability. Keeping the flood gates shut.* The Hague- Boston, Kluwer Law international, 1996. Ch. LARROUMET, (2008) *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du Droit Français*, *art. cit.*

[728] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.,* nº 312. V. par exemple, Civ. 2°, 12 décembre 1968, *Bull. civ.* II, n° 306, *RTD civ.* 1969, 569, obs. G. DURRY; Civ. 1º, 16 juin 1969, *Bull. Civ.* I, n° 230; Com. 30 juin 1969; Crim. 14 janvier 1970, *Bull. civ.* IV, n° 249, *D.* 1970, somm. 97 ; Civ. 2°, 25 octobre 1973, *Bull. civ.* II, n° 277 ; Civ. 2°, 3 juin 1993, *Bull. civ.* II, n° 228; Versailles, 30 mars 1989, *JCP*

419. Bien que le critère de la causalité adéquate permettrait l'admission dans le Code civil français de la limite à la réparation du dommage évitable, et par conséquent de l'obligation de modérer le dommage, il faut constater que ce mécanisme se heurte à deux obstacles : l'admissibilité du rôle causal de l'omission du créancier (ii) et le caractère direct du dommage intrinsèque (i).

420. **i. Caractère direct du dommage intrinsèque.** On sait que la réparation du dommage, telle que modelée par le système de la *common law*, est limitée à chaque fois que le dommage est évitable. Cela implique que cette limite de la réparation est applicable à toute perte ou gain manqué subi par le créancier. Elle est applicable au dommage intrinsèque et au dommage extrinsèque, elle est aussi applicable au dommage initial et aux dommages en cascade, consécutifs au dommage initial, aussi nommés dommages ultérieurs.[729]

421. En effet, comme on l'a constaté auparavant, la limite du dommage évitable est applicable à tous les éléments de la formule de l'intérêt positif du créancier.[730] Ainsi, elle est applicable à la perte de l'avantage (préjudice intrinsèque) ainsi qu'à toute autre perte (préjudice extrinsèque). En ce qui concerne la perte de l'avantage, la limite est applicable à ses deux composantes, c'est-à-dire à la perte de la valeur de la prestation issue de l'inexécution ainsi qu'au coût de l'avantage.[731] Ainsi, le principe de substitution, lorsqu'il est applicable, est une mesure qui cherche précisément à éviter le dommage intrinsèque du créancier, qui aura la satisfaction de son intérêt contractuel, d'une manière indirecte, à travers une opération de substitution auprès d'un tiers sur le marché. C'est en évitant ou en modérant le dommage intrinsèque initial causé par l'inexécution que le créancier est capable d'éviter ou de réduire les dommages extrinsèques, ultérieurs ou consécutifs au dommage initial.

422. Alors, il faut constater que l'inexécution du contrat produit nécessairement, sauf les causes étrangères non imputables au débiteur, au moins un préjudice direct, qui est représenté par la perte de l'avantage attendu par le créancier. Ainsi, par exemple, si le

1990, II, 21505, note A. DORSNER-DOLIVET; *RTD civ.* 1992, 117, obs. P. JOURDAIN; Toulouse, 6 mai 1993, *D.* 1993. 555, note Ph. LE TOURNEAU.

[729] V. *supra* nº 165 et s.

[730] V. *supra* nº 293.

[731] V. *supra* nº 294 et s.

créancier est un acheteur dont le produit n'a pas été délivré, le dommage intrinsèque est déterminé par la perte de l'avantage auquel l'acheteur avait droit selon le contrat. C'est d'autant plus vrai que, dans le cas où la prestation inexécutée correspond à une obligation de résultat, le lien de causalité entre l'inexécution et le préjudice intrinsèque fait l'objet d'une présomption, laquelle est uniquement réfutable par la preuve par le débiteur d'une cause étrangère non imputable au créancier[732]. Comme le constate le professeur Viney, « certaines décisions ont même posé en termes de principe la présomption de causalité aux côtés de la présomption de faute ».[733]

423. Dans ce cas, l'inexécution du contrat est une condition *sine qua non* de la production du dommage intrinsèque et la perte de l'avantage est une conséquence normale de l'inexécution du contrat. L'inexécution est sans doute une cause adéquate et prépondérante à la production du dommage intrinsèque. En outre, et c'est ici à notre avis l'essentiel, les cas où le dommage évitable est imputable directement au fait du débiteur correspondent précisément à l'hypothèse juridique de l'obligation de modérer le dommage. En effet, selon les systèmes utilitaristes, les préjudices intrinsèques causés directement par l'inexécution du contrat imputable au débiteur ne sont pas réparables s'ils sont évitables par des mesures raisonnables par le créancier. Comment peut-on affirmer que le dommage intrinsèque évitable n'est pas une conséquence de l'inexécution, et par conséquent, non indemnisable ? Comment assimiler l'absence de lien de causalité directe au dommage évitable ?

424. Alors, il paraît *a priori* difficile de justifier, en dehors du cas de cause étrangère ayant les caractères de force majeure, que la perte de l'avantage attendu par le créancier ne soit pas une conséquence directe et immédiate de l'inexécution du contrat par le débiteur. Il est aussi difficile de justifier, dans la logique de la conception volontariste du

---

[732] G. VINEY, P. JOURDAN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 275, nº 367.
[733] *Ibidem.* Civ. 1º, 16 février 1988, *Bull. civ.* I, nº 42 ; *RTD civ.* 1988*,* p. 767*,* obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1º, 5 mars 1991, *RTD civ.* 1991, p. 756, obs. P. JOURDAIN ; Civ. 1º, 2 février 1994, I, *Bull. Civ.* I, nº 41 ; *JCPE 1994,* II, 579, note Ph. DELEBECQUE ; *CCC* 1995, comm. nº 70, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1994*,* p. 613 ; Civ. 1º, 20 juin 1995, I, , *Bull. civ.* I, nº 263 ; *RCA* 1997, comm. nº 354 ; Com., 5 avr. 2005, *RCA* 2005, comm. nº 188, obs. S. HOCQUET-BERG. Selon la Cour de cassation *: « l'obligation de résultat emporte à la fois la présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué ».* En sens contraire : Civ. 1°, 19 octobre 2001, *RCA* 2002, comm. nº 34 ; *RTD civ. 2002,* p. 514, obs. P. Jourdain ; Com. 22 janvier 2002, *RCA* 2002, comm. nº 175 ; Civ. 1°, 28 mars 2008, nº 06-18350, *RDC* 2008, 757, obs. S. Carval.

contrat, que la valeur équivalente de cet avantage qui constitue le préjudice intrinsèque du créancier doive être réduite au bénéfice du débiteur, alors que le débiteur s'est précisément engagé à fournir cet avantage au créancier. Si le mécanisme de la causalité directe sert à expliquer la limite de la réparation du dommage évitable lorsque ce dommage est un préjudice ultérieur ou consécutif de la perte de l'avantage initial qui produit l'inexécution du contrat, il ne nous semble pas capable de limiter la réparation du préjudice intrinsèque lorsque celui-ci est susceptible d'être évité par des mesures raisonnables, comme l'opération de substitution. Bien que la causalité adéquate soit capable d'apporter une explication plausible à la limite de la réparation du dommage évitable lorsqu'il est extrinsèque, consécutif ou ultérieur, il ne nous semble pas capable d'expliquer la limite de la réparation du dommage évitable au dommage intrinsèque. La conception de Domat et Pothier sur la causalité directe du dommage, en tant que cause unique du dommage, ne limitait pas le droit du créancier à demander la réparation de l'avantage attendu du contrat (*propter ipsam rem)*.[734]

425. En effet, dans un système qui privilégie l'indemnisation des dommages à l'exécution forcée en nature, une telle limite de la responsabilité vide de substance l'engagement contractuel, car le débiteur qui n'exécute pas le contrat n'est responsable que dans la mesure où le dommage n'est pas évitable. Si la totalité du dommage est évitable sans aucun coût pour le créancier, le débiteur ne sera pas sanctionné et, par conséquent, dans ce cas, la force obligatoire ne pourrait être affirmée. En revanche, dans la conception de la causalité du Code civil de Pothier et de Domat, le caractère évitable du dommage intrinsèque ne permet pas de détruire le lien de causalité directe entre l'inexécution du contrat et ce type de préjudice. Le créancier, même si le préjudice est évitable, aura le droit à l'indemnisation du préjudice intrinsèque qui produit l'inexécution du contrat imputable au débiteur.

426. En somme, justifier l'obligation de modérer le dommage sur le caractère indirect du préjudice ne permettrait que d'introduire un mécanisme limité à la modération du dommage extrinsèque, consécutif ou ultérieur à l'inexécution du contrat. Un tel mécanisme ne permettrait pas de transposer, dans le système du Code civil, ni dans le

[734] V. *supra* nº 378 et s.

système vénézuélien l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

427. Il faut encore vérifier que l'omission du créancier d'éviter ou de modérer le dommage joue un rôle causal : le second obstacle.

428. **ii. Le rôle causal de l'omission du débiteur.** Bien qu'une conception restrictive de la causalité directe, fondée sur la théorie de la causalité adéquate, pourrait être capable d'admettre, avec les limitations commentées, la limite de la réparation du dommage évitable dans le système du Code Civil français, on l'a vu, ni la doctrine ni la jurisprudence n'acceptent le rôle causal de l'omission de la victime sans que soit constaté le caractère fautif de l'omission.[735]

429. En effet, strictement du point de vue de la causalité adéquate, comme il a été indiqué, lorsque le dommage est évitable par des mesures raisonnables, l'omission de la victime d'éviter le dommage élimine comme cause juridique du dommage les conditions *sine qua non* qui n'ont pas de rôle prépondérant dans sa production, c'est-à-dire l'inexécution. Ainsi, du point de vue de la causalité juridique, le fait de la victime, d'après la théorie de la causalité adéquate, n'a pas besoin d'avoir un caractère fautif pour avoir un rôle causal. Il faut uniquement que le fait de la victime soit la « condition adéquate » ou « la cause unique » de la production du dommage. Cependant, il faut constater qu'en dépit du postulat théorique, l'omission de la victime ne joue un rôle causal du point de vue juridique que lorsque le fait ou l'omission de la victime est un fait fautif, c'est-à-dire lorsque l'omission de modérer le dommage implique la violation d'un devoir juridique préalable.

430. Il est certain que la deuxième chambre civile de la Cour de cassation avait explicitement admis, le 17 décembre 1963, que le fait non fautif de la victime était une cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité du responsable.[736] Selon le professeur

[735] V. *supra* nº 393 et s.

[736] G. VINEY, P. JOURDAN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 421, qui cite : Civ. 2º, 17 déc 1963, BERTHIER : *D.* 1964, p. 569, note A. TUNC ; *JCP* 1965, II, 14065, note DEJEAN DE LA BÂTIE ; Civ. 2º, 8 decémbre 1965, *GP* 1966, 1, p. 149 ; Civ. 2º, 16 juin 1965, *D.* 1965, p. 662, note A. TUNC ; Civ. 2º, 3 juillet 1968, *Bull. civ.* II, nº 196, *RTD civ.* 1969, p. 340, obs. G. DURRY ; Civ. 2º, 2 juillet 1969, *Bull. civ.* II, nº 233, *JCP* 1971, II 16588 ; Civ.2º, 12 mai 1971, *JCP* 1972, II, 17086, 4º espèce, note J. BORE ; Civ., 2º, 26 mai 1974, *D.* 1975, p. 780, note T. IVAINER ; Civ. 2º, 1º octobre 1975, *D.* 1976, p. 46 ; Civ. 2º, 20 mai 1978, *JCP* 1978, IV, p. 221. V. aussi : S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le*

Viney, « cette jurisprudence sur le fait non fautif de la victime, […] qui était limitée au seul gardien responsable sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1º du *code* […] a suscité d'importantes controverses […]. La plupart des auteurs qui ont étudié la question n'ont pas eu de peine en effet à montrer, non seulement que cette jurisprudence allait directement à contre-courant de toute évolution du droit de la responsabilité civile qui est de toute évidence orientée vers la protection des personnes lésées, - mais que - la reconnaissance d'un effet exonératoire au « fait non fautif de la victime » loin d'établir l'égalité entre les parties, contribuait à créer une responsabilité aggravée pour la victime »[737].

431. Fortement critiquée, elle a été renversée par l'arrêt *Desmares*, laquelle interdisait toute exonération partielle de la responsabilité du gardien fondée sur l'attitude de la victime qui ne constitue pas un cas de force majeure.[738] En effet, des arrêts plus récents « ont d'ailleurs nettement réaffirmé l'exigence d'une faute de la victime pour l'exonération partielle de l'auteur du dommage, qu'il soit responsable en tant que gardien ou à un autre titre ».[739] Ainsi, pour que l'omission du créancier ait un rôle causal, il faut que cette omission soit fautive. Cela dit, l'omission de la victime n'est fautive que lorsqu'elle implique la violation d'un devoir juridique préexistant. Alors, où est la source positive de ce devoir de modérer le dommage dans le Code civil français, qui permettrait de donner un rôle causal à l'omission du créancier de modérer le dommage contractuel ?

432. En somme, le lien de causalité direct ne permet pas de justifier l'existence de l'obligation de modérer le dommage dans le système du Code civil. Il en est ainsi, car l'omission du créancier lésé n'a pas de rôle causal si elle n'est pas une omission fautive. Ensuite, si l'on admettait que l'omission non fautive de modérer le dommage avait un rôle

---

dommage, op. cit., nº 324 ; Civ. 2º, 6 avril 1987, 3 arrêts, *JCP* 1987, I, 20828, note F. CHABAS ; *Defrénois* 1987, 113, note J.-L. AUBERT ; *RTD civ*. 1987, 767, obs. J. HUET ; *D.* 1988, 32, note Ch. MOULY, affirmant que : « le gardien de la chose instrument du dommage est partiellement exonéré de sa responsabilité s'il prouve que la faute de la victime a contribué à la production du dommage » et ne visant donc, comme cause exonératoire, que le seul fait fautif de la victime ». V. aussi : F. G'SELL MACREZ, *Recherches sur la notion de causalité,* thèse, Paris I, 2005, p. 530.

[737] G. VINEY, P. JOURDAN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 422.

[738] Civ. 2º, 21 juilliet 1982, *JCP* 1982, II, 19861, note F. CHABAS ; *D.* 1982*,* p. 449, note Ch. LARROUMET; *GP* 1982, 2, p. 391, concl. L. CHARBONNIER; *Defrénois* 1982*,* p. 1689, note J.-L. AUBERT; *RTD civ. 1982,* p. 606, obs. G. DURRY. *« Mais attendu que seul un événement constituant un cas de force majeure exonère le gardien de la chose, instrument du dommage, de la responsabilité par lui encourue par application de l'article 1384, alinéa 1, du Code civil ; que, dès lors, le comportement de la victime, s'il n'a pas été pour le gardien imprévisible et irrésistible, ne peut l'en exonérer, même partiellement ».*

[739] G. VINEY, P. JOURDAN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 422.

causal, il serait difficile d'affirmer que l'inexécution du contrat n'est pas la cause directe et prépondérante du dommage intrinsèque du créancier, et que la perte de l'avantage attendu est la conséquence « nécessaire » de l'omission du créancier. L'omission de modérer le dommage pourrait constituer uniquement la cause adéquate des dommages extrinsèques ou ultérieurs.[740]

433. Ayant ainsi présenté les deux critiques principales de la causalité directe, en tant que fondement de l'obligation de modérer le dommage dans le système du Code civil français, il faut déterminer si la faute de la victime est un fondement juridique valable de l'admission de l'obligation de modérer le dommage dans ce système.

434. **c.- La faute de la victime et l'auto-responsabilité.** La faute de la victime peut avoir des incidences soit sur l'inexécution de l'obligation contractuelle, et par conséquent sur la production du dommage initial intrinsèque ou extrinsèque, soit sur les dommages ultérieurs au dommage initial ou sur l'aggravation du dommage initial. Du point de vue du droit comparé, c'est la solution légale expressément adoptée aussi bien en droit allemand[741] qu'en droit italien[742].

435. En ce qui concerne le dommage initial, lorsque la faute de la victime est la cause exclusive, elle entraîne l'exonération totale de la responsabilité du débiteur. Lorsqu'elle est une cause partielle de l'inexécution, elle entraîne l'exonération partielle de

---

[740] Voir en ce sens : M. BACACHE-GIBEILI, « L'obligation de minimiser son dommage rapport français », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Étude de droit comparé,* Bruselles, Bruylant, 2015, p. 512 : « Il apparaît que le droit français de la responsabilité civile n'est pas totalement incompatible avec la consécration d'une obligation à la charge de la victime. Pareille obligation ne peut cependant se concevoir qu'à la double condition de ne pas se traduire par une atteinte au corps humain et de se limiter aux mesures destinées à éviter l'aggravation du dommage ».

[741] § 254 du *Bürgerliches Gesetzbuch* allemand fait une distinction entre le cas où la victime a contribué, par sa faute, à sa survenance même et le cas où la victime a omis d'aviser le débiteur du danger d'un dommage exceptionnellement élevé ou a *négligé d'éviter ou de modérer le dommage. « 1) Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist. (2) Dies gilt auch dann, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, dass er unterlassen hat, den Schuldner auf die Gefahr eines ungewöhnlich hohen Schadens aufmerksam zu machen, die der Schuldner weder kannte noch kennen musste, oder dass er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Die Vorschrift des § 278 findet entsprechende Anwendung.*

[742] Article 1227 du Code civil italien distingue entre la faute concomitante et la faute subséquente de la victime. « *Se il fatto colposo del creditore ha concorso a cagionare il danno, il risarcimento è diminuito secondo la gravità della colpa e l'entità delle conseguenze che ne sono derivate. Il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza. »*

la responsabilité du débiteur. Il s'opère un partage de responsabilité.[743] Selon Reifegerste, la faute exonératoire de la victime, en ce qui concerne l'inexécution ou le dommage initial, n'a pas de rapport avec le champ d'application de l'obligation de modérer le dommage. En effet, « celle-ci n'est concernée que par une faute de la victime qui serait postérieure au fait dommageable initial et contributive au seul dommage dans son étendue finale. *Stricto sensu,* cette question ne se pose qu'après la survenance du fait dommageable initial et la production du dommage initial.»[744]

436. Il est vrai que le champ d'application de l'obligation de modérer le dommage ne concerne pas la faute de la victime qui contribue à l'inexécution du contrat et, par conséquent, à la production du dommage initial. Il est vrai aussi qu'elle ne concerne que la faute de la victime postérieure à l'inexécution et à la production du dommage initial. Cependant, il ne faut pas confondre la faute de la victime dans l'inexécution du contrat et les préjudices qui constituent l'objet de l'obligation de modération. L'obligation de modérer le dommage concerne aussi bien l'aggravation du dommage initial que le dommage initial même, dans la mesure où il peut être modéré avec de mesures raisonnables. Lorsque l'inexécution arrive, la victime doit faire en sorte de modérer voire d'éliminer le dommage initial, si cela est possible et raisonnable, et pas uniquement d'éviter ou modérer son aggravation.[745]

437. Cela est d'ailleurs la solution dans d'autres systèmes. En effet, l'article §254 du BGB, lorsqu'il détermine que l'indemnisation de la victime dépendra de la faute de la victime qui n'a pas évité le dommage, ne fait pas de distinction entre le dommage initial et le dommage final. Également, le Code civil italien, dans son article 1227, lorsqu'il indique que le dommage n'est pas indemnisable si le dommage était évitable avec la diligence ordinaire, ne fait pas non plus de distinction entre le dommage initial et le dommage final. Dans les deux ordres juridiques, le dommage évitable englobe le dommage initial, soit que

---

[743] Civ. 2º, 6 avril 1987, 3 arrêts : *JCP* 1987, I, 20828, note F. CHABAS; *Defrénois* 1987, 113, note J.-L. AUBERT, *RTD civ.* 1987, 767, obs. J. HUET; *D.* 1988, 32, note Ch. MOULY; en ce sens, v. également, Civ. 2º, 8 mars 1995, *Bull. civ.* II, n° 82 : *D.* 1995, somm. 232, obs. Ph. DELEBECQUE.

[744] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.,* nº 237.

[745] Par exemple, si une personne a réservé en avance un taxi pour aller de son hôtel à l'aéroport et le taxi n'arrive pas à l´heure accordée, le client doit appeler immédiatement un autre taxi en application du principe de substitution. Si la personne n'a pas avancé le prix du service, la mesure permet d'éliminer ou bin de modérer le dommage initial. Elle permet aussi, selon les circonstances, d'éviter l'aggravation du dommage et les autres préjudices extrinsèques qui pourraient arriver de ne pas substituer le service.

le débiteur ait contribué par sa faute à l'inexécution ou au dommage initial, soit qu'il ait omis d'éviter ou de modérer les dommages issus de l'inexécution.

438. Cette distinction n'est pas anodine, car une chose est de confiner l'obligation de modérer le dommage à l'aggravation du dommage initial et aux dommages ultérieurs au dommage initial, autre chose est d'embrasser dans le champ d'application de l'obligation de modérer le dommage initial. En effet, les systèmes utilitaristes ne font pas de distinctions. La limite à la réparation du dommage évitable englobe le dommage intrinsèque et le dommage extrinsèque, peu importe qu'il soit un dommage initial ou l'aggravation du dommage initial. Au contraire, c'est en effet la modération du dommage intrinsèque initial qui est la clé essentielle du mécanisme, car c'est en évitant ou en réduisant le dommage intrinsèque initial issu de l'inexécution que le créancier arrive, lorsqu'existe un marché de substitution, à la satisfaction immédiate de son intérêt contractuel, tout en évitant les dommages extrinsèques, ce qui emporte la solution économique la plus efficace.

439. Il nous semble que, bien que le fait fautif de la victime postérieur à l'inexécution soit un fondement de la limite de la réparation du dommage évitable parfaitement applicable au système du Code civil français, la faute de la victime doit cependant concerner aussi bien la modération du dommage initial issu de l'inexécution que l'aggravation du dommage initial. Pour cela, du point de vue utilitariste de l'efficacité économique du contrat, le projet de réforme du droit de la responsabilité civile[746] est critiquable, lorsqu'il indique que, « sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice ». Admettre l'obligation de modérer le dommage issu de l'inexécution exclusivement pour ce qui concerne *l'aggravation* du dommage initial, et non pas pour le dommage initial, ne répond pas au modèle de l'obligation de modérer le dommage des systèmes utilitaristes. Limiter l'obligation de modérer le dommage exclusivement à *l'aggravation* du dommage initial, tout en étant possible la modération du *dommage initial* avec des mesures sûres et raisonnables, ne répond pas aux impératifs de l'efficacité économique recherchés par ce mécanisme dans la *common la*w. Cela correspond en tout cas

[746] Projet de réforme de la responsabilité civile de mars 2017, présenté le 13 mars 2017 par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

à un choix du législateur français relatif au type de mécanisme qu'il veut consacrer. Une chose est certaine, celui de la réforme ne reprend pas le mécanisme qui a été modelé dans les systèmes utilitaristes.

440. Cette précision étant faite, la question qui se pose est celle de savoir si le seul fait de ne pas modérer le dommage est une faute, alors qu'il n'existe pas, au moins dans le droit des contrats, de devoir positif de modérer le dommage. Cela pose au moins deux types de problèmes, l'un quant à l'admission de la faute contre soi-même, l'autre quant aux effets de la faute contributive de la victime.

441. **i. La faute de la victime contre elle-même.** Selon l'idée avancée par Josserand[747], la victime est responsable envers elle-même lorsque le préjudice a pour cause sa propre faute. Cela implique que le préjudice reste à la charge de la victime responsable, laquelle est privée de toute action pour obtenir réparation de ce préjudice. C'est une utilisation de la faute au sens romain classique. En effet, selon le droit romain classique, on a déjà eu l'occasion de le préciser[748], la notion de faute fait allusion à l'aspect subjectif de culpabilité, c'est-à-dire au du caractère reprochable du comportement. Il y a faute lorsqu'une personne n'agit pas comme l'aurait fait une personne raisonnable placée dans la même situation. Cependant, comme on l'a indiqué auparavant[749], cette utilisation subjective de la culpa, ne correspond pas à la notion de faute acceptée par la majorité de la doctrine française et vénézuélienne à présent. En effet, pour celle-ci, la faute est la violation d'un devoir juridique préexistant indépendamment de toute connotation d'ordre moral ou subjectif.[750]

442. Il faut noter que la doctrine qui soutient le caractère objectif de la faute est fermement opposée à la reconnaissance d'une responsabilité contre soi-même. Il en est ainsi, car il n'y a aucun devoir juridique de se comporter diligemment dans la gestion de ses affaires propres. La faute fait nécessairement référence au préjudice causé à autrui. Cependant, pour une partie de la doctrine, il est possible de parler d'un type spécial de faute, lequel, bien qu'il soit différent de la responsabilité civile, caractérise une situation toute

[747] L. JOSSERAND, « La responsabilité envers soi-même », *D*. 1934, Chron. 76.
[748] V. *supra* nº 376 et s.
[749] V. *supra* nº 393 et s.
[750] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les Conditions de la responsabilité*, 2º éd., Paris, LGDJ, 1998, p. 326.

particulière, qui est nommée comme *autoresponsabilité*.[751] Le débat s'établit entre une position qui voit le problème du point de vue des effets de la responsabilité et une position qui pose le problème du point de vue des conditions de la responsabilité. Pour ceux qui défendent les effets de la responsabilité, il est impossible de parler de responsabilité du créancier de la réparation, car il n'est pas possible qu'une même personne soit à la fois créancière et débitrice de la même obligation de réparation. Pour ceux qui se placent du point de vue des conditions de la responsabilité, la responsabilité existe dès qu'il est possible de constater l'existence d'un dommage, d'une faute et d'un lien de causalité entre le dommage et le faute. La confusion entre la victime et celui à qui le dommage est imputable n'a pas d'importance.[752] Pour Dabin, « tout individu est en faute quand, volontairement ou par négligence, il viole les lois et les règlements ou quand il transgresse les normes de la conduite honnête, diligente et prudente […] du point de vue d'une définition, peu importe qui en fait celle-ci ait ou non causé un dommage à quelqu'un et, dans l'affirmative, qui fut la victime du dommage, un tiers ou l'auteur du dommage ».[753]

443. Selon Reifegerste, « on a ainsi soutenu que la victime qui ne prend pas les mesures propres à minimiser son préjudice ne commettrait, en définitive, qu'une faute envers elle-même. » [754] Cependant, on oppose à cela que, lorsque l'ancien article 1382 exige le fait d'un « homme qui cause à autrui un dommage », la responsabilité ne peut être fondée que sur l'existence d'une faute envers une tierce personne et non pas envers soi-même.[755] Pour Reifegerste, une telle analyse « revient en définitive à nier l'existence même de l'obligation

---

[751] E. BETTI, *Teoria Generale del negozio Giuridico,* Napoles, Edizione Scientifiche Italiane, 2002, p. 109 : *« La parte che lo mise in opera, si trova nella necessità di risentire sola il danno della inerzia o della negligenza propria, in quanto imputabile a lei stessa : necessita che, per non andar confusa con responsabilità verso la controparte, può opportunamente chiamarsi, 'autoresponsabilita' (per colpa propria). Così, nell'atto in cui pone in essere un negozio giuridico, incombe alla parte una serie di oneri che si direbbero oneri de avvedutezza […]. Evidentemente inaccettabile é la costruzione di una obbligazione generale di prudenza e diligenza verso un numero illimitato de consociati, qual viene proposta dal Mazeaud ».* Dans le même sens affirme Josserand : « *car ce serait une grave erreur de croire que la sanction d'une faute affecte toujours les allures d'une condamnation à dommages intérêts, voire même, et plus généralement, d'une sanction positive; en cette matière, le système de notre droit est souple et varié : responsabilité n'est pas synonyme de réparation, ou, du moins, la réparation pourra affecter la forme négative d'un refus d'action ».* V. L. JOSSERAND, « La responsabilité envers soi même », *DH* 1934, p. 73.

[752] H. L. MAZEAUD, A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle,* t. I, *op. cit.*, n° 4 et 5.

[753] J. DABIN, « Fait dommageable envers soi-même et responsabilité a l'égard des proches », *Ann. dr.* 1965, 122; et Mélanges J. Brèthe de la Gressaye, Bordeaux, 1967, p. 144, spéc. p. 146.

[754] S. REIFEGERSTE, *Pour une obligation de minimiser le dommage, op. cit.,* nº 252 et s.

[755] R. O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile,* t. II, *op. cit.,* n° 2971.

de minimiser le dommage » ce qui est la position d'une partie de la doctrine anglaise, néerlandaise et allemande.[756] Selon Reifegerste « une telle analyse ne convainc pas. L'existence d'une simple faute de la victime envers elle-même peut, à la rigueur, se concevoir lorsque la victime est seule responsable et seule victime de son préjudice. Elle est alors privée de toute action, vue l'absence du débiteur. Toutefois, si le comportement de la victime n'est pas fautif tant qu'il ne porte atteinte qu'à ses propres intérêts, il le devient, en revanche, lorsque la victime souffre d'un dommage initial causé par un tiers dont la responsabilité se trouve ainsi engagée. Le fait de le laisser s'aggraver ou de ne rien faire afin de le réduire ou, au moins, l'endiguer, ne constitue pas seulement, dans le chef de la victime, une négligence dans la gestion de ses propres intérêts. Il s'agit également d'une faute envers le débiteur de la réparation, auteur du dommage initial […]. Une telle qualification du comportement de la victime correspond d'ailleurs bien à la conception actuelle, objective, de la faute. Celle-ci est définie comme un comportement que n'aurait pas adopté un homme normalement diligent et prudent, placé dans les mêmes circonstances ou, autrement dit, un comportement socialement défectueux »[757]. Reifegerste continue en affirmant que, selon M. Ogus, l'absence de modération du préjudice par la victime est un comportement contraire à l'intérêt de la société ou, en d'autres termes, à l'intérêt général, qui est, entre autres, d'éviter tout gaspillage. Où l'on retrouve l'idée d'un fondement économique de l'obligation de minimiser le dommage.[758]

444. Il nous semble que la faute de la victime, non pas comme fait qui contribue à l'inexécution, mais comme fait postérieur à l'inexécution du contrat est un fondement possible de la transposition de l'obligation de modérer le dommage dans le système du Code civil français. Cependant, il ne nous semble pas que la théorie de l'*auto-responsabilité* ou de

---

[756] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 253. Auteur qui cite : *Darbshire c. Warran* (1963) W.L.R. 1067, 1075 ; v. également, M. ELLAND-GOLDSMITH, « mitigation of damages en droit anglais », *RDAI* 1987, n° 2, p. 347; A. R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad,* Deventer, 1965, p. 363 ; J. DRION, G. DE GROOTH, F. DE LONG, *Toelichting ontwerp voor een niuew burgerlijk wetboek,* La Haye, 1961, p. 564. Aussi : R. KRUITHOF, *L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage, op. cit.,* n° 12, p. 25, note 58 ; R. SCHMIDT, *in* SOERGEL et SIEBERT (éd.), *Bürgerliches Gesetzbuch,* II, *Schuldrecht I,* Stuttgart, 1967, § 241 - 610*,* p. 206 s.

[757] *Ibidem.* L'auteur cite : H. MAZEAUD, « La faute objective et la responsabilité sans faute *», D.* 1985, Chron. 13 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité,* 2º éd., *op. cit.,* n° 440 s. et p. 317 s.

[758] *Ibidem ;* A. OGUS*, The Law of Damages,* London, Butterworths, 1973, p. 85. Comp : R. KRUITHOF*, L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage, op. cit.,* n° 8, p. 20.

la responsabilité envers soi-même puisse être utile. En effet, si la réparation du dommage évitable est limitée, ce n'est pas à cause de la responsabilité de la victime envers elle-même, laquelle est une notion inutile, mais tout simplement en considération du rôle causal de l'omission de la victime. La faute donne un rôle causal à l'omission de la victime. C'est d'ailleurs ainsi qu'opère la faute de la victime, en tant que cause d'exonération ou d'atténuation de la responsabilité, lorsqu'elle contribue à la production du dommage initial. C'est sur ce même principe du rôle causal de la faute de la victime que la limite de la réparation du dommage évitable doit jouer. C'est en effet la notion de la causalité qui permet le partage et même l'exonération de la réparation et non la notion de responsabilité de la victime envers elle-même.

445. Dans tous les cas, la question qui reste toujours sans réponse est celle de la source de ce devoir légal de modérer le dommage contractuel. Sans un devoir préalable de modérer le dommage, l'omission du créancier n'est pas fautive et n'est pas capable de déployer son rôle causal.

446. Il est vrai que la faute de la victime a été posée d'abord comme cause d'exonération ou atténuation de la responsabilité de l'agent du dommage et non pas relativement au devoir d'éviter ou de modérer le dommage issu de l'inexécution du contrat. Le Code civil vénézuélien prévoit, dans son article 1189, à propos de la responsabilité extracontractuelle, que « l'obligation de réparation sera réduite à la mesure dans laquelle la victime a contribué avec sa faute à causer le dommage ». Cependant, sauf pour le devoir général de diligence, il n'existe pas de norme juridique qui détermine l'obligation de la victime de modérer le dommage, la seule omission n'étant pas au Venezuela capable de configurer une faute, sauf pour la violation d'un devoir d'agir préalable. Il est clair que la question se pose au Venezuela de la même façon qu'en France. C'est la raison pour laquelle il ne nous semble pas que la seule omission de la victime puisse déterminer une faute capable de justifier, ni la responsabilité contre elle-même, qu'évoque une partie de la doctrine latino-américaine[759], ni le rôle causal du fait de l'omission d'éviter le dommage par la victime, s'il n'existe pas un devoir préalable de modérer le dommage.

[759] L. SAN MARTIN, *op. cit.*, 2012 ; E. URDANETA, *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño,* Caracas, RVLJ, 2016.

447. **ii. Effets de la faute contributive de la victime.** Sauf dans le cas où la faute de la victime revêt les caractères de la force majeure, l'exonération de la responsabilité du débiteur fondée sur la faute de la victime n'est pas totale, mais partielle[760]. Au contraire, la limite du dommage évitable, selon le modèle de la *common law*, comporte une limite totale à l'indemnisation du dommage évitable par des mesures raisonnables. [761]

448. Ainsi, peu importe que l'on prenne comme fondement, dans le système du Code civil français, la causalité adéquate ou la faute de la victime postérieure à l'inexécution du contrat, l'effet de la limitation de la réparation du dommage évitable ne sera pas total, mais uniquement partiel[762]. En effet, la modération du dommage suppose que l'inexécution du contrat soit imputable au débiteur ; par conséquent, la cause du dommage évitable, au moins en ce qui concerne le dommage intrinsèque, sera toujours partagée entre le fait de l'omission du créancier de modérer le dommage et l'inexécution imputable au débiteur. Cela est incompatible avec le modèle de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. En effet, si le créancier, qui est capable d'éviter ou de modérer le dommage issu de l'inexécution du contrat par des mesures raisonnables, a le droit de demander en partie l'indemnisation des dommages qu'il aurait pu éviter avec une diligence ordinaire, l'incitation à éviter la totalité du dommage évitable sera moindre que si l'exclusion de la réparation du dommage évitable était totale.[763]

449. Finalement, et c'est ici l'essentiel, l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, cherche à placer le créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté par le débiteur au moindre coût pour le débiteur et pour la société. Il est évident que permettre au créancier de partager l'indemnisation du dommage évitable avec le débiteur est une solution moins efficace du point de vue économique que celle qui exclut totalement la réparation du dommage raisonnablement évitable par la victime. Elle comporte moins d'incitations pour le créancier, et par conséquent, une moindre réduction des coûts pour le débiteur et pour la société dans

---

[760] G. VINEY, P. JOURDAN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* nº 402.
[761] V. *supra* nº 230 et s.
[762] G. VINEY, P. JOURDAN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 359 et s.
[763] En outre, si le créancier évite la totalité du dommage évitable, il n'aura pas le droit de récupérer la totalité des dépenses employées car en principe, le préjudice que lui causent les dépenses employées ne seront pas considérées en entier comme des dommages inévitables. Il en est ainsi parce qu'il aura modéré le dommage au-delà de ce qui est raisonnable. Tous les dépenses employées pour modérer le dommage au-delà de la responsabilité du créancier seront considérées comme de préjudices évitables.

son ensemble. Cela dit, le partage de la responsabilité du dommage évitable n'élimine pas totalement l'incitation et peut modeler un type d'obligation de modérer le dommage différent de celui modelé dans le système de la *common law* et adopté dans le droit international des contrats. Dans cette perspective, la faute de la victime, sauf lorsqu'elle a les caractères de la force majeure, ne permettent pas de transposer le modèle de l'obligation de modérer le dommage désigné par les systèmes utilitaristes. Dans ces systèmes, l'obligation de modérer le dommage implique la réduction totale du dommage évitable et non uniquement la réduction partielle de l'indemnisation.

450. Cela dit, en tenant compte des critiques avancées aux fondements proposés par la doctrine, il est nécessaire de trouver une source juridique positive qui permet de fonder le devoir préalable de modérer le dommage que justifie cette limitation à la réparation du dommage contractuel.

451. En ce qui concerne la responsabilité contractuelle, la doctrine en France et au Venezuela estime qu'il est possible de découvrir ce devoir dans le principe de bonne foi dans l'exécution des contrats prévu à l'article 1104 du Code civil français, ancien article 1134 alinéa 3, et à l'article 1160 du Code civil vénézuélien. Il s'agit ici de vérifier si l'obligation de modérer le dommage peut trouver son fondement dans le droit commun. Si cela était le cas il n'aurait pas d'incompatibilités entre celle-ci et le principe de la réparation intégrale du dommage.

2. LE PRINCIPE DE BONNE FOI ET L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE

452. Selon le professeur Laithier, « en droit français, le devoir de restreindre le dommage peut être fondé sur celui qu'ont les parties d'exécuter les conventions de bonne foi (article 1134 alinéa 3 du Code Civil) ».[764] C'est aussi l'opinion de Reifegerste, qui, dans sa thèse considère que « telle qu'elle se présente aujourd'hui, la notion de bonne foi est le fruit d'une évolution remarquable. C'est le développement de son rôle qui permet d'y voir,

[764] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 351.

au moins en matière contractuelle, un fondement possible de l'obligation de minimiser le dommage. »[765] Initialement impulsée par Demogue[766], cette obligation a fait l'objet d'un essor important en droit français dans la deuxième partie du XX[e] siècle[767] et au début de XXI[e] siècle[768]. Elle a aussi été développée en droit belge.[769] Cependant, en droit vénézuélien,

---

[765] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 203.

[766] R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général,* t. IV, *op. cit.,* n° 3 s.; P. LE TOURNEAU, *Rep. Civ.* Vº Bonne foi, nº 10. V. aussi : M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit du contrat », in *Mélanges J. Ghestin,* p. 348.

[767] F. GORPHE, *Le principe de la bonne foi,* Paris, Dalloz, 1925; A. BRETON, *Des effets civils de la bonne foi,* RCLJ, 1926, p. 86 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4º éd., Paris, LGDJ, 1936 ; R. VOUIN, *La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français,* Paris, LGDJ, 1939 ; G. LYON-CAEN, « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1949, 75; J. MESTRE, « L'évolution du contrat en droit privé », in *L'évolution contemporaine du droit des contrats, Journées R. Savatier,* Paris, PUF, 1985, p. 41 ; « D'une exigence de bonne foi à l'esprit de collaboration », *RTD civ.* 1986, p. 109 ; Y. PICOD, « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat », *JCP* 1988, I, 318 ; *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* préf. G. Couturier, Paris, LGDJ, 1989 ; A. SERIAUX, *Les obligations,* Paris, PUF, 1992, n° 201 ; R. DESGORCES, *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives,* thèse, Paris II, dactyl., 1992 ; Y. PICOD, « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat », in *Le juge et l'exécution du contrat. Colloque I.D.A*., Aix-en-Provence, P.U.A.M., 1993, p. 57 ; A. BENABENT, « La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport français », in *La bonne foi. Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 291 ; B. FAGES, *Le comportement du contractant,* préf. J. Mestre, Aix-Marseille PUAM, 1997, n° 495, p. 268 s., n° 552 s., p. 298 s.

[768] B. JALUZOT, *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand et japonais,* Paris, Dalloz, 2001, n° 1795 et s.; Ch. LARROUMET, *Le Contrat, op. cit.,* nº 733; J. KULLMANN, « Minimiser son dommage ? », *Droit et économie de l'assurance et de la santé. Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Cial*, Paris, Dalloz, 2002, p. 243, spéc., p. 251 et s.; R. JABBOUR, *La bonne foi dans l'exécution du contrat,* préface L. Aynès, Paris, LGDJ, 2016; S. TESSEYRE, *Le Role de la bonne foi en droit des contrats,* préface Muriel Fabre-Magnan,Paris, PUAM, 2012.

[769] Entre autres : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge,* t. II, Bruxelles, Bruyant, 1934, n° 469, p. 412; J.-L. FAGNART, « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *RCJB* 1986, 282 ; P. VAN OMMESLAGHE, « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *RGDC* 1987, 101 ; S. STIJNS, « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexion sur l'exécution de bonne foi des conventions et l'abus de droits contractuels », *JT* 1990, 33 ; M. STORME, « La bonne foi : expression de la postmodernité en droit », in *La bonne foi, Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège,* p. 7 s. ; L. CORNELIS, « *La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté* », in *La bonne foi. Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, Liège, Éditions du jeune barreau de Liège, 1990, p. 17 et s. ; J. VAN RYN, X. DIEUX, « La bonne foi en droit des obligations », *JT* 1991, 289.; N. WATTE, « La bonne foi dans les relations internationales, Rapport belge de droit international privé », in *La bonne foi. Travaux de l'Association Henri Capitant, op. cit.,* p. 487; C. MASSE, « La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport général », in *La bonne foi. Travaux de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.,* p. 219 ; J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit prive. Des atteintes à la bonne foi en général, et de la fraude, en particulier (« Fraus omnia corrumpit »)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 384, p. 872 et s.; I. DURANT, N. VERHEYDEN-JEANMART, « Les dommages et intérêts accordés au titre de réparation d'un dommage contractuel. Rapport belge », in M. FONTAINE, G. VINEY, (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Études de droit comparé*, *op. cit.,* n° 24, p. 324 et s.; M. FONTAINE, « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives », in M. FONTAINE, G. VINEY, (dir.), *op. cit.,* n° 51, p. 1041; B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI* 1987, p. 393 ; M. HOUBBEN, « Le devoir de la victime de minimiser son dommage rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé,* Bruselles, Bruylant, 2015, p. 528.

c'est surtout au XXI^e siècle qu'elle a été prise en considération[770] ; la doctrine est restée ancrée sur les traités de droit français et italien de la première moitié du XX^e siècle.

453. La bonne foi correspond au moins à deux notions différentes : la bonne foi subjective et la bonne foi objective. Du point de vue subjectif, la bonne foi fait allusion au comportement qu'adoptent les personnes qui agissent avec la conviction que leur comportement est conforme à la morale et à la loi.[771] D'un point de vue objectif, la bonne foi évoque un modèle de comportement selon lequel les parties du contrat doivent procéder avec loyauté et de manière honnête dans leurs rapports entre elles. Ce devoir se traduit dans le champ contractuel par l'obligation de coopérer avec loyauté afin d'assurer la satisfaction des attentes légitimes de chacune des parties[772]. Ce modèle de comportement, que constitue l'obligation de bonne foi objective, doit présider aussi bien à la formation qu'à l'exécution du contrat. Elle remplit aussi une fonction interprétative du contrat.[773]

454. En droit vénézuélien, la doctrine accepte sans hésitation que la bonne foi constitue un principe du droit des contrats,[774] ce qui est d'ailleurs la position actuelle dans le droit de la réforme des contrats en droit français, laquelle la reconnaît comme un principe directeur du droit des contrats.[775] En effet, l'article 1104 de la réforme du droit des contrats en France prévoit que « les contrats doivent être formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »[776] Ce principe représente une valeur éthique et morale qui est le fondement d'un nombre important de normes juridiques, et qui remplit une fonction interprétative lorsqu'il sert de guide aux opérateurs juridiques dans la compréhension des devoirs contenus dans les normes qui régissent les contrats, comme les termes et conditions particulières accordées par les parties. En outre, la bonne foi remplit aussi une fonction

---

[770] G. RODRÍGUEZ MATOS, « La buena fe en la ejecución del contrato », in *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 429 ; M. C. DOMÍNGUEZ, « Buena fe y relación obligatoria », in *RVLJ*, nº 11, 2018, p. 17-80.

[771] L. LUPINI, « La responsabilidad precontractual en Venezuela », in *Revista del Colegio de Abogados del Distrito Federal*, Caracas, julio-diciembre, p. 199 s. et p. 39.

[772] G. RODRÍGUEZ MATOS, *art. précit.,* p. 429 .

[773] J. MÉLICH, *Doctrina general del contrato*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, *op. cit.,* p. 422-425.

[774] J. ANNICCHIARICO, C. MADRID, « El derecho de los contratos en Venezuela : Hacia los principios latinoamericanos de derecho de los contratos », in *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012.

[775] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* Paris, LexisNexis, 2016, p. 62, art. 1104.

[776] Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

complétive du contrat, lorsqu'elle permet d'adapter des normes abstraites dans un contrat particulier et de modeler des devoirs juridiques concrets aussi bien dans la phase contractuelle que précontractuelle.[777]

455. Le Code civil du Venezuela reconnaît ce principe à de nombreuses reprises en matière contractuelle. Dans son sens objectif, le principe de bonne foi est reconnu expressément dans l'article 1160 en tant que devoir imposé aux parties lors de l'exécution des contrats. L'article précité dispose que « les contrats doivent être exécutés de bonne foi et obligent non seulement à respecter ce qui en est exprimé, mais également à toutes les conséquences dérivées du contrat selon l'équité, l'usage et la loi ». C'est en effet la même norme qui a été empruntée à l'article 1134 alinéas 3 du Code civil français de 1804. Selon cette règle[778], les parties doivent procéder loyalement et honnêtement dans leurs relations[779] et coopérer afin de satisfaire leurs attentes légitimes.[780] En outre, la bonne foi a permis l'intégration au contrat des obligations qui n'ont pas été expressément accordées par les parties, dans un souci de faire pénétrer la règle morale dans les contrats, et de parvenir à sa justice et son utilité. C'est à travers ce mécanisme que la jurisprudence, particulièrement en France, a greffé des obligations dans l'exécution du contrat, ce qui a parfois été dénommé comme l'art de faire parler les contrats, pour ceux qui contestent ce procédé comme étant contraire à la conception volontariste du contrat.[781]

---

[777] E. MADURO LUYANDO, E. PITTIER SUCRE, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, t. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, p. 804-805.

[778] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations,* 12º éd., Paris, Dalloz, 2018, nº 597 et 598. Selon les auteurs : « poser que le contrat doit être exécuté de bonne foi implique que les parties doivent non seulement s'abstenir de tout ce qui pourrait constituer un entrave à la réalisation de l'opération contractuelle mais encore faire en sorte que celle-ci produise son *effet utile ».*

[779] *Ibidem.* « Selon le devoir de loyauté, le débiteur est tenu d'une exécution fidèle de son engagement. » Ainsi, si le débiteur permet au contrat d'atteindre son but, il n'y pas de manquement à la bonne foi. Si le contrat laisse une certaine latitude, la bonne foi impose au débiteur de retenir la solution la moins onéreuse. Le débiteur qui, intentionnellement, n'exécute pas son obligation manque sans doute au devoir de loyauté. En ce qui concerne le créancier, il est tenu de s'abstenir des manœuvres qui tendraient à rendre l'exécution du contrat impossible ou plus difficile. Le devoir de loyauté concerne aussi l'usage déloyal des prérogatives accordées par le contrat ou la loi à l'une des parties sans que cela puisse apporter atteinte à la substance même des pouvoirs accordés. Le créancier peut être sanctionné d'abuser de son droit de créance.

[780] *Ibidem*. « le devoir de coopération implique de sa part une obligation d'avertir les circonstances qui puissent intéresser l'exécution du contrat, il s'agit d'un devoir légal d'information et même de conseil ». Il implique aussi le devoir de faciliter l'exécution du contrat à l'autre partie et d'avertir au sujet des erreurs qu'il pourrait commettre. Selon les principes du droit européen du contrat « chaque partie doit à l'autre une collaboration qui permette au contrat de produire son plein effet ».

[781] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* nº 497 et s.

456. Pour une partie de la doctrine en France, il semble alors possible de fonder, sur le principe de la bonne foi objective, le devoir du créancier de limiter et d'éviter les dommages résultant de l'inexécution, lorsque ceux-ci sont susceptibles d'être évités avec une diligence ordinaire et au moyen de mesures raisonnables. Selon le professeur Laithier, « classiquement, le juge se sert de cette notion comme un instrument de justice contractuelle, notamment pour apprécier les résultats auxquels conduit l'exercice du droit de créance. »[782] Il s'agit ici d'utiliser le principe de la bonne foi pour fonder une obligation de modérer le dommage dans le but de parvenir à l'efficacité économique du contrat et, par voie de conséquence, à la justice contractuelle.[783] Cet auteur insiste sur le fait que « la recherche de l'efficacité va de pair avec cette forme de loyauté sanctionnant la passivité déraisonnable du créancier »[784].

457. En ce sens, on peut dire que l'ancien article 1134 alinéa 3 du Code civil français, suivi par l'article 1160 du Code civil vénézuélien, ainsi que le nouvel article 1104, pourrait permettre de fonder l'obligation spécifique du créancier de gérer avec diligence et de manière raisonnable les conséquences négatives de l'inexécution. « Puisque la bonne foi objective est une obligation qui incombe à toutes les parties au contrat, cela signifie que le débiteur est dans l'obligation de limiter le dommage en premier lieu et que seule cette obligation incombera au créancier lorsque, en raison de circonstances de l'affaire, il est dans une meilleure situation que le débiteur pour l'éviter ».[785]

458. Cette interprétation est d'ailleurs celle qui est adoptée par une partie de la doctrine allemande relative à l'article 254 du BGB. En effet, il a été affirmé que, bien que l'article 254 ne prévoit pas le devoir d'éviter le dommage, ce devoir peut être déduit des autres dispositions du BGB, spécifiquement de l'article 242, article selon lequel toute obligation doit être gouvernée par la bonne foi.[786] En application de cette norme, « le devoir

---

[782] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 351. L'auteur cite dans ce sens : R. ZIMMERMAN, *The law of obligations. Roman foundations of the Civilian tradition,* Oxford, OUP, 1996 ; R. ZIMMERMAN, S. WHITAKER , (ed. by), *Good Faith in European Contract Law,* Cambrige, CUP, 2000, p. 16. ; A. BENABENT, *La bonne foi dans l'exécution du contrat,* Paris, Litec, 1994, p. 291.
[783] Ph. LE TOURNEAU, *Rep. civ. dalloz* V (bis) Bonne foi, nº 10.
[784] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 351.
[785] *Ibidem.*
[786] J. FEDTKE, U. MAGNUS, « Contributory negligence under German law », in *V.V. A.A. Unification of tort law : controbutory negligence,*The Hague, Kluwer Law international, 2004, p. 76. BGB § 242 : « *Lesitung nach treu und glauben. Der schuldner ist verpflichtet, die lesitung so zu bewirken, wie treu und gluden mit rucksicht auf die verkehrssitte es erfordern ».*

de faire tout ce qui est exigible et possible pour éviter la menace de dommage (ou l'aggravation du dommage déjà produit) et de le réduire, est un devoir de comportement qui oblige la victime face au débiteur à l'indemniser et qui doit être fondé et limité sur la bonne foi ».[787] « Lorsque la victime n'évite pas la menace de dommage ou ne réduit pas le dommage déjà produit, elle commet une faute car elle viole un devoir juridique d'agir prescrit par la bonne foi ».[788] L'obligation de bonne foi a aussi été adoptée par une partie de la doctrine comme fondement de la limite de la réparation du dommage évitable prévu à l'article 1227 du Code civil italien.[789] En droit belge, la bonne foi a été entérinée comme le fondement de l'obligation de modérer le dommage dans un arrêt de la Cour de cassation du 17 mai 2001. Selon l'arrêt : « Attendu que l'article 1134, alinéa 3, du Code civil dispose que les conventions doivent être exécutées de bonne foi ; attendu que si cette règle n'impose pas au créancier de restreindre son 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 ».[790]

459. Une fois que l'obligation de minimiser les dommages est reconnue sur le fondement du devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat, la justification juridique de la limite de l'indemnisation du dommage issu de l'inexécution du contrat pourrait dériver aussi d'autres fondements analysés, avec les limitations commentées antérieurement.[791]

460. Cela dit, il convient de s'interroger sur la capacité du principe de bonne foi dans l'exécution du contrat de transposer la version utilitariste de ce mécanisme dans le système du Code civil français de 1804, suivi par le Venezuela, et dans le droit de la réforme des contrats en France. Si cela n'est pas le cas, élucider la portée de la version française de l'obligation de modérer le dommage fondée sur le principe de bonne foi et ses effets vis-à-vis du principe de la réparation intégrale du dommage.

---

[787] K. LARENZ, « Storia del método nella scienza giuridica », in *Civilitá del Diritto,* nº 14, Milan Giufrrè, 1966, p. 223.
[788] *Ibidem.* V. aussi L. SAN MARTIN, *op. cit.,* p. *223.*
[789] R. FUBINI, « Sul comportamento del creditore nel caso d'inadempienza del debitore », in *Scritti giuridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi,* vol. I, Milan-Turin-Roma, Fratelli Bocca, 1915, p. 129 et s. ; E. BETTI, « Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilita del venditore per vizio redibitorio », *Riv. Dir. Comm.,* 1925, parte II, p. 335 et s.
[790] Cass. 17 mai 2001, *J.T.*, 2002, p. 467.
[791] V. *supra* nº 405 et s.

3. ANALYSE CRITIQUE DE LA BONNE FOI COMME FONDEMENT JURIDIQUE DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE

461. La limite de la réparation du dommage évitable et « l'obligation » de modérer le dommage qui découle de cette limite, telle qu'elle a été modelée dans les systèmes utilitaristes, présente des différences significatives par rapport au mécanisme de l'obligation de modérer le dommage dégagé sur le fondement de l'obligation de bonne foi. Il convient de les identifier et d'analyser les différences (a) et les incompatibilités de ces deux mécanismes (b), afin d'élucider la portée et les effets de ce mécanisme par rapport au principe de la réparation intégrale du dommage.

462. **a. Différences et implications pratiques.** Entre la limite légale de la réparation du dommage évitable modelée dans la *common law* et celle dérivée de l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats, il existe tout d'abord une différence en ce qui concerne la nature juridique de la limite et, par conséquent, les effets juridiques du mécanisme. En effet, selon la version utilitariste, l'obligation de modérer le dommage est la conséquence d'une limite légale de la réparation du dommage évitable, alors que, dans le mécanisme fondé sur l'obligation de bonne foi, l'obligation de modérer le dommage prend la place de la cause juridique de la limite de la réparation du dommage évitable. En effet, lorsque la loi place une limite légale à la réparation du dommage évitable issu de l'inexécution du contrat, le créancier est dans la nécessité d'agir afin de ne pas supporter le risque de l'aggravation du dommage. Il n'y a aucune obligation juridique ou devoir de modérer le dommage à sa charge. Comme il a été indiqué auparavant, si le créancier évite le dommage, le dommage évitable n'est pas réparable, tout simplement parce qu'il n'y a pas de dommage. Au contraire, si le créancier n'évite pas le dommage avec des mesures raisonnables, le dommage évitable n'est pas non plus indemnisable, car le risque du dommage est placé sur le créancier. Il n'existe aucune obligation de modérer le dommage, il y a tout simplement une limite à la réparation du dommage évitable raisonnablement. La nécessité d'agir du créancier est une conséquence et non la cause de la limite.

463. À la différence de ce mécanisme fondé sur une limite légale, lorsque l'obligation de modérer le dommage correspond à l'obligation de bonne foi dans l'exécution des contrats, le créancier est tenu d'une vraie obligation juridique, dont l'inexécution engage

sa responsabilité envers le débiteur.[792] C'est cette nouvelle obligation préalable à la charge du créancier dont l'inexécution configure une faute susceptible de rompre le lien de causalité entre le dommage évitable et l'inexécution du contrat. À la différence de la version utilitariste du mécanisme, cette obligation engage la responsabilité du créancier envers le débiteur en cas d'inexécution. C'est sur cette distinction essentielle qu'une partie de la doctrine refuse la bonne foi comme fondement de la transposition du mécanisme dans le système du Code civil français.[793]

464. Du point de vue de la transposition du mécanisme, cette particularité implique, au niveau des effets, des différences substantielles :

465. **i.** D'abord, le débiteur aura le droit à l'indemnisation des dommages causés par le créancier défaillant, et non pas uniquement à la réduction de l'indemnisation. Si l'indemnisation due à cause de l'inexécution du contrat est réduite, c'est parce qu'il s'opère une compensation de fautes et un partage de responsabilité dans la production du dommage, ou bien une rupture du lien de causalité entre le dommage évitable et l'inexécution du contrat.[794]

466. **ii.** Ensuite, l'intensité de cette obligation fondée sur la bonne foi est un vide à remplir. Il peut bien s'agir d'une obligation de moyens ou d'une obligation de résultat. [795]

---

[792] M. HOUBBEN, « Le devoir de la victime de minimiser son dommage rapport belge », *art. cit.*, p. 528. ; R. KRUITHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *art. cit.,* p. 28. « L'inobservation de l'obligation de modération du dommage par le créancier constitue donc une faute, sanctionnée selon les règles de la responsabilité contractuelle, qui, à cet égard, ne diffèrent point des principes en matière de responsabilité extracontractuelle ».

[793] L. SAN MARTIN*, op. cit.,* p. 312 et s.

[794] M. HOUBBEN, *ibidem.*

[795] Afin d'illustrer la différence, prenons l'exemple du vendeur qui refuse l'exécution de l'obligation de délivrance d'un bien fongible de facile acquisition sur le marché. Selon le principe de substitution dans les systèmes utilitaristes, la réparation du dommage sera limitée à la différence entre le prix de du contrat de vente et le prix de substitution. Dès la perspective de l'obligation de bonne foi, il est clair que l'obligation de modération impose au créancier une obligation de résultat. En effet, le créancier ne pourra pas échapper à cette limite en prouvant qu'il a pris autres mesures raisonnables. Ainsi, par exemple, le créancier ne pourra échapper à la limite en apportant la preuve d'avoir informé immédiatement au débiteur des risques liés à l'inexécution, ou bien de lui avoir accordé un délai supplémentaire ou des conditions plus favorables d'exécution. Cela dit, lorsque le résultat des mesures de modération est trop aléatoire, il ne semble pas raisonnable de mettre à la charge du débiteur une obligation de résultat de réduire le dommage (V. J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 264 et s). Dans ces cas, il nous semble que l'obligation de modérer le dommage doit être assimilée à une obligation de moyen. En somme, le standard du raisonnable de la mesure de modération ne permet pas, *a priori,* et dans tous les cas, déterminer si l'obligation de modérer le dommage est de moyen ou de résultat ; pour cela, il faudra analyser les circonstances particulières de chaque cas d'espèce.

S'il s'agit d'une obligation de moyens, le créancier n'aura pas commis de faute s'il fait preuve d'un comportement diligent à la mesure du modèle de l'homme raisonnable placé dans la même situation indépendamment de la modération du dommage. S'il s'agit d'une obligation de résultat, le créancier aura commis une faute s'il n'évite pas le dommage considéré comme évitable.[796] Cela dit, les deux mécanismes répondent donc à des natures juridiques très différentes et, par conséquent, leurs régimes juridiques diffèrent sensiblement. En effet, s'il s'agit d'une obligation de résultat, on sera bien en présence d'une obligation juridique - au vrai sens du terme - de modérer le dommage, mais s'il s'agit d'une obligation de moyens, on sera plutôt en présence d'une incombance.[797]

467. En effet, l'incombance désigne la situation dans laquelle un sujet passif est tenu d'accomplir une prestation « sous peine de ne pas acquérir un droit ou d'encourir une déchéance »[798]. Elle se distingue de l'obligation par sa sanction, qui consiste exclusivement en la déchéance ou en l'absence d'acquisition d'un droit. Si l'obligation de modérer le

[796] V. J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 258 et s. « Après avoir hésité entre l'obligation de résultat et l'obligation de moyens classique (1) ce qui dans les deux cas l'exposait à des reproches (2), la jurisprudence arbitrale internationale conçoit aujourd'hui l'obligation de minimiser le dommage comme une obligation de moyens atténuée (3). », « […] en réalité, ce n'est pas tant la sauvegarde des intérêts du débiteur que poursuit le créancier en modérant son dommage, mais ceux de l'ensemble des opérateurs du commerce international ». « Un tribunal arbitral a très bien exprimé cette considération […] -selon- Lord Macmillan dans la décision anglaise *Banco de Portugal* « quand la victime d'une inexécution contractuelle se trouve en conséquence de cette inexécution dans une position embarrassante, les mesures qu'elle peut être conduite à adopter pour s'extirper de cette situation ne doivent pas être appréciées selon une échelle favorable à la demande de la partie du contrat qui a provoqué cette situation. Il est souvent facile, après une situation de crise, de critiquer les mesures qui ont été prises pour la résoudre, mais une telle critique n'est pas la bienvenue lorsqu'elle émane de ceux qui ont eux-mêmes crée cette situation. Le droit est satisfait si la partie, placée dans une position difficile en raison de l'inexécution d'une obligation dont elle était créancière, a agi raisonnablement dans l'adoption de mesures ». V. C.C.I. nº5865 en 1989, *JDI,* 1998, p. 1008, obs. D. Hascher.

[797] L'incombance est une notion germanique : « *l'obliegenheit ».* Voir : A. GOTTSCHALK, *Das mitwirkende Verschulden des Beschädigten bei Schadenersatzansprüchen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch*, thèse, Berlin, 1903, p. 46 ; R. SCHMIDT, *Die Obliegenheiten. Studien auf dem Gebiet des Rechtszwanges im Zivilrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherungsrechts,* Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft, 1953. Cette traduction est traditionnellement attribuée aux juristes de la Suisse romande. V. R. PICCARD, E. THILO et STEINER, *Dictionnaire juridique français-allemand et allemand-français,* Zurich, Schulthess, 1950, t. I, p. 283.

[798] J. CARBONNIER, *Droit civil, vol. 2, Les biens, Les obligations,*1º éd., Paris, PUF, 2004, nº 922, p. 1920 ; D. MAZEAUD, « Sécurité juridique *versus* moralité contractuelle : affaire classée ? » in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet,* Paris, Dalloz, 2012, p. 446 ; G. WICKER, « Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux », in *Mélanges Yves Serra,* Dalloz, 2006, nº 29 et s. ; F. LUXEMBOURG, *La déchéance des droits, Contribution à l'étude des sanctions civiles*, thèse, préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas, 2007, nº 91 et s. V. C. CORNU, le *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant,* 11º éd., Paris, Quadrige-PUF, 2001, p. 530, v. *incombance* : « charge, devoir dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement du devoir ». V. aussi : B. LABBE, « L'incombance : un faux concept », *RRJ,* 2005, p. 183 et s. ; G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé,* Paris, Dalloz, 2012, p. 350 et s. Selon ces auteurs le concept est inutile car il correspond à des notions en droit privé français : la charge. V. En droit belge : M. FONTAINE, « *Obliegenheit,* incombance ? », in *liber Amicorum Hubert Claassens,* Anvers, Louvain-la-Neuve, Maklu-Bruylant, 1998, p. 54 ; R. KRUITHOF, *art. cit.,* p. 22 ; P. WERY, *Droit des obligations, op. cit.,* p.472 ; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité droit civil belge,* t. II, *op. cit.*, nº 1022.

dommage est une obligation de résultat, elle n'est pas une incombance, car à chaque fois que le dommage est évitable raisonnablement, le créancier n'aura pas droit à la réparation du dommage évitable, même s'il exécute l'obligation de modérer le dommage. Il en est ainsi, car si le créancier modère le dommage - exécute « l'incombance » -, il n'acquiert pas le droit à la réparation du dommage évitable, pour la simple raison que le dommage n'existe pas.[799] En revanche, si l'obligation de modérer le dommage est une obligation de moyens, et si le créancier n'évite pas le dommage évitable, mais fait preuve d'un comportement diligent et de ce fait exécute « l'incombance », le créancier a le droit à la réparation intégrale du dommage, même si le dommage, tout en étant évitable par autres mesures, n'est pas évité. C'est l'interprétation majoritaire en droit belge,[800] et en droit international.[801]

468. **iii.** Une troisième divergence tient à la portée de la limite dans les deux versions du mécanisme. En effet, dans les systèmes utilitaristes, la limite de la réparation du dommage évitable met à la charge du créancier la totalité du dommage évitable, alors que, dans le système fondé sur le devoir de bonne foi, le risque du dommage évitable sera, en principe, partagé entre le débiteur du contrat inexécuté et le créancier du dommage évitable issu de l'inexécution[802], sauf, bien évidemment, si le débiteur arrive à prouver que la faute de la victime remplit les conditions de la force majeure[803]. En effet, cela est affirmé par la majorité de la doctrine belge, système dans lequel l'obligation de modérer le dommage a été consacrée précisément sur le principe de la bonne foi dans l'exécution du contrat : « Le créancier d'une obligation contractuelle qui ne prend pas les mesures raisonnables pour limiter le préjudice causé par la faute de son débiteur viole son obligation d'exécuter le contrat conformément aux préceptes de la bonne foi et commet ainsi une faute contractuelle. […] Lorsqu'un dommage trouve sa cause dans deux fautes concurrentes et que l'une d'elles

---

[799] Cela dit, si l'obligation de modérer le dommage est considérée comme une obligation de résultat, elle pourrait être considérée comme une incombance en ce qui concerne le droit du créancier au remboursement des dépenses employées pour la modération du dommage. Il en est ainsi car en évitant le dommage évitable, le créancier acquiert le droit au remboursement des dépenses employées.

[800] En droit belge : M. FONTAINE, « *Obliegenheit,* incombance ? *ibidem*; R. KRUITHOF, *ibidem*; P. WERY, *Droit des obligations, ibidem*; P. VAN OMMESLAGHE, *Traité droit civil belge, ibidem*; D. DE CALLATAY, N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007,* vol. 2, Coll. Les Dossiers de J.T., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 60 : « C'est au regard de la personne normalement prudente et avisée placée dans les mêmes circonstances qu'il faut apprécier le comportement de la victime et sanctionner le choix qu'elle fait, entre deux modes équivalents de compensation du dommage, de celui qui coûte le plus cher au tiers responsable ».

[801] V. J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 270 et s, « […] ainsi que l'a précisé une sentence rendue sous l'égide de la *Society of Maritime Arbitration en 1981* (nº1569 en 1981)*,* la question essentielle n'est pas de déterminer, au moment où l'arbitre statue, si des autres mesures auraient pu réduire davantage le dommage, mais si celles adoptées par la partie lésée à la data à laquelle le préjudice est apparu de manière certaine étaient raisonnables ».

[802] V. *supra* nº 447.

[803] V. *supra* nº 448 et s.

est imputable à la victime elle-même, le tiers responsable n'est pas tenu de réparer intégralement le préjudice. La victime assumera en effet une partie du préjudice, celle qu'elle a causée par sa propre faute ».[804]

469. De cette troisième différence entre les deux mécanismes, l'incompatibilité des effets réside dans le fait que la réduction de l'indemnisation du dommage évitable ne sera pas totale, alors que la réduction totale du dommage évitable est un effet caractéristique de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes de la *common law*. Ainsi, dans le système fondé sur la bonne foi, en principe, le risque de la production du dommage évitable sera partagé entre le débiteur et le créancier, alors que, dans la version utilitariste, le risque du dommage évitable sera uniquement pour le créancier.[805]

470. **iv.** Une quatrième différence entre le modèle utilitariste et celui fondé sur l'obligation de bonne foi tient au fait que ce dernier ne représente pas les vrais intérêts en jeu. En effet, il est difficile d'admettre que le débiteur du contrat inexécuté est victime de l'inexécution de l'obligation de modérer le dommage imputable au créancier. Il est aussi difficile de comprendre pourquoi le créancier est tenu d'agir dans l'intérêt du débiteur défaillant, alors que c'est précisément l'inexécution de celui-ci qui est la cause du dommage initial et de l'obligation de modérer le dommage. Dans les modèles utilitaristes, le créancier est dans la nécessité de modérer le dommage dans son propre intérêt, ainsi que dans l'intérêt général, et non dans l'intérêt du débiteur défaillant. Dans le mécanisme fondé sur la bonne foi, le créancier est tenu d'agir dans l'intérêt du débiteur, alors que cela n'est pas un reflet

---

[804] M. HOUBBEN, *art. cit.*, p. 561. V. Aussi R. KRUITHOF, *op. cit.*, p. 52 ; R.O. DALQ, *Traité de responsabilité civile, Les Nouvelles, Droit* Civil, t. V., vol. II, *op. cit.,* nº 2685.

[805] Cette affirmation, cependant, n'est pas absolue. La distribution partielle ou totale des risques du dommage évitable peut dépendre du fondement juridique choisi par le débiteur afin déterminer les effets de l'obligation de bonne foi de modérer le dommage. En effet, si la limite du dommage évitable est fondée sur l'inexécution du devoir de bonne foi et la limite du dommage imprévisible, le créancier devra supporter tout le préjudice. Au contraire, si le débiteur choisit l'inexécution du devoir de bonne foi et la faute de la victime comme fondement de la limite de la réparation du dommage évitable, sauf pour démontrer les caractères de la force majeure, le faute de la victime n'implique qu'un partage de la responsabilité selon la gravité de la faute et la contribution causale de la victime à la production du dommage évitable. Le partage du risque du dommage évitable entre le créancier et le débiteur qui n'exécute pas le contrat, permet de modeler une version plus souple de la limite du dommage évitable que celle modelée dans le système de la *common law*. Si l'on veut respecter les impératifs logiques de l'efficacité économique du contrat, il faudra respecter la règle du tout ou rien. Pour cela, il faudra fonder la limite sur le terrain de la bonne foi et de la causalité adéquate. Selon M. HOUBBEN, *art. cit.*, p. 561: « Classiquement, le partage de responsabilité s'effectue, dans ces hypothèses, en fonction de la gravité des fautes respectives ou selon la causalité de celle-ci. Ce second critère aura vraisemblablement la préférence […]. Le dommage généré par cette faute est précisément la portion du préjudice global qui aurait pu être évitée ou empêchée par une correcte exécution de l'obligation de minimiser le dommage ».

des intérêts en jeu ; au moins, ce n'est pas le cas dans le contrat d'échange dont les intérêts des parties sont plutôt antagonistes.

471. **v.** Une cinquième différence entre le modèle utilitariste et celui fondé sur l'obligation de bonne foi tient aux conditions de la preuve. Dans la *common law*, il appartient au débiteur, en tant que défendeur de l'action en réparation, de démontrer que le dommage était évitable avec des mesures raisonnables , et par conséquent, que le dommage n'est pas réparable.[806] Au contraire, si l'obligation de modérer le dommage était fondée sur l'obligation de bonne foi, qu'elle corresponde soit à une obligation de moyens, soit à une obligation de résultat, il reviendrait à la victime, en tant que demandeur de l'action en réparation et débiteur de l'obligation de modération, de démontrer l'exécution de l'obligation. En effet, selon le nouvel article 1353 du Code civil français, « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de l'obligation ». C'est, en effet, l'interprétation jurisprudentielle arbitrale internationale.[807] En revanche, si le fondement de l'obligation de modérer le dommage est la faute de la victime, le caractère indirect du dommage ou bien son imprévisibilité, la charge de la preuve devrait tomber sur le débiteur.[808]

472. **vi.** Finalement, lorsque la limite de la réparation du dommage évitable est fondée sur l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat, elle devient une obligation

[806] H.G. BEALE, *op. cit.,* nº27-087 ; M. P. FURMSTON, *Cheschire, Fifoot & Furmston's Law of Contract, op. cit.,* p. 683 ;H. McGREGOR, *op. cit.*, nº 7-019 ; G. H. TREITEL, *The Law of Contract, op. cit.,* p. 1018 ; A. CORBIN, *Contracts, op. cit.* nº 1039 ; D. B. DOBBS, *Law of remedies, op. cit.,* nº12.6(2) ; E. A. FARNSWORTH, *Contracts, op. cit.*, nº 12.12 ; *Restatement (Second) of Contracts* § 350 *comment (c).*
[807] J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 289 et s. « La sentence C.C.I. nº 3344 en 1981 est certainement la plus explicite en ce sens. Pour refuser l'indemnisation du dommage, le tribunal arbitral a énoncé que la demanderesse « n'a apporté aucune preuve du préjudice qu'elle allègue ni a fortiori du fait requis par la jurisprudence arbitrale internationale qu'elle avait pris toutes les mesures pour limiter son préjudice ». La preuve du dommage ne suffit donc pas. Il faut encore que la partie lésée établisse qu'elle a agi pour modérer son préjudice ».
[808] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 506-509. « A supposer que le demandeur ait réussi à faire la preuve de son droit, il appartient au défendeur de prouver le bien-fondé de l'exception qu'il soulève. Il devient demandeur au regard de la preuve : c'est la règle *reus in excipiendo fit actor* […] Il peut alors la contester en prouvant, par exemple, que le dommage, dans son étendue finale, est pour partie imputable à la négligence de la victime et qu'il n'est donc pas rattaché au fait dommageable initial par un lien suffisant de causalité. Plus particulièrement, il peut ainsi tenter de démontrer que la victime, qui avait la possibilité de minimiser son dommage, n'a pas pris les mesures raisonnables à cette fin**.** Et cette défense devrait être d'autant plus efficace que, comme nous l'avons vu, l'analyse du lien de causalité permet sans trop de difficultés de sanctionner le non-respect, par la victime, de son obligation de minimiser le dommage ». En droit belge selon une jurisprudence et une doctrine unanimes, la charge de la preuve repose, en cette matière, sur le tiers responsable ou le débiteur défaillant. V. B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *RGAR,* 1987, nº 11289, p. 6.

à caractère impératif. Il s'en suit que les parties n'ont pas le droit d'écarter son application par des conventions particulières. Au contraire, dans le mécanisme modelé par les systèmes utilitaristes, le contrat, en tant que mécanisme de distribution des risques, peut parfaitement laisser sans effet cette règle, laquelle n'a qu'une valeur supplétive.

473. On peut constater que la recherche du fondement sur la notion ductile de bonne foi n'est pas toujours une solution parfaite, ni un vêtement à la mesure exacte de la transposition du mécanisme dans le droit du Code civil français et dans le droit issu de la réforme. C'est peut-être pour cela que le droit allemand, puis le droit italien, de longue date ont consacré la limite de la réparation du dommage évitable expressément dans la loi. A défaut d'une norme positive dans la loi, le recours à la bonne foi n'est qu'un mécanisme imparfait de transposition de l'obligation de modérer le dommage.

474. **b. Incompatibilités. Appréciation critique.** Il nous semble que la bonne foi ne permette pas de transposer en droit français et en droit vénézuélien le mécanisme issu de la *common law*. En effet, l'obligation de modérer le dommage est un outil de l'efficacité économique du contrat si le créancier est incité à choisir le moyen juridique qui lui permet de satisfaire son intérêt contractuel au moindre coût pour le débiteur et par conséquent pour la société. L'obligation de bonne foi, à notre avis, est un mécanisme imparfait incapable de remplir cette fonction. C'est ainsi, car elle n'est pas capable de renverser la distribution des risques du dommage évitable entre le débiteur et le créancier.

475. En ce qui concerne le partage de responsabilité entre le créancier et le débiteur, il nous semble que celui-ci n'enlève pas l'efficacité du mécanisme. En effet, le seul risque d'être indemnisé partiellement du dommage évitable représente une incitation suffisante pour que le créancier ne reste pas indifférent face à l'aggravation du dommage évitable, et même face à la possibilité de la réduction du dommage déjà produit du fait de l'inexécution. Ensuite, en ce qui concerne le caractère impératif du mécanisme, à la différence du caractère supplétif de la version utilitariste, une telle différence ne fait que renforcer l'efficacité économique du mécanisme fondé sur la bonne foi.

476. Cependant, il nous semble que l'incompatibilité principale entre les deux mécanismes tient principalement à leur nature juridique. On sait que, dans la version

utilitariste, la limite de l'indemnisation du dommage évitable est une règle légale, dont le fondement juridique n'est pas précisé. Elle a la même valeur de principe de droit dans le droit international des contrats. De cette limite ne découle pour le créancier aucune obligation ou incombance de modérer le dommage évitable par des mesures raisonnables. Il s'agit d'une règle d'attribution des risques du dommage évitable. Selon cette règle, les dommages évitables doivent être supportés par le créancier. Si le créancier modère le dommage évitable, il n'y a pas de dommage et, par conséquent, le problème de son indemnisation ne se pose même pas. Si, en revanche, il n'évite pas les dommages évitables par des mesures raisonnables, alors il n'a pas le droit de demander l'indemnisation au débiteur de ce préjudice. En tant que limite légale modelée en vue de l'efficacité économique du contrat par rapport à une économie de marché, rien n'empêche que la limite du dommage réparable embrasse, pas uniquement l'aggravation du dommage initial, mais aussi la réduction du dommage initial, ce qui englobe la perte de l'avantage promis, c'est-à-dire les dommages intrinsèques.

477. Étant donné les caractéristiques du mécanisme modelé dans le système de la *common law*, au moins en ce qui concerne le devoir de modération du dommage intrinsèque, d'un point de vue pratique, il nous semble que le créancier serait tenu de privilégier les intérêts du débiteur et de la société sur ses propres intérêts, ce qui n'est pas un contenu admissible du devoir de loyauté et de coopération[809]. Pourquoi, sauf pour la protection de l'intérêt général, par exemple, dans un contrat de vente ou de service, le créancier est-il tenu de réduire le dommage intrinsèque subi du fait de l'inexécution du contrat, alors qu'il représente précisément la prestation promise par le débiteur ? Cela paraît dépourvu de sens dans un système volontariste du contrat. C'est peut-être pour cela que le projet de réforme de la responsabilité civile, dans son article 1263[810], confine la limite de la réparation uniquement à l'aggravation du préjudice de la victime et exclut la limite en ce qui concerne la réduction du dommage initial.

478. L'incompatibilité tient au fait que l'obligation de bonne foi, en tant que fondement de l'obligation de modérer le dommage, ne doit pas porter atteinte à la substance

[809] P. MALAURY, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.,* nº 459.

[810] Projet de reforme de la responsabilité civile, article 1263 : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »

même des droits et obligations légalement convenus entre les parties. Ceci est en effet le critère de la jurisprudence en France, laquelle a précisé que « si la règle selon laquelle les conventions doivent être exécutées de bonne foi permet au juge de sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, elle ne l'autorise pas à porter atteinte à la substance même des droits et des obligations légalement convenues entre les parties »[811]. La haute juridiction précise que « le créancier, même de mauvaise foi, reste créancier, et le juge ne peut, au seul motif que la créance a été mise en œuvre de mauvaise foi, porter atteinte à l'existence même de celle-ci en dispensant le débiteur de toute obligation »[812]. Dans ce contexte, et c'est ici l'essentiel, la bonne foi, en principe, ne pourrait pas fonder une obligation de modérer ou de réduire le dommage intrinsèque et initial issu de l'inexécution, car, si l'on enlève le devoir d'indemniser la perte de l'avantage promis par le débiteur, la force obligatoire du contrat perdrait une grande part de sa consistance et de sa solidité.[813]

479. Cela dit, il nous semble que cette objection au fondement de bonne foi n'est pas applicable dans tous les cas. En effet, lorsque la prestation promise par le débiteur est de nature fongible, et qu'il existe un marché de substitution, le principe de substitution constitue une mesure raisonnable qui permet d'éviter l'aggravation du dommage et même de modérer le dommage initial subi par le créancier victime de l'inexécution du contrat sans porter atteinte aux droits du créancier. En effet, si le créancier dispose de ce moyen raisonnable d'obtenir la satisfaction de son intérêt contractuel, de manière immédiate mais indirecte, en dehors du contrat, auprès d'un tiers sur le marché, il nous semble que le mécanisme fondé sur la bonne foi ne porte pas atteinte à la substance des droits et des obligations légalement convenues entre les parties. Il est vrai que le créancier sera privé de l'avantage attendu s'il

---

[811] Com. 10 juillet 2007, *D.* 2007, 2839, note Ph. STOFFEL-MUNCK et 2855, note Y. GAUTIER; *JCP* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF; *CCC* 2007, nº 294, note L. LEVENEUR; *Defrénois* 2007, 1454, obs. E. SAVAUX; *RDC* 2007, 1107*,* obs. D. MAZEAUD; *RTD civ.* 2007, 773, obs. B. FAGES; *GAJC*, t. 2, nº 164; Civ. 3º, 9 décembre 2009, *D*. 2010, 476, note J. BILLEMONT.

[812] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations,* 12º éd., Paris, Dalloz, 2018, nº 598. L'auteur cite, P. MALAURY, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.,* nº 764.

[813] Pour une critique de cet arrêt de principe : D. MAZEAUD, « Sécurité juridique *versus* moralité contractuelle : affaire classée ? » in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet,* Paris, Dalloz*,* 2012 ; *GAJC,* t. 2, 12º éd., Dalloz, 2008, par F. TERRE et Y. LEQUETTE, nº 164 ; *CCC* 2007. Comm. Nº 294, obs. L. LEVENEUR ; *D.* 2007. Jur. 2839, note Ph. STOFFEL-MUNK ; *ibidem,* Jur. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *ibidem*, Pan. 2972, obs. B. FAUVARQUE-COSSON ; *Defrénois* 2007. 1454, obs. E. SAVAUX ; *Dr. et patr.* 2007. 94, obs. Ph. STOFFEL-MUNK ; *JCP* 2007. II. 10154, note D. HOUTCIEFF ; *RDC* 2007. 1107, obs. L. AYNES ; *ibidem,* 1110, obs. D. MAZEAUD ; *RLDC* 2008, nº 46, p. 6, note Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 2007. 773, obs. B. FAGES ; *RTD com.* 2007. 786, obs. P. LE CANNU et B. DONDERO.

ne prend pas cette mesure de substitution, mais cela serait justifié dans l'intérêt de la société. Cela représente sans doute un changement radical de la conception volontariste du contrat du droit français et du droit vénézuélien, cette fois-ci fondé sur les besoins de l'efficacité économique du contrat. Changement rejeté en tout cas par une partie de la doctrine française la plus récente.[814]

480. Il nous semble alors que, bien que le fondement de la bonne foi soit un fondement imparfait de la transposition du modèle utilitariste, il reste, en dépit des imperfections, un fondement capable de transposer une version souple ou atténuée de l'obligation de modérer le dommage modelée dans la *common law* ; plus souple, car, en principe, elle ne concerne que le devoir d'éviter l'aggravation du dommage initial et non pas sa modération ou sa réduction. Ensuite, car elle implique, en principe, un partage du risque du dommage évitable et non une attribution totale du risque du dommage évitable au débiteur. En outre, elle devient un devoir impératif du créancier et non à caractère supplétif. Finalement, elle correspond à une incombance du débiteur, en ce qui concerne l'indemnisation des dépenses raisonnables employées dans la modération du dommage. Cependant, en ce qui concerne la réparation du dommage évitable, sa nature juridique dépendra de l'intensité accordée à ce devoir d'éviter le dommage fondé sur le principe de la bonne foi dans l'exécution des contrats : une incombance de modérer le dommage s'ils agit d'une obligation de moyens, ou bien d'une vraie obligation de modérer le dommage s'il s'agit d'une obligation de résultat. Un tel mécanisme, fondé sur le droit commun, n'est pas incompatible avec la principe de réparation intégrale du dommage.

481. Il nous semble qu'une telle version de l'obligation de modérer le dommage ne serait pas capable de remplir la fonction assignée au mécanisme dans les systèmes utilitaristes. Sans doute, une consécration législative de la limite du dommage évitable est la solution la plus adéquate si l'on veut transposer ce mécanisme dans le système du Code civil français et dans le droit vénézuélien avec tous ses effets. Il faut pourtant noter que la transposition du mécanisme avec tous ses effets n'est pas possible si l'on ne tient pas compte de toutes les incompatibilités entre le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et le système de la *common law.* Ce qui nous amène à analyser la date de calcul

[814] M.-S. BONDON, *Le principe de la réparation intégrale du préjudice, contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile,* Aix-en-Provence, PUAM, 2020, p. 405 et s.

du dommage, laquelle diffère dans les deux systèmes, et, par conséquent, devient une source majeure d'incompatibilités à l'heure de transposer l'obligation de modérer le dommage en droit français et en droit vénézuélien.

§ 3 DATE DU CALCUL DU DOMMAGE. COMPATIBILITÉ ?

482. Comme nous l'avons indiqué dans l'introduction de ce chapitre, même si l'obligation de modérer le dommage était transposée, soit par voie d'interprétation, soit par voie législative, la date de calcul des dommages continuerait de susciter des incompatibilités significatives avec le principe de la réparation intégrale du dommage.

483. En effet, la date d'évaluation du dommage dans le système de la *common law* et du droit international des contrats est placée, en principe, au moment de l'inexécution du contrat, alors que dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, la date d'évaluation du dommage, en principe, est placée à la date du jugement.[815] Les implications des différences entre les deux systèmes, sur ce point, sont considérables : dans le premier système, les risques de fluctuation de la valeur de la prestation sur le marché et de l'évolution du préjudice, entre la date de l'inexécution et le jugement, sont à la charge du créancier victime de l'inexécution ; alors que, dans le deuxième système, ces risques sont à la charge du débiteur défaillant.

484. Cela est en cohérence avec la reconnaissance, dans le premier système, de l'obligation de modérer le dommage et avec la non-reconnaissance, dans le système du Code civil français, de cette obligation.[816] En effet, c'est précisément l'obligation de modérer le dommage qui détermine la date d'évaluation du dommage. Il s'agit ici de vérifier si le calcul du dommage à la date du jugement est une règle immuable dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et dans le droit issu de la réforme, laquelle ne devrait pas changer avec l'admission de l'obligation de modérer le dommage, ou, au contraire, s'il

[815] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel, op. cit.,* p. 530. V. Req. 24 mars 1942, *DA,* 1942, p.118; iGaz. Pal., 1942, 1, p. 224 ; *RTD Civ.,* 1942, p.289, obs. H et L Mazeaud. Pour une présentation générale sur ce point : BONDON M.-S., *Le principe de la réparation intégrale du préjudice, contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile, op. cit.,* p. 201 et s. ; A. GUÉGAN, « Moment de l'évaluation judiciaire et variations du dommage. Rapport Français », in *Le dommage et sa réparation en droit de la responsabilité civile contractuelle. Études de droit comparé,* Bruylant, 2015, p. 311.
[816] V. *supra* nº 393 et s.

s'agit d'une règle flexible qui admettrait que l'estimation du dommage se fasse au jour de l'inexécution ou bien à la date à partir de laquelle le créancier est dans la possibilité de modérer le dommage.

485. Selon les professeurs F. Terre, P. Simler, Y. Lequette, F. Chénedé[817], l'évaluation du dommage au jour du jugement est une solution qui doit être pleinement approuvée. « Il ne faut pas confondre le dommage subi et sa valeur. C'est le dommage subi au jour de l'inexécution qui est pris en considération, mais la valeur de ce dommage peut s'être modifiée postérieurement. Et si l'on veut par exemple permettre au créancier de se procurer une chose en remplacement de celle qui devait lui être remise, il faut bien se référer au jour du jugement, car c'est ce jour-là que le créancier pourrait être fixé sur ses droits. »[818] Cette façon de procéder n'est qu'une application du principe de la réparation intégrale du dommage[819]. L'évaluation du dommage à une date antérieure à celle du jugement définitif est contraire à ce principe.[820]

486. Cela dit, et c'est ici l'essentiel à notre avis, il est affirmé que cette règle n'a qu'une portée relative. Elle est écartée à chaque fois que le créancier remplace la prestation défectueuse de sa propre initiative et substitue de ce fait à la créance de réparation une créance de somme d'argent équivalente au prix du remplacement. La règle est aussi écartée lorsque le créancier commet un abus de son droit à la réparation en retardant la demande de réparation.[821] Selon le professeur Laithier, « la minimisation du dommage et l'évaluation au jour du jugement ne sont pas incompatibles, à condition toutefois de faire la distinction entre

---

[817] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations,* 12º éd., *op. cit.,* nº 866. L'auteur cite : Civ. 1º, 16 février 1948 : *S* 1949, 1, 69, note R. JAMBU-MERLIN ; Soc. 19 novembre 1953, *D.* 1954, 361, note R. SAVATIER ; Com., 1954, *D.* 1954, 534*,* note R. RODIERE*, JCP* 1954, II, 8062 ; Com., 2º novembre 1993, *D.* 1994, somm. 212, obs. Ph. DELEBECQUE ; Civ. 3º, 16 juin 1993, 2 arrêts, *Bull civ*., I, II, nº 85 et 86, *RDI* 1994, 503, obs. P. MALINVAUD et B. BOUBLI, *RTD civ.* 1994, 118, obs. P. JOURDAIN. Voir aussi : P. JOURDAIN, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995, 51 s.

[818] *Ibidem.*

[819] A. BENABENT, *Les obligations, op. cit.,* nº 698; Ch. LARROUMET, *Le contrat, op. cit.,* nº 685; H.L.J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations, op. cit.,* nº 264; G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* nº 67; Y. CHARTIER, « La date d'évaluation du préjudice », in *Le préjudice : questions choisies, Resp. civ. assur.,* nº spécial mai 1998, p. 24; F. DERRIDA, « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation »*, JCP* 1951, I, 918.

[820] Ch. LARROUMET, *Le contrat, op. cit.,* nº 685.

[821] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations,* 12º éd., *op. cit.*, 2018, nº 866.

l'évaluation des éléments constitutifs du dommage et l'expression monétaire du dommage ».[822]

487. Dans la *common law*, lorsqu'il est possible d'éviter ou de modérer le dommage, la date du calcul des éléments constitutifs du dommage et de son expression monétaire doit être celle de la date d'inexécution, ou celle à partir de laquelle le créancier est dans la possibilité de modérer le dommage. En effet, la limite de la réparation du dommage évitable n'est qu'une règle de distribution des risques du dommage évitable. Selon le système du Code civil français, dans lequel cette limite n'est pas admissible, le risque de production du dommage évitable est placé sur le débiteur défaillant. Au contraire, dans le système de la *common law*, dans lequel la limite à valeur de règle de principe, le risque de la production du dommage évitable est placé sur le créancier à chaque fois que ce dernier est dans la possibilité d'éviter le dommage.

488. L'obligation de modérer le dommage, en tant que mécanisme d'efficacité économique du contrat, place les risques du dommage évitable sur le créancier afin de l'inciter à prendre des mesures raisonnables de modération. C'est-à-dire, des mesures qui lui permettent de parvenir à la satisfaction de son intérêt contractuel de manière immédiate et d'éviter ainsi les préjudices associés au retard dans la satisfaction de son intérêt par le juge. Le mécanisme décourage l'indifférence du créancier face à la production du dommage évitable, même s'il est issu de l'inexécution du contrat par le débiteur.

489. Ainsi, il nous semble que si l'obligation de modérer le dommage était admise dans le système du Code civil français et dans le droit vénézuélien, les règles d'évaluation de la modération faite à l'initiative du créancier devraient être appliquées. Dans ce cas, chaque fois que le dommage est évitable avec de mesures raisonnables, il faudrait substituer à la créance de réparation une créance de somme d'argent équivalente à valeur de la mesure raisonnable de remplacement ou modération calculée à la date d'inexécution, ou celle à partir

[822] Y.-M., LAITHIER, *op. cit.,* nº 373 et s. C'est ainsi, même si l'on admet l'obligation de modérer le dommage, lorsque le créancier n'est pas dans la possibilité de modérer le dommage. C'est le cas de l'inexécution des prestations non fongibles. C'est le cas aussi lorsque le créancier est dispensé de modérer les dommages, soit parce qu'il n'a pas de marché de substitution, soit parce qu'il ne connaît pas l'inexécution de la prestation. Dans ces cas, si l'on suit le système de la *common law*, l'évaluation des éléments constitutifs du dommage se fait à la date du jugement.

de laquelle le créancier est dans la possibilité de modérer le dommage. Cela reviendrait à faire l'évaluation des éléments constitutif du dommage à la date raisonnable de modération et à placer l'expression monétaire du dommage à la date du jugement. En effet, on ne peut pas admettre une obligation de modérer le dommage contractuel et en même temps calculer la valeur des éléments constitutifs du dommage de l'inexécution à la date du jugement, sauf, évidement, lorsque la modération du dommage n'est pas possible. Ce sont des solutions contradictoires. En revanche, rien n'empêche de calculer l'expression monétaire de l'indemnisation au jour du jugement.

490. Cette configuration, qui n'est pas celle de l'obligation de modérer le dommage du droit des contrats de la *common law* ni du droit international des contrats, n'est pas une solution dépourvue d'intérêt dans un pays comme le Venezuela où il y a une économie inflationniste depuis les années 1980. Reconnaître au créancier le droit de récupérer la perte de l'avantage et les autres pertes comme s'il avait modéré le dommage à une date raisonnable de l'inexécution, évalué, dans son expression monétaire, au jour du jugement, conforte les finalités que postule la justice contractuelle. Il nous semble que si la date d'évaluation du préjudice adoptée dans le modèle du Code civil français reflète cette logique, le mécanisme de modération n'est pas incompatible ni avec les finalités d'efficacité économique recherchée ni avec la règle de calcule, du préjudice juridiquement indemnisable au jour du jugement. Il en est ainsi, car, si la valeur des éléments constitutifs du dommage est estimée à la date de l'inexécution, c'est tout simplement l'inclusion dans la formule du calcul de l'intérêt positif des effets de l'obligation de modérer le dommage. De ce fait, la créance de réparation se substitue à une créance de somme d'argent. La seule différence avec le système utilitariste étant que l'expression monétaire de cette valeur pécuniaire est estimée à la date du jugement. Au contraire, une formule où chaque élément constitutif du préjudice à l'intérêt positif est apprécié à la date du jugement, par exemple la valeur de la prestation, le coût de substitution ou de modération, est en soit la négation de l'obligation de modérer le dommage.[823]

[823] Il s'agit dans le système du français tout simplement de calculer le dommage comme si le créancier avait modéré le dommage évitable spontanément à la date l'inexécution ou à la date raisonnable la plus proche. V. Contre : P. MATER et al., « Le temps dans la réparation du préjudice », in *Les limites dans la réparation du préjudice,* Paris, Dalloz - thèmes et commentaires, 2009, p. 169 : « S'il est certain que le principe de minimisation connu en *Common Law* ne peut pas être importé en son intégralité en droit français sans réelle difficulté juridique tant il repose sur des postulats différents, l'obligation s'intègre sans réelle difficulté juridique dans notre droit. Le juge français en se plaçant au jour du jugement pour évaluer le préjudice peut faire jouer le mécanise de réduction en prenant en considération l'effet exonératoire de la faute de la victime

491. Le principe de la réparation intégrale du dommage peut poser des incompatibilités avec l'obligation de modérer le dommage, associé principalement à son fondement légal et à la date de calcul du dommage. Elle doit aussi faire face à d'autres obstacles posés par le principe de la force obligatoire du contrat, principe cardinal de la conception volontariste du contrat. En effet, en ce qui concerne les incompatibilités des conditions de l'obligation de modérer le dommage analysées dans ce titre, c'est le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature, principe dégagé directement du principe directeur de la force obligatoire du contrat, qui pose les problèmes d'incompatibilité les plus importants par rapport à l´efficacité économique du contrat.

ayant contribué à l'aggravation de son dommage. » Le critère est contestable, car évaluer le préjudice au jour du jugement pour ensuite faire valoir l'effet exonératoire de la faute de la victime revient à calculer le dommage au jour de l'inexécution lorsque le préjudice est évitable avec de mesures raisonnables. En outre, l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat implique d'éviter l'aggravation du dommage, mais aussi modérer le dommage intrinsèque issu de l'inexécution.

CHAPITRE 2
INCOMPATIBILITÉS AVEC LE PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

492. Dans le système de la *common law*, la hiérarchie des sanctions de l'inexécution du contrat place l'indemnisation des dommages comme la sanction de principe et l'exécution en nature comme une sanction à caractère exceptionnel.[824] Cela permet à l'obligation de modérer le dommage de jouer un rôle principal dans les sanctions de l'inexécution du contrat en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. En revanche, selon l'interprétation classique du système du Code civil français de 1804, suivi par le droit vénézuélien, l'exécution forcée en nature est présentée comme la sanction de principe[825]. Comme l'obligation de modérer le dommage produit ses effets uniquement sur l'indemnisation des dommages, elle n'a vocation à être appliqué que de manière exceptionnelle et, par conséquent, elle est réduite à jouer un rôle secondaire dans les sanctions de l'inexécution du contrat.

493. De cette constatation, la doctrine déduit le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature.[826] Comme il a été affirmé par le professeur Denis Mazeaud,

---

[824] V. *supra* nº 62 et s.

[825] Y.-M., LAITHIER, D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? » *RDC* 2012, nº 2, p. 681 : « Dans le modèle contractuel français, et c'est bien cela que traduit le principe de l'exécution forcée en nature, la parole contractuellement donnée a une valeur qui n'a pas de prix, elle ne peut donc pas être « rachetée » moyennant des dommages-intérêts. La parole contractuelle oblige celui qui l'a donnée à exécuter la prestation qu'il a librement et lucidement promise, soit spontanément, soit « forcément » sous la contrainte. Aussi le contrat sera-t-il exécuté exactement dans la perspective dans laquelle il avait été conclu et conçu par les contractants, lesquels en retireront donc l'intérêt escompté. Finalement, le principe de l'exécution forcée en nature permet que soient scrupuleusement respectés l'objet et la cause des engagements contractuels [...]. En somme, notre principe constitue la garantie que le contrat répondra aux attentes légitimes des contractants, à savoir l'exécution de la prestation promise par leur cocontractant. Il permet tout simplement que le contrat produise l'effet attendu, procure aux contractants l'utilité recherchée quand il a été conclu et comme il avait été conçu […]. On peut donc soutenir qu'en droit positif […] le principe est celui de l'exécution forcée en nature et pas celui de l'exécution forcée par équivalent ».

[826] Y.-M. LAITHIER, « Annexe, Colloque Exécution du contrat en nature ou par équivalent », *op. cit., loc. cit.* ; Y.-M. LAITHIER, D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? » *RDC* 2012, nº 2, p. 681 ; P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse, Paris I, 2000, nº 542 et s., p. 693 et s. ; V. LONIS-APOKOURASTOS, *La primauté contemporaine du droit à l'exécution en nature,* préface J. MESTRE, Aix, PUAM, 2003; E. DEBILY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires,* thèse, Poitiers, 2002. Pour un résumé actualisé de la position de la doctrine au Venezuela voir : M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones, op. cit.,* p. 154 : « El cumplimiento en especie tiene prioridad sobre el cumplimiento por equivalente […]. Se alude al principio de la prioridad de la ejecución en especie porque es la forma normal del cumplimiento de las obligaciones, las cuales deben cumplirse como han sido contraídas. No existe norma expresa que consagre dicho principio pero se deduce del artículo 1264 CC : « Las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas. El deudor es responsable de

l'exécution forcée en nature est une « pièce maîtresse du modèle contractuel français, prolongement naturel du principe moral du respect de la parole donnée. Principe fondamental, principe rayonnant, principe directeur de notre droit des contrats, principe dont les mérites sont si grands qu'une des toutes meilleures spécialistes du droit français et comparé des contrats écrivait -M. Fabre-Magnan- […], alors qu'elle évoquait la question de l'harmonisation européenne du droit des contrats : « Si l'influence française a encore une chance de se faire sentir, c'est bien à travers ces principes directeurs. [...] Cantonner l'Europe à un idéal de bon fonctionnement de l'économie de marché ne peut que nourrir l'euroscepticisme [...]. Il faut lui rendre un nouveau souffle. La France a là une carte à jouer en Europe, pour faire entendre une autre voix et insuffler d'autres valeurs dans le monde d'aujourd'hui. À cet égard, la déclaration des valeurs fondamentales que sont la liberté, la bonne foi et le respect de la parole donnée, est un signe particulièrement fort ».[827]

494. Cette présentation met en évidence les incompatibilités entre le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature et l'obligation de modérer le dommage. Cependant, ainsi qu'on va le voir, compte tenu du postulat théorique de la conception volontariste classique du contrat suivi en droit vénézuélien, la portée de ce principe en France est significativement différente à celle du droit vénézuélien. Afin de préciser la portée du principe de la priorité de l'exécution en nature en droit Français et en droit vénézuélien, et les incompatibilités avec les conditions de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes (Section II), il convient d'abord de faire une approche historique de ce principe (Section I).

daños y perjuicios en caso de contravención ». Ello se complementa con los artículos 1290 y 1291 del CC que consagran la identidad y la integridad del pago, respectivamente. »

[827] Y.-M. LAITHIER, D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », *art. cit., loc. cit.*

SECTION I

LE PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE

Approche historique

495. Selon le droit romain classique, le contrat imposait au débiteur défaillant l'indemnisation des dommages sous l'adage *omnis condemnation pecunia*[828]. Une évolution s'est produite à la période du Bas-Empire en faveur de la condamnation en nature[829]. Il appartenait au juge de décider de l'opportunité de la sanction à prendre dans certains contrats dans lesquels l'exécution forcée en nature était possible. Les facteurs économiques de l'époque ont exercé une influence importante sur cette évolution. En effet, la stabilité économique pendant la période classique permettait au créancier d'acheter, avec la sanction pécuniaire, la même chose que celle qui avait été promise par le débiteur défaillant. En revanche, dans la période postérieure, la pénurie et l'instabilité économique causées par les guerres successives ont rendu nécessaire une sanction plus adéquate. Ainsi, à l'époque de Justinien, le débiteur a bénéficié d'un traitement plus favorable et une préférence a été marquée en faveur de l'exécution forcée en nature.[830]

496. Les glossateurs se sont divisés entre ceux qui ont opté pour maintenir les solutions du droit romain classique et ceux qui ont fait valoir le respect de la dignité de la personne, de la liberté individuelle, et, surtout, du respect de la parole donnée[831]. Bartole, ayant recours à la distinction romaine entre obligations de donner et obligations de faire, a proposé de différencier les obligations de donner, lesquelles normalement ne présentaient pas des obstacles pour demander l'exécution en nature, aux obligations de faire, dont le créancier ne pouvait demander que des dommages et intérêts.[832]Favre, à qui on attribue la maxime *Nemo proecise cogi potest ad factum*[833], et selon laquelle nul ne peut être contraint

---

[828] J. GAUDEMET, *Droit privé romain,* 2º éd., Paris, Montchrestien, 2000, p. 293; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain,* Paris, Dalloz, 1929, p. 68; R. ZIMMERMANN, *The Laws of Obligations. Roman foundation of the civilian tradition,* Oxford, OUP, 1996, P. 771.
[829] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 40.
[830] R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, op. cit.* p. 83 ; Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 41.
[831] P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 et 1144 du Code Civil,* Liège, Kluwer,1993, nº 28 ; R. ZIMMERMANN, *op. cit.,* p. 774.
[832] E. MASSIN, *De l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire,* Paris, Durand et Pédone, 1893, p. 248.
[833] H. ROLAND, L. BOYER, *Adages du droit français,* 4º éd., Paris, Litec, 1999, p. 510.

à faire quelque chose, a contesté la formulation de Bartolo en affirmant que, selon cette maxime, nul ne peut être contraint d'exécuter les obligations de donner ni les obligations de faire. L'inexécution du contrat donne droit au créancier de demander uniquement des dommages et intérêts, privilégiant ainsi la conception classique du droit romain. Vinnius semble réinterpréter la formulation de Bartolo, afin de limiter l'exécution en nature uniquement en ce qui concerne les obligations de faire qui n'ont pas de rapports avec les choses, c'est-à-dire aux obligations purement de fait ou de *mero factum.*[834]

497. Dans l'ancien droit français, Domat paraît soutenir cette position, car, bien que les contrats devaient être exécutés tels qu'ils étaient accordés par les parties, le débiteur, lorsqu'il manque à son engagement, soit parce qu'il est en retard, soit qu'il ne le veuille ou ne le puisse « sera tenu des dommages intérêts de l'autre, selon la nature de la convention, la qualité de l'inexécution ou du retard et circonstances ».[835] Enfin, Pothier, bien qu'on puisse trouver des passages plus nuancés, affirme dans son traité de droit des obligations que « lorsque quelqu'un s'oblige à faire quelque chose, cette obligation ne donne pas au créancier le droit de contraindre le débiteur précisément à faire ce qu'il s'est obligé de faire, mais seulement celui de le faire condamner en ses dommages intérêts, faute d'avoir satisfait à son obligation »[836]. Cependant, dans un autre traité spécialisé, il affirme que : « enfin quant à ce qu'on dit que *nemo potest cogi ad factum* et que les obligations qui consistent à faire quelque chose se résolvent *in id quid interest actori* ; je réponds que cette maxime n'a d'application que lorsque le fait renfermé dans l'obligation, est un pur fait de la personne du débiteur, -ou- *merum factum*. »[837].

498. Malgré les hésitations, le Code civil français de 1804 a préféré la notion plus adaptée au principe moral du respect de la parole donnée.[838] Cependant, ce principe moral a

---

[834] R. ZIMMERMANN, *op. cit.,* p. 775.

[835] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel,* Partie I, Livre I, Titre I, Section IIII, nº IV, Paris, Durand, 1777, p. 19.

[836] R.-J. POTHIER, *Traité des contrat selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* Paris, Orléans, Debure, Rouzeau Montaut, 1764, nº 146, p. 164.

[837] R.-J. POTHIER, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* Paris, Orléans, Debure, Rouzeau Montaut, 1781, nº 68, p. 66.

[838] Y.-M. LAITHIER, « Annexe, Colloque Exécution du contrat », *art. préc.,* L'auteur cite : G. ROUHETTE, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris, 1965, nº 12, p. 121 et 122. Selon le professeur Laithier : « La reconnaissance par les auteurs français de la primauté de l'exécution forcée en nature est un phénomène relativement récent. Elle est l'aboutissement d'un lent travail de reconstruction, entrepris pour atteindre un idéal que l'article 1142 du Code civil a soudainement paru compromettre. »Toujours selon le professeur Laithier, « la raison théorique est, semble-t-il, l'adhésion à une certaine conception du contrat et de l'obligation contractuelle, comprise comme une promesse. La primauté de l'exécution forcée en nature va en

été nuancé par l'ancien article 1142, selon lequel « *Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution la part du débiteur ».*[839]

499. Alors, selon la doctrine dominante en France, l'ancien article 1142 du Code civil de 1804, qui prévoit que *« toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur »*, n'est pas en contradiction avec le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature. L'article 1142 comporterait une règle d'exception, laquelle doit s'appliquer uniquement lorsqu'il s'agit des obligations conclues *intuitu personae*,[840] ou qui mettent en jeu une liberté essentielle,[841] c'est-à-dire lorsque l'exécution forcée en nature viole « *les droits intangibles de toute personne à son intégrité physique ou à sa liberté »*[842]. Si l'ancien article 1142 du Code civil avait été interprété au sens littéral des termes, l'inexécution de toutes les obligations de faire serait sanctionnée par l'indemnisation par des dommages et intérêts. Dès lors, l'exécution forcée en nature serait interdite à une partie significative de l'activité économique, consacrant ainsi une interprétation tout à fait contraire à la conception volontariste du contrat.

500. Afin de concilier l'ancien article 1142 avec la conception volontariste du contrat, selon une thèse belge[843], laquelle a repris une idée déjà avancée en France en 1884[844], et laquelle a eu une résonance dans la doctrine française, il a été affirmé que l'apparente contrariété entre les anciens articles 1142 et 1134 repose sur la distinction entre l'objet de la

---

effet de pair avec le volontarisme contractuel. Cette sanction est ardemment défendue parce qu'elle incarne le mieux la volonté des parties. Elle en est le prolongement direct au stade des effets du contrat. L'ériger en principe, c'est rappeler aux parties l'intangibilité juridique de leur évolution. En somme, l'exécution forcée en nature est la manifestation contentieuse du respect de la parole donnée. Ceux qui craignent de paraître un peu dépassés en invoquant l'autonomie de la volonté se contenteront d'une référence à l'article 1134, alinéa 1er du Code civil, en précisant qu'il est de l'« essence » de l'obligation d'être exécutée en nature. À cela s'ajoutent deux raisons pratiques. Premièrement, le rattachement de l'exécution forcée en nature à la force obligatoire ainsi conçue est un moyen (ou une tentative) de brider le pouvoir d'appréciation du juge. Celui-ci doit favoriser le respect des engagements pris ; ordonner une autre sanction trahirait la volonté des parties. Le propos, cela va sans dire, est de se replacer dans le contexte d'une traditionnelle méfiance des civilistes envers l'interventionnisme judiciaire. Deuxièmement, la primauté reconnue à l'exécution forcée en nature aurait un effet « prophylactique ». Elle encouragerait les comportements vertueux. La crainte de la sanction est supposée dissuader le débiteur de violer ses obligations. Le juriste se veut ici le lointain héritier d'une doctrine idéalisant le contrat, dans laquelle « la foi jurée, non respectée spontanément, sera judiciairement sauvée ; la parole doit être tenue, à tout prix, quoiqu'il en coûte, car il n'y a pas pour l'État, de lien plus fort que la bonne foi, et elle est réduite à néant si l'on n'est pas forcé de s'acquitter des dettes qu'on a contractées »

[839] Cela dit, le Code civil vénézuélien ne reprend pas cette formule de forme exacte. En effet, l'article 1264 du Code civil vénézuélien prévoit que : « *les obligations doivent être exécutées exactement comme elle ont été accordées. Le débiteur est responsable de dommages intérêts en cas de contravention. »*

[840] L. J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Obligations, op. cit.,* nº 935.

[841] P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique, op. cit.,* nº 144.

[842] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.,* nº 1113.

[843] P. WERY, *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires (essai). Une relecture des articles 1142 et 1144 du Code Civil, op. cit.*

[844] E. MEYNIAL, « De la sanction civile des obligation de faire et de ne pas faire », *Rev. prat*. 1884, 385.

condamnation et ses voies d'exécution. Selon cet aperçu, en réalité l'ancien article 1142 ne s'applique pas à l'inexécution volontaire, mais à l'impossibilité d'exécution de la décision du juge qui ordonne l'exécution forcée en nature. Seulement, lorsque le juge est en face d'une impossibilité juridique ou matérielle de réaliser l'exécution forcée en nature de l'obligation de faire ou de ne pas faire, il doit accorder l'indemnisation par des dommages et intérêts. Il ne s'agit pas de l'impossibilité de l'exécution de l'obligation contractuelle, mais de l'exécution forcée du jugement. Dès lors, le créancier a toujours le droit de demander l'exécution forcée en nature sur le fondement de l'article 1134 du Code civil de 1804. Cependant, selon ce que prévoit l'ancien article 1142, seulement lorsque le jugement qui l'accorde est d'impossible exécution, et que le débiteur ne l'exécute pas volontairement, le créancier doit se conformer avec les dommages et intérêts.[845] C'est cette dernière thèse qui est la plus proche de la position de la doctrine et de la jurisprudence à l'heure actuelle au Venezuela.[846]

501. Bien que cela soit l'interprétation du principe de la priorité de l'exécution forcée en nature pour la majorité de la doctrine française du XX^{e} siècle et au Venezuela à l'heure actuelle, il faut analyser la portée du principe afin de préciser les incompatibilités à l'égard de l'obligation de modérer le dommage.

[845] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 53.
[846] J. MELICH, *Doctrina general del contrato, op. cit.,* p. 451 ; E. MADURO LUYANDO, *op. cit*., p. 93, R. BERNAD MAINAR, *op. cit.,* p. 164 ; O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.,* 277 ; M. C. DOMIGUEZ, *op. cit.,* p. 154.

SECTION II
LA PORTÉE DU PRINCIPE ET LES INCOMPATIBILITES AVEC L'OBLIGATION DE MODERER LE DOMMAGE

502. Le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature produit ses effets à l'égard du créancier, du juge et du débiteur. En ce qui concerne le créancier, il s'agit de savoir si le créancier a le droit de choisir librement parmi les sanctions prévues dans la loi, ou si, au contraire, son droit est limité à demander l'exécution forcée en nature, à chaque fois qu'elle est possible. En ce qui concerne le juge, il s'agit de savoir si le juge a la faculté de refuser l'exécution en nature lorsqu'il considère que les autres sanctions de l'inexécution du contrat se révèlent plus adéquates à satisfaire l'intérêt du créancier en considération des impératifs de justice et d'utilité du contrat. Enfin, en ce qui concerne le débiteur, il s'agit de savoir si le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature lui permet de se libérer de l'obligation inexécutée une fois que le créancier a choisi le moyen légal de protection de ses intérêts, et même après que le jugement ait été prononcé.

503. Les réponses à ces questions sont essentielles pour notre sujet, car elles déterminent la compatibilité des effets de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité du contrat, avec le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et avec le droit de la réforme. On verra ainsi la portée du principe de la primauté de la réparation en nature vis-à-vis du créancier (§1), du juge (§ 2) et du débiteur (§ 3), et sa compatibilité avec l'obligation de modérer le dommage.

§ 1. LA PORTÉE DU PRINCIPE POUR LE CRÉANCIER

504. **1. La hiérarchie de l'exécution forcée en nature.** Selon le droit français antérieur à la reforme, on peut constater que la rigidité du principe de la primauté et la hiérarchie de l'exécution en nature ont été nuancés. Alors que, selon la conception volontariste classique du contrat, ce droit est aussi un devoir[847], la doctrine la plus répandue

[847] F. LAURENT, *Principes du droit civil français,* t. 15, *op. cit.,* nº 424, p. 477 ; C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats, op. cit.,* nº 490, p. 489 ; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, op. cit.,* n. 781, p. 78.

avant la réforme admet, sans majeure justification, que le créancier peut demander l'indemnisation des dommages en cas d'inexécution de l'obligation, alors même que l'exécution forcée en nature est possible.[848] Selon le droit issu de la réforme le créancier est libre de choisir la sanction qu'il considère la plus adaptée à ses intérêts. En effet, selon l'article 1217, *« la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut : refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; solliciter une réduction du prix; provoquer la résolution du contrat; demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter. »*

505. Il est vrai que chaque sanction a des conditions d'admissibilité. Cependant, le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature n'est pas une limite pour le créancier. C'est clairement une exception à la conception volontariste classique du contrat. La violation du droit subjectif du créancier par le débiteur produit des effets en ce qui concerne la sanction de la violation de l'obligation contractuelle préexistante. La sanction de l'inexécution du contrat est différenciée du contenu obligatoire de la prestation. Le droit français antérieur et postérieur à la reforme assouplit la rigidité de la conception volontariste et morale du contrat en protection de l'intérêt du créancier, et lui reconnaît le droit de choisir librement parmi les sanctions de l'inexécution du contrat. Cependant, ce pas n'a pas été franchi ni par la doctrine et ni par la jurisprudence vénézuélienne qui suit l'interprétation volontariste du Code civil de 1804.

506. **2. La spécificité du droit vénézuélien.** La conception classique de la hiérarchie de l'exécution forcée en nature est la position majoritaire de la doctrine et de la jurisprudence au Venezuela à l'heure actuelle.[849] Mais il ne faut pas s'étonner de la position majoritaire de la doctrine vénézuélienne, car, comme l'affirme le professeur Laithier[850], « le XX^{e} siècle aurait été dans la théorie générale française du contrat celui de l'exécution forcée

[848] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op. cit.,* n° 21-1 ; P. WERY, *op. cit.,* n. 179, p. 246.
[849] J. MELICH, *Doctrina general del contrato, op. cit.,* p. 451 ; E. MADURO LUYANDO, *op. cit*., p. 93, R. BERNAD MAINAR, *op. cit.,* p. 164 ; O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.,* 277 ; M. C. DOMIGUEZ, *op. cit.,* p. 154. Au sens contraire, J. ANNICCHIARICO, « Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual », *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Melich Orsini*, Caracas Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, p. 246.
[850] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 47.

en nature. La doctrine dans son ensemble reconnaît et approuve la primauté de cette sanction perçue comme le prolongement nécessaire de la force obligatoire du contrat. On invoque l'existence d'un droit à l'exécution en nature avant d'affirmer qu'en cas d'inexécution, l'action ne saurait en principe avoir un autre objet que ce droit. Référence est alors faite à l'article 1134 alinéa 1er du Code civil, référence jugée satisfaisante et suffisante. »[851]

507. Cela dit, il nous semble que cette conception devrait être assouplie. Selon, nous, cette construction rigide, adoptée par doctrine et la jurisprudence vénézuélienne de la hiérarchie des sanctions fondée sur la conception volontariste du contrat, ne trouve pas une reconnaissance dans le droit positif vénézuélien. En effet, l'exécution forcée par équivalent, la résolution du contrat et les autres sanctions à l'inexécution du contrat n'ont pas un caractère subsidiaire par rapport à l'impossibilité ou à l'inutilité de l'exécution forcée en nature. Elles ne sont pas soumises au caractère définitif de l'inexécution de la prestation. Cela peut être constaté, selon nous, par l'analyse des articles 1264, 1271, 1167 et 1168 du Code civil vénézuélien, règles qui déterminent le régime des sanctions de l'inexécution du contrat.[852]

---

[851] *Ibidem. V aussi* : G. BAUDRY-LACANTINERY, L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil, op. cit.,* nº 431, p. 469; A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7º éd., Paris, Dalloz, 1932, nº 67, p. 65; L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. II, *Théorie générale des obligations*, 3º éd., Paris, Sirey, 1939, n° 590, p. 370; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, *op. cit*., nº 776, p. 74 ; M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 2º éd., Paris, Cotillon, 1902, n° 173, p. 58. Parmi les auteurs contemporains : J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR, *Le rapport d'obligation*, *op. cit*., n° 160 et 163 in fine; A. SÉRIAUX, *Droit des obligations*, Paris, PUF, 1998, n° 62 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Contrat*, *op. cit.,* nº 1631; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, nº 1110 et 1113; G. VINEY, P JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.,* nº 19, p. 43; Ph. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.,* nº 2426 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, Les obligations*,* Paris, Defrénois, 2003, nº 1130 ; L. J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *Obligations, théorie générale*, t. II, lº volume, 9º éd., Paris, Montchrestien, 1998, nº 935; seule voie clairement dissonante, J. CARBONNIER, *Les obligations, op. cit.,* nº 375*,* entre autres.

[852] En effet, selon l'article 1264, *"les obligations doivent être exécutées exactement comme elles ont été contractées. Le débiteur est responsable des dommages en cas de violation"*. Cette norme ne conditionne pas la demande de dommages et intérêts à l'impossibilité de l'exécution forcée en nature du contrat, mais uniquement à l'inexécution du contrat. Elle ne fait pas non plus de distinctions selon les types d'inexécution, l'indemnisation des dommages est admissible. Dès lors, quel que soit le type d'inexécution, le créancier est en droit de demander l'indemnisation des dommages, qu'elle soit temporaire ou permanente, partielle ou totale. Selon l'article 1271 du Code civil vénézuélien, « le débiteur sera condamné à payer des dommages et intérêts, tant pour l'inexécution de l'obligation que pour le retard dans l'exécution, à moins qu'il ne prouve que l'inexécution ou le retard est dû à une cause de force majeure non imputable à lui ». Cette norme ne prévoit pas non plus la nécessité d'une impossibilité de l'exécution forcée en nature pour que le créancier puisse demander l'indemnisation des dommages. Selon l'article 1167 de ce code, « dans le contrat bilatéral, si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre partie peut, à son tour, demander judiciairement l'exécution du contrat ou sa résolution, et les dommages et intérêts dans les deux cas, s'il y a lieu ». (En ce sens : E. URDANETA FONTIVEROS, *Exceptio Non Adimpleti Contractus,* Caracas, Acienpol, 2013, p. 85 et s.). Cette norme ne comporte pas non plus la reconnaissance d'une hiérarchie de l'exécution forcée en nature sur les autres

508. L'absence de hiérarchie de l'exécution en nature par rapport aux autres moyens de protection du créancier peut aussi être constatée dans les articles 1257, 1258 et 1259 du Code civil vénézuélien, normes relatives à la clause pénale. En effet, le créancier a le droit de choisir, parmi les autres sanctions de l'inexécution du contrat, entre la peine stipulée et l'exécution en nature de la prestation, ce qui revient à choisir entre les dommages-intérêts forfaitairement calculés et l'exécution en nature.[853]

509. En dépit de notre appréciation du droit vénézuélien, on peut constater que la limite au libre choix du créancier a été reconnue de vieille date par la Cour de cassation civil vénézuélien dans des décisions anciennes.[854] En effet, les décisions publiées jugent que le droit du créancier à l'exécution en nature doit être reconnu avec des effets déclaratifs par le juge avant d'ordonner l'exécution. Le droit du créancier est limité par le principe de la liberté contractuelle et le principe de la force obligatoire du contrat par le contenu du contrat (articles 1159 et 1264 du Code civil vénézuélien). Le choix du créancier entre l'exécution en nature, la réparation en nature et l'indemnisation par des dommages et intérêts ne peut avoir lieu qu'une fois constaté le refus du débiteur d'exécuter volontairement le jugement qui

---

sanctions. Elle donne uniquement le droit au créancier de choisir entre demander l'exécution forcée en nature et demander la résolution judiciaire en cas d'inexécution du contrat (En ce sens voir : O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.,* p. 277 ; L. LUPINI, « Consideraciones críticas acerca de una reciente sentencia en materia de ejecución de hipoteca y resolución de contrato de compraventa, *Libro homenaje a José Melich-Orsini,* Caracas, Acienpol, 2012, p. 319 et s). Cela ne fait pas obstacle au droit du créancier de demander des dommages et intérêts selon l'article 1271. Comme on peut le constater, cette règle ignore même la prétendue hiérarchie de l'exécution forcée en nature, car elle n'impose pas au créancier le choix de demander l'exécution en nature ou de demander la résolution judiciaire du contrat (En ce sens voir : J. MELICH, *Doctrina General del contrato, op. cit.,* p. 725).[852]C'est également le cas de l'article 1168 du Code civil vénézuélien, qui consacre l'exception d'inexécution du contrat : « dans les contrats bilatéraux, chaque partie peut refuser l'exécution de son obligation si l'autre n'exécute pas la sienne, sauf dans le cas où le contrat aurait fixé des dates différentes pour l'exécution des obligations ». En effet, cette norme ne prévoit aucune hiérarchie de l'exécution forcée en nature par rapport aux autres moyens.

[853] Ainsi, selon l'article 1257, la clause pénale existe dès lors « que le débiteur, pour assurer le respect de l'obligation, accepte de donner ou faire quelque chose en cas de non-exécution ou retard dans l'exécution ». Selon l'article 1258, la « clause pénale est la compensation des dommages causés par l'inexécution de l'obligation principale. Le créancier ne peut demander en même temps la chose principale et la peine, si la clause pénale n'était pas stipulée en cas de simple retard ». Alors, il est clair que lorsque les parties se sont accordées en avance sur le montant des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat, le créancier n'est pas tenu de demander l'exécution forcée en nature. Au contraire, elle accorde au créancier la liberté de choisir entre l'exécution forcée en nature ou les dommages et intérêts prévus dans la clause pénale. Également, l'article 1259 du Code civil refuse catégoriquement la prétendue hiérarchie de l'exécution forcée en nature lorsqu'elle permet au créancier de choisir entre les dommages et intérêts prévus par la clause pénale et l'exécution forcée en nature, à chaque fois que le débiteur est dans un simple retard. Le contenu de cet article montre clairement que même lorsque le contrat est toujours susceptible d'exécution en nature, le créancier a le droit de demander les dommages et intérêts.

[854] Cass. Civ. Vénéz., 24 mai 1955, G.F Nº 9, II E., Vol. II, p. 54

accorde l'exécution forcée en nature.[855]Bien que cela soit le critère constant de la Cour de Cassation Civil vénézuélienne[856], elle se montre plus flexible que la doctrine sur le libre choix du créancier lorsqu' il s'agit de l'inexécution des obligations de faire ou de ne pas faire.[857]

510. La rigidité de la doctrine et de la jurisprudence vénézuélienne ne tient pas de justification à l'heure actuelle en ce qui concerne la hiérarchie de l'exécution forcée en nature et l'absence de liberté à l'égard du créancier de choisir la sanction de l'inexécution du

---

[855] J. MELICH, « La ejecución forzosa de la obligación de hacer », *Estudios de Derecho Civil,* Caracas, Ediciones Fabreton, 1974, p. 138. Sentencia du 24 mai, 1955 G.F Nº 9, II Etapa, Volumen II, P. 54 : « *El cumplimiento directo de la obligación es la norma para toda especie de obligaciones, tanto en el caso de la ejecución voluntaria como en el de ejecución forzosa, porque si por una parte la voluntad es ley entre las partes, por la otra las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas… El principio de la ejecución en especie sufre una excepción en virtud de la tradicional máxima 'Nemo potest praecise cogi ad Factum', mas no en el sentido de privar al acreedor de su derecho a perseguir la ejecución directa, sino en el muy diferente de impedir que ésta se logre por medios atentatorios contra la libertad individual. En este caso, pues, habrá imposibilidad de ejecución forzosa y en especie de la obligación, pero sin que ello obste para que el deudor pueda ser condenado a ejecutarla, porque será ante el incumplimiento voluntario, aun después de la condenatoria sancionada como preferente, según los artículos 448 y 449 del Código de Procedimiento Civil, cuando pueda ocurrirse a la ejecución indirecta, o sea, al pago de daños y perjuicios. Juzga la Sala, en consecuencia, que el juez no puede rechazar la demanda de cumplimiento a una obligación de hacer so pretexto de inconstitucionalidad, es decir, en razón de que ella pueda conducir para su ejecución, a actos de violencia contra la persona del deudor. Rechazar así un pedimento que tienda al reconocimiento de un derecho a favor del acreedor, como es el cumplimiento de una obligación lícita por parte del deudor, es tanto como anticiparse a resolver un problema que sólo puede surgir en ejecución del fallo que condena a la obligación de hacer. »*

[856] C'est ce que prévoit l'article 529 du Code de procédure civile vénézuélien. Selon cet article, « lorsqu'une décision en justice a condamné le débiteur à exécuter une obligation de faire ou de ne pas faire, le juge peut autoriser le créancier, à sa demande, à exécuter la prestation lui-même, ou détruire ce qui a été fait en violation de l'obligation de ne pas faire, aux frais du débiteur». Cependant, cette norme prévoit que « lorsque le créancier ne fait pas une telle demande ou que la nature de l'obligation ne permet pas l'exécution en nature ou la rend trop onéreuse, le juge ordonnera l'indemnisation des dommages en fonction de la valeur de l'avantage.» Ainsi, selon l'article 529 du Code de procédure civile vénézuélien, une fois constaté le refus du débiteur d'exécuter volontairement l'ordre d'exécution volontaire du tribunal, le créancier peut choisir l'indemnisation des dommages, en évitant de demander au juge l'exécution forcée en nature. Également, le juge peut refuser l'exécution forcée en nature lorsqu'elle est impossible ou trop onéreuse.

[857] Cass. Civ. Vénéz., 25 sept., 2007, Nº RC.00571. Dans cet arrêt il est admis de demander l'indemnisation des dommages intérêts alors que l'exécution forcée en nature était possible, lorsque il s'agit d'obligations de faire : *« En Venezuela no existe una norma expresa que consagre el principio de prioridad de la ejecución en especie; sin embargo, no debe concluirse que el principio no existe, por el contrario, el artículo 1.264 del Código Civil dispone que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas, y el deudor es responsable de los daños y perjuicios, en caso de contravención. La previsión de esta norma se confirma de un modo más directo en el artículo 1.290 Código Civil, que consagra el principio de identidad en el cumplimiento, cuando dispone que el deudor no puede obligar al acreedor a recibir una cosa distinta de la que se le debe, aunque el valor sea igual o superior, pero sucede que en el caso concreto, el acreedor solicitó al Tribunal de Primera Instancia el cumplimiento de la obligación por equivalente de la sentencia, razón por la cual no hay motivos para su desestimación. Para finalizar, la Sala observa que en las obligaciones de hacer el legislador señala que en caso de no ejecución de esas obligaciones, el acreedor puede ser autorizado a hacerlas ejecutar él mismo a costa del deudor. De la sentencia recurrida, no hay evidencia de que el acreedor haya solicitado al tribunal 'hacerse autorizar' para ejecutar la obligación él mismo, a costa del deudor, por lo que se debe concluir, una vez más, que se conformó con la ejecución por equivalente ocurrida en el juicio. »*

contrat. Il est vrai qu'elle reflète l'adoption de l'interprétation la plus classique de la conception volontariste du contrat. Cependant, il nous semble que cette position rigide n'est pas d'accord avec les règles du Code civil vénézuélien qui règlent les sanctions de l'inexécution du contrat. Même la doctrine et la jurisprudence française favorables à la conception volontariste du contrat ont assoupli cette rigidité. Comme on le verra, la justification du principe de la primauté de l'exécution en nature est un principe plutôt applicable au juge[858] et au débiteur.[859]

511. Cela dit, il faut alors constater que la position à l'heure actuelle du droit vénézuélien, en adoptant la conception la plus rigide du principe de la primauté de l'exécution en nature, est incompatible avec la supériorité hiérarchique de l'indemnisation de dommages, caractère qui permet à l'obligation de modérer le dommage jouer son rôle principal dans les systèmes utilitaristes. Si l'obligation de modérer était admise en droit vénézuélien, elle serait réduite à jouer un rôle secondaire dans les sanctions de l'inexécution du contrat. Elle ne serait pas capable de déployer ses effets en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat.

512. Ayant précisé les incompatibilités en droit vénézuélien, il faut analyser les incompatibilités de l'obligation de modérer le dommage par rapport aux systèmes qui consacrent le droit du créancier au libre choix des sanctions.

513. **3. Liberté de choix des sanctions et l'obligation de modérer le dommage.** La liberté du choix des sanctions de l'inexécution du contrat semble, *a priori*, favorable à l'obligation de modérer le dommage. En effet, si le créancier n'est pas libre de choisir la sanction, il ne peut pas lui être reproché de n'avoir pas choisi la sanction la plus efficace du point de vue économique. Cependant, même si le choix de la sanction est libre, cette liberté de choix comporte à la fois une faculté pour le créancier, qui doit être respectée par le juge, pourvu que les conditions d'admissibilité de la sanction soient remplies. Ainsi, à chaque fois que le créancier choisit de demander l'exécution forcée en nature, alors que l'opération de substitution se révèle être la sanction la plus raisonnable selon l'obligation de modérer le dommage, *a priori*, le droit du créancier au libre choix de la sanction pourra faire échec aux

[858] V. *infra* nº 520 et s.
[859] V. *infra* nº 543 et s.

effets de cette obligation en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Cela représente ainsi une incompatibilité essentielle entre le système du Code civil français de 1804, celui de la réforme et ce mécanisme d'efficacité économique du contrat.

514. Lorsque l'on fait référence au système de la *common law*, la primauté de l'indemnisation par des dommages et intérêts, en cas d'inexécution du contrat, modèle le système des sanctions afin d'inciter le créancier à arrêter l'exécution de sa propre obligation et de réaliser une opération de substitution, lorsqu'elle est possible. La logique du système est celle de satisfaire l'intérêt du créancier - certes, à travers une opération en dehors du contrat - au moindre coût pour le débiteur et, par conséquent, pour la société. Il s'agit pour le créancier d'éviter et de modérer les préjudices que lui cause le retard de la procédure judiciaire en exécution forcée, laquelle n'arrivera qu'après tout le développement de cette procédure judiciaire, dans toutes ces instances. Le créancier qui demande l'exécution forcée en nature en justice, en attendant la conclusion de la procédure, reste insatisfait et incapable de faire face aux contraintes de son activité, d'exécuter ses propres obligations envers les tierces parties, de profiter de l'avantage du contrat inexécuté, enfin d'éviter l'aggravation du préjudice. En outre, et c'est ici l'essentiel, le créancier qui a le droit de demander en justice l'exécution forcée en nature, a le droit de demander l'indemnisation des préjudices subis par le retard pendant tout le développement de la procédure judiciaire. Alors, selon le principe de la primauté de l'exécution en nature, le créancier a le droit légitime de rester indifférent face à l'aggravation des dommages qui pourraient être évités. Une fois choisie l'exécution forcée en nature, la liberté de choix n'incite pas le créancier à modérer le dommage. La conception volontariste du contrat et le principe de l'exécution en nature, semble-t-il, consacrent ainsi un système indifférent au gaspillage et à l'efficacité économique du contrat. Le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature est ainsi incompatible avec l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

515. Cette interprétation du droit du créancier à choisir librement l'exécution forcée en nature, entre les moyens légaux à sa disposition, est contraire à l'objectif recherché par la finalité d'utilité et d'efficacité économique du contrat. Lorsque l'on regarde le système international du droit des contrats qui consacrent le droit du créancier de choisir librement la sanction juridique ou le remède applicable à l'inexécution du contrat, on peut constater que la sanction de l'exécution forcée en nature n'est pas admissible lorsque le créancier peut

trouver la satisfaction immédiate de son intérêt sur le marché. C'est le cas de l'article 7.2.2 des Principes Unidroit[860] et de l'article 9.102 de PDEC[861]. La consécration du droit du créancier à choisir l'exécution forcée en nature, lorsqu'elle est possible, malgré l'inefficacité économique de la sanction, est un choix politique qui réaffirme la conception volontariste du contrat. Cette solution privilégie l'accord des contractants et néglige les impératifs de l'efficacité économique du contrat. En effet, les systèmes de la *common law* et du droit international des contrats sont capables de protéger l'intérêt du créancier, en lui procurant la satisfaction immédiate de son intérêt en nature à travers le recours à un tiers et, en même temps, d'éviter les dommages et le gaspillage des ressources. Cela, il est vrai, sous le risque d'inciter à la violation efficace du contrat, au détriment de l'accord des parties, du respect de la parole donnée et de la force obligatoire du contrat[862]. Il faudrait concilier les intérêts en place afin de garantir l'intérêt du créancier au moindre coût pour le débiteur et pour la société sans renoncer au principe de la primauté de l'exécution forcée en nature. Cela est-il possible ?

516. Cette incompatibilité est à notre avis surmontable si le choix politique est celui d'harmoniser l'efficacité économique du contrat et la primauté de l'exécution en nature.[863] En effet, on a vu que le créancier, selon le droit de la réforme, a le droit de choisir

[860] Principes d'UNIDROIT 2016, article 7.2.2 (Exécution de l'obligation non pécuniaire) : « A défaut par le débiteur de s'acquitter d'une obligation autre que de somme d'argent, le créancier peut en exiger l'exécution, sauf lorsque : a) l'exécution est impossible en droit ou en fait; b) l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables; c) le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon; d) l'exécution présente un caractère strictement personnel; ou e) le créancier n'exige pas l'exécution dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution. »

[861] PDEC, article 9:102: « Obligations autres que de somme d'argent : (1) Le créancier d'une obligation autre que de somme d'argent a droit d'exiger l'exécution en nature, y compris la correction d'une exécution défectueuse. (2) Toutefois, l'exécution en nature ne peut être obtenue lorsque (a) l'exécution serait impossible ou illicite ; (b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables ; (c) elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles ; (d) ou le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen. (3) Le créancier est déchu du droit à l'exécution en nature s'il manque à la demander dans un délai raisonnable à partir du moment où il a eu, ou aurait dû avoir, connaissance de l'inexécution. »

[862] V. *supra* nº 40. H. MUIR WATT, « Analyse économique et perspective solidariste », *art. cit.*, p. 187-189.

[863] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 300 : « Croire que la reconnaissance en droit d'un devoir de restreindre le dommage à la charge du créancier établit un hiérarchie immuables des sanctions de l'inexécution, au détriment systématique de l'exécution forcée en nature, serait une grave méprise. La minimisation du dommage est une règle qui n'est pas par nature ni défavorable au maintien du contrat, ni défavorable à son anéantissement. Sa finalité est ailleurs : protéger l'intérêt positif ou négatif en évitant un gaspillage de ressources. […] Cela dit, le devoir de restreindre le dommage se traduit fréquemment par la nécessité pour le créancier de conclure, ne serait-ce que ponctuellement, […] un contrat avec un tiers de façon à obtenir de celui-ci ce que le débiteur manque à lui fournir. Dans la mesure où elle contraint le créancier à se remplacer, la minimisation limite implicitement mais nécessairement l'accès à l'exécution forcée en nature […]. Traditionnellement, les tribunaux de pays de *common law* considèrent que les dommages intérêts fournissent dans ce cas au créancier un « remède adéquat », puisqu'en définitive, il obtient le plus rapidement possible ce pour quoi il s'était obligé,

l'exécution forcée en nature parmi les autres moyens à sa disposition. Cependant, on sait que, selon la doctrine française, cette sanction ne concerne pas que les obligations de donner, et les obligations de faire ou de ne pas faire qui ne violent pas les droits intangibles « *de toute personne à son intégrité physique ou à sa liberté* »[864]. Dès lors, l'exécution forcée en nature est un droit du créancier lorsqu'elle est possible et utile. Cette lecture ne conforte pas le sens littéral de l'ancien article 1142 du Code civil français de 1804, selon lequel, toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. Un élargissement du domaine d'application de cet article, permettrait de surmonter en partie cette incompatibilité. En effet, on sait que l'obligation de donner se traduit par les actes du débiteur afin de réaliser le transfert d'un droit ou la création d'un droit réel. Alors, cette obligation n'est pas une obligation en soi, mais les effets immédiats de la formation du contrat. Lorsque ces effets sont retardés dans le temps par la volonté des parties ou par la loi, les effets translatifs dépendent d'une autre déclaration de volonté ou de l'exécution d'une formalité. Ce sont des obligations consécutives de l'obligation principale de donner. Ces obligations dérivées de l'obligation de donner, ne sont que des obligations de faire.

517. Selon cette lecture de l'ancien article 1142 du Code civil, sauf pour les rapports obligatoires et les prestations qui comportent le transfert de droits, ou la création d'un droit réel, toutes les obligations se résolvent par des dommages et intérêts. Il est vrai que cette interprétation ne correspond ni à la doctrine majoritaire en France et au Venezuela ni ni aux principes du droit international des contrats[865]. Il en est ainsi car la conception volontariste du contrat privilégie la protection du droit du créancier par le juge à chaque fois que cela est possible. L'impossibilité reste reléguée au domaine restreint de l'exécution forcée qui toucherait les droits intangibles « *de toute personne à son intégrité physique ou à*

---

plus, s'il y a lieu, la compensation pécuniaire du dommage subsistant. Par suite, ils rejettent pour ce même motif toute demande d'exécution en nature. En décider autrement reviendrait en effet à dispenser le créancier de son devoir, et du même coup, à réduire de manière considérable la portée pratique de la minimisation du dommage. […]À l'inverse, et c'est la contrépreuve, il est de situations où le remplacement est impossible ou si difficile à mettre en œuvre qu'il n'est pas raisonnablement envisageable. Le créancier est alors dispensé du devoir de restreindre le dommage. Les dommages-intérêts ne constituent pas une sanction adéquate. L'exécution en nature sera donc ordonnée ».

[864] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit*., nº 1113.

[865] Principes d'UNIDROIT 7.2.2. (d), et PDEC 9:102 (c), lesquels limitent l'exécution forcé en nature lorsque « l'exécution présente un caractère strictement personnel » ou « elle consiste à fournir des services ou réaliser un ouvrage présentant un caractère personnel ou dépend de relations personnelles ».

sa liberté »[866]. Cependant, pour harmoniser les justifications et finalités de la force obligatoire du contrat, en particulier celle de la justice et l'utilité, à celle de la sécurité, qui correspond au respect de la parole donnée, il faut faire des concessions. Alors, à chaque fois que le débiteur ne veut pas exécuter ses obligations volontairement, et que les obligations ne correspondent pas aux obligations de donner au sens strict, c'est-à-dire celles qui emportent le transfert d'une chose certaine ou la création d'un droit réel, la sanction la plus conforme, afin d'harmoniser la justice et l'utilité du contrat, devrait être l'indemnisation des dommages, et non l'exécution forcée en nature.[867] A partir des règles ainsi édictées par le Code civil français, et contrairement à la position de la majorité de la doctrine vénézuélienne[868], il semble que, pour concilier l'efficacité économique du contrat avec le respect de la parole donnée, l'existence d'un principe de la primauté de l'exécution forcée en nature ne peut pas être affirmé.[869] Il faudra parler plutôt d'un droit à la prestation en nature qu'à l'exécution en nature.[870] C'est-à-dire, le droit du créancier à la satisfaction en nature de son intérêt, soit directement du débiteur, soit, en dehors du contrat, auprès d'un tiers sur le marché. Si l'on adopte cette interprétation, l'exécution forcée en nature n'est pas qu'un moyen, entre autres, pour protéger la créance et non un moyen de protection supérieur aux autres.[871]

518. Si cette solution est considérée comme contraire à la conception volontariste du contrat en vigueur en France et au Venezuela et au principe cardinal du respect de la

---

[866] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.,* nº 1113.

[867] Voir, par exemple M. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil,* t. 2, 5° éd., Paris, LGDJ, 1909, nº 173, spéc. p. 64. « [c]hacun est (...) libre de refuser l'exécution de ses obligations, sauf les conséquences pécuniaires que ce refus peut avoir pour lui. Il était, en effet, inutile de se livrer à une contrainte contre la personne du débiteur, alors qu'il est facile de donner en argent une satisfaction équivalente au créancier ». Voir aussi : E. DEMANTE, *Cours analytique du Code Napoléon,* t. 5, Paris, Ploon, 1865, p. 88. V. Par exemple : G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en droit français ou les remèdes à l'inexécution autre que la résolution et la suspension du contrat »*,* in L. VACCA (dir), *Il contrato Inadempiuto,* Torino, Giappichelli, 1999*, p.* 147.

[868] J. MELICH, La *Doctrina general del contrato, op. cit.,* p. 451 ; *La sanción de la inejecución del contrato, art. préc.,* p. 48 ; E. MADURO LUYANDO, *op. cit*., p. 93 ; R. BERNAD MAINAR, *op. cit.,* p. 164 ; O. PALACIOS HERRERA, *op. cit.,* p. 277, M. C. DOMIGUEZ, *op. cit.,* p. 154.

[869] Y.-M. LAITHIER, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.,* p. 47.

[870] S. WHITTAKER, « Un droit à la prestation plutôt qu'un droit à l'exécution ? Perspectives anglaises sur l'exécution en nature et la réparation »*, RDC* 2005, nº 1, p. 49.

[871] *Ibidem.* Voir aussi Y.-M. LAITHIER, D. MAZEAUD, « La nature de la sanction : satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? », *art. préc.* Selon le professeur Laithier : « S'agissant, en premier lieu, de l'obligation contractuelle, il a longtemps été tenu comme une évidence que le droit à l'exécution forcée était en quelque sorte « inclus » dans la créance : l'un était consubstantiel à l'autre. Que l'État prête par principe son concours au créancier victime de l'inexécution paraissait tellement justifié qu'il n'y avait pas lieu de s'y attarder. Certes, la distinction entre le *debitum* et l'*obligatio* n'a pas été perdue de vue, mais personne n'en a jamais tiré la conséquence que ces deux éléments de l'obligation devaient être séparés, en dehors du cas spécial des obligations naturelles ».

parole donnée, on peut encore songer à proposer une autre interprétation qui vise à harmoniser l'impératif de la justice, de l'utilité et de la sécurité des contrats, en privilégiant la conception volontariste du contrat. En effet, on sait que, selon le droit antérieur à la réforme et le droit de la réforme, le créancier a le droit de choisir librement la sanction ou remède qu'il considère comme le meilleur pour satisfaire son intérêt contractuel. On sait aussi que le choix du créancier pour l'exécution forcée en nature, en principe, ferait échec aux effets pratiques de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, car elle n'incite pas le créancier à réaliser une opération de substitution sur le marché. Le créancier, qui demande l'exécution forcée en nature, agit sur le fondement de son droit de créance et, par conséquent, il est en droit de rester indifférent à l'aggravation du dommage évitable et de demander les dommages et intérêts directs et prévisibles issus de l'inexécution, même s'ils sont évitables avec une opération de substitution ou un autre moyen sûr et raisonnable. Alors, afin de permettre à l'obligation de modérer le dommage de remplir sa fonction en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, on pourrait songer à ce que le créancier, qui choisit l'exécution forcée en nature, ne soit pas en droit de demander l'indemnisation de dommages directs et prévisibles issus de l'inexécution ou du retard de l'exécution, si de tels dommages étaient évitables avec l'opération de substitution ou une autre mesure raisonnable.

519. Cette solution est tout à fait conforme à la conception volontariste du contrat, car, tout en permettant au créancier de choisir l'exécution forcée en nature, celui-ci risque de supporter tous les dommages que lui cause le retard. Ainsi, le créancier sera incité à ne pas rester indifférent et à réaliser l'opération de substitution ou à choisir une autre mesure raisonnable, sous peine de devoir supporter les préjudices extrinsèques directs, prévisibles, mais évitables de l'inexécution. Bien que cette solution soit tout à fait envisageable lors de l'introduction de l'obligation de modérer le dommage en droit français et en droit vénézuélien, il faut encore surmonter d'autres incompatibilités suscitées par le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature. C'est particulièrement le cas en ce qui concerne les pouvoirs du juge à l'égard de la sanction choisie par le créancier.

§ 2. LA PORTÉE DU PRINCIPE PAR RAPPORT AU JUGE

520. **1. La problématique.** Selon les effets du principe de primauté de l'exécution forcée en nature vis-à-vis du juge, ce dernier, en principe, n'est pas en mesure d'apprécier l'adéquation de l'exécution forcée en nature à l'intérêt du créancier. Il en est ainsi, car, en principe, il est tenu de respecter l'engagement contractuel et le choix de la sanction de l'inexécution fait par le créancier. Le juge devra accorder l'exécution forcée en nature dans tous les cas où elle est possible, même si ses coûts sont plus élevés que les coûts des autres moyens de protection du droit du créancier.[872]

521. Ainsi, si l'obligation a été exécutée défectueusement et que le défaut de conformité de la prestation ne représente pas pour le créancier la privation de l'avantage économique auquel il avait droit, ou même encore, lorsque le défaut de conformité n'est pas significatif, le juge devra accorder l'exécution forcée en nature afin de respecter le principe d'intégrité et d'identité dans l'exécution de l'obligation, sans égard aux coûts d'exécution.[873]

522. On constate que la limite qui commande au juge le respect du principe de primauté d'exécution forcée en nature et le choix du créancier est, *a priori*, incompatible avec l'obligation de modérer le dommage. Il est ainsi, car, si le juge avait le pouvoir de mesurer l'adéquation de la sanction à l'inexécution du contrat afin de mettre le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, il aurait pu rejeter l'exécution forcée en nature. Si la sanction applicable est l'indemnisation des dommages, l'obligation de modérer le dommage peut alors déployer tous ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. C'est l'application stricte de la conception volontariste de la force obligatoire du contrat qui imposerait l'exécution en nature, alors que les

[872] B. FAUVARQUE-COSSON, « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC 2006*, p. 529. G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.,* nº 20-1.

[873] Civ. 3º, 11 mai 2005, nº 03-21.136 *« Vu article 1184 du Code civil. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté peut forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible »* : *Contrats conc. consom.* 2005, comm. nº 187, obs. L. LEVENEUR ; *RDC* 2006, p. 323, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2005, p. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES. *RDC 2006*, B. FAUVARQUE-COSSON p. 529. Selon l'arrêt attaqué les demandeurs ont assigné une société de construction afin d'obtenir sa condamnation à démolir puis reconstruire la maison, ou, à défaut, sa condamnation au paiement d'une somme équivalente au coût des opérations de démolition et de reconstruction. Selon la Cour de cassation, viole l'article 1184 du Code civil l'arrêt qui, pour débouter la demande, retient que la non-conformité aux stipulations contractuelles ne rendait pas l'immeuble impropre à sa destination et à son usage et ne portait pas sur des éléments essentiels et déterminants du contrat alors qu'elle avait constaté que le niveau de la construction présentait une insuffisance de 0, 33 mètres par rapport aux stipulations contractuelles.

impératifs de l'efficacité économique du contrat recommanderaient l'indemnisation des dommages.

523. Dans le système de la *common law*, le problème ne se pose pas, car la sanction de principe est l'indemnisation des dommages, et le juge est muni d'un pouvoir d'appréciation de l'adéquation de la sanction à la satisfaction de l'intérêt contractuel du créancier. Dans les systèmes qui consacrent le libre choix du créancier, le problème se pose à chaque fois que le choix de l'exécution forcée en nature n'est pas le choix le plus efficace du point de vue économique, c'est-à-dire le choix selon lequel le créancier peut trouver la satisfaction de son intérêt au moindre coût pour le débiteur et par conséquent pour la société. Le juge est tenu de respecter le choix du créancier, lorsque ce moyen de protection est juridiquement et matériellement possible.

524. Il faut noter que les solutions adoptées par le droit international des contrats afin de concilier les intérêts en jeu répondent aussi bien à l'impératif de justice qu'à l'impératif d'efficacité économique du contrat.[874] Que le créancier n'ait pas le droit de demander l'exécution forcée en nature, lorsqu'elle représente un coût déraisonnable pour le débiteur, n'est pas adopter la solution optimale du point de vue de l'efficacité économique. A chaque fois que le coût pour le débiteur s'avère supérieur, mais non déraisonnable, aux coûts d'autres moyens de protection du créancier permettant également la satisfaction de son intérêt, la solution sera, du point de vue économique, inefficace. Les principes UNIDROIT[875]

[874] C'est le cas par exemple du débiteur qui, pour exécuter l'obligation, ou bien pour exécuter la décision qui le condamne à l'exécution en nature, doit dépenser un montant manifestement supérieur au coût de la prestation sur le marché lors de l'inexécution du contrat. Les commentaires au PDEC posent deux exemples. Dans le premier exemple : « A a vendu à B son yatch « Elisa » avec promesse de le livrer au domicile de B. Durant le trajet, l'Elisa est heurté par un navire et sombre 200 mètres de fond. Les frais de renflouement s'élèveraient à 40 fois la valeur. Le coût d'une exécution forcée en nature serait déraisonnable ». Dans le deuxième exemple : « A a loué sa ferme pendant 5 ans à une compagnie minière B pour extraire du minéral. En plus du paiement du loyer, B a promis de remettre le terrain en état à la fin de l'exploitation. Dans l'intervalle, A décide de louer à l'armée le terrain qu'il aura récupéré de B pour en faire un terrain d'entrainement pour les blindés. Si B devait dépenser 29.000EU pour remettre le terrain en état, ce qui augmenterait sa valeur que de 300EU, la remise en état serait déraisonnable ». Dans le même sens, les Principes d'UNIDROIT 2016 posent l'exemple suivant : « Un pétrolier a coulé dans les eaux territoriales à la suite d'une violente tempête. Bien qu'il soit possible de renflouer le navire, le chargeur ne peut pas exiger l'exécution du contrat de transport si celle- ci implique pour l'armateur des dépenses excédant de beaucoup la valeur du pétrole. » Dans tous les exemples, le créancier qui demande l'exécution forcée en nature peut obtenir la satisfaction de son intérêt contractuel par un autre moyen, plus adapté aux impératifs de la justice et de l'efficacité économique du contrat. C'est l'obligation de modérer le dommage ainsi que le pouvoir du juge d'apprécier l'adéquation de la sanction qui justifie la limite du principe de la primauté de l'exécution en nature. Ce qui correspond à la solution des principes d'UNIDROIT (7.2.2) et du PDEC (9 :102).

[875] Principes d'UNIDROIT 7.2.2 (b) : « Le créancier peut exiger l'exécution sauf lorsque […] l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ».

et les PDEC[876] répondent aux impératifs de justice lorsqu'ils limitent le droit du créancier à l'exécution forcée en nature à chaque fois que le coût de la sanction s'avère déraisonnable par rapport à son intérêt contractuel. Ils répondent aux impératifs de l'efficacité économique du contrat, lorsqu'ils autorisent le juge à limiter le droit du créancier à l'exécution forcée en nature à chaque fois qu'il est possible pour le créancier de réaliser une opération de substitution, à condition qu'elle soit une mesure raisonnable.[877]

525. La question, en droit Français et en droit Vénézuélien, est celle de savoir comment il est possible de concilier l'efficacité économique du contrat avec le principe de la primauté de l'exécution en nature . Pour une partie de la doctrine en France, la solution consisterait à limiter le droit du créancier à l'exécution en nature lorsqu'elle est considérée comme abusive ou déraisonnable.[878] Selon cette position, le droit du créancier à l'exécution forcée en nature n'est pas un droit absolu. Le juge a le pouvoir de contrôler son caractère abusif ou déraisonnable. Cette solution est parfaitement possible avec l'application de la notion d'abus de droit, prévu d'ailleurs dans l'article 1185 du Code civil vénézuélien, ainsi qu'avec le principe de bonne foi dans l'exécution des contrats.

526. La bonne foi pourrait aussi justifier le refus du juge d'accorder l'exécution en nature, lorsqu'il existe un marché de substitution disponible. Il n'est pas certain, pourtant, que le juge puisse refuser l'exécution forcée en nature pour des raisons d'efficacité économique. L'abus de droit et le caractère déraisonnable sont des mécanismes qui assurent la justice contractuelle plutôt que l'efficacité économique du contrat.

527. Cela dit, si l'obligation de modérer le dommage est admise en droit français, la finalité de la norme peut imposer une condition à l'exécution forcée en nature. En effet, si le créancier est censé modérer le dommage issu de l'inexécution, il ne serait pas raisonnable de demander l'exécution forcée en nature afin d'échapper à une obligation établie par la loi. Ainsi, chaque fois que le créancier dispose d'un marché de substitution et de la possibilité de réaliser l'opération de substitution, et pourvu qu'il ne justifie pas son intérêt à l'exécution

[876] PDEC 9:102 (B) : « L'exécution en nature ne peut pas être obtenu lorsque […](b) elle comporterait pour le débiteur des efforts ou dépenses déraisonnables ».
[877] Principes d'UNIDROIT 7.2.2 (c) » « Le créancier peut exiger l'exécution sauf lorsque […] le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon ». PDEC 9:102 (d) : « L'exécution en nature ne peut pas être obtenu lorsque […] le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen ».
[878] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.,* nº 20-1.

forcée en nature de la part du débiteur, il nous semble que l'exécution forcée en nature pourrait être refusée par le juge. L'exécution en nature n'étant pas un droit absolu, l'exercice du droit en contrariété avec la finalité d'efficacité économique recherchée par la loi, consommerait ainsi un abus dans l'exercice du droit à l'exécution forcée en nature.

528. Il s'agit d'un choix politique relatif aux effets de l'obligation de modérer le dommage. Si le choix politique est en faveur de l'admission de l'efficacité économique du contrat, les conséquences ne seront pas anodines, surtout pour les défenseurs de la primauté de l'exécution forcée en nature.[879] Il nous semble que les inquiétudes des professeurs Laithier et Muir Watt seraient alors justifiées.[880].

529. Au-delà de ces considérations essentielles, alors que l'obligation de modérer le dommage n'a pas encore été généralisée dans le droit commun, on peut néanmoins trouver, dans la réforme du droit des contrats en France, des exceptions à la rigidité de la conception volontariste de la primauté de l'exécution en nature,. Il s'agit de l'hypothèse par laquelle le juge, bien qu'il n'ait pas le pouvoir d'apprécier le caractère adéquat de la sanction, est autorisé à contrôler sa proportionnalité. Il convient de se demander si le contrôle de la proportionnalité ne permet pas d'introduire le mécanisme de modération du dommage.

530. **2. Le nouveau droit français des contrats. La disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt du créancier.** L'une des innovations du droit

[879] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 303 et s. Selon le professeur Laithier : « La prééminence donnée au devoir de restreindre le dommage n'est dictée par aucun impératif technique. Ce devoir aurait pu ne concerner que la seule exécution par équivalent et ne constituer rien de plus qu'une condition du dommage réparable en argent. L'incidence sur le domaine de l'exécution forcée en nature est fondamentalement la conséquence d'un choix politique juridique mettant au cœur du droit des sanctions de l'inexécution des contrats la recherche de l'efficacité économique, recherche qu'incarne au plus haut point la minimisation du dommage. […] C'est là, semble-t-il, l'explication véritable de l'une des différences essentielles entre le droit français et la *common law.* […] Actuellement, le juge français ne se reconnaît pas le pouvoir […] de rejeter une demande d'exécution forcée en nature au seul motif que le créancier avait la possibilité […] de se remplacer […] et les dommages-intérêts constituent une sanction adéquate et suffisante. Généraliser le devoir de restreindre le dommage aboutirait à une solution inverse. Le juge ne pourrait condamner en nature le débiteur qu'après s'être assuré que le créancier n'avait au jour de l'inexécution […] aucun moyen de se remplacer. » Pour cet auteur « c'est un bouleversement du droit positif qui se profile si l'on prône la généralisation du devoir de restreindre le dommage ».

[880] H. MUIR-WATT, « La modération des dommages en droit anglo-américain, rapport au colloque du CEDAG », *in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage* ? , *art. préc.* Si l'exécution forcée en nature est conditionnée à l'absence d'un marché de substitution et à l'intérêt légitime du créancier d'obtenir la prestation directement du débiteur, « c'est alors toute la hiérarchie des remèdes contractuels, voire les ressorts mêmes de la force obligatoire du contrat qui se trouvent bouleversés par la présence d'un simple principe d'évaluation des dommages-intérêts ! On devine que la différence qui sépare sur ce point les deux approches ne peut être réduite à une simple différence de technique juridique, et que, bien plus profondément, c'est la fonction même du droit des contrats qui -serait- en cause »

issu de la réforme du droit des contrats et des obligations en France est précisément la limite à l'exécution forcée prévue par l'article 1221 du Code civil. Selon cet article, « le créancier d'une obligation peut, après mise en demeure, en poursuivre l'exécution en nature sauf si cette exécution est impossible ou s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier ». Cet article confirme la conception volontariste du droit de la réforme, en ce qu'elle privilégie le choix du créancier vers l'exécution en nature lorsqu'elle est possible, sauf lorsque le coût de l'exécution en nature pour le débiteur de bonne foi est *manifestement* disproportionné avec l'intérêt du créancier.[881]

531. L'innovation de l'article 1121 par rapport au droit antérieur réside dans la limite à l'exercice de ce droit par le créancier et aux pouvoirs de contrôle décernés au juge pour mettre en place cette limite. En effet, selon l'article 1221, l'exécution forcée en nature n'est pas admissible lorsqu'il existe une *disproportion manifeste* entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Bien qu'il ne s'agisse pas d'un mécanisme générale, chaque fois que le débiteur est de bonne foi, le juge dispose alors d'un pouvoir d'appréciation de l'admissibilité de l'exécution forcée en nature sur la base d'un critère de proportionnalité entre l'intérêt contractuel du créancier et le coût de l'exécution. Il s'agit ici de l'application d'un contrôle du juge en portant attention aux impératifs de justice contractuelle. Cependant, le droit issu de la réforme n'autorise pas le juge à contrôler l'efficacité de la sanction par rapport au coût des autres moyens à la disposition du créancier victime de l'inexécution. A la différence du droit de la *common law* et des principes du droit international des contrats, le juge ne peut pas débouter le créancier qui demande l'exécution forcée en nature si le juge constate que le créancier peut raisonnablement obtenir l'exécution par un autre moyen moins lourd. Cependant, cela peut changer si l'obligation de modérer le dommage est consacrée.[882]

---

[881] En effet, elle élargit le droit du créancier à l'exécution en nature, car, selon l'article 1142 du Code civil de 1804, l'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire se résout en dommages et intérêts. Désormais, le droit de la reforme abandonne la distinction entre obligations de donner et obligations de faire. Le créancier a le droit de demander l'exécution en nature dans toutes les obligations, dès des lors que l'exécution est possible. On sait qu'en termes pratiques, l'obligation forcée en nature était limitée par l'article 1142 aux obligations de faire purement personnelles, ou lorsque son exécution forcée touche un élément essentielle de la personnalité du débiteur. Ainsi, on constate que le droit de la reforme maintient le critère antérieur en ce qui concerne les obligations de faire. Cependant, le nouvel article 1121 réaffirme que le droit à l'exécution forcée en nature est un choix du créancier. Elle n'est pas imposée au créancier comme un devoir, selon l'interprétation volontariste classique suivie par le droit vénézuélien, effet lequel n'est pas non plus une innovation, on le sait, car la doctrine et la jurisprudence avant la réforme l'admettait *de plano* sans majeur justification. V. V. *supra* nº 504 et s.

[882] V. *supra* nº 527.

532. Il est clair que le droit du créancier à l'exécution forcée en nature, ainsi que l'absence d'une limite en cas d'inefficacité économique de la sanction, sont incompatibles avec les effets recherchés par l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Le créancier, victime de l'inexécution du contrat, ne pourrait pas se voir reprocher de n'avoir pas réalisé une opération de substitution en cas de refus d'exécution ou d'inexécution substantielle, en dépit de l'existence d'un marché de substitution. Il ne pourra pas lui être reproché non plus de n'avoir pas choisi le moyen qui représente le coût plus élevé pour le débiteur. Il sera uniquement limité si l'exécution en nature rompt manifestement la proportion entre le coût pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt pour le créancier, ce qui n'est pas nécessairement la même chose.

533. En effet, une chose est d'affirmer qu'il n'y a pas de proportionnalité entre le coût de la sanction et l'intérêt du créancier, ce qui implique de rechercher si l'intérêt du créancier est purement économique, ou, au contraire, s'il répond à ses besoins ou préférences personnelles ; autre chose est d'affirmer que l'exécution forcée en nature est un moyen économiquement inefficace de la réalisation de l'intérêt du créancier. En adoptant un critère de justice commutative afin de maintenir le rapport entre l'intérêt du créancier et l'intérêt du débiteur, le droit issu de la réforme ne prend pas partie sur l'impératif de l'efficacité économique, finalité de l'obligation de modérer le dommage.[883]

534. Selon ce qu'affirme une partie de la doctrine, le jeu de la limite au droit à l'exécution forcée en nature repose sur des considérations objectives et subjectives. Les considérations objectives correspondent aux deux termes du rapport de proportionnalité : le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier.[884] Le coût pour le débiteur est « le coût de la sanction elle-même, et non le fait que l'exécution forcée aurait pour conséquence de donner effet à un contrat très avantageux pour le créancier. »[885] L'intérêt pour le créancier consiste dans l'appréciation de l'intérêt contractuel du créancier à l'exécution en nature par rapport à l'utilité attendue de la prestation. « L'exclusion de l'exécution forcée en nature suppose non un simple écart, mais une disproportion manifeste entre le coût de la mesure

[883] V. *supra* nº 10 et s.
[884] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 547 et s., article 1221.
[885] *Ibidem.*

pour l'un et son intérêt pour l'autre ».[886] En ce qui concerne les considérations subjectives, l'exécution forcée en nature est écartée uniquement lorsque le débiteur a agi de bonne foi au moment de l'inexécution du contrat. Lorsque la gravité du comportement du débiteur franchit le seuil qui sépare la bonne foi et la mauvaise foi, la limite de la disproportion manifeste entre le coût de l'exécution forcée en nature et l'intérêt du créancier n'est pas applicable, ce qui réduit considérablement le domaine d'application de cette limite. [887]

535. Cela dit, il nous semble qu'il y a ici un point de convergence entre les conditions légales de la limite du nouvel article 1221 et les conditions légales de l'obligation de modérer le dommage. Dans les deux cas, il s'agit d'analyser les deux termes objectifs de la disproportion : le coût de la sanction pour le débiteur et l'intérêt du créancier. C'est, en effet, en comparant le coût des sanctions légales à la disposition du créancier et son intérêt contractuel que le mécanisme de l'obligation de modérer le dommage pose une limite au libre choix du créancier. Ainsi, si le créancier peut satisfaire son intérêt avec une sanction moins pénible pour le débiteur, le créancier sera censé, en principe opter pour cette mesure, ce qui limite son droit de libre choix de la sanction. Il est vrai que cette limite n'est pas une limite légale. Il s'agit pour le créancier de choisir la sanction la moins pénible s'il ne veut pas supporter les dommages évitables avec cette mesure.

536. Dans une première appréciation, la limite posée à l'exécution forcée en nature, en raison de la disproportion manifeste entre le coût de la sanction et son intérêt, semble éloignée des effets de l'obligation de modérer le dommage. L'application de l'obligation de modérer le dommage, selon le modèle des systèmes utilitaristes, impliquerait que, pour n'importe quelle disproportion entre le coût de l'exécution forcée en nature pour le débiteur et les autres sanctions disponibles (la résolution et la substitution du contrat, le remplacement de l'obligation, la réduction du prix, ou simplement l'indemnisation des

---

[886] *Ibidem.* Selon les auteurs parmi les circonstances retenues on peut citer par exemple : « L'avantage réel que lui procurerait une inexécution en nature (par ex., selon que la piscine à laquelle manque un ou deux centimètres de longueur est destinée ou non à accueillir une compétition officielle), l'existence et l'ampleur du préjudice causé (V. COURET, A. REYGROBELLET, « Le projet de réforme du droit des obligations : incidences sur le régime des cessions de droit sociaux », *Bull. Joly Sociétés* 2015, p. 247, spéc. nº 44.) la nécessité de respecter des normes de sécurité et plus largement des normes légales (V. GROSSER P., « L'exécution en nature », *AJCA 2016,* p. 119 ; Cass. 3º civ., 12 avr. 2018, nº 17-26.906), le fait que l'absence d'exécution forcée en nature puisse provoquer une défaillance vis-à-vis de ses propres créanciers (par ex., dans une chaîne des contrats) ou la difficulté aiguë de calculer les dommages et intérêts avec le risque corrélatif de leur sous-évaluation sont des facteurs d'appréciation parmi d'autres ».

[887] *Ibidem.*

dommages), le créancier serait dans le nécessité de choisir les sanctions moins pénibles pour le débiteur. Le créancier serait en conséquence limité, ou plutôt dissuadé de ne pas choisir la sanction la plus coûteuse. Au bout du compte, le créancier serait également placé dans la même position que celle qui aurait été sienne si le contrat avait été exécuté. Une fois assurée la protection de l'intérêt contractuel du créancier, pourquoi permettre au créancier de choisir la solution la moins efficiente ?

537. En revanche, l'article 1221 limite seulement l'exécution forcée en nature lorsque la disproportion entre la satisfaction de l'intérêt du créancier et le coût de l'exécution en nature pour le débiteur est « manifeste ».[888] Si l'on interprète la « disproportion manifeste » comme étant une disproportion « significative » ou « excessive », il en résulte que cette limite de l'exécution forcée en nature reste une règle d'exception, la constatation entre le décalage grave, important, significatif, excessif du coût de l'exécution en nature et l'intérêt du créancier, outre la bonne foi, réduit sensiblement le domaine d'application de cette limite. Le point de coïncidence avec l'application des effets de l'obligation de modérer le dommage reste uniquement dans les termes objectifs déjà mentionnés, mais s'écarte de l'intensité de la comparaison des deux termes. En revanche, si l'on interprète la disproportion « manifeste » comme étant une disproportion « certaine », ou, comme cela a déjà été précisé, une disproportion simplement « évidente »[889], il nous semble que l'analyse entre la limite de l'article 1221 et l'application de l'obligation de modérer le dommage se rapproche.

538. En effet, selon cette dernière interprétation de l'article 1221, n'importe quel décalage entre l'intérêt du créancier à l'exécution du contrat et le coût de la sanction, pourvu que ce soit certain ou évident, limiterait le droit du créancier à l'exécution forcée en nature. Ainsi, si l'intérêt du créancier d'être placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté est possible à travers un moyen légal moins coûteux et plus efficient que l'exécution forcée en nature, le droit du créancier à demander l'exécution forcée en nature sera limitée. En effet, pour mesurer la « disproportion manifeste » entre le coût de la sanction pour le débiteur et l'intérêt contractuel du créancier, il faudrait comparer la valeur de l'intérêt du créancier avec la valeur de la mise en place de la sanction pour le débiteur. Si l'exécution en nature est la seule capable de procurer la satisfaction de l'intérêt

[888] *Ibidem*
[889] *Ibidem.*

du créancier, la valeur de l'intérêt et la valeur de l'exécution forcée en nature seront identiques et, par conséquent, il n'y aura pas de disproportion évidente entre le coût de l'un et l'intérêt de l'autre. Mais, si l'exécution en nature n'est pas la seule sanction capable de satisfaire l'intérêt contractuel du créancier, la valeur de cet intérêt sera au moins égale au coût de la sanction la moins coûteuse pour le débiteur. Si cela est vrai, alors il y aura une disproportion entre la valeur de l'intérêt du créancier et le coût de l'exécution forcée en nature. Si la disproportion est certaine, alors le créancier, pourvu que le débiteur soit de bonne foi, n'aura pas le droit de demander l'exécution forcée en nature ou la sanction légale à la disposition du créancier la moins coûteuse pour le débiteur.

539. Il nous semble que la formule « manifeste » de l'article 1221 fait plus allusion au caractère « significatif » ou « important » qu'au caractère simplement « certain » ou « évident » de la disproportion. La position de la doctrine tient plutôt à réduire le domaine d'application de la limite qu'à l'élargir.[890] Cette interprétation est probablement la plus adaptée à l'esprit du droit français, lequel fonde l'exécution du contrat sur le respect de la parole donnée. Cela dit, l'interprétation proposé n'est pas dépourvue d'intérêt si, le choix est celui de concilier l'efficacité économique et la force obligatoire du contrat.

540. Il est intéressant de noter que les principes d'Unidroit limitent l'exécution en nature dans son article 7.2.2 (b) lorsqu'ils affirment que « l'exécution ou, s'il y a lieu, les voies d'exécution exigent des efforts ou des dépenses déraisonnables ». Ce sont les efforts ou les dépenses « déraisonnables » qui constituent le critère de la limite de l'exécution en nature. Dans les commentaires officiels, la limite s'applique lorsque l'exécution en nature devient « tellement onéreuse qu'il serait contraire au principe général de bonne foi […] de l'imposer ».[891] Quoiqu'on puisse en penser, des dépenses peuvent être considérées comme déraisonnables s'il y a des mesures moins pénibles pour le débiteur, ce qui reviendrait à appliquer le critère du raisonnable de l'obligation de modérer le dommage. Ensuite, l'article 7.2.2. (c) limite l'exécution en nature lorsque « le créancier peut raisonnablement en obtenir l'exécution d'une autre façon ». L'article 7.2.2 (c) est sans doute une application de

[890] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 547 et s., article 1221.

[891] Principes d'UNIDROIT 2016. Selon l'illustration : « Un pétrolier a coulé dans les eaux territoriales à la suite d'une violente tempête. Bien qu'il soit possible de renflouer le navire, le chargeur ne peut pas exiger l'exécution du contrat de transport si celle-ci implique pour l'armateur des dépenses excédant de beaucoup la valeur du pétrole »

l'obligation de modérer le dommage. Le critère du caractère raisonnable de la mesure dépend aussi de chaque circonstance.[892] La même règle est reprise dans les Principes du droit européen des contrats. Selon l'article 9 :102, l'exécution en nature ne peut être obtenue notamment lorsqu'elle impliquerait pour le débiteur des efforts ou des dépenses déraisonnables.

541. En somme, il est clair que, même dans le droit issu de la réforme, l'affirmation du droit du créancier à l'exécution forcée en nature représente une incompatibilité significative par rapport aux effets de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Le droit du créancier est une limite au principe de substitution, contenu pratique, dans la plupart des cas, de l'obligation de modérer le dommage. C'est le respect de la parole donnée et la conception volontariste du contrat qui l'emporte sur la conception utilitariste et l'efficacité économique du contrat. Cependant, le contrôle du juge sur le caractère abusif, raisonnable et proportionnel de la sanction pourrait justifier la limitation du principe de la primauté de l'exécution forcée en nature afin de concilier l'efficacité économique du contrat avec la force obligatoire du contrat. C'est un choix politique à prendre dans les systèmes juridiques qui suivent le modèle du Code civil français, ainsi que dans la réforme du droit des contrats et du droit de la responsabilité civile en France.

542. Au-delà des effets du principe de primauté de l'exécution forcée en nature vis-à-vis du juge, les incompatibilités avec l'obligation de modérer le dommage se manifestent aussi à l'égard du droit du débiteur de se libérer en nature de son obligation.

§ 3. LA PORTÉE DU PRINCIPE PAR RAPPORT AU DÉBITEUR

543. **1. Le droit du débiteur de se libérer en nature.** Il s'agit de savoir si le principe de primauté de l'exécution forcée en nature permet au débiteur de se libérer de l'obligation inexécutée une fois que le créancier a demandé en justice la protection de son

[892] Principes d'UNIDROIT 2016. Selon l'illustration : « A, situé dans un pays en développement où les devises étrangères sont rares, achète une machine de type standard à B, fabricant situé dans le pays X, pays développé. Conformément au contrat, A paie le prix de 100.000 USD avant la livraison. B ne livre pas. Bien que A puisse obtenir la machine d'une autre façon dans le pays X, il serait déraisonnable, en raison de la rareté et du prix élevé des devises étrangères dans son pays, d'exiger de A qu'il agisse dans ce sens. A est par conséquent en droit d'imposer à B la livraison de la machine. »

intérêt, et même, après que le jugement de la demande du créancier a été prononcé. La réponse à cette question est essentielle, parce qu'elle détermine la compatibilité des conditions de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité du contrat, avec le système du Code civil français, suivi par le Venezuela, et par le droit issu de la réforme.

544. Selon l'interprétation volontariste du contrat, le débiteur a le droit de se libérer de l'obligation en exécutant la prestation exactement comme elle a été accordée. On parle à propos de l'exécution volontaire du débiteur des principes de l'intégrité et de l'identité du paiement. Si le débiteur offre l'exécution exacte de l'obligation avant que le créancier ait demandé en justice l'exécution forcée ou la résolution du contrat, le débiteur est libéré. Une fois exécutée l'obligation et satisfait l'intérêt du créancier, les problèmes relatifs aux sanctions de l'inexécution du contrat ne se présentent même pas. Comme l'affirme le professeur GENICON, « la force obligatoire du contrat signifie non seulement que le débiteur doit exécuter ce qu'il a promis (c'est sous cet aspect le plus évident qu'on l'aborde généralement) mais encore que le créancier doit recevoir l'objet de cette promesse. Le « droit » à la prestation qui est le sien occulte souvent le « devoir » de recueillir cette prestation qui s'impose à lui et qui n'est que l'envers du droit du débiteur au paiement ».[893]

545. Il s'agit alors de savoir si le débiteur peut offrir l'exécution de l'obligation une fois que le créancier a fait son choix sur la sanction de l'inexécution du contrat. En principe, selon la conception volontariste du contrat, suivi par le droit vénézuélien, le créancier est censé demander l'exécution forcée en nature lorsqu'elle possible et utile. Le droit du créancier est ici limité par le principe de primauté de l'exécution forcée en nature. Sauf lorsque l'exécution en nature n'est pas possible, le créancier ne peut que demander au juge la reconnaissance de son droit et le juge condamner le débiteur à l'exécution volontaire. Lorsque l'exécution volontaire du jugement n'est pas réalisée volontairement par le débiteur, le créancier a le droit de demander l'exécution forcée du jugement.[894]

[893] T. GENICON, « Le créancier victime de l'inexécution peut-il refuser l'offre d'exécution en nature de son débiteur fautif ? », *RDC 2013,* nº 3, p. 891 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBÉE, *Essai sur la notion de réparation*, préface P. HEBRAUD, LGDJ, 1974, p. 178.
[894] J. MELICH, *La sanción de la inejecución del contrato, op. cit.,* p. 48.

546. Selon cette présentation, qui est d'ailleurs la présentation de la doctrine en droit vénézuélien,[895] le jugement qui constate la validité du droit de créance doit condamner le débiteur à exécuter l'obligation en nature. Pour cela, il doit accorder au débiteur une période d'exécution volontaire du jugement. Si le débiteur n'exécute pas l'ordre d'exécution volontaire édicté par le juge, alors le créancier a le droit de demander au juge l'exécution forcée en nature. Comme on l'a déjà noté, lorsque l'obligation est de faire, le créancier peut demander au juge l'autorisation d'exécuter lui-même ou à travers un tiers la prestation ordonnée par le juge ou de détruire ce qui a été fait en contravention de l'obligation de ne pas faire.[896] Si le créancier ne le demande pas, ou si l'obligation de faire ou de donner est impossible ou trop onéreuse, le débiteur sera condamné à l'indemnisation de dommages calculés sur la valeur patrimoniale de la prestation ordonnée par le jugement.[897]

547. On en déduit, dans la présentation de la doctrine du droit vénézuélien, que le débiteur a le droit d'offrir l'exécution en nature pendant la procédure judiciaire. Cette offre devrait produire l'extinction de l'obligation à sa charge. Également, une fois le jugement prononcé, le débiteur peut se libérer de l'obligation contenue dans le jugement s'il offre l'exécution dans la période d'exécution volontaire accordée par le juge. De cela, on peut déduire, au moins deux incompatibilités avec l'obligation de modérer le dommage.

548. D'abord, si le débiteur est toujours en droit d'offrir l'exécution en nature afin de se libérer de l'obligation, le créancier ne peut pas s'engager à réaliser une opération de substitution, effet pratique le plus fréquent de l'obligation de modérer le dommage. En effet, une fois l'obligation exécutée par le débiteur, le créancier devra exécuter l'obligation réciproque à sa charge. En réalité, l'opération de substitution présuppose, sans que cela soit toujours nécessaire, la possibilité de mettre fin au contrat unilatéralement.[898] Lorsque la résolution unilatérale n'est pas possible, comme c'est le cas au Venezuela, l'opération de

[895] *Ibidem* ; M. C. DOMÍNGUEZ, *Curso de derecho civil III, Obligaciones, op. cit.,* p. 162 ; E. MADURO LUYANDO, E. PITTIER, *op. cit.,* p. 124 et s.; J. MELICH, *Doctrina general del contrato*, *op. cit.,* p. 451 et s.; O. OCHOA, *Teoría general de las obligaciones. Derecho civil III*, *op. cit.,* p. 117 et s. ; O. PALACIOS HERRERA, *Apuntes de Obligaciones*, *op. cit.,* 271 et s.

[896] En droit français voir : G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et de réparation en nature en droit français », in, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, (dir. M. Fontaine et G. Viney), Paris, LGDJ, 2001, p. 167.

[897] E. MADURO LUYANDO, *op. cit., loc. cit.* ; J. MELICH, « La sanción de la inejecución del contrato », *art. précit., loc. cit.*

[898] V. *supra* nº 291 et s.

substitution est incompatible avec le droit du débiteur de se libérer de ses obligations par l'exécution en nature.[899]

549. Ensuite, on sait que l'un des traits particuliers de l'obligation de modérer le dommage est la date de calcul des dommages-intérêts. On sait aussi que, selon le système de la *common law* et du droit international des contrats, la date de calcul des dommages-intérêts est la date d'inexécution de l'obligation[900]. Il en va ainsi, car, si la date de calcul des dommages-intérêts était la date du jugement, le créancier ne serait pas incité à éviter l'aggravation du dommage entre la date de l'inexécution et la date du jugement. Il s'en suit que, si le débiteur est toujours en droit d'attendre la période d'exécution volontaire du jugement qui ordonne l'exécution forcée en nature, les dommages seront nécessairement calculés sur la valeur patrimoniale de la prestation ordonnée par le jugement et, par conséquent, le créancier n'aura pas d'incitation à modérer le dommage. Il n'aura par exemple aucune incitation à réaliser une opération de substitution. Le calcul du préjudice à la date du jugement est incompatible avec l'obligation de modérer les dommages en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.[901]

550. Cela dit, on a déjà démontré que, malgré l'interprétation de la doctrine majoritaire et la jurisprudence au Venezuela, selon notre interprétation, le droit positif n'adopte une hiérarchie des sanctions de l'inexécution du contrat ni ne consacre le caractère subsidiaire des sanctions à l'exécution forcée en nature. Selon l'interprétation qui nous préconisons, le créancier devrait avoir le droit au libre choix des sanctions, pourvu que les conditions de leur admissibilité soient remplies. Selon cette présentation, qui correspond à l'interprétation majoritaire de la doctrine en droit français avant la réforme[902], le débiteur ne peut pas imposer au créancier la sanction à l'inexécution du contrat, ce qui nous amène à analyser la vraie portée du principe par rapport au débiteur.

551. **2. La vrai portée du principe de la primauté à l'égard du débiteur.** Le principe de primauté de l'exécution en nature par rapport au débiteur est une règle correcte, lorsque la relation juridique obligatoire se développe au stade physiologique du rapport

[899] V. *supra* nº 291 et s.
[900] V. *supra* nº 197 et s.
[901] V. *supra* nº 482 et s.
[902] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op. cit.,* nº 21-1*;* P. WERY, *op. cit.,* nº 179, p. 246.

obligatoire, à savoir, avant la mise en place de la sanction choisie par le créancier, une fois qu'il a mis en demeure le débiteur d'exécuter le contrat.[903] Lorsque l'intérêt du créancier n'est pas satisfait dans les termes accordés, en raison d'un fait imputable au débiteur, le débiteur est sanctionné. La sanction de l'inexécution du contrat comprend tous les moyens mis à la disposition du créancier afin de protéger ses intérêts juridiques.[904] Le créancier peut, à sa discrétion, choisir le mécanisme de protection qui répond le mieux à ses intérêts[905]. Toutefois, le droit au libre choix des moyens de protection et de sanctions doit céder devant l'offre d'exécution du débiteur, avant que le moyen choisi par le créancier soit mis en place.[906]

552. Cela est la présentation cohérente d'un système qui reconnaît au créancier le libre choix de la sanction et relativise le principe de primauté de l'exécution en nature du débiteur. Comme l'affirme le professeur Genicon, « il s'agit du droit à l'exécution forcée qu'une jurisprudence bien établie reconnaît au créancier et devant lequel le pouvoir d'appréciation des juges marque le pas. Il est décidé en effet que c'est « la partie envers laquelle un engagement n'a point été exécuté » qui a « la faculté [...] de poursuivre l'exécution forcée de la convention », le juge n'ayant pas son mot à dire, sauf impossibilité d'exécution ou, à la rigueur, abus de droit. Ce rappel liminaire est utile, interprété par certains comme la preuve *a contrario* que le débiteur n'a, quant à lui, pas la possibilité d'imposer cette même exécution en nature au créancier ».[907]

553. Malgré cette position qui nous semble correcte, on constate que le système du Code civil français antérieur à la reforme reconnaît un droit relatif au débiteur d'offrir l'exécution en nature, même si le créancier a déjà choisi une sanction différente de l'exécution forcée en nature. C'est encore, il faut le dire, une manifestation de la conception volontariste du Code civil, de la jurisprudence et de la doctrine française. Pour M. Grosser, « ce droit à l'exécution du débiteur n'est que relatif, contrairement au droit à l'exécution du

[903] J. ANNICCHIARICO, « Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual », in *Derecho de las obligaciones- Homenaje a José Melich Orsini*, *art. préc.,* p. 246.
[904] Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature » *, RDC* 2005, p. 161.
[905] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil. Les effets de la responsabilité, op. cit.,* nº 21-1; P. WERY, *op. cit.,* nº 179, p. 246.
[906] *Ibidem.*
[907] T. GENICON, « Le créancier victime de l'inexécution peut-il refuser l'offre d'exécution en nature de son débiteur fautif ? », *op. cit.,* L'auteur cite : Civ. 1º, 16 janvier, 2007, nº 06-13983 : *Bull. civ.* I, nº 19 ; *RDC* 2007, p. 719 obs. D. MAZEAUD, et p. 741, obs. G. VINEY ; *D.* 2007, p. 1119, note O. GOUT ; *RTD civ.* 2007, p. 342, obs. B. FAGES.

créancier qui est, lui, absolu. Le devoir pour le créancier d'accepter l'offre en nature n'est qu'une *fausse obligation* pour le juge puisque ce dernier est souverain dans l'appréciation du caractère satisfaisant de cette offre. »[908] Il en est ainsi dans le modèle du Code civil français, car, « ayant fait […] le choix d'une administration judiciaire des sanctions », il ne s'est pas occupé de réglementer un « droit de correction » ou *right to cure*, propre aux systèmes, qui, comme la *common law*, ont fait le choix d'une administration extrajudiciaire de sanctions à l'inexécution du contrat.[909]

554. Selon le « droit de correction » ou *right to cure* consacrée dans les systèmes de la *common law*, le débiteur a le droit d'imposer l'exécution en nature, même après la date où l'exécution est due, pourvu que le terme de l'obligation ne soit pas essentiel, que l'exécution conforme parvient dans un délai utile pour le créancier et que celle-ci soit offerte dans une période raisonnable[910]. Lorsque l'exécution est possible et que le débiteur n'a pas « répudié » total ou partiellement le contrat, l'inexécution n'est pas considérée suffisamment grave *(fondamental breach)* et le créancier n'a pas le droit de résoudre le contrat. L'offre du débiteur d'exécuter le contrat dans un délai raisonnable, même après la date d'exécution, tient en échec le droit du créancier de mettre fin au contrat pendant ce délai.[911] Selon Treitel, la *liberty to cure* est raisonnable lorsque la finalité du contrat est de transférer un bien au créancier pour une utilisation privée ou commerciale.[912] Cependant, lorsque le créancier est une personne qui acquiert les biens pour les revendre, la *liberty to cure*, surtout lorsqu'elle est exercée après la date de exécution, est une source indésirable d'insécurité. Dans cette situation, l'exercice du droit de correction n'est pas considéré comme raisonnable et la

---

[908] P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse précitée, nº 569 et 570 p. 736 et 738.

[909] *Ibidem.* L'auteur cite : déplorant son absence en droit français, J.-S. BORGHETTI, obs. sur Com., 19 juin 2012, nº 11-13176 et Civ. 1°, 26 sept, 2012, nº 11, *RDC* 2013, p. 101 spéc. p. 107. Un tel mécanisme est aussi connu du droit allemand et par les principes d'UNIDROIT (7.1.4), entre autres.

[910] G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract*, *op. cit.,* nº 276. E. SCHNEIDER, « The Seller's Right to Cure under the Uniform Commercial Code and the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods » *Ariz. J. Int'l & Comp. L.* 69 (1989-1990).

[911] G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract*, *op. cit.,* nº 276. « *Liberty to cure* is recognized in the United States in that a serious breach in first instance only justifies *suspension* of performance by the aggrieved party. Termination is only available if the breach is not cured (Restatement 2nd, Chap. 10 p. 194, § 237) […] cure is still permitted even after the time fixed by the contract for performance, provided that time was not of the essence of the contract. […] If such cure remains possible, or is actually affected, the aggrieved party is not entitled to terminate. […] English law also recognizes the principle of liberty to cure, in the sense that a party […] is entitled […] to cure by substituting a second tender. […] In England it is generally assumed that the liberty described above can be exercised only within the time fixed by the contract for performance -when the time is of the essence-. […] Where the time is not of the essence, English authority does not rule out the possibility that cure after the time fixed for performance may deprive the aggrieved party of the right to terminate ».

[912] *Ibidem.*

victime de l'inexécution a le droit de mettre fin au contrat afin de réaliser une opération de substitution sur le marché.[913]

555. Les systèmes de la *common law* qui donnent au débiteur un délai raisonnable supplémentaire pour exécuter l'obligation ont comme finalité la protection des atteintes des parties et l'efficacité économique du contrat. Il est affirmé que le droit de correction exercé dans un délai raisonnable après la date de l'inexécution est en effet un moyen de modération du dommage.[914] Il sert à éviter le gaspillage de ressources économiques en modérant les préjudices de l'inexécution du contrat que le créancier pourrait demander au débiteur défaillant si le droit de correction n'était pas exercé.[915] L'exécution en nature dans le délai convenu et le droit de correction exercé dans un délai raisonnable constituent les principaux moyens de modération et de prévention du dommage à la charge du débiteur, car, une fois le contrat exécuté par le débiteur, le problème de la modération du dommage ne se pose même pas. Le créancier ne peut pas empêcher que le débiteur exécute le contrat volontairement dans un délai raisonnable, s'il ne veut pas supporter les dommages évitables avec cette mesure. Le droit de correction est en outre un moyen pour le débiteur d'éviter les pertes qu'occasionne la résolution du contrat due à une inexécution grave et qui sont subies par le créancier et le débiteur.[916]

556. **3. Le droit français issu de la réforme.** Bien que le droit de la réforme n'ait pas consacré le droit de correction du débiteur, la question de la primauté de l'exécution forcée en nature à l'égard du débiteur est réglée dans les nouveaux articles 1217, 1221, 1222,

---

[913] *Ibidem.* « Under the American Uniform Commercial Code the liberty to cure after the end of the contract period is restricted to cases in which the seller has reasonable grounds to believe that his tender, though not a conforming one, would be accepted. Under the Vienna Convention, the liberty is limited to cases in which its exercise does not cause the buyer any unreasonable inconvenience. Such provision should enable the courts to limit the liberty according to the needs of the different commercial situations outlined above ».

[914] E. FARNSWORTH, Contracts, *op. cit.,* nº 8.15-18 ; R. A. HILLMAN, « Keeping the Deal Together After Material Breach-Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts », (1976), 47 *U. Colo. L. REV.* 555, p.594, « permitting cure of material breach is exactly the purpose of the avoidable consequences rule when applied to offers made by the breaching party » ; A. CORBIN, *Contracts*, *op. cit.,* nº 1039; J. MURRAY, *Contracts*, *op. cit.,* nº 227.

[915] W. H. LAWRENCE, « Cure after Breach of Contract under the Restatement (Second) of Contracts : An Analytical Comparison with the Uniform Commercial Code », (1986), *Minnesota Law Review*, 2570. « Now the *Restatement* provides that an aggrieved party should be able to terminate a contract only following an uncured material breach. The extension of the cure concept to contracts other than those for the sale of goods under the UCC is desirable. It serves to avoid economic waste by mitigating damages that would otherwise be recoverable against the breacher. At the same time, however, it protects the reasonable expectations of the injured party because all damages that are not avoidable are recoverable. Cure makes this protection as well as waste avoidance available while also preserving the breaching party's continuing rights under the contract. »

[916] W. H. LAWRENCE, *art. cit.* ; R. A. HILLMAN, *art. cit.*

1223, 1225, 1226, 1231, 1231-5 et 1231-6 du Code civil.[917] En effet, le débiteur ne peut pas décider de la sanction applicable à l'inexécution de l'obligation contractuelle qui lui est imputable. Il ne peut pas imposer au créancier ni la résolution du contrat, ni la réduction du prix, ni l'indemnisation des dommages. Cependant, le débiteur a le droit de se prévaloir des principes de l'intégrité et de l'identité du paiement, à condition qu'il le fasse dans le temps stipulé dans le contrat. Une fois que le créancier a mis en demeure le débiteur, ce dernier a l'opportunité de se libérer de l'obligation accordée, s'il offre l'exécution en nature conforme avant que le créancier ait mis en place l'un des moyens à sa disposition pour protéger sa créance. En principe, une fois le terme raisonnable accordé par le créancier arrivé et la sanction choisie, le débiteur perd le droit d'offrir l'exécution en nature.[918]

557. L'exécution volontaire est favorisée par le droit issu de la réforme dont la mise en demeure du débiteur est une condition préalable à toutes les sanctions, qu'elles soient judiciaires ou extrajudiciaires.[919] Il s'ensuit que l'action en justice, qui met en jeu l'un des moyens judiciaires sans accorder un terme supplémentaire d'exécution, ne vaut pas en tant que mise en demeure valable, sauf lorsque la mise en demeure et le terme supplémentaire accordé par le créancier n'a pas d'utilité. Si l'exécution volontaire du débiteur est privilégiée, la mise en demeure doit comporter pour le débiteur une ultime chance d'exécution. C'est le cas pour la mise en place de la sanction prévue à l'article 1222[920], de la réduction du prix.[921] C'est aussi le cas à l'article 1225 en ce qui concerne la clause résolutoire, laquelle est subordonnée à une mise en demeure infructueuse. C'est aussi le cas de l'article 1226, qui établit le droit du créancier de résoudre le contrat par voie de notification à ses risques et

---

[917] O. DESHAYES, « La mise en demeure préalable aux sanctions de l'inexécution contractuelle : état des lieux, critique après la réforme de 2016 »,*art. préc.,* p. 29.

[918] *Ibidem.* Selon O. Deshayes : « cette conclusion-là doit être atténuée. Car il est possible que le débiteur puisse contraindre le créancier à accepter une exécution en nature en cours d'instance ». En faveur de cette solution voir not. : Com., 10 Janvier 2012, nº 26837-10, *RDC* 2012, p. 782 obs. Y.-M. LAITHIER, plus nettement : Civ. 3º, 27 mars 2013, nº 12-13734, *Bull. civ.* III, n° 40 : *RDC* 2013, p. 890, obs. T. GENICON ; *RDC* 2013, p. 903, obs. G. VINEY ; *RDC* 2013, p. 974, obs. J.-B. SEUBE; *RTD civ*. 2013, p. 603, obs. H. BARBIER, A. BENABENT, *Droit des obligations*, 16º éd., *op. cit.,* nº 373 : « en mettant en avant que toutes les sanctions de l'inexécution contractuelles doivent être précédées d'une mise en demeure […], les textes issus de la réforme de 2016 paraissent bien permettre au débiteur d'imposer une exécution en nature ».

[919] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 474-475.

[920] *Ibidem,* p. 490. Selon ces auteurs : « L'appréciation du caractère « raisonnable » du « délai » suppose de prendre en considération les intérêts respectifs des parties. D'un côté, puisque la mise en demeure est un acte distinct de la simple notification d'une décision et qu'elle vise dans ce contexte à favoriser l'exécution volontaire par le débiteur, un minimum de temps doit s'écouler entre la mise en demeure (qu'elle soit proche ou éloignée dans le temps de l'inexécution, peu importe) et le recours à un tiers ».

[921] *Ibidem.* J. MOURY, « La détermination du prix dans le 'nouveau' droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 1013, spéc. nº 20.

périls, lequel subordonne, en principe, la mise en jeu du moyen à une mise en demeure préalable du débiteur défaillant de satisfaire son engagement dans un délai raisonnable. C'est également le cas de l'article 1231, qui détermine le régime de la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat, et selon lequel, sauf dans le cas où l'inexécution est définitive, la demande des dommages et intérêts est conditionnée à la mise en demeure préalable du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable.

558. Il est affirmé que « la nécessité de la mise en demeure, qui n'est pas nouvelle, illustre bien la généralisation dont cette condition est l'objet dans la réforme. Le but est d'éviter, dans la mesure du possible, l'anéantissement du contrat en donnant au débiteur une ultime chance de respecter ses engagements. C'est aussi un moyen pour le créancier de constater officiellement la carence de son débiteur afin de pouvoir en tirer les conséquences si elle persiste. »[922] Il s'agit, à notre avis, d'un mécanisme équivalent au délai de correction consacrée dans la *common law.* Il joue en faveur de l'efficacité économique du contrat, car le délai supplémentaire permet au débiteur de modérer le dommage en exécutant le contrat. Dès lors, le débiteur ne devrait pas avoir le droit d'offrir l'exécution en nature du contrat après que le créancier a mis en jeu l'un des moyens judiciaires ou extrajudiciaires de protection de son droit, sauf évidemment l'exception d'inexécution du contrat.[923]

559. Le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature devient, en réalité, en ce qui concerne le débiteur, un principe de la *primauté de l'exécution volontaire en nature.* En effet, il en est ainsi dans la mesure où, d'un côté, le débiteur a le droit de se libérer de son obligation contractuelle s'il réalise une offre d'exécution conforme, dans un délai raisonnable, avant que le créancier ne mette en jeu la sanction judiciaire ou extrajudiciaire, et, de l'autre côté, dans la mesure où une telle offre tient en échec le droit du créancier de choisir la sanction de l'inexécution, parce qu'en principe son intérêt contractuel sera déjà satisfait. Pour cela, le débiteur bénéfice d'un délai raisonnable pour dévoiler sa disposition à l'exécution conforme après la mise en demeure faite par le créancier.

---

[922] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 490*,* selon les auteurs : *« c'est la raison pour laquelle, en cas d'inexécution irrémédiable, la mise en demeure ne devrait pas être requise ; une notification au débiteur est suffisante ».* V. Civ 1°, 3 février, 2004, nº 01-02.020 : *Bull Civ.* 2004, I, nº 27.
[923] *Ibidem.*

560. Cette présentation du droit issu de la réforme écarte les obstacles que la conception volontariste du contrat dresse contre l'obligation de modérer le dommage (telle qu'elle est présentée par la doctrine vénézuélienne). L'obligation de modérer le dommage présuppose au moins le libre choix des remèdes par le créancier. Ce libre choix n'existe pas si le débiteur peut le déjouer en ayant le droit d'offrir l'exécution en nature une fois que le créancier, après la mise en demeure préalable du débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable,[924] a mis en jeu son choix. Si le débiteur n'est pas en droit d'offrir l'exécution du contrat pendant la procédure judiciaire ou après la mise en jeu des moyens de protection extrajudiciaires, l'obligation de modérer le dommage pourra déployer tous ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. En effet, on ne pourrait pas reprocher au créancier de ne pas avoir évité le dommage évitable avec des mesures raisonnables, si celui-ci n'est pas libre de choisir la sanction applicable au débiteur. C'est reconnaître au débiteur le droit de choisir la sanction applicable, lorsqu'il a le droit d'imposer l'exécution en nature tardivement.

561. Cela dit, il faut encore signaler que cet avantage conféré au créancier comporte, en contrepartie, le devoir pour le créancier d'agir raisonnablement, c'est-à-dire, de choisir le moyen de protection qui, tout en lui permettant de réaliser son intérêt contractuel, représente le choix qui comporte un coût moindre pour le débiteur et par conséquent pour la société. Ainsi, si l'obligation de modérer le dommage est consacrée, le créancier n'aura pas le droit d'être indemnisé des préjudices évitables avec des mesures raisonnables, y compris les coûts évitables, ainsi que la perte de la valeur évitable. Le libre

[924] Dans les systèmes de la *common law,* le débiteur, à travers le *right to cure,* a le droit d'imposer l'exécution en nature, même après la date où l'exécution est due, pourvu que le terme de l'obligation ne soit pas essentiel, que l'exécution conforme parvient dans un délai utile pour le créancier et que celle-ci soit offert dans une période raisonnable[924]. Lorsque l'exécution est possible et que le débiteur n'a pas « répudié » total ou partiellement le contrat, l'inexécution n'est pas considérée suffisamment grave *(fondamental breach)* et le créancier n'a pas le droit de résoudre le contrat. L'offre du débiteur d'exécuter le contrat dans un délai raisonnable, même après la date d'exécution, tient en échec le droit du créancier de mettre fin au contrat pendant ce délai. G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract*, *op. cit.,* nº 276. Cela dit, il nous semble que la mise en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable, en tant que condition de presque la totalité des sanctions de l'inexécution du contrat, est une solution très proche au *right to cure* en *common law.* En effet, il nous semble que le débiteur aura le droit d'offrir l'exécution en nature, même après la date où l'exécution est due, à chaque fois que le créancier s'abstient de mettre en demeure au débiteur de s'exécuter avant de choisir la sanction. Pour cela il faut, comme dans la *common law,* que le terme de l'obligation ne soit pas essentiel, que l'exécution conforme parvient dans un délai utile pour le créancier, que le débiteur n'ait pas « répudié » total ou partiellement le contrat, que l'inexécution ne soit pas considérée suffisamment grave et que celle-ci soit offert dans une période raisonnable. Il nous semble, que l'offre d'exécution en nature fait par le débiteur tiendrait en échec le droit du créancier au libre choix de la sanction. En outre, il nous semble que si le créancier a mis en demeure le débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable, le droit du créancier au libre choix doit être considéré suspendu jusqu'à la fin du délai. Le *right to cure,* ou bien la mise en demeure, en tant que condition des sanctions à l'inexécution du contrat, sont des mécanismes d'efficacité économique du contrat, parfaitement compatible avec l'obligation de modérer le dommage.

choix du créancier est cerné dans les limites du caractère raisonnable du choix. Ces limites correspondent précisément au contenu de l'obligation de modérer le dommage issu de la limite à l'indemnisation des préjudices évitables. C'est un juste équilibre que cherche à réaliser le système.

562. Au Venezuela comme en France le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature est un dogme toujours vivant. Un changement de paradigme, vers un système qui limite l'exécution forcée en nature en faveur de l'efficacité économique, implique la déconstruction et la reconstruction d'un nouveau système. Il s'agit d'un choix politique que le droit français n'a pas encore franchi.

563. **Bi1an.** Le principe de primauté de l'exécution en nature est un principe incompatible avec l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Un système qui privilégie l'exécution forcée en nature est en principe inapte à recevoir utilement l'obligation de modérer le dommage. Les effets de cette obligation dans un tel contexte juridique sont réduits à un pur mécanisme de calcul du préjudice sans incidence sur le régime juridique du contrat.

564. L'interprétation volontariste classique du droit vénézuélien suivi par la doctrine suscite de vraies incompatibilités entre le principe de la primauté de l'exécution en nature et l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. En particulier, les incompatibilités tiennent à l'absence de liberté du créancier de choisir la sanction de l'inexécution, à l'absence de contrôle de la sanction par le juge, et au droit du débiteur d'offrir l'exécution en nature jusqu'à la phase d'exécution du jugement.

565. L'incompatibilité du système du Code civil français, comme celui issu de la réforme avec l'obligation de modérer le dommage, tient au fait que le créancier, libre de choisir la sanction de l'inexécution, a le droit de demander l'exécution forcée en nature, même dans des cas où il pourrait parvenir à la satisfaction de son intérêt de manière immédiate et au moindre coût pour la société, à travers d'autre sanctions plus efficientes. En réalité, l'interprétation volontariste du Code civil français n'est pas orientée vers une politique d'efficacité économique du contrat utilitariste. S'il était décidé d'accorder une place à l'efficacité économique parmi les finalités du contrat, il faudra concilier cette finalité

avec la liberté contractuelle, le respect de la parole donnée, la bonne foi et la justice contractuelle.

566. Ces incompatibilités sont surmontables du point de vue de la technique juridique. En ce qui concerne le droit vénézuélien, il faut d'abord reconnaître la liberté du créancier de choisir la sanction de l'inexécution du contrat et l'impossibilité du débiteur d'imposer l'exécution en nature, lorsque le créancier, après avoir mis en demeure au débiteur de s'exécuter dans un délai raisonnable, a choisi le moyen de protection de son intérêt. Pour cela, il faudra appliquer les normes positives en vigueur et abandonner les raisonnements qui ont inspiré les interprétations volontaristes classiques du XIX^{e} siècle en France.

567. En ce qui concerne les incompatibilités du droit français, aussi présentes dans le droit vénézuélien, il faudra limiter le droit du créancier à l'exécution forcée en nature chaque fois que le créancier peut trouver satisfaction à son intérêt grâce à un moyen légal moins onéreux pour le débiteur et pour la société. Ainsi, il est proposé, en application de l'obligation de modérer le dommage, de limiter l'indemnisation du préjudice causé par le retard dans l'exécution ainsi que pour le préjudice extrinsèque, lorsque ces préjudices sont évitables raisonnablement avec une autre sanction. L'application de la limite à la réparation du dommage évitable dans ces situations permettrait de créer les incitations nécessaires pour que le créancier adopte la sanction la plus efficace.

568. En outre, si l'obligation de modérer le dommage était consacrée en droit français en tant qu'outil de l'efficacité du contrat, rien n'empêcherait le juge de se fonder sur la théorie de l'abus de droit et de limiter l'exécution forcée en nature chaque fois que le créancier la demanderait afin d'échapper aux effets de l'obligation de modérer le dommage sans autre justification légitime. Il ne s'agirait pas de priver le créancier de son droit à la satisfaction de son intérêt contractuel, mais d'accorder la sanction qui le place dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, au moindre coût pour la société. Ainsi, par exemple, à chaque fois qu'il existerait un marché de substitution capable de satisfaire de manière immédiate l'intérêt de la partie lésée, le juge serait autorisé à refuser l'exécution en nature, sous le contrôle de l'exercice abusif ou déraisonnable du droit du créancier à l'exécution en nature.

569. La consécration de l'obligation de modérer le dommage dans le modèle du Code civil français permettrait d'ouvrir la porte à la limitation du principe de l'exécution en nature en faveur de l'efficacité du contrat. Il ne s'agirait plus de trouver des fondements juridiques capables de surmonter les incompatibilités du principe de la primauté de l'exécution forcée en nature, mais d'un choix politique. Cette limitation deviendrait une exception au principe, lequel garderait sa place comme principe capital du droit français des contrats. Il faut souligner que l'exécution volontaire du contrat par le débiteur, lorsqu'elle arrive dans le temps convenu ou dans une période raisonnable après la date d'exécution, est le moyen le plus efficace de modérer le dommage.

570. Bien que les grands principes généraux de la réparation intégrale du dommage et le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature posent des incompatibilités entre les conditions de l'obligation de modérer le dommage et la conception volontariste du contrat, il est nécessaire d'analyser les incompatibilités vis-à-vis des effets de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes. Elles tiennent principalement à la compatibilité des effets et techniques de modération du dommage avec le régime juridique des sanctions de l'inexécution du contrat selon conception volontariste du contrat.

TITRE II
INCOMPATIBILITÉS DES EFFETS ET TECHNIQUES DE LA MODÉRATION DU DOMMAGE

571. Dans les systèmes utilitaristes, l'obligation de modérer le dommage se manifeste en termes pratiques, lorsqu'il s'agit de biens et de services de nature fongible, en vertu du principe de substitution[925]. Lorsque ce principe n'est pas applicable, alors les autres critères du caractère raisonnable des mesures permettant d'éviter ou de modérer le dommage sont applicables.[926] Le principe de substitution comprend le vaste domaine des contrats qui ont pour objet les biens meubles et les services fongibles, qui, de nos jours, sont produits ou fournis en masse. Il est difficile de mesurer la proportion que représente ce domaine de l'économie par rapport à celui relatif à l'échange de biens et de services non fongibles, tel que le marché immobilier, le marché sur les œuvres d'art et de l'intellect, ainsi que les marchés de services professionnels, lorsqu'ils sont contractés *intuitu personae,* entre autres.

572. Il s'agit ici d'identifier et analyser les incompatibilités entre les mesures de substitution, en tant que technique de modération dans les systèmes utilitaristes, et les règles applicables aux sanctions de l'inexécution du contrat selon le système volontariste suivi par le droit vénézuélien, et le droit des contrats en France (Chapitre I). Lorsque les mesures de substitution ne sont pas applicables, il s'agit d'identifier et analyser les incompatibilités de ces règles avec les autres techniques de modération du dommage couramment admises dans les système utilitaristes (Chapitre II).

[925] V. *supra* nº 291 et s.
[926] V. *supra* nº 237 et s.

CHAPITRE I
LES INCOMPATIBILITÉS DES MESURES DE SUBSTITUTION

573. Selon le principe de substitution en *common law*, chaque fois qu'il existe une inexécution suffisamment grave et qu'il existe un marché de substitution pour remplacer le contrat inexécuté, le créancier est censé suspendre l'exécution de l'obligation à sa charge, mettre fin au contrat et le remplacer auprès d'un tiers sur le marché. Cela lui permet de satisfaire son intérêt contractuel de manière immédiate tout en ayant le droit de demander au débiteur la différence entre le prix de substitution et le prix accordé dans le contrat inexécuté. L'opération de substitution permet de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté de manière immédiate, au moindre coût pour le débiteur et pour la société. Elle correspond à la manifestation pratique la plus habituelle de l'obligation de modérer le dommage. Il faut noter que le principe de substitution constitue uniquement une limite au montant du dommage réparable. Cette limite est fondée sur la conviction que, dans une économie de marché, en cas d'inexécution grave du débiteur, la sanction qu'implique le moindre coût pour la société est la substitution du contrat. On ne reviendra pas ici sur la nature et la justification du mécanisme, lesquelles ont déjà été analysées.[927]

574. Il ne faut pas confondre le principe de substitution avec la faculté de remplacement prévue par le nouvel article 1222 du Code civil français. En effet, il s'agit de deux mesures de modération du dommage de natures différentes. Tandis que l'article 1222 prévoit une faculté de *remplacement de la prestation* afin de compléter, réparer ou bien remplacer la prestation dans le cadre du contrat originel, le principe de substitution vise *la substitution du contrat*, ce qui implique pour le créancier la possibilité de résoudre le contrat, libérer les parties des obligations à leur charge, et obtenir la satisfaction de son intérêt contractuel en dehors du cadre du contrat originel auprès d'un tiers sur le marché.

575. Bien que le *remplacement de la prestation* et la *substitution du contrat* soient des mesures de modération du dommage différentes, elles sont très souvent confondues, car

[927] V. *supra* nº 291 et s.

elles visent toutes les deux à la satisfaction de l'intérêt du créancier auprès d'un tiers sur le marché. Cela dit, le *remplacement de la prestation* constitue un mécanisme nouveau issu du droit de la réforme en France dont sa nature et portée, en tant que mesure raisonnable de modération du dommage, reste à élucider.

576. On verra ainsi, en ordre d'importance, les incompatibilités du principe de substitution (*substitution du contrat)*, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage avec le système volontariste suivi par le droit vénézuélien, et le droit français (Section I), et, ensuite, le nouveau mécanisme de modération du dommage en droit français : *le remplacement de la prestation,* (section II).

SECTION I
LA SUBSTITUTION DU CONTRAT

577. Lorsqu'on analyse l'opération de substitution du contrat modelée dans le système de la *common law* et le droit international, on constate l'existence de limites d'ordre juridique relatives à la capacité du créancier et aux moyens qui lui sont offerts dans le système volontariste afin de mettre en place cette mesure de modération. En effet, l'efficacité économique de la mesure de substitution du contrat et le caractère raisonnable de cette mesure dépendent entièrement de la faculté de résolution unilatérale du contrat accordée par la loi à la partie lésée. Si le nouveau droit des contrats en France admet la résolution unilatérale, cependant, dans le système volontariste suivi par le droit vénézuélien, la résolution du contrat est une sanction de nature exceptionnelle, qui dépend de l'appréciation souveraine du juge.[928]

[928] Cela dit, le principe de substitution est admis exceptionnellement en droit vénézuélien dans la vente commerciale. Cependant, comme on le verra, même dans ce type de contrat, la résolution dite de plein droit doit être prononcée par le juge de commerce, ce qui enlève tout l'intérêt au mécanisme. En effet, selon l'article 141 du Code de commerce vénézuélien, « Dans la vente, la condition résolutoire a lieu de plein droit en faveur de la partie qui, avant le terme stipulé pour l'exécution du contrat, a offert à l'autre, de la forme ordinairement admise dans le commerce, la remise de la chose ou le paiement du prix, si l'autre n'exécute pas son obligation. A défaut d'offre d'exécution, et sauf des stipulations spéciales, la résolution est soumise aux règles du Code Civil relatives à la condition résolutoire tacite. Dans les deux cas, la partie qui n'exécute pas son obligation est tenue d'indemniser les dommages». Selon l'article 142 du même Code de Commerce, « Si l'acheteur n'exécute pas son obligation, le vendeur a le droit de vendre la chose objet du contrat ou faire son dépôt dans une maison de commerce et, à défaut de celle-ci, en personne responsable, le tout au compte de l'acheteur. La vente se fera aux enchères au prix courant si la chose a un prix de marché, à travers un courtier ou un vendeur spécialisé, et à défaut de ceux-ci, par la personne nommée par le juge du commerce. Le vendeur a le droit d'exiger à l'acheteur le paiement de la différence entre le prix reçu et le prix accordé dans le contrat, avec l'indemnisation des dommages. Si le vendeur n'exécute pas son obligation, l'acheteur a le droit d'acheter la chose aux frais du vendeur et de demander l'indemnisation des dommages. Le contractant qui met en place les droits formulés doit immédiatement aviser de cela l'autre contractant. » Bien que les articles 141 et 142 du Code de commerce vénézuélien permettent l'application du principe de substitution et le remplacement du contrat dans la vente

578. Ainsi, on peut remarquer au moins trois types d'incompatibilités essentielles entre la mesure de substitution du contrat et la faculté du créancier de mettre fin au contrat dans le système volontariste suivi par le droit vénézuélien. D'abord, la résolution est une sanction judiciaire qui dépend de l'appréciation souveraine du juge. En revanche, la mesure de substitution du contrat suppose que le créancier soit capable de mettre fin au contrat de manière unilatérale (§ 1). Ensuite, selon la conception volontariste du contrat suivi par le droit vénézuélien, la résolution du contrat est une sanction à caractère exceptionnel conditionnée par une inexécution grave et définitive du contrat, qui implique le caractère impossible ou inutile de l'exécution en nature. En revanche, la mesure de substitution du contrat présuppose précisément que l'exécution en nature est possible et utile pour le créancier (§ 2). Finalement, la finalité de la mesure de substitution du contrat est de placer le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté au moindre coût pour le débiteur et pour la société. En revanche, selon la conception volontariste du contrat suivi par le droit vénézuélien, inspiré du Code civil français de 1804, la finalité de la résolution est de placer le créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu (§ 3). Il s'agit ici d'analyser la portée de ces incompatibilités en droit vénézuélien et le traitement de celles-ci dans le droit français des contrats.

§ 1. LE CARACTÈRE JUDICIAIRE DE LA RÉSOLUTION DU CONTRAT

579. L'une des conditions externes de l'obligation de modérer le dommage, modelée dans les systèmes utilitaristes, est le droit du créancier victime d'une inexécution substantielle de mettre fin au contrat unilatéralement [929] (2). Cela va lui permettre de substituer le contrat de manière immédiate sur le marché à chaque fois qu'il y a un marché de substitution disponible. Cependant, selon la conception volontariste du contrat suivi par le droit vénézuélien à présent, la résolution du contrat est une sanction exceptionnelle à

commerciale, ce mécanisme ne représente pas une limite de la réparation du dommage évitable. La substitution du contrat est considérée comme un droit de la partie victime de l'inexécution du contrat et non comme une limite au dommage réparable. En revanche, si l'obligation de modérer le dommage était admise au Venezuela et la résolution du contrat ne devait pas être déclaré par le juge, le créancier n'aurait pas le droit de demander les dommages évitables avec cette mesure.

[929] V. *supra* nº 291 et s.

caractère judiciaire. Seul le juge peut mettre fin au contrat (1). Se pose alors une incompatibilité entre la mesure de substitution du contrat et le contexte juridique volontariste adopté par le droit vénézuélien.

1. LA RÉSOLUTION JUDICIAIRE EN DROIT VÉNÉZUÉLIEN

580. **a. L'interprétation volontariste suivie par le droit vénézuélien.** Selon la conception volontariste du contrat suivi par le droit vénézuélien, rien n'oblige les parties à contracter ; les parties sont libres de le faire, mais cette liberté qui existe pour rentrer dans le contrat n'existe pas pour en sortir.[930] Dès le moment où les parties ont contracté, elles sont obligées de respecter leurs engagements. Les parties sont alors enfermées dans leur accord de volonté cristallisée lors de la formation du contrat. Les parties n'ont pas le droit de se délier ni de modifier unilatéralement le contenu du contrat, celui-ci s'imposant aux parties comme une norme particulière à caractère obligatoire et contraignant.[931] Seul le consentement mutuel et les causes autorisées par la loi permettent aux parties de se délier de leurs engagements contractuels. Le contenu obligatoire du contrat, cristallisé au moment de la conclusion du contrat, devient une norme juridique à caractère particulier pour les parties, mais aussi pour le juge. Ce principe est exprimé par l'article 1159 du Code civil vénézuélien, selon lequel « Les contrats ont force de loi entre les parties. Ils ne peuvent être révoqués que par le consentement mutuel ou pour des causes autorisées par la loi ».

581. Alors, parmi les causes autorisées par la loi de « révocation » du contrat, est placée la résolution judiciaire du contrat. Cela est consacré à l'article 1167 du Code Civil Vénézuélien. Selon cet article 1167 : « Dans les contrats bilatéraux, si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre peut, à son choix, *demander judiciairement* l'exécution du contrat ou sa résolution, avec les dommages et intérêts dans les deux cas, s'il a lieu. »

582. Il s'ensuit que, dans le droit vénézuélien, le caractère judiciaire de la résolution du contrat est une condition légale de la résolution. La résolution judiciaire, est aussi une sanction à l'inexécution dans les contrats bilatéraux. Il est vrai que l'ancien droit du Code civil de 1804 permet au juge d'accorder au débiteur un délai supplémentaire d'exécution selon les circonstances, ce qui réaffirme le pouvoir souverain du juge de

[930] J. GHESTIN, *La formation du contrat, op. cit.,* p. 36.
[931] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11º éd., *op. cit.*, p. 32.

considérer les mérites de la résolution. Les défenseurs de l'interprétation volontariste du contrat de la première moitié du XX[e] siècle, suivi par le droit vénézuélien à présent, ont donc accordé une portée réduite à la résolution du contrat sur la base du respect du principe de la force obligatoire du contrat ; d'abord, en privilégiant son caractère judiciaire et, ensuite, en affirmant que la résolution est un « moyen extrême », une « ressource dernière », un « moyen subsidiaire », voire le caractère « exceptionnel » de la résolution.[932]

583. **b. Les fondements de la résolution judiciaire.** Du point de vue du droit positif, la résolution est judiciaire, tout simplement parce que c'est ce qui a été prévu dans la loi. Sauf conventions des parties, la résolution du contrat doit être demandée en justice, ce qui suppose que le juge a le pouvoir de résoudre ou de maintenir le contrat. Le juge a, par le droit positif, le pouvoir de contrôler la pertinence et l'opportunité de la révocation des contrats en cas d'inexécution. Ce pouvoir est plus ferme dans le droit du Code civil de 1804[933] que dans le droit vénézuélien, car le juge vénézuélien n'a pas de pouvoir d'octroyer de délais de grâce.

584. Cette solution est parfaitement compatible avec la conception volontariste du contrat. En effet, si le rapport contractuel est la reconnaissance aux volontés libres et éclairées des parties d'un pouvoir de créer des normes juridiques particulières à caractère obligatoire, le caractère juridique du rapport créé implique que les parties sont tenues de respecter leurs engagements contractuels, sauf causes autorisées par la loi. Alors, selon la l'interprétation volontariste du principe de la force obligatoire du contrat, aucune des deux parties a le droit de révoquer le contrat unilatéralement. C'est la raison pour laquelle il incombe au juge, tiers impartial, de prononcer la révocation du contrat. Pourtant, ce ne sont

---

[932] V. C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général,* 2º éd, Paris, Durand et Hachette, 1870 ; E. LEPELTIER, *La résolution judiciaire des contrats pour inexécutions des obligations,* Paris, Dalloz, 1934, p. 81 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4º éd, Paris, LGDJ, 1949, p. 34 : qui affirme que « puisque il s'agit de rompre le contrat, l'intervention du juge est nécessaire ». J. CARBONNIER, *Droit Civil, Les obligations,* t. 4, Paris, PUF, Coll. Thémis, 2000, p. 342 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations,* 3º éd., Paris, Dalloz, 1927, nº 147, p. 321.

[933] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 379 et s. : « Les travaux préparatoires du code montrent même que dans la rédaction initiale l'article 1184 du Code Civil précisait que la résolution demandée en justice, était prononcée 'par le juge', précision qui semblait tellement évidente qu'il fut jugé plus utile de la retirer ». L'auteur cite P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil,* t. XIII, Paris, Videcoq, 1836. p. 15, qui constate que selon la première version l'article 1184, al 3, « la résolution doit être demandée et prononcée par le juge, qui peut accorder au débiteur un délai selon les circonstances ». Discussion du Conseil d'État, procès-verbal du 11 brumaire an XII.

pas les raisons avancées par la doctrine française pour justifier la solution adoptée dans l'article 1184.

585. En effet, selon la doctrine[934], d'un point de vue historique, le recours au juge par le créancier trouve ses origines dans la nécessité pratique d'obtenir la restitution et l'indemnisation des dommages, face à l'interdiction de se faire justice par soi-même. Elle est aussi la conséquence de l'interdiction morale d'être juge dans sa propre cause. Sous ces considérations, le juge, dans l'ancien droit, s'est accordé le rôle de contrôler la pertinence et l'opportunité de la sanction afin de protéger les intérêts du débiteur, sujet passif de la sanction, ainsi que les intérêts en jeu. Il est jugé nécessaire de contrôler l'importance de l'inexécution au regard de l'intention des parties.[935]

586. Bien que ce soit la tradition et les considérations pratiques qui permettent d'expliquer le caractère judiciaire de la résolution dans l'ancien droit, la nouveauté du Code civil de 1804 a été précisément sa consécration positive dans l'article 1184, ce qui rend la règle plus stricte qu'elle ne l'était pas auparavant.[936] Du point de vue théorique[937], c'est la conception moraliste du principe de la force obligatoire du contrat et du respect de la parole

---

[934] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 375 et s. Selon le professeur Genicon, « La pratique des Parlements ne fait pas question : le créancier doit se présenter au juge pour obtenir la résolution du contrat et ce dernier dispose d'un pouvoir très étendu pour juger de son bien-fondé, à tel point qu'il ne s'estime pas lié au pacte commissoire. » De sa part, lorsque l'on cherche à justifier l'origine des pratiques dans les textes de l'ancien droit, on constate que ni Domat ni Pothier n'ont jamais hésité à affirmer le caractère judiciaire de la résolution. Ainsi, selon Domat « lorsque la résolution d'une convention n'est pas accordée volontairement, celui qui se plaint ne peut pas troubler l'autre, mais doit se pourvoir en justice, pour faire résoudre la convention, et pour faire exécuter ce qui aura été ordonné.» Selon Pothier, « Quand même on n'aurait pas exprimé dans la convention, l'inexécution de votre engagement, comme condition résolutoire de celui que j'ai contracté envers vous ; néanmoins cette inexécution peut souvent opérer le *résiliement* du marché et conséquemment l'extinction de mon obligation. Mais il faut que je fasse prononcer le *résiliement* par le juge ». Si l'on rétroagit dans le temps, on peut constater dans le droit canonique l'idée selon laquelle la résolution du contrat était une peine, un châtiment, et par conséquent devait être prononcée par un juge. Du point de vue pratique, il a été affirmé aussi que « la décision en justice était indispensable afin d'ordonner les effets restitutifs de la résolution et limiter ainsi les voies de fait ». Ces considérations d'ordre moral n'étaient pas présentes dans le droit romain, c'est surtout sur le plan pratique que l'action en justice était considérée comme un recours nécessaire. Ainsi, en droit romain, « La nécessité d'une action en justice est admise à chaque fois que le créancier peut demander la restitution de sa prestation. S'il faut s'adresser au juge, c'est donc très concrètement, pour obtenir les mesures, qui permettent à la résolution d'être effective ».

[935] *Ibidem,* p. 387.

[935] *Ibidem.*

[936] *Ibidem.*

[937] C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in C. JAMIN, D. MAZEAUD, in *Études juridiques*, Paris, Economica, 1999, p. 71; R. CASSIN, « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », in *Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant,* Paris, Sirey, 1939, p. 76.

donnée qui justifie l'obligation de s'adresser préalablement au juge pour lui demander de déterminer si le contrat doit être résolu. Il faut alors être autorisé par une autorité extérieure, impartiale, différente des parties, car en principe les contrats ont force de loi entre ceux qui l'ont formé. C'est sur la base de l'ancien article 1134 du Code civil français, et sur la conception morale de ce principe, que l'on peut tirer le fondement théorique du caractère judiciaire de la résolution suivi par le droit vénézuélien.[938] Alors, c'est sur l' ancien article 1134 al. 2, et sur la prohibition de se faire justice à soi-même, que le juge est muni par le Code civil des pouvoirs de contrôle sur l'opportunité de la résolution. Ce pouvoir est reconnu au juge dans la pratique de l'ancien droit, puis repris par le Code civil de 1804 pour protéger les intérêts en jeu ; d'abord l'intérêt du débiteur, mais aussi, une fois accordé le contrôle de la résolution au juge, cela n'empêche pas que le juge puisse prendre en compte les intérêts du créancier et l'intérêt général, selon les finalités attribuées au contrat, telles que la justice et son utilité.

587. En effet, à la différence de l'article 1159 du Code Civil vénézuélien, l'ancien article 1184 du Code civil français fait signe d'un souci d'humanité envers le débiteur, en octroyant au juge le pouvoir de lui accorder un délai de grâce selon les circonstances[939], ce qui a justifié longuement le caractère judiciaire de la résolution, car, si le juge est en droit d'accorder un délai de grâce, il lui incombe de mesurer préalablement la pertinence et l'opportunité, non pas uniquement du délai de grâce, mais aussi de la résolution. Sur le pouvoir du juge ainsi conçu, le juge s'est vu autoriser le contrôle préalable de l'opportunité et de la pertinence de la résolution, en protection de l'intérêt du débiteur, ce qui ne répond pas à une conception individualiste et libérale du contrat, qui prône plutôt la protection de l'intérêt du créancier qui est victime de l'inexécution du contrat. Elle est même contraire à la conception volontariste du contrat, car accorder un délai de grâce est une intromission du juge dans la loi accordée par les parties. C'est l'idée selon laquelle du respect des

[938] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 382. Cependant, affirme le professeur Genicon : « Si la force obligatoire justifie le caractère judiciaire de la résolution, c'est parce qu'elle prohibe le retrait unilatéral d'un contractant, non parce qu'elle postule l'impossibilité radicale de mettre à bas un contrat dont l'exécution est encore possible ».

[939] J. CARBONNIER, *Droit Civil, Introduction,* 27º éd., Paris, PUF, Coll. Thémis, 2002, p. 77 ; Y. LEQUETTE, « La résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier », in *Revue des droits des affaires de l 'Université de Paris II, 2003,* p. 141, 149, 151. Les auteurs parlent de l'influence de la morale janséniste dans la rédaction de l'article 1184, ce qui dénote une vision humaniste vers le débiteur, et la conception du juge selon l'idéal biblique du juge d'équité, et donc avec un pouvoir modérateur, ce qui est contraire la conception volontariste de la force obligatoire du contrat et de l'utilité du mécanisme contractuel.

engagements et de la parole donnée dépendent la sécurité et de la stabilité des conventions légalement formées, ce qui justifie un contrôle *a priori* de la résolution par le juge. Une conception qui prend en compte l'utilité du contrat sous une conception individualiste, libérale et économique du contrat, cherchera à trouver plutôt la solution qui, tout en assurant la protection des intérêts du créancier et du débiteur, représente en même temps un moindre coût pour la société. Une telle conception du contrat permettrait d'ouvrir la porte à l'acceptation de la résolution unilatérale du contrat. Mais l'impératif de l'efficacité économique du contrat n'était pas pris en compte lors de la confection du Code civil français de 1804 et des codes civils latino-américains qui ont suivi ce modèle, tel que le Code civil vénézuélien de 1942. « La rupture unilatérale sans stipulation du contrat la prévoyant, - écrit M. Larroumet - n'est pas conforme à l'esprit du Code Civil ».[940]

588. **c. Le caractère nécessairement judiciaire de la résolution en droit vénézuélien.** Le caractère judiciaire de la résolution en cas d'inexécution est consacré par l'article 1167 du Code Civil vénézuélien. Il est affirmé unanimement par la doctrine et par la jurisprudence.[941] Ce qui est un trait caractéristique du droit vénézuélien est le fait que, dès 2005, le caractère judiciaire de la résolution a été élargi à la clause résolutoire et même à la

[940] Ch. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat, op. cit.,* nº 712, p. 813. Cependant, c'est en effet l'utilité économique de la résolution unilatérale du contrat qui a permis à une partie de la doctrine de modeler une interprétation de l'article 1184 du Code civil français, en limitant le caractère judiciaire de la résolution aux seuls cas où l'exécution en nature par le débiteur est toujours possible. L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Dossier, Rupture unilatéral du contrat : vers un nouveau pouvoir,* Droit et Patrimoine, mai, 2004, p. 64, 66-67. En effet, selon cette interprétation, le juge a le pouvoir de contrôler l'opportunité de la résolution et d'accorder le délai de grâce uniquement lorsque l'exécution en nature par le débiteur est encore possible. Si l'exécution en nature s'avère impossible, le juge n'est pas dans la possibilité de l'accorder et, par conséquent, le pouvoir de contrôler la pertinence de la résolution n'est plus justifié. ; T. HUC, *Commentaire théorique et pratique du code civil,* t. VII, Paris, Cotillon, 1894, p. 365 ; S. STIJNS, « La résolution pour inexécution en droit belge : conditions et mise en œuvre », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Étude de droit comparé,* Bruxelles, Paris, Bruylant-LGDG, 2001, p. 513. V. Même auteur, « Le rôle du juge dans la résolution judiciaire et non judiciaire pour inexécution d'un contrat », in H. CAUSY, S. STINJS, B. RILLEMENT, A. VERBEKE, (dir), *Droits des contrats, France Belgique,* Bruxelles, Larcier-LGDJ, 2005, p. 91. Voir contre : H. CAPITANT, *De la cause des obligations,* 3º éd., Paris, Dalloz, 1927, p. 341. Pourtant, cette interprétation méconnaît le fondement historique et théorique de l'article 1184, le caractère judiciaire de la résolution dans le Code civil de 1804 étant un caractère difficilement contestable. Selon, T. GENICON, (*La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 381) elle s'appuie, il est vrai, sur une interprétation utilitariste de la norme.

[941] G. KUMMEROW, « Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa », in *Studia iuridica,* Caracas, UCV, 1958, p. 171 et s. ; J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento, revisada y actualizada de la doctrina legislación y jurisprudencia,* 2º ed., Caracas, Acienpol, 2003 ; J. MELICH, *La Doctrina general del contrato, op. cit.,* p. 761-765; O. OCHOA, « El pacto comisorio o acuerdo tácito o expreso de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de las partes de sus obligaciones », in *Estudios de derecho civil,* Vol. I, Coll. Libros homenaje Nº 5, Caracas, TSJ, 2002, p. 965-984.

résolution de plein droit par la jurisprudence contraignante du Tribunal Suprême de Justice. Alors, il faut constater une vraie incompatibilité entre le droit vénézuélien et le principe de substitution, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

589. En effet, dans l'état actuel du droit vénézuélien, les considérations théoriques du droit canonique et du droit ancien en France, qui ont justifié le caractère judiciaire de la résolution, paraissent avoir été étendues au pacte commissoire et aux cas de résolution unilatérale ou de plein droit prévus dans la loi. En effet, le caractère judiciaire de la résolution du contrat est à présent applicable non seulement à la résolution du contrat bilatéral prévue à l'article 1167 du Code civil vénézuélien, mais aussi à la clause résolutoire librement accordée et à tous les cas de résolution unilatérale ou de plein droit prévus dans la loi.[942] L'interdiction de voies de faits, de se faire justice par soi-même, et l'interdiction d'être juge pour sa propre cause ont été reprises par un arrêt contraignant de la chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice vénézuélienne.[943] Les raisons qui ont justifié cette solution, lesquelles donnent un caractère impératif à la règle de la résolution judiciaire du contrat en droit vénézuélien, tiennent à des considérations d'ordre moral tenant au respect de la parole

[942] G. GORRIN, « Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa », in *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio,* Serie eventos 23, Caracas, Acienpol, 2007.

[943] Chambre Constitutionnelle de la Court Suprême de Justice Vénézuélienne Sentencia Nº 167 du 4 de mars de 2005. Ainsi, selon l'affaire qui a donné lieu au critère contraignant de la Chambre constitutionnelle du tribunal suprême de justice vénézuélien, un maître d'ouvrage avait notifié au commettant que le contrat d'ouvrage était résolu en application d'une clause résolutoire expresse prévue dans le contrat. La clause résolutoire stipulait que chaque partie pouvait invoquer la résolution de plein droit du contrat lorsque l'inexécution de l'une des clauses du contrat était démontrée. Le commettant demande alors en justice l'exécution du contrat au maître de l'ouvrage. Le maître de l'ouvrage oppose l'exception d'inexécution et demande à son tour la résolution judiciaire du contrat. Le Juge d'appel, qui connaît l'affaire en deuxième instance, déboute le commettant de sa demande d'exécution en déclarant que la clause résolutoire expresse est valide et que le maître de l'ouvrage a fait valoir son droit de résolution unilatérale correctement. Ensuite, le jugement déboute la demande reconventionnelle du maître de l'ouvrage déclarant que le contrat étant résolu par effet de l'exercice de la clause résolutoire, le maître de l'ouvrage n'avait pas le droit de faire valoir la résolution d'un contrat qui était déjà résolu. Contre la décision d'appel, le commettant fait valoir un recours extraordinaire de constitutionalité. La chambre constitutionnelle annule la décision du juge d'appel en décidant que le jugement qui reconnaît la validité d'une clause de résolution unilatérale, viole l'article 138 de la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, article selon lequel « *toute autorité usurpée est inefficace et ses acte nuls ».* Ainsi, selon l'arrêt de la chambre constitutionnelle, vu que la fonction juridictionnelle est une fonction qui appartient à l'État, la clause qui donne à l'une des parties le droit de résoudre unilatéralement le contrat constitue une usurpation inconstitutionnelle de la fonction juridictionnelle qui appartient à l'État. Par conséquent, selon le critère contraignant de la chambre constitutionnelle, les clauses de résolution unilatérale sont affectées de nullité absolue par violation de l'article 138 de la constitution vénézuélienne.

donnée, liées à une tendance à la centralisation du pouvoir et au contrôle des initiatives des parties. [944]

590. Ayant constaté l'incompatibilité entre la mesure de substitution du contrat et le caractère judiciaire de la résolution pour inexécution selon l'ancien système du Code civil de 1804, suivi par le droit vénézuélien, il est tout à fait pertinent de se demander si, sur le plan théorique, la résolution unilatérale pour inexécution est possible dans le cas où ni la loi ni les parties l'ont prévu dans le contrat.

591. En effet, sauf pour le droit vénézuélien, le caractère judiciaire de la résolution n'est pas un principe d'ordre public, les parties au contrat peuvent parfaitement y déroger par des accords particuliers. La validité des clauses résolutoires n'est contestée qu'au Venezuela. Il faut noter que la clause résolutoire expresse et les facultés de résolution unilatérale prévues par la loi permettent au créancier de déclarer la résolution unilatérale du contrat avec des effets immédiats, sans qu'une telle prérogative soit soumise au contrôle préalable du juge. La résolution unilatérale est un acte juridique unilatéral à caractère réceptif, qui produit ses effets dès la réception de la notification par le débiteur. En tant qu'acte juridique, il doit remplir les conditions de validité de tout acte juridique, parmi lesquelles se trouve la survenance de l'inexécution prévue par les parties. En conséquence, la validité et l'effectivité de cet acte juridique peut être contrôlé *a posteriori* par le juge. La nullité de l'acte juridique déclarée *a posteriori* fait que la résolution unilatérale et ses effets juridiques sont effacés et que la situation juridique est remise en place telle qu'elle était avant que la résolution ait été notifiée.

592. Ainsi, la validité de la résolution unilatérale est reconnue lorsqu'elle est accordée par les parties au contrat ou lorsque cette prérogative est accordée par la loi au créancier, cela dès le moment où l'exercice de ce droit est susceptible d'être contrôlé *a*

[944] Selon la motivation de l'arrêt commenté : *« Sin embargo, observa esta sala que dicha juez consideró que en nuestro ordenamiento jurídico, es posible y válido el que en un contrato se establezca la posibilidad de que una de las parte decida ponerle fin a la relación contractual, sin que medie intervención judicial, criterio que no es compartido por esta sala puesto que es contrario y obvia por completo la interpretación vinculante que, del articulo 138 de la constitución de la república Bolivariana de Venezuela, que asentó la sentencia nº 1658-2003 de 16 de junio, caso Fanny Lucena Olabarrieta, en la cual estableció « … cuando un particular ante un conflicto de intereses, resuelve actuar limitando los derechos o libertades e impone su criterio, adoptando una determinada posición limitativa de los derechos de los otros, constituye una sustracción de las funciones estatales, que pretende sustituirse en el Estado para obtener el reconocimiento de su derechos. »*

posteriori par le juge. À quoi sert alors un contrôle préalable de la résolution ? N'est pas-t-il suffisant un contrôle postérieur ? Il faut alors se demander si, en dehors des cas où ni la loi ni les parties l'ont prévu dans le contrat, il est possible pour le créancier d'éviter le contrôle préalable du juge de la résolution. En effet, la réponse à cette question est de grand intérêt pour notre sujet, car dans tous les cas où la résolution unilatérale est une option du créancier victime de l'inexécution, les effets de l'obligation de modérer le dommage et la mesure de substitution du contrat seront entièrement applicables. Il convient alors se demander quel-est-il le traitement de la question en droit français, modèle suivi par le droit vénézuélien.

2. LA RÉSOLUTION UNILATÉRALE DANS LE SYSTÈME DU CODE CIVIL FRANÇAIS ET DU DROIT DE LA RÉFORME

593. **a. L'admission de la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier.**[945] On peut constater qu'en France, en dépit de l'ancien article 1184 du Code civil de 1804 et du principe du caractère judicaire de la résolution - hors l'hypothèse d'une clause résolutoire ou de dérogations législatives -, la résolution unilatérale était admise dans le droit avant la réforme, mais de manière exceptionnelle. En effet, une jurisprudence de longue date admet la résolution unilatérale en cas d'urgence ou d'état de nécessité[946] afin d'éviter le péril imminent[947] causé par l'aggravation du préjudice que produirait l'attente de la décision en

[945] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 415. En ce qui concerne l'utilité de la résolution unilatérale cet auteur souligne : « Il est donc très important de souligner ce que la résolution unilatérale véritable apporte : bien plus qu'une simple rupture du contrat, qui consiste à se refuser définitivement à s'exécuter, elle constitue un acte juridique qui, en tant que tel, permet au créancier de créer des effets de droit par sa seule décision, ceux, très spécifiques, de la résolution pour inexécution qui, jusqu'à présent -et hors l'hypothèse d'une clause résolutoire- ne peuvent sortir que d'une décision de justice […] Avec la résolution unilatérale, plutôt que de rester dans une posture d'attente, qui gèle la situation et empêche toute initiative de l'un ou de l'autre contractant, qui ne serait pas compatible avec le maintien du contrat, chacun retrouve sa liberté et son activité, pour le plus grand bien de la société dans son ensemble. Indirectement, en effet, c'est la création et la circulation des richesses que l'on facilite, le gaspillage que l'on évite. L'apport de la résolution unilatérale -qu'on le voit favorablement ou défavorablement- est donc indéniable, à telle enseigne d'ailleurs que son introduction en droit français n'irait sûrement pas sans quelques (sic) bouleversement »

[946] B. FAGES, *Le comportement du contractant,* Marseille, PUAM, 1997, P.39

[947] R. SAVATIER, note sous Poitiers, 12 juin et 23 décembre 1918, *DP* 1920, p. 41 : « La portée de cette théorie ne se restreint pas au louage de services. Elle permettrait de poser en principe que, dans tous les contrats synallagmatiques, chaque partie a le droit de considérer de plein droit ses obligations comme éteintes et sa convention comme résiliée quand il y a en quelque sorte, péril en la demeure, c'est-à-dire, lorsque par la faute de l'autre partie, l'exécution future de l'autre partie deviendrait particulièrement onéreuse. Il y aurait là une sorte de nécessité, obligeant à déroger au principe de 1184 ». Dans le même sens : R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (Exception non adimpleti contractus). Et ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution,* thèse, Paris, Sirey, 1914, p. 355. « Il faut encore, croyons-nous, reconnaître à l'autre partie la faculté de se dégager de ses obligations avant toute

justice[948]. Elle était aussi justifiée en cas de légitime défense, lorsque le débiteur commettait des actes de déloyauté graves[949], qui détruisent la relation de confiance qui doit exister entre contractants[950]. Enfin, la résolution unilatérale était admise lorsque l'inexécution était totale, définitive et irrémissible, de sorte que le juge n'aurait pas pu décider autre chose que la résolution du contrat.[951] C'était le cas aussi lorsque le créancier était victime d'un manquement particulièrement grave.[952]Cependant, de manière générale, la résolution unilatérale n'était pas admise.

594. Il a été affirmé que l'admission en droit français du mécanisme de la résolution unilatérale était une innovation inutile. En effet, selon cette position, le créancier victime de l'inexécution du contrat est en droit d'opposer l'exception d'inexécution et de demander la résolution judiciaire[953].

595. Cette position a pourtant été critiquée[954]. D'une part, parce que l'exception d'inexécution est caractérisée pour avoir un effet provisoire et, d'autre part, parce que les conditions de validité de ce moyen de justice privée diffèrent des conditions de validité de la résolution du contrat, lesquelles sont plus strictes[955]. En effet, tant que le juge n'a pas prononcé la résolution, le débiteur est en droit d'offrir l'exécution en nature[956]. C'est d'autant plus vrai dans le système du Code civil français que l'article 1184 permet au juge d'accorder un délai de grâce au débiteur.[957] Ensuite, les conditions de validité de l'exception

intervention en justice, lorsque l'inexécution dont elle souffre est susceptible de mettre ses intérêts en péril pressant et qu'il y urgence à sauvegarder ces derniers ».

[948] *Ibidem,* p. 398.

[949] R. CASSIN, *op. cit.* p. 358. Selon l'auteur, la résolution unilatérale est justifiée par *« la violation manifeste de l'obligation générale de bonne foi ». « Le péril pressant » ; « la rupture évidente de l'équilibre ».*

[950] *Ibidem,* p. 398.

[951] *Ibidem.* p. 398.

[952] C. POPINEAU-DEHAOULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative, op. cit.,* p. 181-186.

[953] C. POPINEAU-DEHAOULLON, *op. cit*., p. 181-186. Cela lui permettrait de réaliser l'opération de substitution sans avoir besoin de mettre fin au contrat unilatéralement. Il s'ensuit que, si l'inexécution du débiteur est suffisamment grave, le jugement prononçant la résolution judiciaire, telle qu'elle est comprise dans l'interprétation volontariste du Code civil français*,* aura des effets rétroactifs. Le créancier est ainsi en droit de réaliser l'opération de substitution au risque que le juge ne déclare pas la résolution judiciaire du contrat. Il est affirmé que cette solution aboutirait aux mêmes résultats pratiques que la résolution unilatérale du contrat.

[954] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 413.

[955] *Ibidem.*

[956] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* nº 651 (b), p. 702. Même en droit vénézuélien, qui suit la conception volontariste la plus classique, le débiteur est en droit d'offrir l'exécution en nature pendant la procédure, et pendant la période d'exécution volontaire du jugement qui donne droit au créancier. Contra V. J. MELICH, *La resolución del contrato, op. cit.,* p. 158.

[957] Civ., 27 mars 1911, note Cézar Bru ; Civ., 6 janvier 1932, *DH* 1932, 114.

d'inexécution ne requièrent pas une inexécution assez grave, mais uniquement que la gravité de l'inexécution soit proportionnelle à celle de l'exception d'inexécution[958]. Il est ainsi affirmé que cette solution produirait une déformation de l'exception d'inexécution.[959] En outre, et c'est sans doute la critique essentielle[960], le mécanisme ne permet pas au créancier de bénéficier des effets immédiats de la résolution judiciaire.

596. Étant donné l'accord de plus grande efficacité économique de la résolution unilatérale de la doctrine et l'isolement du droit français par rapport aux systèmes étrangers et internationaux[961], la première chambre civile de la Cour de Cassation, en 1998, dans une affaire très polémique qui a suscité de vigoureuses réactions[962], a franchi le pas en admettant la résolution unilatérale « aux risques et périls » du créancier en cas d'inexécution grave du contrat et en dehors des cas exceptionnellement admis. Au lieu d'opter pour consacrer l'interprétation déformatrice de l'exception d'inexécution du contrat, la première chambre civile a décidé de reconnaître au créancier la possibilité de « mettre fin » au contrat à ses risques, et placer le contrôle judiciaire de la résolution unilatérale sur les conditions légales de sa mise en place *a posteriori*. Selon l'énoncé de l'arrêt, « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls »[963], « peu important que le contrat soit à durée indéterminée ou déterminée »[964]. En 2007, la chambre commerciale, qui avait dans le passé refusé d'accepter

---

[958] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 414.

[959] *Ibidem.*

[960] C. PIZARRO*,* « Puede el acreedor poner término unilateral al contrato ? » in *Incumplimiento Contractual, resolución e indemnización de daños,* Bogotá, Universidad del Rosario, 2010, p. 59. En effet, le contrat étant en force pendant la procédure judicaire, les prestations restent affectées à l'exécution du contrat et ne seraient pas en principe disponibles afin de réaliser l'opération de substitution. La force du lien contractuel et l'absence de libération des parties pendant la procédure judiciaire pose alors des problèmes associés à l'inexécution du contrat par le propre créancier, ainsi que des problèmes liés à la responsabilité des tiers qui réalisent l'opération de remplacement avec le créancier victime de l'inexécution du contrat initial.

[961] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 428.

[962] Arrêt *Tocqueville*, Civ. 1º, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, nº 300 : *D.* 1999, jur., p. 198, note Ch. JAMIN ; *JCP* 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *Defrénois* 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD.

[963] Civ. 1º, 13 octobre 1998, *Bull. civ.* I, nº 300 : *D.* 1999, 198, note C. JAMIN; *D.* 1999, somm. 115, obs. Ph. DELEBECQUE; *JCP* 1999, 10133, note N. RZEPECKI; *Defrénois* 1999, 364, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.,* obs. J. MESTRE ; Grands arrêts, t. 2, nº 180 ; Civ. 1º, 28 avril 1987, *D.* 1998, 1, note P. DELEBECQUE; V. contre : Com. 25 mars, 1991 : *CCC* 1991, nº 162, obs. L. LEVENEUR; *RTD civ.* 1993. 518, obs. MESTRE.

[964] Civ. 1º, 20 février 2001, *Bull. civ.,* I, nº 40, *D.* 2001, 1568, note C. JAMIN ; *D.* 2001, somm. 3239, obs. D. MAZEAUD; *Defrénois* 2001, 705, obs. E. SAVAUX ; *RTD civ.* 2001, 363, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; 28 octobre 2003, *JCP* 2004, II, 10108, note C. LACHIERZE ; *CCC* 2004, nº 4, obs. L. LEVENEUR; *Defrénois* 2004, 378, obs. R. LICHABER ; *RDC* 2004, 273, obs. L AYNES et D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2004, 89, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 1º, 13 mars 2007, nº 06-10229, *JCP* 2007, I, 161, obs. P. GROSSER ; Com., 30 janvier 2007, nº 05-13703 ; Com., 23 sept. 2008, nº 07-10025 . V. encore, mais peut-être moins probant :

la résolution unilatérale[965], change sa position pour rejoindre la position de la première chambre civile.[966]

597. À partir de ce revirement jurisprudentiel, le créancier peut prendre l'initiative de rompre unilatéralement le contrat, bien qu'il soit un contrat à exécution successive ou instantanée, à durée déterminée ou indéterminée. C'est alors une nouvelle sanction à l'inexécution du contrat à côté de la résolution judiciaire qui a été consacrée par la jurisprudence française en dépit du contenu de l'ancien article 1184 du Code civil de 1804.[967] En l'absence de demande en justice, il faut cependant que le créancier mette en demeure le débiteur d'exécuter.[968]

598. Que la résolution unilatérale puisse être mise en place aux risques et périls du créancier implique que le débiteur est en droit de demander au juge de contrôler *a posteriori* sa régularité.[969] Le juge doit faire le contrôle de la régularité de la résolution unilatérale selon le même critère de la résolution judiciaire.[970] Si le juge trouve la résolution unilatérale injustifiée, la responsabilité du créancier est engagée, car il aurait inexécuté lui-même le contrat. Il s'agit de la constatation d'un exercice abusif de son droit à la résolution unilatérale du contrat.[971] Le rôle du juge est alors réduit du contrôle *a priori* et du pouvoir de prononcer la résolution du contrat, au seul contrôle *a posteriori* de l'activité des parties, et la condamnation à des dommages intérêts.[972] Afin de maintenir le contrat, il est suggéré au

---

Civ. 1º, 16 mai 2006, nº 03-16253, *Bull. civ.* I, nº 238 : *RTD civ.* 2006, p. 554, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Civ. 1º, 5 novembre 2008, nº 07-20113 : *RTD civ.* 2009, p. 119, obs. B. FAGES

[965] Com., 9 juill. 1996, *RJDA* 1996, nº 1438.

[966] Com., 10 février 2009, *CCC* 2009, nº 12 note L. LEVENEUR; V. Aussi : Civ. 3º, 20 juin 2012, *RTD civ.* 2012, 724, obs. B. FAGES.

[967] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* p. 713.

[968] *Ibidem.*

[969] C. JAMIN, « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence », in C. JAMIN, D MAZEAUD, *L'unilatéralisme et le droit des obligations, art. cit.,* p. 71- 76.

[970] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* p. 713.

[971] D. MAZEAUD, *D.* 2001*,* somm. 3240. Selon le principe de la force obligatoire du contrat, le juge devrait alors maintenir la force obligatoire du contrat résolu abusivement. Cependant, lorsqu'entre la résolution unilatérale et le jugement qui prononce l'irrégularité de sa mise en place, une longue période de temps s'est écoulée, il est fort probable que les parties auront perdu l'intérêt à l'exécution forcée en nature du contrat. Voir aussi : Ph. STOFFEL-MUNCK, « Le contrôle à posteriori de la résiliation unilatérale »*, Dr. et ptr.,* mai 2004, nº 126, p. 70 s. ; S. AMRANI-MEKKI, *La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée, Defrénois,* 2003, 383-390.

[972] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* p. 714.

débiteur de recourir au juge des référés pour la suspension provisoire des effets de la résolution unilatérale du contrat.[973]

599. Il est alors affirmé que ce système jurisprudentiel finit par rejoindre certaines législations comme le Code civil allemand (art. 324, 325 BGB), les principes de droit européen des contrats (PDEC art. 4.301), les principes d'Unidroit (UNIDROIT 7.3.1), et la convention de Vienne sur la vente internationale des marchandises (CIVM art. 49 et 64).[974] Pourtant, pour un secteur de la doctrine, l'arrêt Tocqueville n'est qu'« une sorte de prolongement renforcé de l'exception d'inexécution »[975], dont le comportement du débiteur n'est pas un acte juridique, mais seulement une voie de fait anticipant la résolution judicaire du contrat permettant au créancier de commettre l'irréparable, de disposer de la prestation à sa charge et d'agir comme si la résolution était opérée. La rupture du contrat n'est pas un acte juridique, mais un simple fait anticipant, aux risques et périls du créancier, la décision du juge sur le sort du contrat.[976]

600. En réalité, la résolution du contrat dégagée de l'interprétation volontariste du Code civil français et le droit de rompre le contrat unilatéralement dans le système de la *common law*, et dans les systèmes du droit international des contrats, ont une nature juridique différente. Il y a la tendance à assimiler les deux mécanismes alors qu'ils ne sont pas exactement les mêmes[977]. En effet, le droit de mettre fin au contrat dans la *common law* n'a pas, en principe, d'effet rétroactif[978], il n'efface pas non plus le contrat pour l'avenir. Rompre le contrat dans ces systèmes implique uniquement de libérer les parties des obligations principales ou caractéristiques, mais le contrat est toujours en force[979]. C'est pour cela que

---

[973] Com. 18 novembre 2008, *RDC* 2009, 484, obs. D. MAZEAUD. V. Aussi : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 444; S. AMRANI-MEKKI, *art. préc., loc. cit.*

[974] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* p. 714.

[975] A. BENABENT, *Droit des obligations,* 16º éd., *op. cit.,* nº 389, p. 309.

[976] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 490. L'auteur cite, en faveur de cette position : B. HOUIN, *La rupture unilatérale des contrats synallagmatiques,* thèse, Paris II, 1973, n 4º et s. ; C. ATIAS, « Les risques et périls de l'exception d'inexécution », *D*. 2003, p. 1103 ; L. AYNES, « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », *Dr. et Patr.,* mai 2004, p. 64.

[977] V. Pour une explication détaillée des différences entre le droit français et le système de la common *law* : S. WHITAKER, « Les sanctions de l'inexécution du contrat », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles,* M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *op. cit.,* p. 991 et s. ; Y.-M. LAITHIER, *Étude comparé des sanctions de l'inexécution du contrat, op. cit.,* p. 289.

[978] P.-H. DELVAUX, « L'effet rétroactif de la résolution en droit français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles,* (dir. M. FONTAINE, G VINEY), *op. cit.,* p. 589 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* p. 704, V. pour une redéfinition des effets de la résolution, T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 768, p. 551.

[979] V. *supra* nº 126 et s.

le créancier a le droit de demander l'indemnisation de dommages positifs, alors que, selon l'interprétation volontariste de la résolution du contrat, il s'agit pour le juge d'effacer l'opération contractuelle qui a échoué[980], de gommer ses effets vers le futur et vers le passé - sauf les contrats à exécution successive - et de mettre les parties dans la situation qui aurait été la leur si le contrat n'avait jamais existé. L'indemnisation de dommages positifs issus de la résolution du contrat est à l'heure actuelle controversée par la doctrine en France.[981]

601. Dans la *common law*, suivie par le droit international, bien que le créancier soit libéré de l'obligation à sa charge, le débiteur est tenu d'une obligation secondaire d'indemniser les dommages subis par le créancier sur la base de son intérêt positif [982],qui comprend les préjudices intrinsèques et les préjudices extrinsèques selon le chef de préjudice demandé par le créancier. La libération du créancier de l'obligation principale lui permet d'aller au marché sans le risque de finir lié par deux opérations économiques afin de satisfaire un intérêt unique. Si le créancier a mis fin au contrat sans remplir les conditions légales de sa résolution, le créancier commet une inexécution. Le débiteur a le droit de confirmer le contrat et d'attendre l'exécution spontanée ou bien d'accepter l'inexécution et de mettre en place les remèdes à l'inexécution du créancier. Dans ce cas, le remède, en principe, sauf exception, correspond à l'indemnisation des dommages et non l'exécution forcée en nature, et cela sous les limites de l'obligation de modérer le dommage, effet qui s'applique exclusivement à la sanction des dommages et intérêts, en tant que limite à l'indemnisation du dommage évitable.[983] Le créancier est ainsi en droit de choisir entre attendre l'exécution en nature ou la faculté de rompre le contrat moyennant une certaine somme de dommages-intérêts, ce qui est une conception contraire à la conception volontariste du contrat.

602. Il faut signaler que la résolution unilatérale, aux risques et périls du créancier du droit, admise par la jurisprudence français avant la réforme, ne limite pas le droit du débiteur à demander l'exécution en nature du contrat une fois constatée le caractère

---

[980] V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 502.
[981] V. *infra* nº 482 et s.
[982] Sauf le choix du créancier de demander l'indemnisation de l'intérêt négatif, lequel est exceptionnel car dans la majorité des cas cette indemnisation place le créancier dans une position moins favorable que l'indemnisation de l'intérêt positif. V. *supra* nº 210 et s.
[983] V. *supra* nº 111 et s.

illégitime de la résolution décidée par le créancier. Si le débiteur est en droit de demander l'exécution forcée en nature face à l'exercice fautif de la résolution unilatérale, le créancier n'est pas incité à rompre le contrat et à substituer le contrat sur le marché. Il faut que le débiteur ne puisse demander que des dommages et intérêts. Ce qui est une solution cohérente dans le système de la *common law* et du droit international des contrats, ne l'est pas dans le système du Code civil français. Enfin, sauf cas exceptionnels où la *specific performance* est admise, rompre le contrat dans le système de la *common law* met en jeu l'indemnisation des dommages, soit que la rupture soit justifiée ou pas, le contrat reste valable en ce qui concerne les prestations utiles à son créancier, et justifie la base de calcul du préjudice de la victime sur l'avantage non reçu.

603. Il faut alors constater que l'admission de la résolution unilatérale dans le système du Code civil français avant la réforme n'enlevait pas tous les obstacles aux effets de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat posés par le système volontariste. On a déjà mentionné les obstacles liés au principe de la primauté de l'exécution forcée en nature, mais il y a aussi des incompatibilités qui dérivent du caractère exceptionnel de la résolution, ainsi que des effets de la résolution comme on aura le temps de développer après.[984] On constate que, pour permettre à l'obligation de modérer le dommage de déployer ses effets, il faut modeler le système au fond, et non pas uniquement transposer des éléments isolés d'autres systèmes.[985] Autrement, les effets de l'obligation de modérer le dommage seront cantonnés à des hypothèses marginales sans pertinence, auxquels on peut parvenir peut-être par des notions ou institutions déjà en place, comme la causalité, la prévisibilité ou la bonne foi.

604. Il est vrai que lorsque le créancier a le droit de résoudre unilatéralement le contrat sous le système du Code civil français, les effets entre les deux systèmes se rapprochent, surtout en ce que le créancier victime de l'inexécution est libre de ses propres engagements de manière immédiate et, par conséquent, libre de réaliser la mesure de substitution du contrat lorsqu'elle est possible ou raisonnable. Cependant, étant donné les différences entre les deux mécanismes, il faudra encore modeler les conditions et les effets de la résolution afin qu'elle permette à l'obligation de modérer le dommage de déployer tous

[984] V. *infra* nº 608 et s.
[985] Pour les conditions de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes et le droit international. V. *supra* nº 54 et s.

ses effets en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. C'est en effet la nécessité d'aménager les conditions et les effets de la résolution du système du Code civil français qui met en évidence les incompatibilités du système volontariste avec l'obligation de modérer le dommage. Il nous semble que ces incompatibilités persistent dans le nouveau droit des contrats issu de la réforme.

605. **b. La résolution unilatérale dans le nouvel article 1224 du Code Civil français.** Le Code civil français consacre, à côté de la résolution judiciaire et conventionnelle, la résolution unilatérale par notification à son nouvel article 1224. Selon cet article, « La résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de justice. » Il s'agit, en principe, comme dans le droit avant la réforme, d'un choix du créancier. Selon l'article 1226, sauf cas d'urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire à son engagement dans un délai raisonnable. La mise en demeure doit mentionner expressément qu'à défaut pour le débiteur de satisfaire à son obligation, le créancier sera en droit de résoudre le contrat. A défaut d'exécution, le créancier aura le droit de notifier au débiteur la résolution, en précisant la raison de fait qui détermine le caractère grave de l'inexécution. Le débiteur peut alors, à tout moment, contester la résolution judiciairement. Il incombe au créancier de prouver la gravité de l'inexécution.

606. Le droit nouveau supprime les doutes relatifs à la nature juridique de la faculté du créancier. Il s'agit d'un droit de résoudre le contrat du créancier ; il ne s'agit pas d'une simple rupture de fait, comme il a été suggéré par une partie de la doctrine[986]. Selon le nouvel article 1229, la résolution met fin au contrat. Elle prend effet à partir de la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier. Pourtant, en dépit de la consécration législative de la résolution unilatérale pour inexécution du contrat, le droit issu de la réforme n'enlève pas toutes les incompatibilités suscitées par le système du Code civil de 1804 avec l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

607. Comme on aura le temps de le développer par la suite, même enlevée l'incompatibilité issue du caractère judiciaire de la résolution, les incompatibilités du

[986] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 483 et s.

principe de substitution avec la conception volontariste du contrat suivi par le droit vénézuélien tiennent au prétendu caractère exceptionnel de la résolution et à l'apparente contradiction entre la résolution et l'indemnisation de l'intérêt positif.

§ 2. LE CARACTÈRE EXCEPTIONNEL DE LA RÉSOLUTION

608. Le caractère exceptionnel de la résolution, trait typique du système volontariste suivi par le droit vénézuélien, est incompatible avec le principe de substitution. En effet, dans les systèmes utilitaristes, la rupture du contrat, même si elle dépend d'une inexécution substantielle, d'un refus ou d'une impossibilité d'exécution, n'est pas un remède de caractère exceptionnel qui dépend uniquement de l'échec économique de l'opération ou de la seule discrétion du juge. Au contraire, la résolution du contrat dans ces systèmes va au-delà de cette constatation. Elle sert à punir le débiteur, mais surtout à protéger le créancier, car elle lui permet de se délier du contrat afin de déployer ses ressources ailleurs sur le marché. C'est la satisfaction de l'intérêt du créancier en dehors du contrat, auprès du marché, qui est la solution la plus efficace du point de vue économique. On aperçoit immédiatement le contraste entre les deux systèmes : l'un dont le caractère grave de l'inexécution protège le respect de la parole donnée, et donc la sécurité des transactions ; l'autre, dont la protection du créancier au moindre coût pour la société est une finalité privilégiée. Malgré l'approche de la jurisprudence en France, le nouveau droit des contrats en France ne semble pas abandonner le caractère exceptionnel de la résolution, trait typique du système volontariste suivi par le droit vénézuélien. En effet, on constate que la résolution n'est pas un droit des créanciers, mais un pouvoir toujours réservé aux juges.

609. Ainsi, afin d'analyser l'incompatibilité avec le droit vénézuélien et le traitement de la question en droit français, on verra : l'incompatibilité entre la gravité de l'inexécution selon l'interprétation volontariste classique suivi par le droit vénézuélien et l'obligation de modérer le dommage (1) ; la compatibilité de l'approche fonctionnelle de la résolution suivi para la jurisprudence française (2) ; et, finalement, les incompatibilités des conditions de la résolution dans la réforme du droit des contrats en France (3).

1. L'INCOMPATIBILITÉ ENTRE LA GRAVITÉ DE L'INEXÉCUTION SELON L'INTERPRÉTATION VOLONTARISTE ET L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE

610. **a. L'incompatibilité.** Selon l'interprétation classique volontariste suivie par le droit vénézuélien à l'heure actuelle, la résolution du contrat est une sanction typique des contrats bilatéraux qui a un caractère exceptionnel[987]. En effet, le créancier a le droit à la résolution du contrat en cas d'inexécution du contrat, uniquement lorsque cette inexécution est suffisamment grave pour justifier l'anéantissement rétroactif du contrat.[988] Cependant, on constate que la doctrine du Code civil en France[989], ainsi que la doctrine en droit vénézuélien[990] n'est pas parvenue à systématiser les critères de détermination de la gravité de l'inexécution.

611. En effet, selon l'interprétation classique de l'ancien article 1184 du Code civil français, la résolution du contrat était comprise comme une condition résolutoire tacite incluse dans tous les contrats bilatéraux.[991] Ainsi, en tant que condition résolutoire, les parties d'un contrat bilatéral sont censées s'être accordées tacitement sur le fait que l'obligation de chaque partie serait anéantie si l'autre partie n'exécutait pas la sienne. On constate qu'il n'y avait pas des grandes différences entre cette conception et la *promissory condition* de la *common law*.[992]

---

[987] V. C. DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en générale,* 2º éd, *op. cit.* ; E. LEPELTIER, *La Résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations, op. cit.,* p. 81 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles,* 4º éd., *op. cit.,* p. 34. J. CARBONNIER, *Droit Civil, Les obligations,* (2000) t., 4*, op. cit.,* p. 342 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations,* 3º éd., Paris, *op. cit.,* p. 321.

[988] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 267.

[989] *Ibidem,* p. 284 et s.

[990] J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento.* 4º ed., *op. cit.*, p. 164-197 et 795 ; G. GORRIN, « Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución del contrato » in *Libro homenaje a los cien años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela,* Caracas, Acienpol, 2015, IV p. 2581.

[991] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.,* p. 694. L'origine de cette interprétation remonte au droit romain dans lequel la résolution du contrat n'existait pas. La pratique romaine permettait au vendeur, au cas où l'acheteur ne payait pas le prix dans les termes convenus, de résoudre le contrat et de récupérer la chose. La résolution résultait alors exclusivement de la convention des parties à travers le pacte commissoire ou *lex commissoria*. Issu de la pratique avant la codification, l'article 1184 fut alors interprété comme un pacte commissoire tacite dans tous les contrats bilatéraux.

[992] V. *supra* nº 90 et s.

612. Cependant, la doctrine a mis en évidence l'incompatibilité de la résolution pour inexécution avec le régime juridique de la condition résolutoire. La critique a été systématisée par Cassin au début de XX[e] siècle[993] et ensuite reprise par la majorité de la doctrine française.[994] Selon Cassin, dans un contrat bilatéral, l'inexécution du contrat imputable à une partie ne peut pas être la condition résolutoire de l'obligation de l'autre, la possibilité de demander l'exécution forcée de l'obligation inexécutée enlève le caractère incertain attribut nécessaire de toute condition. Plus important encore, la résolution n'a pas un effet automatique, elle dépend de l'appréciation du juge de la gravité du manquement, ainsi que de la pertinence et l'opportunité de la résolution du contrat. [995]

613. C'est le bien-fondé de cette critique qui a permis à Capitant de renouveler l'utilité de la notion classique de cause de l'obligation et de l'interdépendance objective des obligations dans les contrats bilatéraux, afin d'expliquer l'exception d'inexécution, la théorie des risques et la résolution du contrat, sanctions particulières aux contrats synallagmatiques.[996]. La notion de cause de l'obligation dégagée par Capitant est le fondement le plus utilisé pour justifier le mécanisme de la résolution pour inexécution. C'est ainsi en doctrine et dans la jurisprudence[997]. Malgré les critiques, celle-ci est le fondement suivi par la doctrine majoritaire en droit vénézuélien à l'heure actuelle[998]. Selon Capitant,

---

[993] R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ.* 1945, p. 160.
[994] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 70.
[995] R. CASSIN, « Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution », *RTD civ.* 1945, p. 160 et s. En réalité, plusieurs objections d'ordre technique sont avancées par Cassin. En effet, d'abord, l'inexécution du contrat par l'une des parties ne détruit pas le contrat de plein droit, alors que c'est l'effet typique de la vérification de la condition résolutoire. Ensuite, elle ne peut être évoquée que par le créancier victime de l'inexécution, alors que la condition résolutoire pourrait en principe être opposée aussi par le débiteur de l'obligation inexécutée. En outre, la condition est un fait incertain, alors qu'un engagement contractuel et sa sanction ne le sont pas. La force obligatoire de l'obligation contractuelle et la possibilité de demander l'exécution forcée de l'obligation inexécutée, enlèvent le caractère incertain attribut nécessaire de toute condition. Également, il est affirmé que l'exécution du contrat est un fait interne, inhérent au contrat, alors que la condition résolutoire doit avoir un caractère extérieur au contrat. Finalement, et c'est peut-être la critique essentielle de Cassin, la résolution n'a pas un effet automatique, elle dépend de l'appréciation du juge de la gravité du manquement ainsi que de la pertinence et de l'opportunité de la résolution du contrat. Il en résulte ainsi que la résolution du contrat dépend d'un pouvoir souverain du juge qui peut autoriser la résolution selon les circonstances et les intérêts en jeu.
[996] H. CAPITANT, *De la cause des obligations,* 3º éd., *op. cit.* p. 344.
[997] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 76 et s. Voir arrêt *Ceccaldi,* Civ., 14 avril 1891, *DPI* 1981, 1329, note M. PLANIOL*,* 1894, 1, p. 391; *Grands Arrêts*, *op. cit.,* nº 176.
[998] A. DOMINICI, *op. cit.,* p.646 ; O. PALACIO-HERRERA, *op. cit.,* p. 260 ; E. MADURO LUYANDO, *op. cit.,* nº 1078 ; M. C. DOMÍNGUEZ, *Obligaciones, op. cit.,* p. 599 : « Su fundamento o justificación puede encontrarse en la interdependencia de las obligaciones correspectivas que tienen lugar en el contrato bilateral, en que las obligaciones a cargo de uno de los contratantes es la causa de las que están a cargo del otro ». Pour une analyse des différents fondements : J. MELICH, *La resolución du contrato por incumplimiento, op. cit.,* nº 73 .

« dans un contrat synallagmatique, la cause qui détermine chaque partie à s'obliger est la volonté d'obtenir l'exécution de la prestation qui lui est promise en retour ».[999] Ainsi, la résolution du contrat est justifiée par la perte survenue de la justification objective ou économique du contrat pour l'une des parties et, par conséquent, dans la frustration de l'intérêt du créancier, victime de l'inexécution.[1000] La résolution du contrat suppose ainsi la constatation de l'échec de l'opération économique projetée par les parties du contrat. Lorsque l'opération économique perd sa justification pour l'une des parties, car elle a été privée de l'utilité dont l'exécution est la justification de son propre engagement, cette partie ne peut être obligée à exécuter la contre-prestation au bénéfice de l'autre partie. L'échec de l'opération économique justifie alors la disparition du contrat.

614. Selon la logique de la théorie de la cause dégagée par Capitant, il existe une inexécution grave qui justifie la résolution du contrat à chaque fois qu'est impossible de manière définitive l'exécution en nature de l'obligation de l'une des parties, soit parce qu'il est devenu matériellement ou juridiquement impossible d'obtenir l'exécution spontanée du débiteur, soit parce que, l'exécution en nature étant possible, le créancier a perdu intérêt dans l'exécution tardive[1001]. Il en est ainsi à chaque fois que l'impossibilité ou la perte de l'intérêt prive le créancier, de manière grave, de l'utilité que le créancier attendait de retirer du contrat.[1002] Cette conception n'est qu'une application de l'interprétation volontariste du Code civil français de 1804, en vigueur à présent dans le droit vénézuélien[1003], mais dépassée

---

[999] H. CAPITANT, *De la cause des obligations,* 3º éd*., op. cit.,* nº 14, p. 43.

[1000] *Ibidem.* Selon Capitant : « la vie de l'obligation une fois qu'elle est née, reste subordonnée à la réalisation de la fin poursuivie, car si elle ne se réalise pas, il n'est pas admissible que l'obligation garde sa force obligatoire ». « L'obligation ne peut pas vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause ». « Le but en vue duquel je me suis obligé ne peut pas être atteint, par conséquent, mon obligation est sans cause, je demande à en être déchargé ». La condition légale de la résolution dans les contrats bilatéraux est la constatation d'un défaut survenu sur un élément structurel du contrat, l'exécution de l'obligation du co-contractant. Ce défaut justifie l'anéantissement du contrat uniquement lorsqu'il est suffisamment grave, essentiel ou fondamental. Lorsqu'on parle de défaut, on fait allusion à la perte de l'utilité du contrat pour l'une des parties. Si l'une des parties ne peut pas retirer l'utilité qui l'a incitée à contracter, une telle constatation justifie le droit du créancier, victime de l'inexécution, de faire détruire le contrat de manière rétroactive, afin d'être placé dans la position que celle qui aurait été la sienne si le contrat n'avait jamais été conclu.

[1001] J. MELICH, *La doctrina general del contrato, op. cit.,* p. 202; C. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat, op. cit.*, p. 755-756 : « La résolution, lorsqu'elle est prononcée par le juge, doit être fondée sur le fait que l'exécution ne pourra plus être obtenue par le créancier. Elle constate une situation dans laquelle il apparait que le contrat a manqué son but […] il n'a y pas de raison de maintenir le contrat lorsqu'il est admis que le créancier n'obtiendra pas satisfaction en nature […] En effet, si l'exécution est encore possible ou si l'inexécution n'est pas grave, la cause de l'autre obligation ne vient pas à manquer ».

[1002] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 85-86 ; J. MELICH, *La doctrina general del contrato, op. cit., loc. cit.*

[1003] J. MELICH, *La doctrina general del contrato, op. cit.,* p. 721-747.

par la jurisprudence et par la doctrine depuis longtemps en France[1004]. L'essentiel de l'analyse de Capitant consiste à préciser la volonté des parties dans un contrat synallagmatique, à travers des motifs économiques déterminants de leurs engagements et de l'interdépendance des obligations, éléments d'ordre subjectif, qui, pour un secteur de la doctrine, retombent sur l'accord implicite de l'article 1184.[1005]

615. Alors, l'incompatibilité par rapport au droit vénézuélien tient à ce que l'opération de substitution, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage, contrairement à ce que postule la résolution du contrat selon la conception de la résolution dégagée par Capitant, présuppose précisément la possibilité matérielle et juridique de l'exécution en nature de l'obligation inexécutée par le débiteur, c'est-à-dire que l'utilité économique du contrat pour les parties est toujours présente. Ainsi, selon la conception volontariste de la résolution suivie par le droit vénézuélien, la possibilité pour le créancier de substituer au contrat initial un nouveau contrat qui soit capable de procurer au créancier la satisfaction de son intérêt contractuel, représente, en soit, une limite au droit du créancier de résoudre le contrat et de réaliser une opération de substitution auprès d'un tiers sur le marché. En effet, dans la mesure où le créancier, victime de l'inexécution, maintient l'intérêt dans l'exécution en nature, et que l'exécution forcée en nature est possible soit auprès du débiteur, soit auprès d'un tiers, l'inexécution ne relève pas d'une gravité suffisante et le créancier ne serait pas en droit de faire valoir la résolution du contrat.[1006]

[1004] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., *loc. cit.*

[1005] G. RIPERT, J. BOULANGER J. *Traité de droit civil d'après le traité de Planiol,* t. II, Paris, LGDJ, 1957, p. 201 : « Quand on dit le que le consentement d'une partie a eu pour cause l'exécution de la prestation promise par l'autre partie, on revient à la conception selon laquelle chacune des parties a entendu subordonner le sort du contrat à l'exécution correcte des obligations, puisque l'exécution du contrat est un élément du consentement : par l'analyse de la cause, on retrouve la volonté des parties ». M. PICARD, A. PRUDHOMME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *RTD civ.* 1912, p. 103 : « Donner comme fondement à la résolution la volonté des parties, c'est dire que chacune d'elles a, par une clause tacite, subordonné le maintien de son engagement à l'exécution par l'autre de ses obligations, c'est faire ainsi nécessairement appel à l'idée de condition ».

[1006] Ainsi, il est évident que les critères de détermination de la gravité de l'inexécution, selon cette interprétation volontariste du contrat suivi par le droit vénézuélien, représentent une incompatibilité par rapport aux effets de l'obligation de modérer le dommage. En effet, si le créancier ne peut pas résoudre le contrat chaque fois que l'exécution en nature est possible, le créancier victime de l'inexécution n'aura pas d'incitation à réaliser l'opération de substitution au risque de se retrouver engagé dans deux contrats. On ne pourra pas reprocher au créancier de n'avoir pas mis en place des mesures de modération du dommage, dès lors qu'elles ne sont plus des mesures raisonnables pour lui. Le créancier aura le droit d'être indemnisé sur tous les préjudices que l'opération de substitution aurait pu éviter, ce qui enlève en grande part l'utilité de la résolution unilatérale du contrat et de l'obligation de modérer le dommage, mécanismes dont l'aménagement a précisément pour finalité l'efficacité économique du contrat. Il faut noter que dans la logique des systèmes utilitaristes, l'inexécution capable d'entraîner la résolution du contrat requiert aussi une gravite suffisante. On parle dans ce sens du

616. Il faut constater que la détermination des conditions de l'inexécution capable de justifier la résolution du contrat devient un élément essentiel de la détermination des effets de l'obligation de modérer les dommages, et du principe de substitution, effet principal de celle-ci.

617. **b. L'inexécution résolutoire dans le droit international des contrats.** À la différence de la résolution du contrat fondée soit sur l'interdépendance des obligations, soit sur la notion du *synalagama fonctionnel* dans les contrats synallagmatiques, le droit international des contrats ne conditionne pas la résolution du contrat à la perte de l'intérêt du créancier ou à l'impossibilité de l'exécution en nature de l'obligation imputable au débiteur.

618. La résolution est modelée comme un mécanisme qui, au-delà de l'interprétation volontariste du principe de la force obligatoire du contrat suivi par le droit vénézuélien à présent, permet à la fois de sanctionner le débiteur défaillant et de protéger l'intérêt du créancier. Lorsque l'on confronte les systèmes, on peut constater comme le contenu de la notion d'inexécution grave est élargi par rapport au fondement classique volontariste de la résolution suivi par le droit vénézuélien. En effet, les principes d'UNIDROIT,[1007] les PDEC[1008] et la CVIM[1009] prévoient qu'afin de déterminer ce qui constitue une inexécution essentielle, on peut prendre en considération, notamment, les indices suivants : a) si l'inexécution prive substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, à moins que le débiteur n'ait pas prévu ou n'ait pu raisonnablement prévoir ce résultat ; b) si la stricte exécution de l'obligation est de l'essence

caractère substantiel ou essentiel de l'inexécution résolutoire. Cependant, les hypothèses d'inexécution résolutoire ne sont pas uniquement déterminées sur le fondement de la disparition survenue de la justification économique des engagements de l'une des parties. Cette hypothèse est bien évidemment présente. Mais l'exécution substantielle est modelée sur d'autres éléments, qui relèvent plutôt de la finalité attendue du mécanisme contractuel. Les finalités utilitaristes du mécanisme contractuel modèlent sa régulation, au-delà du principe de la force obligatoire du contrat et même contre la conception volontariste. Les sanctions ou remèdes de l'inexécution du contrat poursuivent une fin pratique : permettre la satisfaction de l'intérêt du créancier en dehors du contrat. Si le principe de la force obligatoire du contrat a pour finalité la satisfaction du droit subjectif du créancier, peu importe si cette finalité est remplie à travers l'exécution ou la réparation forcée en nature du contrat originel ou bien à travers un nouveau contrat avec un tiers. La finalité pratique recherchée s'impose, même si cette dernière option suppose de libérer les parties de ces obligations originelles à l'encontre du principe de la force obligatoire du contrat.

[1007] Articles : 7.3.1 ; 7.3.3 ; 7.1.5.

[1008] Articles : 8:103 ; 9:301 ; 9:304 et 8:106.

[1009] Articles : 25 ; 49 2.a.II et III ; 47 ; et 72.

du contrat ; c) si l'inexécution est intentionnelle ou téméraire ; d) si l'inexécution donne à croire au créancier qu'il ne peut plus compter, à l'avenir, sur l'exécution du contrat; e) si le débiteur subirait, en cas de résolution, une perte excessive résultant de la réparation ou de l'exécution du contrat ;f) en cas de retard, le créancier peut également résoudre le contrat si le débiteur ne s'exécute pas dans le délai accordé ;g) dans tous ces systèmes, le créancier a la possibilité d'accorder un délai de grâce supplémentaire et de mettre fin au contrat si l'autre partie ne l'exécute pas avant l'expiration du délai supplémentaire qui lui est accordé ; (h) il permet également la possibilité de notifier la résolution anticipée du contrat s'il est connu avec certitude que le débiteur ne pourra pas exécuter le contrat avant que le terme de l'obligation soit échoué.

619. De cette liste d'indices, on peut constater que l'inexécution est essentielle, non seulement en cas d'impossibilité matérielle ou juridique de la prestation, - ce qui revient au cas de la perte de l'intérêt du créancier ainsi qu'au cas où le créancier est substantiellement privé de ce qu'il est en droit d'attendre du contrat -, mais également lorsque le débiteur exprime son intention de ne pas exécuter le contrat. Le refus du débiteur d'exécuter l'obligation, lorsqu'il est déclaré, détruit la confiance du créancier. L'inexécution est également essentielle à chaque fois que, même lorsque le débiteur n'a pas exprimé sa volonté de refuser l'exécution du contrat, compte tenu des circonstances et même avant l'expiration de l'obligation, il est évident que, une fois le terme suspensif de l'obligation arrivé, le débiteur ne sera pas en mesure d'exécuter l'obligation. Enfin, il y a inexécution essentielle, à chaque fois que, même si l'exécution en nature est possible et que le créancier n'a pas perdu tout intérêt à respecter l'obligation, l'exécution en nature n'est pas en mesure de donner satisfaction au créancier, ou devient une solution inadéquate pour le débiteur ou pour la société, compte tenu des circonstances.

620. On peut déduire de ce qui précède que la gravité de l'inexécution, dans le droit international des contrats, n'est pas conditionnée par l'inexécution grave et définitive de l'obligation ou par la perte du créancier de l'intérêt à l'exécution en nature de l'obligation. Si les conditions de la résolution étaient si exigeantes et exceptionnelles que dans la doctrine classique du système volontariste suivi par le droit vénézuélien, la satisfaction de l'intérêt spécifique du créancier ne pourrait être obtenue par un contrat de substitution. Les indices

d'inexécution essentielle du droit international recoupent dans une grande partie les conditions de l'inexécution substantielle des systèmes de *common law.* [1010]

621. En dépit des incompatibilités théoriques entre ces systèmes d'appréciation de l'inexécution résolutoire et le système volontariste suivi par le droit vénézuélien, il faut pourtant nuancer et préciser la portée pratique du droit vénézuélien à partir des solutions appliquées par la jurisprudence en France. En effet, il ne faut pas oublier que les indices de gravité de l'inexécution dépendent en réalité d'un pouvoir souverain d'appréciation du juge et, loin des fondements théoriques de la doctrine, la jurisprudence en France montre une certaine amplitude par rapport aux prétendus postulats théoriques proposés par l'interprétation volontariste du contrat suivie par la doctrine et pour la jurisprudence vénézuélienne. Il s'avère que l'approche de la jurisprudence en France n'est pas guidée par les postulats de la conception volontariste.

622. **c. La portée de l'incompatibilité dans le droit vénézuélien.** En ce qui concerne la gravité de l'inexécution résolutoire, il faut constater d'abord, sauf pour quelques travaux isolés[1011], un traitement peu approfondi dans le droit vénézuélien. Il faut noter ensuite que, pour la seule étude approfondie de la doctrine vénézuélienne de ce siècle, la résolution « représente un évènement économiquement négatif, car il paralyse la circulation de la richesse que le contrat est censé produire »[1012]. Selon cet auteur : « L'action en résolution pour inexécution est une mesure extrême. Elle n'est pas une simple option de la partie qui est restée fidèle au contrat. Elle ne se justifie que lorsque l'inexécution est d'une gravité si importante que la résolution devienne nécessaire, à la place de l'exécution, et au lieu de maintenir en vigueur le contrat conclu par les parties. Cette situation est la règle en

---

[1010] *Restatement Second of Contracts § 241, Circumstances Significant in Determining Whether a Failure is Material: In determining whether a failure to render or to offer performance is material, the following circumstances are significant: 1. the extent to which the injured party will be deprived of the benefit which he reasonably expected; 2. the extent to which the injured party can be adequately compensated for the part of that benefit of which he will be deprived; 3. the extent to which the party failing to perform or to offer to perform will suffer forfeiture; 4. the likelihood that the party failing to perform or to offer to perform will cure his failure, taking account of all the circumstances including any reasonable assurances; 5. the extent to which the behavior of the party failing to perform or to offer to perform comports with standards of good faith and fair dealing.* V. *supra* nº 618 et s.

[1011] G. GORRIN, *Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento, art. cit.,* nº I ; J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento*, *op. cit.,* p. 197.

[1012] G. GORRIN, *Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento, op. cit., loc. cit.*

matière contractuelle selon le principe *pacta sunt servanda.* Alors, la résolution est une mesure exceptionnelle, car elle va à l'encontre de la règle générale *pacta sunt servanda*. »[1013].

623. Il faut avouer que, pour le professeur Gorrín, la conception volontariste du contrat est plus accentuée que chez les autres auteurs représentatifs de la doctrine vénézuélienne[1014]. Il ne semble pas accorder trop d'espace à un fondement du contrat inspiré par la justice et l'utilité, et beaucoup moins sur l'efficacité économique. Le contrat doit être préservé à tout prix. La résolution est une mesure extrême et exceptionnelle. Le principe est celui de la primauté de l'exécution en nature. On constate que l'interprétation volontariste classique du Code civil de 1804 conserve une influence importante dans la doctrine et sur la jurisprudence vénézuélienne. C'est sur la recherche de la volonté implicite des parties qu'il faut trouver les critères de la gravité de l'inexécution, soit que la gravité soit constatée par référence à l'opération économique, soit qu'elle le soit par rapport aux attentes particulières des parties, au moment de la formation ou au moment de l'inexécution.

624. Dans tous les cas, selon cet auteur[1015], qui puise son analyse d'une doctrine sélective du droit italien[1016] et du droit français[1017], il s'agit d'apprécier la gravité de l'inexécution sur la base de *l'impossibilité* à satisfaire l'intérêt pratique du créancier au

---

[1013] *Ibidem,* nº 6-8 et 169.

[1014] V. J. MELICH, *La resolución du contrat por inejecución, op. cit.*, p. 196, E. MADURO LUYANDO, *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, t. II, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009.

[1015] G. GORRIN, *art. préc.,* nº 7.

[1016] En ce qui concerne la doctrine italienne l'auteur cite : G. AULETTA, *La risoluzione per inadempiamento,* Milan, Giuffrè, 1942; M. BARRIONE, « La risoluzione per inadempiamento » in *Enciclopedia collana directa da Paola Cendon, Diritto Privato,* Padova, CENDAM, 2004 ; F. CARNIGELLA, G. DE MARZO, *Manuale de diritto civile,* t. III, Milano, Guifrè, 2008 ; M. CUBBEDU, *L'importanza dell'inadempiamento (*Dir. F. BUSNELLI- S. PATTI- V. SCALSI- P. ZATTI), Torino, Giappichelli, 1995 ; G. DE GENNARO, *Il contrati mistti,* Padova, CEDAM, 934, XII ; R. DE RUGGIERO, *Instituciones de derecho civil,* t. II, V. I, Madrid, Reus, 1977 ; G. GIORGI, *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno,* t. V, Madrid, Reus, 1930 ; F. MESSINEO, *Doctrina general del contrato,* Buenos Aires, EJEA, 1952 ; E. MOSCATTI, *La causa del contratto,* in *Diritto Civile,* vol. III, II, Milano, Giuffrè, 2009 ; C. RUPPERTO, *La giurisprudenza sul codici civile, libro IV, delle obligazioni (art 1425-1469-bis)*, Milan, Giuffrè, 2011.

[1017] En ce qui concerne la doctrine française l'auteur cite : H. CAPITANT, *De la causa de las obligaciones,* (Traducción Tarragato y Contreras) Madrid, Gonora, 1928; A. COLIN, H. CAPITANT, *Curso elemental de derecho civil, teoría general de las obligaciones,* t. III, Madrid, Reus, 1943; J. GHESTIN, M. BILLAU, *Traité de droit civil. Les effets du contrat,* Paris, LGDJ, 1992 ; L. JOSSERAND, *Derecho Civil. Teoría general de las obligaciones*, t. II, vol. I., Buenos Aires, EJEA, 1950. H. L. MAZEAUD, F. CHABAS, *Les obligations,* 8º éd., Paris, Montchrestien, 1991; M. PLANIOL, G. RIPERT, *Tratado práctico de derecho civil francés, de las obligaciones,* t. V, I, La Habana, Cultural, S.A., 1946; B. STARK, H. ROLAND, L. BOYER, *Obligations, Contrat,* 4º éd., Paris, Litec, 1993 ; R. SEFTON-GREEN, *La notion d'obligation fondamentale : Comparaison franco-anglaise,* Paris, LGDJ, 2000.

moyen de l'exécution forcée en nature. En effet, selon cet auteur, les conclusions applicables sur la détermination de la gravité de l'inexécution en droit vénézuélien sont les suivantes : 1. La résolution est une mesure extrême et exceptionnelle. Il faut préserver l'existence du contrat selon la règle *pacta sunt servanda*. La règle applicable au Venezuela doit être la primauté de l'exécution en nature du contrat.[1018] 2. La volonté des parties est le seul critère déterminant, lorsque l'inexécution résolutoire a été accordée par les parties dans une clause résolutoire ou de terme essentiel.[1019] 3. Dans les autres cas, le juge doit examiner la gravité selon des critères objectifs ou subjectifs de la volonté.[1020] 4. Le critère principal est « la détermination de la possibilité de la satisfaction de l'intérêt pratique du créancier déçu » à travers l'exécution forcée en nature du contrat.[1021]

625. Bien que l'obligation de modérer le dommage et le principe de substitution semblent incompatibles avec la doctrine vénézuélienne la plus récente, la doctrine la plus ancienne est pourtant beaucoup plus nuancée et plus riche par rapport à la détermination de l'inexécution résolutoire. En particulier les travaux de Melich[1022], ont le mérite d'avoir effectué un exercice du droit comparé sur les solutions relatives à la résolution du contrat pour inexécution, et qui ont été adoptées par d'autres pays, comme la France, l'Italie et l'Allemagne, sans arriver à un critère constant de gravité.

626. Après une analyse de la jurisprudence vénézuélienne, Melich arrive d'abord à constater l'absence de systématisation des critères jurisprudentiels de l'inexécution résolutoire. Ainsi, selon Melich, en droit vénézuélien, le juge s'arroge un pouvoir discrétionnaire de déterminer, selon les circonstances, la pertinence et l'opportunité de la résolution. Ensuite, il constate que l'importance de l'inexécution est le seul critère récurrent retenu par les juges pour déterminer l'inexécution résolutoire. Il affirme ainsi que « l'inexécution est assez importante lorsque le créancier est capable de démontrer que le retard dans l'exécution, opposé au débiteur comme fondement de la résolution, produit effectivement ou peut produire, un préjudice plus ou moins important pour le créancier qui

[1018] G. GORRIN, *Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento, op. cit.,* nº 6-8 et 169.
[1019] *Ibidem,* nº 171.
[1020] *Ibidem,* nº 172.
[1021] *Ibidem,* nº 172.
[1022] J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento*, *op. cit.,* 197.

demande la résolution ».[1023] Le préjudice, certain ou potentiel, que cause l'inexécution au créancier est alors l'indice déterminant de la gravité de l'inexécution.

627. L'analyse de Melich est la suivante : toute inexécution non définitive implique que l'exécution forcée en nature est possible et que le créancier conserve l'intérêt du contrat dans l'utilité ou l'avantage que cette exécution pourrait lui procurer. En conséquence, lorsque l'exécution forcée en nature est possible, l'intérêt du créancier à cette exécution persiste. Il s'agit dans ce cas de constater uniquement l'existence d'un retard dans l'exécution de l'obligation et, par conséquent, la résolution ne devrait pas être prononcée.[1024] Il est clair que, lorsque l'inexécution fautive est à la fois définitive[1025] et totale[1026], étant

[1023] J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento*, *op. cit.,* nº 28, p. 202. Selon le droit vénézuélien, la résolution pour inexécution est uniquement possible si l'inexécution est un fait imputable au débiteur de caractère fautif. La résolution est une sanction qui relève de la faute du débiteur. L'inexécution involontaire suit les règles de la Théorie des risques.

[1024] *Ibidem,* p. 204. Ce critère recoupe le critère de l'interprétation volontariste du contrat en France : V. Ch. LARROUMET, *Les Obligations. Le contrat, op. cit.*, p. 755-756 : « La résolution, lorsqu'elle est prononcée par le juge, doit être fondée sur le fait que l'exécution ne pourra plus être obtenue par le créancier. Elle constate une situation dans laquelle il apparait que le contrat a manqué son but […] il n'y pas de raison de maintenir le contrat lorsqu'il est admis que le créancier n'obtiendra pas satisfaction en nature […]. En effet, si l'exécution est encore possible ou si l'inexécution n'est pas grave, la cause de l'autre obligation ne vient pas à manquer ». C'est en effet la vision orthodoxe de la théorie de la cause. V. T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit*., p. 138 et s. Pour cet auteur, la théorie de la cause dénote l'insuffisance de ce critère pour expliquer tous les cas où la résolution est admise, tant dans la loi spéciale que dans la jurisprudence. En plus, si l'on applique uniquement la théorie de la cause, il ne sera pas possible de prendre en compte des situations postérieures à la formation du contrat, alors que l'intérêt des parties peut se déplacer sur une clause qui n'avait pas d'importance à la formation du contrat. Le juge doit prendre en considération les circonstances après la formation du contrat. L'auteur cite : L. BALLAYDIER, « De la cause des obligations par Henri Capitant, Compte-rendu par M. Ballaydier ». *Rev. Crit. Leg. Juisp,* 1915-1924, p. 59. La théorie de la cause ne peut pas expliquer non plus le cas où le contrat conserve l'utilité économique pour le créancier et, malgré cela, la résolution est prononcée. Ou bien le cas où l'utilité économique du contrat pour le créancier est disparue, et malgré cela la résolution n'est pas prononcée pour des raisons d'humanité, commerciales ou en protection de l'intérêt d'un tiers.

[1025] L'inexécution est définitive lorsque l'exécution forcée en nature n'est pas juridiquement ou matériellement possible. C'est le cas lorsque l'obligation a un terme essentiel, lorsqu'il s'agit d'une obligation *intuitu personae,* lorsque le bien objet de l'obligation de donner est une chose certaine, et le bien a péri, ou n'est plus dans la possession du créancier ou lorsqu'il s'agit de la violation d'une obligation de ne pas faire dont les conséquences ne peuvent pas être effacées. Il s'agit aussi de tous les cas dans lesquels le créancier a perdu l'intérêt à l'exécution nature pour un fait imputable au débiteur.

[1026] V : J. MELICH, *La sanción de la inejécución del contrat, op. cit.,* p. 13 et s. : « Así, desde el momento en que desaparece la incertidumbre acerca de la disposición de ánimo del deudor a cumplir, el retardo se transforma en mora, y desde aquel en que desaparece la certidumbre sobre la idoneidad de la ejecución forzosa en especie para transformar la situación en un cumplimiento en sentido objetivo, es decir, para satisfacer el interés del acreedor, el retardo se transforma en incumplimiento definitivo. Ahora bien, el incumplimiento voluntario definitivo implica, según lo explica la doctrina nacional, no solamente la imposibilidad de satisfacer el interés del acreedor en forma específica, o la pérdida del interés del acreedor en la ejecución de la prestación, es necesario además un incumplimiento en sentido subjetivo, es decir que incumplimiento objetivo es consecuencia de una deficiencia reprochable del comportamiento del deudor». L'inexécution est totale, lorsque, du point de vue quantitatif, le débiteur n'a même pas exécuté en partie la prestation, ou lorsque, du point de vue qualitatif, le débiteur, ayant exécuté totalement ou en partie l'obligation, la prestation n'est pas

donné la gravité évidente de l'inexécution, la résolution du contrat est justifiée. Cependant, dans les cas où l'inexécution est uniquement transitoire ou lorsque l'inexécution définitive est uniquement partielle ou défectueuse, le critère de la gravité n'est pas toujours évident. Dans tous ces cas, le juge a le pouvoir discrétionnaire d'apprécier et de déterminer si l'inexécution fautive est d'une importance suffisante pour déclarer la disparition rétroactive du contrat.[1027]

628. Cependant, à la différence de Gorrín, pour Melich, la condition de la gravité de l'inexécution ne doit pas être confondue avec celle de la disparition de l'intérêt du créancier[1028]. Pour cet auteur, dans tous les systèmes qui prévoient une période de grâce en faveur du débiteur, tel que le Code civil français, le Code civil espagnol, le BGB, le Code civil italien, ou le Code civil des obligations suisse, l'objectif du législateur est d'établir un mécanisme destiné à enjoindre le débiteur d'exécuter le contrat, avant de permettre la transformation du retard dans l'exécution en un cas d'inexécution définitive et irrévocable. Cependant, selon Melich, un tel artifice n'est pas nécessaire, car, comme l'affirment Planiol et Ripert, la résolution du contrat peut être déclarée, même lorsque le créancier n'a pas perdu l'intérêt dans l'exécution en nature de l'obligation. En effet, selon Planiol et Ripert « l'inexécution intentionnelle - laquelle exige la mise en demeure du débiteur - justifie la résolution du contrat, même si le créancier n'a pas subi un préjudice économique, et inclus lorsqu'il s'agit d'une inexécution partielle […]. Dans ce cas, c'est la sanction de la mauvaise foi du débiteur qui justifie la résolution totale du contrat. » [1029] Ainsi, selon Melich : « la tendance jurisprudentielle à ratifier le comportement de la partie innocente qui résout unilatéralement le contrat sans attendre l'intervention du juge - avant même que les préjudices ne se soient produits et seulement à cause de leur caractère imminent - lorsque le débiteur est en demeure ou que sa mauvaise foi est manifeste, n'est que la preuve de ce que la résolution n'est pas conditionnée à la disparition de l'intérêt du créancier à l'exécution en

conforme à la prestation accordée. Qu'une prestation est conforme à la prestation accordée dépend des éléments du contrat regardés comme essentiels ou déterminants pour les parties ou la nature du contrat.

[1027] J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento, op. cit.,* nº 109, p. 189.

[1028] *Ibidem*.

[1029] M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français,* t. VI*, op. cit.,* nº 431, p. 599 *;* G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats,* Paris, PUF, 1924, p. 23 ; J. GHESTIN, M. BILLAU, *Les effets du contrat, op. cit.,* nº 410. Ces auteurs citent une jurisprudence assez abondant sur la possibilité de résoudre le contrat lorsque l'inexécution est un acte intentionnel du créancier.

nature et que la perte de cet intérêt et la gravité de l'inexécution ne peuvent pas être assimilés. »[1030]

629. On reconnait déjà que cette façon de présenter les choses donne au juge un pouvoir plus étendu que la seule constatation de l'échec contractuel et de la perte de la possibilité de la satisfaction de l'intérêt du créancier à travers l'exécution forcée en nature préconisé comme critère pour déterminer la gravité de l'inexécution résolutoire dans la doctrine vénézuélienne la plus récente[1031]. Il donne au juge la possibilité d'apprécier la pertinence et l'opportunité de la résolution lorsque l'inexécution est partielle ou non conforme.

630. L'analyse de la doctrine vénézuélienne de Melich rejoint d'une certaine façon, à notre avis, l'approche fonctionnelle de la notion résolution développée dans le droit

---

[1030] J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento, op. cit.,* nº 28, p. 185. En ce qui concerne le droit allemand, la solution est particulièrement intéressante. En effet, d'après le BGB de 1901 ainsi que le droit après la réforme de 2002, la condition de la résolution n'est pas le constat d'une inexécution assez grave, mais l'existence d'une inexécution qui ne soit pas insignifiante, c'est-à-dire que la résolution, à certaines conditions de forme, a lieu à chaque fois que l'inexécution n'est pas insignifiante. Cependant, le système allemand requiert, pour que la résolution soit justifiée, que le créancier donne au débiteur une période de temps raisonnable afin que le débiteur puisse exécuter de manière spontanée l'obligation. L'inexécution de l'obligation dans la période de temps accordée par le créancier, l'autorise à décider de mettre en place la résolution unilatérale du contrat. Il s'agit du système du *Nachfrist.* Il est évident que l'exécution en nature étant possible, la résolution peut être déclarée par le créancier à chaque fois que le refus intentionnel du débiteur d'exécuter est clair, même si l'intérêt contractuel à l'exécution en nature n'a pas disparu. Ainsi, selon le système allemand, l'impossibilité et la perte de l'intérêt du créancier à l'exécution en nature ne sont pas des conditions de la résolution du contrat. Il faut cependant, afin que la résolution puisse être déclarée, que l'inexécution ne soit pas insignifiante. *BGB Section 323 Revocation for non performance or for performance not in conformity with the contract : « (1) If, in the case of a reciprocal contract, the obligor does not render an act of performance which is due, or does not render it in conformity with the contract, then the obligee may revoke the contract, if he has specified, without result, an additional period for performance or cure. 2) The specification of a period of time can be dispensed with if : 1. the obligor seriously and definitively refuses performance, 2. the obligor does not render performance by a date specified in the contract or within a period specified in the contract, in spite of the fact that, according to a notice given by the obligee to the obligor prior to conclusion of the contract or based on other circumstances attending at the time of its conclusion, the performance as per the date specified or within the period specified is of essential importance to the obligee, or 3. in the case of work not having been carried out in accordance with the contract, special circumstances exist which, when the interests of both parties are weighed, justify immediate revocation.(3) If the nature of the breach of duty is such that setting a period of time is out of the question, a warning notice is given instead. (4) The obligee may revoke the contract before performance is due if it is obvious that the requirements for revocation will be met. (5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial. (6) Revocation is excluded if the obligee is solely or very predominantly responsible for the circumstance that would entitle him to revoke the contract or if the circumstance for which the obligor is not responsible occurs at a time when the obligee is in default of acceptance. »*

[1031] G. GORRIN, *Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento, art. cit.*

français. Il s'agit de présenter le traitement de la question en France, afin d'élucider l'incompatibilité du principe de substitution avec le droit vénézuélien.

2. L'APPROCHE FONCTIONNELLE DE LA RÉSOLUTION

631. L'approche fonctionnelle de la résolution n'est que l'analyse de la position de la jurisprudence française autour de la détermination de l'inexécution résolutoire, afin d'éclaircir les finalités allouées au mécanisme de la résolution par le juge.[1032] C'est une approche pratique très utile, qui dépasse d'une certaine façon les théories amenées par la doctrine afin d'expliquer et de limiter dans des contours plus ou moins précis la notion d'inexécution résolutoire, grave ou suffisante. Il nous semble que l'approche fonctionnelle de la résolution permet au droit français des contrats de se rapprocher des systèmes utilitaristes.

632. En effet, selon cette approche, la résolution est un mécanisme polyvalent qui peut remplir au moins trois fonctions[1033]: une fonction économique, une fonction punitive et une fonction de garantie.[1034] Ces fonctions, qui ne sont que le reflet de la position de la jurisprudence lorsqu'elle exerce son pouvoir souverain d'appréciation de la résolution à travers le temps, permettent d'éclaircir dans une certaine mesure la détermination de l'inexécution résolutoire et le pouvoir souverain d'appréciation du juge.

633. **a. La fonction économique.**[1035] La fonction économique est le fondement le plus fréquemment utilisé par la doctrine et la jurisprudence française du Code civil*,* ainsi que

[1032] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 309.
[1033] *Ibidem.*
[1034] *Ibidem.,* p. 152. Il faut noter que la résolution, bien qu'elle puisse accomplir différentes fonctions et, par conséquent, avoir plusieurs fondements, pour l'auteur aucun fondement n'est capable de donner un fondement unique à la résolution : « la résolution pour inexécution est un instrument essentiellement polyvalent ». (p. 127). Ainsi, elle peut avoir une fonction de réparation car elle rétablit le déséquilibre économique produit par l'inexécution, nonobstant le fait qu'on ne peut pas assimiler la résolution à la responsabilité civile. La critique principale est que la résolution ne requiert pas une inexécution fautive. Dans ce cas, elle fonctionne comme un mécanisme de garantie. V. H. L. J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil,* t. II, 1° vol., 9º éd., Paris, Montchrestien, 1998, nº 1089.
[1035] *Ibidem,* p. 314.

pour le droit vénézuélien. Elle permet de justifier la disparition du contrat, lorsque l'une des parties au contrat est privée de l'avantage qu'elle avait le droit d'attendre du contrat.[1036]

634. Comme il a été indiqué, le critère économique représente un obstacle aux effets de l'obligation de modérer le dommage et au principe de substitution, car, en principe, chaque fois que l'utilité du contrat est envisageable par les parties, la résolution du contrat n'est pas justifiée. En effet, si l'opération économique maintient son intérêt pour les parties, il n'y a pas de raison de faire disparaître le contrat. Si ce critère était le seul critère applicable, l'opération de substitution ne serait pas une mesure raisonnable de modération du dommage.[1037] La résolution n'étant pas admissible, le créancier ne pourrait pas se libérer du contrat et conclure un nouvel échange auprès du marché afin de satisfaire son intérêt.[1038]

[1036] Dans cette fonction on peut comprendre tous les critères de gravité de l'inexécution fondés sur la perte de la justification économique des prestations après la formation du contrat. Pour le critère de l'obligation essentielle voir : C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil,* Librairies techniques, 5º éd., t. IV, Paris, G. Rau et Falcimaigne, 1902, nº 302 ; A. COLIN, H. CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français,* t. 2, 3º éd., Paris, Dalloz, 1921, p. 346. En ce qui concerne les fondements de la résolution qui ont été expliqués à travers la condition implicite, la théorie de la cause, l'obligation essentielle, l'interdépendance des obligations voir : H. CAPITANT, *La cause des obligations, op. cit.,* nº 153 - 154 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *op. cit.,* nº 630 ; Ch. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat,* 4º éd., nº 711 ; B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Contrat, op. cit.,* 6º éd., nº 1919 ; A. BENABENT, *op. cit.,* 7º éd., nº 389. Pour le critère de la perte survenue de l'équilibre contractuel, la réalisation des fins pratiques et la bonne foi voir : M. PICARD, A. PRUD HOME, « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations », *RTD,* 1912, p. 61 et s. cité par J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Les effets des contrats, civil,* 3º éd., *op. cit.,* nº 455 : «*les auteurs distinguent trois types de résolution pour inexécution des obligations, qui correspondent à trois principes assurant le fonctionnement du rapport de droit engendré par la volonté des parties : le maintien de l'équilibre voulu, la réalisation de la fin pratique et la bonne foi. Suivant que tel ou tel de ces principes est atteint, le critère permettant au juge de prononcer la résolution est plus ou moins rigoureux* », ce qui recoupe les critères subjectif et objectif de la gravité de l'inexécution. Pour une analyse comparée de droit français et italien, et l'application en droit vénézuélien V. G. GORRIN, *art. préc.* Cela comprend les critères de l'utilité convenue, l'utilité subjective, l'utilité l'objective et celle d'utilité suffisante. Selon cette fonction, la résolution n'est qu'un instrument qui permet d'anéantir le contrat lorsque le contrat perd l'utilité économique attendue par l'une des parties à cause de l'inexécution de l'autre. Il s'agit d'éliminer le contrat dont l'opération économique envisagée par les parties a raté son but. Voir aussi : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 152, 314 et s. et 434 et s.

[1037] J. CARBONNIER, *Les obligations,* 22º éd., *op. cit.,* p. 184.

[1038] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 334 et s. Il est aussi vrai que du point de vue économique et de l'utilité du contrat pour les parties, surtout d'un point de vue de l'utilité objective, la jurisprudence dans son appréciation souveraine de la perte de l'utilité, retient des indices de gravité qui ne sont pas nécessairement contraires à l'obligation de modérer le dommage, même si l'on peut douter que ces décisions suivent les critères de la doctrine classique. Ainsi par exemple, la perte de l'utilité est plus fréquemment retenue dans l'inexécution de la délivrance des biens meubles que dans les biens immeubles. Concernant les biens meubles, la perte de l'utilité est plus fréquemment retenue pour la délivrance de biens fongibles que de biens non fongibles. Il en va de même pour les contractants : les indices de gravité sont plus sensibles pour les consommateurs que pour les commerçants. En ce qui concerne les ventes commerciales, la date de livraison, le caractère fongible du bien, la fluctuation ou la valeur constante du bien, la nature brute ou fabriquée des marchandises sont des indices de la gravité par rapport à la perte de l'utilité retenue. Il semble dans tous ces cas que le critère tient plus à l'adéquation de la sanction qu'à la perte de l'utilité, car l'utilité est

635. **b. La fonction de garantie.**[1039] En ce qui concerne la fonction de garantie de la résolution, il s'agit de mettre fin au contrat, même si l'opération économique est possible et utile, lorsque le maintien du contrat ou les autres sanctions de l'inexécution ne peuvent assurer un équilibre patrimonial des intérêts en jeu, afin d'éviter une perte au créancier[1040]. En effet, la fonction de garantie se manifeste au moins de deux façons[1041] : d'abord, à chaque fois que les effets restitutoires de la résolution permettent de placer le créancier dans la position la plus juste devant l'inexécution contractuelle du débiteur. Les restitutions réalisent donc une fonction semblable à celle de la responsabilité civile. Il s'agit, à travers des restitutions, d'assurer la réparation des préjudices présents ou potentiels que les dommages et intérêts ne sont pas capables d'indemniser. [1042] C'est la même chose qui fait l'objet du contrat pour le créancier, ce qui devient la garantie de son inexécution pour le débiteur.[1043]

636. Ensuite, la fonction de garantie se manifeste lorsque le maintien du contrat, alors même que l'opération économique est possible et utile, représente un risque de préjudice futur ou un risque de réparation inadéquate.[1044] Selon le professeur Genicon, « la fonction de garantie prime lorsque le juge, se désintéressant du comportement des contractants comme de l'utilité de l'opération contractuelle, décide d'anéantir le contrat dans le seul but d'assurer la réparation du préjudice subi par le créancier ou de lui éviter la survenance d'un tel préjudice. Ce n'est pas le projet et l'avenir de l'opération contractuelle qui retient l'attention car l'utilité passe au second plan : le juge, beaucoup plus modestement, se contente d'observer que l'inexécution a causé ou risque de causer un dommage important au créancier et qu'il a lieu d'effacer ou de prévenir ce dommage, autant que faire se peut »[1045].

---

envisageable, même si elle arrive tardivement. C'est plutôt dans le but d'épargner le créancier d'un préjudice évitable que le juge prend le pas, ce qui rapproche la fonction économique à la fonction de garantie.

[1039] *Ibidem,* p. 353.

[1040] *Ibidem,* p. 154. Sur tout p. 184.

[1041] *Ibidem,* p. 155.

[1042] *Ibidem,* p. 155 ; B. STARK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* Paris, LGDJ, 1947 ; R. SALEILLES, *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, Paris, LGDJ, 1925; E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004. C'est le cas particulièrement des contrats avec des effets réels.

[1043] L. LAROMBIERE, *Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, libre III du Code Civil,* t. 1, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1885, p. 83.

[1044] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* p. 155.

[1045] *Ibidem,* nº 497.

637. La fonction de garantie de la résolution est la fonction qui s'adapte le plus aux effets de l'obligation de modérer le dommage et à la mesure de substitution du contrat. En effet, même lorsque l'opération économique est envisageable et maintient son utilité pour les parties, elle peut tout de même se révéler inadaptée aux intérêts en jeu, quand le créancier demande l'exécution en nature ou par équivalant alors qu'il existe un marché de substitution. La résolution, permettant au créancier de satisfaire de manière indirecte mais immédiate son intérêt contractuel, tout en évitant les préjudices et coûts liés au retard de la décision en justice, devient la solution la plus adéquate à tous les intérêts en jeu. Selon la fonction de garantie, la résolution est justifiée, car elle évite les risques de préjudices futurs ou d'une réparation inadéquate, en permettant au créancier, par un moyen indirect, il est vrai, la satisfaction en nature de son intérêt contractuel. Ainsi, selon les circonstances, la résolution peut s'avérer être la solution la plus adéquate à chaque fois qu'il existe un marché de substitution. De plus, la résolution peut aussi s'avérer être la solution la plus opportune. En effet, elle évite des coûts inutiles pour le débiteur et pour la société, sans sacrifier l'intérêt contractuel du créancier. La fonction de garantie permettrait ainsi la résolution du contrat, même si le contrat n'a pas perdu son utilité pour le créancier et que l'exécution en nature est possible. L'utilité du contrat est sacrifiée pour éviter une perte au créancier du fait de la préservation du contrat, mais aussi une perte inutile au débiteur et par conséquent à la société.[1046]

638. Il faut noter que, si l'obligation de modérer le dommage était consacrée dans le droit français et dans le droit vénézuélien, la résolution du contrat couplée de l'opération de substitution du contrat, dans la mesure où elle est une mesure raisonnable, deviendrait aussi une mesure nécessaire pour le créancier. En effet, l'indemnisation des dommages ne peut inclure la réparation des préjudices subis par le créancier à chaque fois que le débiteur démontre que le préjudice était évitable avec des mesures raisonnables. La résolution du contrat, en tant que garantie de l'équilibre patrimonial en jeu, est le moyen plus adapté afin d'effacer ou de prévenir le dommage évitable non réparable[1047]. L'obligation de modérer le dommage, en quelque sorte, prendrait un rôle tout particulier, car elle deviendrait le

[1046] *Ibidem.*
[1047] *Ibidem,* nº 497.

fondement du caractère adéquat et opportun de la résolution, même si l'opération économique est utile pour les parties. Autrement dit, en application de la fonction de garantie, dans le seul but d'assurer la réparation intégrale du préjudice ou de lui éviter la survenance d'une réparation inadéquate, la résolution du contrat serait justifiée par les effets de l'obligation de modérer le dommage.

639. Ainsi par exemple, imaginons le cas d'un acheteur qui refuse la délivrance d'une prestation défectueuse. Imaginons que le prix accordé est égal à 50, que le coût de la réparation du bien est égale à 100 et que le prix sur le marché d'un bien identique, mais neuf, est égal à 70. Selon la fonction de garantie, afin de prémunir le créancier d'une perte future ou un risque de réparation inadéquate causé par les effets de l'obligation de modérer le dommage, la résolution du contrat serait justifiée, même si l'exécution en nature est possible et utile. En effet, si l'acheteur demande au vendeur la réparation du bien ou l'indemnisation du coût réparation, c'est-à-dire 100, il court le risque que l'indemnisation soit limitée par le juge à la différence entre le prix du contrat et le prix de substitution, c'est-á-dire 20. L'acheteur a l'intérêt à résoudre et remplacer le contrat rapidement auprès d'un autre fournisseur sur le marché. Ainsi, chaque fois que le créancier risque d'un préjudice futur ou d'une réparation inadéquate à cause des effets de l'obligation de modérer le dommage, le caractère grave de l'inexécution sera justifié. Il s'agit pour le juge d'autoriser la résolution afin d'assurer, grâce à la résolution et au remplacement du contrat, la réparation des préjudices présents ou potentiels que les seuls dommages et intérêts ne seraient capables d'indemniser à cause des effets de l'obligation de modérer le dommage.[1048]

640. Il faut signaler le danger que peut représenter la résolution du contrat, lorsqu'elle a pour finalité de protéger l'intérêt du créancier qui n'a pas le droit d'obtenir une réparation du dommage évitable. On peut se demander si une telle conception de la résolution ne contredit pas le principe de la force obligatoire du contrat, lequel interdit précisément les parties de se délier du contrat unilatéralement. N'est-ce pas la violation du respect de la parole donnée qui serait ainsi admise, car si le contrat est utile aux parties, pourquoi pourrait-on justifier sa disparition ?

[1048] V. *supra* nº 230 et s.

641. Cela dit, il ne faut pas perdre de vue que la fonction de garantie de la résolution est une manifestation du pouvoir souverain d'appréciation du juge de la pertinence et de l'opportunité de la résolution.[1049] Il faut aussi prend en compte que la résolution du contrat est justifiée précisément pour protéger l'intérêt contractuel du créancier face à l'inexécution du contrat[1050] et, par conséquent, la prétendue entorse au principe de la force obligatoire du contrat devient un argument moins solide qu'il n'y le parait. En outre, et c'est peut-être l'essentiel, il faut tenir compte du fait que la résolution pour inexécution ne s'organise pas uniquement autour des trois fonctions décantées par la doctrine et la jurisprudence en droit français, applicable au droit vénézuélien. En effet, le juge de la résolution est aussi nécessairement amené à prendre en compte les effets extérieurs et les conséquences de la disparition du contrat par rapport aux tiers et à la société. Le juge se trouve ainsi « chargé en effet d'apprécier l'opportunité de la disparition du contrat au regard notamment de l'intérêt général »[1051].

642. C'est à Cassin qu'il faut attribuer le mérite d'avoir montré l'étendue des pouvoirs du juge vers les intérêts extérieurs au contrat. Selon Cassin, il ne peut être question pour le juge de prendre en compte « uniquement, pour la résolution, à la volonté réelle ou présumée des particuliers en abstraction complète de l'aspect social du problème […] le juge est investi de la mission de concilier, non seulement les intérêts des parties entre elles, mais la protection de celles-ci avec l'intérêt social »[1052]. Selon cet auteur, « il est impossible de reconnaître à la volonté individuelle un empire exclusif, dans une matière où justement le juge a reçu de la loi la mission de faire prévaloir des considérations d'ordre objectif soit d'ordre matériel (nature du contrat, équilibre des prestations), soit d'ordre moral (bonne foi, sécurité, etc.) »[1053],« le contrat formé, les effets subissent une sorte d'objectivation, ce n'est plus un lien personnel entre deux ou plusieurs personnes privées, mais une situation juridique qu'intéresse l'ordre social »[1054]. Il est vrai que, le plus souvent, ces constatations sont

[1049] *Ibidem.*
[1050] Il est vrai que la protection de l'intérêt du créancier se fait en dehors du cadre contractuel, car on fait disparaitre le contrat, afin que le créancier trouve satisfaction auprès d'un tiers sur le marché.
[1051] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 247.
[1052] R. CASSIN, « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrat », in *Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant,* Paris, Sirey, 1939, p. 1939. « *Le rôle du juge ne se borne pas à scruter l'intention des parties, il tranche à la lumière d'intérêts généraux ».*
[1053] *Ibidem,* p. 71.
[1054] *Ibidem,* p. 77.

utilisées par le juge pour justifier la mise à l'écart de la résolution, mais il est parfaitement possible que l'intérêt du débiteur, l'intérêt des tiers, et plus généralement l'intérêt général ne militent pas systématiquement pour le maintien du contrat. « On peut imaginer tout le contraire, qu'ils invitent le juge à le détruire. » [1055]

643. On peut percevoir les enjeux de l'admission dans le système volontariste d'une obligation de modérer le dommage. Le juge doit-il reconnaître le caractère adéquat et opportun de la résolution à chaque fois qu'il existe un marché de substitution, même si l'utilité du contrat n'est pas affectée par l'inexécution du débiteur ? Cette solution ne semble pas inconcevable du point de vue de la jurisprudence française et du pouvoir souverain reconnu au juge. Bien que l'appréciation par le juge de la pertinence et de l'opportunité de la disparition du contrat au regard de l'intérêt général pose de vrais problèmes de cohérence avec la conception volontariste du système du Code civil, on sait que l'autonomie de la volonté tire sa force de la loi. Si le juge ne doit pas s'immiscer dans les affaires privées, la justice et l'utilité, en tant que finalités du contrat, peuvent justifier, dans le domaine de la résolution, de faire disparaître le contrat pour protéger l'intérêt du créancier, du débiteur et de la société, lorsque le débiteur refuse l'exécution du contrat et qu'il existe un marché de substitution disponible. Le juge qui constate ou prononce la résolution dans cette circonstance, le fait en application de son pouvoir souverain d'appréciation, selon la fonction de garantie, mais aussi en protection de l'intérêt contractuel. La résolution est aussi justifiée au bénéfice du débiteur et principalement de la société. En effet, le créancier verra satisfait son intérêt contractuel en nature et de manière immédiate au moindre coût pour le débiteur et pour la société. L'impératif de l'efficacité économique sera harmonisé avec les impératifs de justice contractuelle et de sécurité des transactions.

644. Il nous semble que l'admission de l'obligation de modérer le dommage ouvrirait la porte à l'admission d'un principe d'efficacité économique du contrat en droit français. En effet, le juge, étant doté d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation sur la pertinence et l'opportunité de la résolution vis-à-vis des parties et de l'ordre social, ne pourrait pas interpréter le caractère grave de l'inexécution contre la mesure de substitution du contrat lorsque, selon les circonstances, celle-ci est clairement la solution la plus

[1055] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 507.

adéquate. Il nous semble que, dans ce cas, la cohérence du système inciterait le juge à veiller sur tous les intérêts en jeu à chaque fois que, face au refus du débiteur d'exécuter le contrat, le créancier peut satisfaire son intérêt auprès d'un tiers sur le marché de forme immédiate et au moindre coût pour la société.

645. Si cela paraît souhaitable, pour que l'obligation de modérer le dommage serve de fondement à la résolution du contrat, il faut que l'inexécution du débiteur ne soit pas un simple retard, ce qui revient à considérer la fonction pénale de la résolution. En effet, si l'exécution en nature est possible, le contrat maintien son utilité pour le créancier et que le débiteur est disposé à s'exécuter, la résolution du contrat n'aura pas de justification.

646. **c. La fonction pénale. .**[1056] Selon la fonction punitive de la résolution, la résolution a pour finalité de sanctionner le comportement blâmable et fautif du débiteur.[1057] Le refus d'exécuter, en tant qu'inexécution dolosive, bien qu'il soit une manifestation directe du débiteur ou provoqué par le créancier, ne rend pas compte de la gravité de l'inexécution que du point de vue de la dimension temporelle de l'inexécution. Il faut encore, tel que prévue dans le droit international des contrats[1058], dans les ordres normatifs qui suivent le modèle de la *common law*[1059] et dans le droit allemand[1060], que la gravité de l'inexécution du point de vue de sa dimension qualitative et quantitative, soit capable de justifier la disparition du contrat.[1061]

[1056] *Ibidem,* p. 352
[1057] *Ibidem.*
[1058] V. *supra* nº 617 et s.
[1059] V. *supra* nº 105 et s.
[1060] Section 323 du BGB : (*5) If the obligor has performed in part, the obligee may revoke the whole contract only if he has no interest in part performance. If the obligor has not performed in conformity with the contract, the obligee may not revoke the contract if the breach of duty is trivial.*
[1061] Dans le système de la *common law*, le refus d'exécution, ou l'impossibilité imputable au débiteur, doit être considéré(e) comme substantiel(le), c'est-à-dire que le refus doit avoir privé le créancier de l'utilité qu'il était en droit d'attendre selon le contrat. Cette constatation est aussi un indice prévu dans le droit international des contrats. Dans le droit allemand, la section 323 du BGB précise, du point de vue quantitatif, que le créancier peut résoudre le contrat uniquement s'il n'a pas d'intérêt dans la portion exécutée. Également du point de vue qualitatif, la même norme précise que, lorsque le débiteur n'a pas délivré une prestation conforme, le créancier ne peut pas résoudre unilatéralement le contrat si le défaut de conformité est insignifiant. On peut alors constater que, même dans les ordres normatifs indiqués, le refus d'exécution, sauf dans le cas des obligations à terme essentiel, bien qu'il rende l'inexécution définitive, la sanction punitive prend uniquement effet lorsqu'il y a une inexécution plus ou moins importante de la prestation du point de vue qualitatif ou quantitatif. Il s'avère alors que la fonction punitive de la résolution est en quelque sorte mariée avec la fonction économique. Il faut relever que, dans tous ces systèmes, le contrôle de la régularité de la résolution donne au juge un pouvoir d'appréciation plus ou moins étendu, puisque, pour apprécier si une inexécution est triviale, si le créancier est privé de l'utilité à laquelle il avait le droit, ou si la part exécutée n'a pas d'intérêt pour le créancier, il faut prendre en compte les circonstances intérieures et extérieures au contrat. Alors, lorsque de telles appréciations

647. Ainsi, si l'obligation de modérer le dommage était admise en droit français et en droit vénézuélien, nous serions d'avis qu'à chaque fois qu'il aurait un refus total d'exécution, soit directe ou provoqué par le délai accordé par le créancier, le caractère définitif et total de l'exécution justifierait la résolution, et cela même si l'utilité du contrat et de l'opération économique était envisageable par les parties. Le principe de la force obligatoire du contrat ne devrait pas faire obstacle à la disparition du contrat. Alors, cette position devrait être renforcée lorsqu'il y a un marché de substitution disponible pour le créancier. Il en est ainsi, car la résolution du contrat garantit la satisfaction de l'intérêt du créancier de forme immédiate, au moindre coût pour le débiteur et pour la société. Dans ce cas, il ne nous fait pas de doute que la mesure de substitution du contrat, effet principal de l'obligation de modérer le dommage, est sûrement applicable. Ainsi, dans ce cas, si le créancier préfère demander l'exécution forcée en nature ou l'indemnisation du dommage au lieu de mettre en place la résolution unilatérale du contrat, le créancier n'aura pas le droit d'être indemnisé pour les préjudices évitables par l'opération de substitution.

648. Au contraire, lorsque l'inexécution est placée dans une zone grise, parce qu'il y a un commencement d'exécution ou parce que l'exécution est partielle ou non conforme, le seul refus partiel du débiteur d'exécuter le contrat ne justifierait pas nécessairement la résolution et, par conséquent, les effets de l'obligation de modérer le dommage sur la réparation des dommages évitables, ne seraient pas nécessairement applicables. Il nous semble que le refus total d'exécuter dans les délais accordés, dans le système volontariste, serait la seule hypothèse capable d'activer le principe de substitution.

649. En effet, lorsque la résolution du contrat n'est clairement pas justifiée, alors la substitution du contrat, en tant que mesure de modération du dommage, n'est pas suffisamment raisonnable pour limiter la réparation intégrale du dommage. C'est la conséquence d'un système qui ne limite pas précisément les critères d'inexécution résolutoire et qui donne au juge un large pouvoir d'appréciation de l'adéquation et de

sont confiées au juge, ce dernier se voit accordé un pouvoir d'appréciation sur l'adéquation et l'opportunité de la sanction. Les choix du juge dépendront alors de la place que le système accorde à la volonté, à la justice et à l'utilité du contrat, tant par rapport aux parties que par rapport à l'intérêt général.

l'opportunité de la résolution. Cela dit, il faut remarquer que cette interprétation recoupe en grande partie la fonction de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat. Les cas qui rentrent dans les zones grises enlèveront, dans la plupart des cas, le caractère raisonnable à l'opération de substitution comme mesure de modération du dommage. L'exécution en nature, la réduction du prix, la réparation en nature ou les dommages et intérêts selon le coût de substitution ou la perte de la valeur seront, selon les cas, les moyens de protection de l'intérêt du créancier les plus adéquats, et le principe de substitution ne pourra limiter la réparation intégrale du dommage.

650. **Bilan.** Selon Melich, lorsque l'on parle de la gravité objective et de la gravité subjective de l'inexécution, on arrive à comprendre les trois rôles du mécanisme de la résolution. En effet, l'on peut faire une distinction entre la gravité objective, lorsqu'elle concerne l'ampleur et l'importance de l'inexécution par rapport à l'intérêt du créancier, et la gravité subjective, lorsqu'elle concerne la gravité de la faute, qu'elle réponde à une faute intentionnelle, à une faute grave ou à une faute légère. C'est sur cette constatation que certaines décisions de justice ont prononcé la résolution lorsque l'inexécution est intentionnelle alors qu'elle n'a pas produit de préjudices pour le créancier, ou bien lorsqu'il s'agit d'une inexécution partielle d'une obligation divisible. Cela est uniquement explicable si l'on attribue une fonction de garantie au mécanisme, car cette fonction justifierait la résolution afin de prévenir la multiplication des préjudices que devrait subir le créancier, s'il devait attendre la consommation de l'inexécution totale et définitive pour enfin demander une réparation des dommages par rapport aux préjudices qui, de toute évidence, pourraient être évités avec la résolution opportune du contrat.[1062]

651. Ainsi, selon cette approche fonctionnelle de la résolution dans les trois dimensions indiquées par la doctrine en France, à laquelle semble se joindre une partie de la doctrine vénézuélienne, la résolution et, par conséquent, le principe de substitution seraient justifiés bien évidemment à chaque fois que le juge constate que l'opération économique a échoué, car le contrat n'arrivera pas à satisfaire l'utilité attendue par les parties. Mais elle serait aussi justifiée pour sanctionner le comportement blâmable du débiteur et son refus intentionnel d'exécuter, même si l'opération économique est toujours possible et utile, car

[1062] J. MELICH, *La resolución del contrato por inejecución, op. cit.,* p. 133.

la violation de la bonne foi détruit la confiance des parties, ce qui comporte un effet comminatoire et préventif. En outre, la résolution serait aussi justifiée, même si l'opération économique est utile et qu'il n'y a pas eu de comportement déloyal du débiteur, lorsque l'exécution forcée en nature ou l'indemnisation des dommages, selon les circonstances, ne s'avèrent pas être la solution la plus adéquate, étant donné les intérêts en jeu. Ce qui inclut l'intérêt du créancier à la satisfaction de son intérêt contractuel, l'intérêt du débiteur et l'intérêt de la société en général. En revanche, elle ne serait pas justifiée si l'exécution non conforme était utile au créancier en considération du coût de la prestation.

652. On peut constater, d'ailleurs, que cette approche fonctionnelle de la résolution est parfaitement compatible avec les indices d'inexécution essentielle prévus dans le droit international des contrats.[1063] Ainsi, la fonction économique de la résolution est prévue dans l'indice d'exécution essentielle (a) et (b), car la résolution est justifiée, lorsque le créancier est privé substantiellement de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, ce qui inclut la stricte exécution de l'obligation lorsqu'elle est de l'essence du contrat pour l'une des parties. Cet indice recoupe les critères de la gravité fondée sur la perte de l'utilité convenue, de l'utilité subjective du créancier, de l'utilité objective du juge et de l'utilité suffisante. Cela implique la constatation par le juge de l'échec de l'opération économique pour l'une des parties. Ce que le créancier est en droit d'attendre est toujours objet de forts débats, on le sait, mais cela n'est pas uniquement le cas en droit français ou en droit vénézuélien. Au-delà des critères, il s'agit pour le juge de mesurer les intérêts en jeu.

653. Ensuite, la fonction punitive est prévue dans les indices (c) et (f), lorsque la résolution est justifiée dans le cas du refus intentionnel ou déloyal du débiteur d'exécuter le contrat. Ce qui transforme l'inexécution temporaire en une inexécution définitive, même lorsque l'exécution en nature est possible et que le créancier n'a pas perdu son intérêt dans la satisfaction de son intérêt contractuel de manière spécifique. Il est vrai que l'inexécution résolutoire se détache des fondements avancés selon la doctrine classique du Code civil français dans la notion de la cause de l'obligation et l'interdépendance des obligations, puisque même si l'utilité économique du contrat est envisageable, la résolution peut être justifiée par un fondement d'ordre moral ou par rapport aux considérations du caractère

[1063] V. *supra* nº 617 et s.

adéquat et opportun de la sanction. Même si la fonction punitive se suffit à elle-même, le plus souvent, on l'a vu, elle doit être couplée avec la fonction économique. Ce qui fait, et c'est l'essentiel, que le simple retard soit transformé en une inexécution totale et définitive est la fonction punitive de la résolution. L'inexécution totale et définitive, on le sait, est l'inexécution la plus grave, même si le caractère définitif relève parfois d'une sanction à la gravité de la faute du débiteur plutôt que d'une constatation de fait. Cette inexécution devrait justifier, dans tous les cas, la résolution du contrat, et cela même si, d'un point de vue objectif, l'utilité économique du contrat est envisageable.[1064]

654. Finalement, la fonction de garantie peut être identifiée dans les indices d'inexécution essentielle (d) et (e). En effet, la résolution peut être justifiée lorsque l'inexécution détruit la confiance du créancier dans l'exécution future, car le créancier n'a pas à attendre que l'inexécution soit totale ou définitive pour mettre fin au contrat, si la résolution du contrat lui permet d'éviter des préjudices, par exemple grâce à une opération de substitution. Également la résolution doit être justifiée même si l'exécution ou la réparation en nature de l'obligation est possible, si le coût de l'exécution ou de la réparation pour le débiteur est excessif par rapport à l'utilité que le créancier a le droit d'attendre du contrat. Il s'agit ici pour le juge de déterminer le caractère adéquat de la résolution du contrat par rapport aux autres moyens de protection du droit du créancier victime de l'inexécution. Dans tous les cas, il s'agit pour le juge d'accorder le moyen de protection qui, tout en respectant l'intérêt contractuel du créancier, représente le moindre coût pour le débiteur et pour la société. Il est vrai que la fonction de garantie de la résolution est le critère qui heurte le plus l'interprétation volontariste du Code civil, suivie par le droit vénézuélien, habituée à reconnaître le fondement de la résolution dans l'interdépendance des obligations dans les contrats synallagmatiques ou sur l'impossibilité de la satisfaction de l'intérêt pratique du créancier déçu à travers l'exécution en nature du contrat.[1065]

[1064] Le délai d'exécution accordé par le créancier, technique propre au droit allemand, remplit alors une fonction primordiale dans la détermination de la gravité de l'inexécution. Elle permet de préciser l'intention du débiteur et, par cette voie, de préciser le caractère définitif ou non de l'inexécution, au-delà de l'impossibilité matérielle ou juridique de la prestation. Cela dit, la fonction punitive envers le refus doit être couplée avec la fonction économique, car le refus d'exécution permet au créancier de rompre le contrat si l'inexécution est substantielle, c'est-à-dire, lorsque le créancier est privé substantiellement de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat.
[1065] V. *supra* nº 622 et s.

655. Si la conception fonctionnelle de la résolution devait être admise au Venezuela, les cas d'inexécution donnant le droit au créancier à la résolution du contrat seraient ainsi élargis par rapport aux cas retenus par l'interprétation volontariste du contrat, qui retient principalement la fonction économique. Le refus total d'exécution de l'obligation, qu'il soit expressément déclaré par le débiteur, ou qu'il soit déduit implicitement de l'inexécution de l'obligation dans le délai raisonnable accordé par le créancier, deviendrait en droit vénézuélien une cause autonome capable de justifier la résolution du contrat.

656. En outre, la résolution serait justifiée dans le cas de la violation de l'obligation de bonne foi à chaque fois qu'elle détruit la confiance des parties dans l'exécution future du contrat. Finalement, la résolution devrait être justifiée, même lorsque l'utilité du contrat est envisageable, lorsqu'elle représente la solution la plus adéquate et opportune à l'inexécution du contrat par le débiteur. Bien qu'il semble aller trop loin par rapport aux considérations doctrinales classiques qui ont fondé les solutions classiques du Code civil français, suivies par le droit vénézuélien, pourtant, nous sommes d'avis que ce n'est pas le cas. En effet, l'incompatibilité n'est qu'apparente. La gravité de l'inexécution n'est pas, dans le droit vénézuélien, une condition établie de manière positive par la loi. La seule constatation de la doctrine et de la jurisprudence réside dans le fait d'accorder aux juges de fond un pouvoir souverain sur la détermination de la gravité de l'inexécution qui justifie la résolution du contrat. C'est au juge et à la jurisprudence vénézuélienne d'évoluer sur le bien-fondé de l'analyse fonctionnelle de la résolution pratiquée depuis longtemps en France par la jurisprudence, en dépit de la conception volontariste du contrat. Si cela est le cas, l'incompatibilité entre la gravité de l'inexécution et l'obligation de modérer le dommage pourrait disparaître ou être significativement réduite.

3. LA GRAVITÉ DE L'INEXÉCUTION EN TANT QUE CONDITION LÉGALE DE LA RÉSOLUTION DANS LA REFORME DU DROIT DES CONTRATS EN FRANCE

657. Selon l'article 1224 du droit de la réforme, la gravité de l'inexécution est une condition de la résolution judiciaire et de la résolution unilatérale. Selon cet article, « la résolution résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit, en cas d'inexécution suffisamment grave, d'une notification du créancier au débiteur ou d'une décision de

justice ». Lorsque la résolution est faite par notification, et que le débiteur saisit le juge pour contester la résolution, le créancier a la charge de prouver la gravité de l'inexécution.

658. Il faut noter que le droit de la réforme n'apporte aucune précision relative à la détermination de la gravité de l'exécution, ce qui renvoie, en ce qui concerne la détermination de l'inexécution résolutoire, au droit antérieur à la réforme[1066]. Cela implique de reconnaître au juge un pouvoir souverain d'apprécier et de déterminer la gravité de l'inexécution selon les circonstances. Le juge maintient son contrôle de la pertinence et de l'opportunité de la résolution du contrat. Pourtant, comme on l'a déjà signalé, cette indétermination relative aux indices de gravité de l'inexécution n'est pas nécessairement favorable aux effets de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. En effet, dans les systèmes où l'obligation de modérer le dommage a été modelée, les critères d'exécution substantielle ou essentielle ont été précisés à travers des indices ou précédents. Plus le créancier est certain des conditions de la résolution, plus il est incité à réaliser l'opération de substitution. Au contraire, moins il a de précision sur les conditions légales de la résolution, moins raisonnable devient l'opération de substitution en tant que mesure de modération du dommage. Il en va ainsi, car la plus grande indétermination de la résolution menace le caractère raisonnable de l'opération de substitution en tant que mesure de modération du dommage.

659. Il faut aussi remarquer qu'à la différence des systèmes utilitaristes, la résolution du contrat dans le droit de la réforme ne devient, dans aucune hypothèse, un droit du créancier, car, en principe, comme avant la réforme, le contrôle *a priori* ou *a posteriori* de la résolution est soumis au pouvoir souverain du juge[1067]. En effet, selon le nouvel article 1228, article qui détermine l'étendue du pouvoir du juge lorsqu'il est appelé à contrôler la

---

[1066] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 426 et s.

[1067] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 219, p. 304. « *Étant rappelé qu'en vertu de l'article 1184 du code civil, le créancier n'a pas un droit à la résolution du contrat en cas d'inexécution, mais un intérêt à la résolution qu'il entend, le cas échéant, défendre en justice* ». T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 353 et s. : « *On ne peut comprendre la résolution légale en droit français, si l'on ne garde pas sans cesse à l'esprit qu'elle est conçue comme une autorisation donnée par le juge et que doit nécessairement solliciter un créancier. Il est donc abusif de parler de droit à la résolution dans cette hypothèse car on sous-entend que la loi fait directement naître du manquement une prérogative dont peut librement se prévaloir le créancier. Or il n'en est rien : le pouvoir du juge est si étendu qu'il ne se contente pas de contrôler l'abus dans la mise en œuvre d'un droit indiscutable du créancier. Ce n'est pas du tout la logique du droit français dans laquelle la résolution n'est qu'une mesure demandée au juge, qui décide souverainement de l'accorder ou de la refuser. En somme, le créancier propose et le juge dispose.* »

régularité de la résolution, « le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ». Le droit postérieur à la reforme pose alors des doutes relatifs aux effets de l'obligation de modérer les dommages. En effet, selon le nouvel article 1217 du droit de la réforme, l'initiative de l'action incombe au créancier victime de l'inexécution. Cependant, lorsque le créancier décide de la résolution, le juge est investi du pouvoir d'imposer au créancier l'exécution forcée en nature, ce qui inclut le pouvoir d'accorder éventuellement un délai supplémentaire au débiteur pour réaliser l'exécution en nature. Le juge peut aussi allouer seulement des dommages intérêts. Il semble que le pouvoir du juge, lorsqu'il est saisi afin de constater ou prononcer la résolution, soit plus étendu que lorsqu'il lui est demandé de se prononcer sur les autres sanctions. On comprend bien la raison pour laquelle l'article 1226 de la réforme prévoit expressément que le créancier peut résoudre le contrat par voie de notification à « ses risques et périls ».

660. En outre, on peut se demander si, étant donné le large pouvoir accordé au juge lorsque le créancier a choisi la résolution du contrat, le débiteur n'est pas en droit d'offrir l'exécution du contrat alors que le créancier a déjà notifié la résolution unilatérale du contrat ou a demandé la résolution judiciaire. La question est clairement traitée dans les autres systèmes juridiques étrangers comme le Code civil italien et le BGB, lesquels limitent le droit du débiteur à l'exécution en nature à partir du moment où le créancier a demandé en justice ou signifié la résolution. Pourtant, il faut signaler que le droit issu de la réforme ne prend pas position à cet égard. Le doute n'est pas déraisonnable, dès lors que le juge peut ordonner l'exécution du contrat et des délais de grâce au débiteur. Il faut constater, alors, que, si la plus grande extension des pouvoirs du juge par rapport à la détermination de la gravité de l'inexécution du contrat peut représenter des avantages, en ce qu'il permet d'adopter la notion fonctionnelle de l'inexécution résolutoire, les larges pouvoirs accordés au juge, en ce qui concerne la sanction applicable une fois que le créancier a choisi la résolution, peuvent devenir aussi un obstacle aux effets de l'obligation de modérer le dommage. En effet, face à l'indétermination des effets du mécanisme, il n'est pas certain que le principe de substitution puisse être considéré comme une mesure raisonnable pour le créancier. Il nous semble que ce pouvoir accordé au juge, au-delà même du libre choix fait par le créancier, favorise le caractère exceptionnel et subsidiaire de la résolution. Il en résulte que les incompatibilités avec les effets de l'obligation de modérer le dommage, identifiés à

l'égard de l'interprétation volontariste du Code civil, ne sont pas clairement absentes dans le nouveau droit des contrats en France. La compatibilité entre le pouvoir du juge de déterminer la résolution ainsi que la sanction applicable et l'obligation de modérer le dommage dépendra en grande partie de la position qu'adoptera la jurisprudence dans le futur. Le renouvellement du droit des contrats en droit français semble avoir été déléguée aux juges. Le mécanisme de la résolution est ainsi consacré comme un instrument flexible, qui reste à modeler par la jurisprudence.

661. La conception volontariste du contrat pose un nombre significatif de incompatibilités à l'égard de la mesure de substitution du contrat. On peut constater qu'il n'en va pas différemment en ce qui concerne la réparation des dommages issus de la résolution du contrat.

§ 3. LA SUBSTITUTION DU CONTRAT, LA RÉSOLUTION ET L'INDEMNISATION DES DOMMAGES POSITIFS

662. Le principe de substitution implique la nécessité pour le créancier, face à l'inexécution du contrat, de trouver dans un marché de substitution la satisfaction de son intérêt contractuel. La résolution du contrat et l'opération de substitution sont des mesures raisonnables qui permettent de modérer les dommages issus de l'inexécution du contrat uniquement si le créancier est placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. Le créancier ne doit pas sacrifier son intérêt contractuel afin de modérer les dommages. C'est la raison pour laquelle la résolution du contrat doit être doublée d'un système d'indemnisation de l'intérêt positif du créancier. Cependant, la possibilité de cumuler la demander de résolution avec l'indemnisation de l'intérêt positif du créancier est actuellement contestée en France pour une partie de la doctrine. Il s'agit ici d'analyser la portée de cette apparente incompatibilité.

1. L'INCOMPATIBILITÉ APPARENTE DANS LE SYSTÈME DU CODE CIVIL EN DÉPIT DE L'ADMISSION GÉNÉRALE DANS D'AUTRES ORDRES JURIDIQUES ET DE *SOFT LAW*

663. **a. L'incompatibilité ?** L'une des particularités du système de la *common law* et du droit international des contrats, lorsque l'inexécution remplit certaines conditions, est la possibilité pour le créancier de mettre fin au contrat unilatéralement. L'exercice du droit de mettre fin au contrat dans ces systèmes a pour effet de donner au créancier le droit de refuser l'exécution du débiteur défaillant, ainsi que le droit de se considérer comme libéré des obligations « primaires » à sa charge afin de déployer ses ressources ailleurs, par exemple dans une opération de substitution. En ce qui concerne le débiteur défaillant, la rupture du contrat par le créancier lui permet aussi de refuser l'exécution du créancier, ainsi que le droit de se considérer comme libéré des obligations « primaires » à sa charge.[1068]

664. L'exercice du droit de mettre fin au contrat par le créancier victime de l'inexécution n'implique pas que le contrat perde sa force obligatoire ni pour le passé ni pour

[1068] V. *supra* nº 126 et s.

le futur. Comme on l'a déjà indiqué, la faculté de mettre fin au contrat implique uniquement que les parties soient libérées des obligations primaires. Cependant, le débiteur défaillant, libéré des obligations primaires, devient alors débiteur d'une obligation dite secondaire d'indemniser le créancier, victime de l'inexécution, des dommages issus de l'inexécution. Cette obligation secondaire d'indemnisation trouve sa source dans le contrat.[1069]

665. Ce mécanisme, qui ressemble au mécanisme de la résiliation du contrat connu dans le système du Code civil français, et par le droit vénézuélien qui suit ce système, en dépit de sa ressemblance, a des différences significatives. En effet, dans le système du Code civil français, la résiliation du contrat est admise lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat. Lorsque les prestations échangées ne peuvent trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat, l'inexécution grave de l'une des parties donne le droit au créancier de demander la résolution du contrat, ce qui est une sanction tout à fait différente.[1070] En effet, sauf dans le cas de la résiliation, dans le système du Code civil, la résolution du contrat a un effet rétroactif[1071]. Selon l'effet rétroactif de la résolution, le contrat est tenu comme inexistant de manière rétroactive et, par conséquent, les obligations des parties sont considérées comme n'ayant jamais existé[1072]. Le Code civil de 1804 était resté muet sur les conséquences de l'anéantissement et de la résolution du contrat. C'est cet effet rétroactif et l'absence de règles qui justifiaient le régime classique[1073] des restitutions inspirées sur l'enrichissement sans

---

[1069] V. *supra* nº 149 et s.

[1070] Article 1229 du Code civil français : « La résolution met fin au contrat. La résolution prend effet, selon les cas, soit dans les conditions prévues par la clause résolutoire, soit à la date de la réception par le débiteur de la notification faite par le créancier, soit à la date fixée par le juge ou, à défaut, au jour de l'assignation en justice. Lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procuré l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. »

[1071] V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *Les obligations, Le rapport d'obligation, op. cit.,* nº 253; Ch. LARROUMET, *Droit civil. Les obligations. Le contrat,* t. 3, *op. cit.,* nº 701; Ph. MALAURIE, L. AYNES, Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations, op. cit.,* nº 879, p. 448.

[1072] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 700, p. 502. Ce qui est décrit fort bien par l'auteur en affirmant : « En somme tout convergeait pour conduire la doctrine et la jurisprudence classiques à embrasser une idée aussi simple et perverse : une fois la résolution pour inexécution décidée, il faut faire comme si le contrat n'avait jamais été conclu. Et bien évidemment, on y a vu tout naturellement l'expression caractéristique de la rétroactivité, à telle enseigne que l'on ne cesse depuis lors de faire de l'effet rétroactif un élément de la définition même de l'institution ».

[1073] *Ibidem,* nº 918 ; J.-L. AUBERT, « Les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat : quel régime juridique ? » , note Civ. 1º, 24 septembre 2002, *D. 2003,* p. 369.

cause, la répétition de l'indu, les normes propres du droit des biens[1074] et l'indemnisation des dommages négatifs.[1075]. Il s'agit, selon le système volontariste suivi par le droit vénézuélien, de mettre le créancier dans la même situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait jamais été conclu.[1076] Le nouveau droit des contrats en France comble cette lacune en établissant des règles communes à toutes les restitutions, qu'elles soient consécutives à l'annulation, à la résolution, à la caducité, ou encore à la répétition de l'indu.[1077]

666. Or, selon les systèmes de la *common law*[1078] et du droit international des contrats[1079], la rupture du contrat par le créancier victime de l'inexécution n'empêche pas le créancier de demander l'indemnisation des dommages positifs, c'est-à-dire l'indemnisation des dommages qui permet de placer le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. Au contraire, c'est parce que le créancier peut compter sur l'avantage du contrat que l'opération de substitution, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage, et la résolution unilatérale du contrat, lorsqu'elle est autorisée, peuvent être considérées comme des mesures raisonnables. En effet, si le créancier peut trouver la satisfaction immédiate de ses intérêts contractuels auprès du marché, cela peut comporter un coût de substitution supérieur au coût stipulé dans le contrat inexécuté. C'est uniquement lorsque le créancier a le droit de récupérer la différence entre le prix de substitution et le prix du contrat que l'opération de substitution permet la satisfaction totale de son intérêt contractuel et, par conséquent, peut être considérée comme une mesure raisonnable. La mesure raisonnable est celle qui permet au créancier la satisfaction de son intérêt contractuel au moindre coût pour le débiteur et par conséquent pour la société. Si le créancier n'a le droit de demander que l'indemnisation de l'intérêt négatif, l'opération de substitution n'a pas de sens, car elle ne peut placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté.

[1074] Cfr. C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité,* préface Ghestin J. Paris, LGDJ, 1992, nº 652 et s.
[1075] Cfr.. C. GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité, op. cit.,* nº 181 et s.; Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 245; A. PINNA, *la mesure du préjudice contractuel, op. cit.,* nº 54.
[1076] J. MELICH, *La resolución del contrato por inejecución, op. cit.,* p. 133.
[1077] F. CHENEDE, *Le nouveau droit des contrats et des obligations,* 2º éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 201.
[1078] G. H. TREITEL, *Remedies for breach of contract. A comparative account,* Oxford, Clarendon press, 2002, nº 88, p. 90.
[1079] V. *infra* nº 291 et s. J. ORTSCHEIDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, op. cit.*, 20 nº 203 et s.

667. Cette constatation permet de mettre en évidence une incompatibilité significative entre les effets de l'obligation de modérer le dommage, en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, et les effets rétroactifs de la résolution issue de la conception volontariste classique suivie par le droit vénézuélien. Un exemple permettra d'illustrer l'incompatibilité. Imaginons une société de commerce qui conclut avec un fournisseur un contrat selon lequel le fournisseur s'engage à livrer, dans le délai d'une semaine un nombre important d'ordinateurs pour le prix de 500 par unité. Le fournisseur n'exécute pas le contrat à son terme. Le créancier peut alors signifier la résolution unilatérale du contrat et effectuer une nouvelle commande auprès d'un tiers sur le marché, et obtenir les ordinateurs de manière immédiate, mais pour le prix de 650. Si le créancier a le droit de demander l'indemnisation des dommages au débiteur défaillant sur la base du calcul de l'intérêt positif, le créancier aura le droit de demander la différence entre le prix de substitution, soit 650, et le prix du contrat, soit 500, c'est-à-dire l'indemnisation de 150 pour chaque ordinateur. Le créancier, à travers l'indemnisation de l'intérêt positif, est placé dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. Au contraire, si le créancier ne peut demander que l'indemnisation de l'intérêt négatif, il n'aura pas le droit de récupérer l'avantage que le contrat devait lui procurer. Il en est ainsi, car, dans l'indemnisation de l'intérêt négatif, il s'agit de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu et, par conséquent, il n'aurait pas le droit d'être indemnisé pour la perte de l'avantage.

668. **b. La position du droit international des contrats.** L'incompatibilité entre la résolution du contrat et l'indemnisation de l'intérêt positif du créancier n'est pas présente dans les systèmes de la *common law* ni dans le droit international des contrats, qui sur cet aspect, suivent les systèmes utilitaristes. En effet, les PDEC, les principes d'UNIDROIT, et la CIVM[1080] ont adopté la formule de la différence entre le prix de substitution et le prix du

[1080] PDEC, art. 9:506 : « Le créancier qui a résolu le contrat et passé un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, est fondé à obtenir la différence entre le prix du contrat originel et celui du contrat de remplacement, ainsi que des dommages et intérêts pour tout autre préjudice, pour autant que ces dommages et intérêts seraient dus en vertu de la présente section. » UNIDROIT, art. 7.4.5 : « Le créancier qui, ayant résolu le contrat, passe un contrat de remplacement dans un délai et d'une manière raisonnables, peut recouvrer la différence entre le prix prévu au contrat initial et le prix du contrat de remplacement, de même que des dommages-intérêts pour tout préjudice supplémentaire. » CVIM, art. 75 et 76 : « Lorsque le contrat est résolu et que, d'une manière raisonnable et dans un délai raisonnable après la résolution, l'acheteur a procédé à un achat de remplacement ou le vendeur à une vente compensatoire, la partie qui demande des dommages-intérêts peut obtenir la différence entre le prix du contrat et le prix de l'achat de remplacement ou de la vente compensatoire ainsi que tous autres dommages et intérêts qui peuvent être dus en vertu de l'article 74. »

contrat. Cette formule exprime le principe de substitution et l'indemnisation de l'intérêt positif.[1081]

669. Ainsi, selon les *Restatement of law of contrat § 344*, l'intérêt positif correspond à « l'avantage attendu ou *expectation interest*, qui est l'intérêt du créancier de bénéficier de l'avantage attendu du contrat, c'est-à-dire celui d'être placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. » Selon l'article 9:502 des PDEC, « les dommages et intérêts sont en règle générale d'un montant qui permette de placer, autant que possible, le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté. Ils tiennent compte tant de la perte qu'il a subie que du gain dont il a été privé ». Bien que la Convention de Vienne et les Principes d'Unidroit ne fassent pas référence expresse à la notion d'intérêt positif, la portée de la formule de la différence du prix de remplacement ou du prix du marché et du prix du contrat, est précisément la preuve de la position adoptée par ces ordres normatifs.

670. En outre, le cumul de la résolution et de l'indemnisation des dommages positifs est largement admis dans d'autres ordres juridiques. C'est le cas du droit allemand après la réforme du BGB[1082], du droit autrichien et du droit italien.[1083] Dans tous ces systèmes juridiques, la résolution du contrat remplit une fonction de garantie et de protection de l'intérêt positif du créancier. En droit vénézuélien, le cumul est admis pour une partie de la doctrine la plus ancienne.[1084]

[1081] V. *supra* nº 291 et s.

[1082] *Section 324 Revocation for breach of a duty under section 241 (2): « If the obligor, in the case of a reciprocal contract, breaches a duty under section 241 (2), the obligee may revoke the contract if he can no longer reasonably be expected to uphold the contract ».*

[1083] L. COVIELLO, « Risoluzione per inadempimento e risarcimento del danno » in *Rivista de Diritto Civile.* 1935, p. 35, 36 (14) et 38 ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 1021.

[1084] J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento, op. cit.,* p. 400.

2. LE DÉBAT EN DROIT FRANÇAIS

671. **a. Le débat.** À contre-pied de la solution adoptée dans la *common law* et le droit international des contrats, la doctrine majoritaire en France exclut expressément la possibilité du cumul de la résolution et de l'indemnisation des dommages positifs.[1085] L'argumentaire déployé semble inattaquable : « l'ordre juridique se contredirait s'il empêchait l'acte de produire ses effets attendus tout en octroyant à la victime l'exécution par équivalent de l'obligation, c'est-à-dire l'intérêt positif […], le créancier obtiendrait l'avantage escompté du contrat tout en étant libéré d'exécuter l'obligation réciproque qui le liait ».[1086] « Lorsque le contrat est anéanti, le créancier ne peut obtenir des dommages et intérêts que pour compenser un dommage qui n'aurait pas été réparé par la seule résolution du contrat. Ces dommages et intérêts sont alors calculés pour permettre de replacer le créancier dans la situation où il aurait été si le contrat n'avait pas été conclu ».[1087] « Quel est l'argument rationnel qui conduirait à ne pas évaluer selon les mêmes critères les dommages et intérêts dus à la suite de l'inexécution d'une obligation d'un contrat résolu et ceux dus à la suite de l'inexécution d'un contrat annulé ? À la réflexion, il n'en existe aucun »[1088].

672. Pour la doctrine minoritaire, « la résolution a certes pour effet de modifier le *quantum* des dommages mais non leur fonction qui demeure la protection de l'intérêt positif

---

[1085] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* p. 437 et s. ; C. GUELFUCCI-THIEBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité, op. cit.,* nº 181 ; Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 145; M. FABRE MAGNAN, *op. cit.,* nº 212, 216 et 222 ; A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel, op. cit.,* nº 54 et nº 484. ; C. ANDRÉ, *Le fait du créancier contractuel,* préface G. VINEY, Paris, LGDJ, 2002, nº 570 ; J.-L. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », D. MAZEAUD, J CHRISTOPHE, in *Colloque « La nouvelle crise du contrat »,* Lille, Dalloz, 2001, p. 99; G. VINEY, « L'appréciation du préjudice », *PA* 19 mai 2005, nº 99, p. 89. Contre : T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 1020 ; F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage en matières contractuelle et extracontractuelle. Rapport Français », in *Le dommage et sa réparation en droit de la responsabilité civile contractuelle. Études de droit comparé,* Bruylant, 2015, p. 401. Selon F. LEDUC, « l'incertitude est grande en pareil cas dans la mesure où deux analyses antagonistes s'affrontent. La première s'appuie sur un argument de cohérence. Selon la Cour de cassation elle-même, la résolution a pour effet de « remettre les parties dans l'état où elles se trouvaient antérieurement »(V. not. Soc., 21 juin 2004, *Bull. civ.* V. nº 172 ; Civ. 1º, 12 mars 2003, nº00-22338 ; Com., 7 juillet 1998, nº 96-11952 ; Civ. 1º, 7 avril 1998, *Bull. civ.* I, nº 142 ; 19 mars 1996, i Bull. civ., I, nº 139). Cela dit, l'auteur considère que cette analyse est majoritaire en doctrine mains minoritaire en jurisprudence.

[1086] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* nº 145, p. 209. V par exemple : Civ. 1º, 6 février 1979, *Bull.* I, nº 46, *RTD civ.* 1990, p 100, obs. P. REMY ; Civ. 3º, 8 décembre 1999, *RJDA* 2000, nº 241 ; Civ. 1º, 17 février 1982, *Bull.* I, nº 77 ; Civ. 3º, 2 juin 1981, *Bull.* III, nº 108.

[1087] M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.,* nº 222.

[1088] J. P. CHAZAL, « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? », *Colloque :La nouvelle crise du contrat*, *art. cit.,* p. 112.

du créancier »[1089]. Selon cette doctrine, on peut « permettre au créancier de l'obligation inexécutée de sortir du contrat en répétant le cas échéant ce qu'il a transféré sans contrepartie, en accordant aussi, le droit de conserver, sous forme de dommages et intérêts, le gain qu'il pouvait légitimement escompter du contrat : c'est-à-dire l'intérêt positif du créancier ».[1090] Les décisions de la Cour de cassation « sur l'exacte question du cumul de la résolution et des dommages et intérêts sont plutôt rares, et pas forcément cohérents».[1091]

673. Pour le professeur Genicon, les obstacles ne sont pas réels. Selon cet auteur, ils sont au nombre de trois : la rétroactivité de la résolution, le retrait du droit à la prestation, et la renonciation à l'intérêt positif.[1092]

674. En premier lieu, la rétroactivité de la résolution « ne doit jamais s'entendre comme une négation de l'existence du contrat ».[1093] « La disparition du contrat, serait-elle rétroactive, ne permet pas de faire l'impasse sur le caractère dommageable du manquement »[1094]. La question se pose plutôt dans le deuxième obstacle. Est-ce que la résolution du contrat comporte la renonciation à la prestation que le créancier attendait du contrat ? La confusion existe lorsqu'on assimile les effets de la nullité aux effets de la résolution, alors que les deux mécanismes remplissent des fonctions différentes. En effet, la nullité est la constatation de l'existence d'un défaut grave de formation du contrat. La conséquence est l'invalidité de l'acte juridique, lequel n'est pas capable de produire des effets. Au contraire, le mécanisme de la résolution est la sanction de l'inexécution d'un contrat qui a été valablement formé. Elle cherche à sanctionner le débiteur défaillant. Il ne s'agit pas d'invalider le contrat comme si le contrat n'avait jamais existé. Il s'agit d'enlever les effets du contrat sans nier son existence.[1095]

675. C'est bien l'inexécution du contrat qui donne le droit au créancier de résoudre le contrat. C'est sur le régime de la responsabilité contractuelle et non de la responsabilité

[1089] P. REMY, « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat », in *Mélanges offerts à Pierre Couvrats. La Sanction du droit,* Paris, PUF, 2001, p. 126 ; J. XOUDIS, «La mesure du dommage à réparer en cas de résolution du contrat », in : F. WERRO *l'européanisation du droit privé ?,* Fribourg, Edition universitaires Fribourg, 2001.
[1090] *Ibidem.*
[1091] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 1024, p. 737.
[1092] *Ibidem,* nº 1036, 1037 et 1038.
[1093] *Ibidem.*
[1094] *Ibidem.*
[1095] *Ibidem.*

délictuelle que le créancier peut demander l'indemnisation des dommages issus de l'inexécution fautive du débiteur. Il est vrai que la résolution du contrat retire au créancier le droit de demander la prestation inexécutée ainsi que l'obligation stipulée en contrepartie en faveur du débiteur ; toutefois, l'indemnisation de l'intérêt positif ne cherche pas l'exécution forcée du contrat, mais plutôt à réparer intégralement le dommage causé par l'inexécution. L'intérêt positif comporte l'indemnisation de la perte de l'avantage, ce qui n'est pas l'indemnisation de la perte de la valeur de la prestation, à laquelle le créancier n'a plus le droit. La perte de l'avantage correspond, selon les cas, à la différence entre la valeur de la prestation et le coût de cette prestation. C'est la perte du bénéfice de l'opération économique que l'intérêt positif est censé réparer. En conséquence, il n'y a pas de vraie incompatibilité entre la résolution du contrat et l'indemnisation de la perte de ce bénéfice, dont la cause est l'inexécution fautive du contrat par le débiteur. Selon le professeur Genicon, « en définitive, la réfutation de la seconde objection se résume simplement : parce que, d'un côté, la résolution n'implique pas -empêche- par essence et comme la nullité, que l'on s'écarte de la situation précontractuelle et, d'un autre côté, parce que l'intérêt positif ne s'identifie pas avec le droit à la prestation, seul touché par l'effet résolutoire, il est parfaitement possible de les combiner l'un avec l'autre. »[1096]

676. En ce qui concerne le troisième obstacle, il convient de se demander si la résolution implique la renonciation à l'intérêt positif. La réponse à cette question dépend de la fonction octroyée à la résolution en tant que remède ou sanction de l'inexécution fautive du contrat pour le débiteur. Il est vrai qu'elle semble incompatible dans les systèmes qui assimilent les effets de la résolution aux effets de la nullité du contrat. Même dans ces systèmes, l'effet rétroactif n'est qu'une fiction juridique qui ne peut nier l'existence du contrat, car c'est précisément l'inexécution du contrat qui est à l'origine de la résolution. Cependant, il s'agit de deux conceptions différentes du mécanisme selon la fonction qu'il devrait remplir.[1097]

677. Selon la conception classique, la disparition du contrat répond à la perte de la justification économique du contrat à l'égard de l'un des contractants face à l'impossibilité

[1096] *Ibidem.*
[1097] *Ibidem.*

de l'autre partie d'exécuter la prestation. Cela relève d'une constatation objective qui évoque l'échec de l'opération économique. Une partie ne doit pas exécuter la prestation à sa charge s'il n'est pas possible pour l'autre partie d'exécuter la sienne. C'est l'échec de l'opération économique envisagée qui donne le droit au créancier victime de l'inexécution grave de choisir entre la réparation des dommages et la résolution du contrat. Dans la conception de la *common law* et du droit international des contrats, ainsi que dans le droit allemand et le droit italien, la résolution n'est pas la constatation de la perte de justification économique pour l'une des parties, mais une sanction destinée à la protection de l'intérêt du créancier victime de l'inexécution. Si la résolution remplit une fonction de garantie en ce qu'elle cherche à placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, le choix fait par le créancier n'implique pas la renonciation de l'intérêt positif. C'est précisément parce que le mécanisme permet au créancier de demander l'avantage attendu que le créancier est libre de faire un choix entre les sanctions. Dans ce cas, l'intention du créancier n'est pas de renoncer à l'indemnisation du préjudice de la perte de l'avantage[1098]. Au contraire, son intention est de se délier du contrat afin de se placer dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté par des moyens différents, par exemple à travers une opération de substitution du contrat. C'est la fonction de protection ou de garantie reconnue à la résolution qui permettrait d'admettre, en droit français et en droit vénézuélien, le cumul de la résolution du contrat et de l'indemnisation des dommages positifs. Si cela était le cas, les incompatibilités du mécanisme avec la mesure de substitution du contrat, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage, en principe, n'existerait pas.

678. Nous disons « en principe », parce qu'il faut encore enlever tous les doutes relatifs à la mesure du dommage positif en cas de résolution du contrat dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et le droit de la réforme, lesquels tiennent principalement à l'effet automatique des restitutions de la résolution lorsqu'elle est mise en place.

[1098] Dans la *common law* le créancier peut aussi choisir l'indemnisation de l'intérêt négatif. Dans ce cas, la fonction de garantie permet au créancier de se placer dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu.

679. **b. La formule des dommages intérêts positifs et les restitutions dans le système du Code et le droit de la réforme.** On sait que, dans les systèmes de la *common law,* la formule de calcul des dommages et intérêts positifs, ou *expectation interest*[1099], prend en compte deux éléments : le premier élément est l'avantage perdu dans l'affaire, ou *loss in bargain*. Pour le déterminer, il faut tenir compte, là encore, de deux composants. D'abord, la perte de la valeur de la prestation attendue par le créancier, ou *loss in value,* c'est-à-dire la différence entre la valeur de la prestation que le créancier aurait dû recevoir selon le contrat et la valeur de la prestation effectivement reçue par le créancier. Ensuite, il faut prendre en compte le coût évité, ou *cost avoided.* Le coût évité est calculé sur la différence entre le coût de la prestation à la charge du créancier selon le contrat et le coût effectivement réalisé par le créancier. Le coût évité correspond à la partie des coûts inclus dans le prix de revient[1100] que la victime de l'inexécution n'a pas eu à exposer en raison de l'interruption de l'exécution de sa propre prestation.[1101] La perte de l'avantage correspond aux dommages intrinsèques identifiés par Pothier.

680. Le deuxième élément correspond aux autres pertes subies par le créancier, ou *the other loss*. Les autres pertes, en tant qu'élément de la formule de calcul du préjudice sur l'intérêt positif, ou *Expectation interest*, est un composent variable. Celui-là n'est pas toujours présent. Il correspond aux pertes subies par le créancier victime de l'inexécution sur sa personne ou sur ses biens, autre que l'intérêt contractuel intrinsèque, ainsi que des dépenses réalisées afin de sauver l'opération économique. Il correspond toujours aux dommages extrinsèques. Le préjudice subi par le créancier est alors la somme de ces deux éléments.[1102] Cette formule peut aussi être exprimée, d'après l' article 1231-2 du Code civil français*,* comme la somme des coûts de la prestation et les autres pertes, ce qui correspond aux pertes subies par la victime, augmentées de la perte du bénéfice, ce qui correspond au gain manqué.

[1099] A. PINNA, *op. cit.,* p. 529 : « Indemnité allouée en tant que remède principal à l'inexécution contractuelle. Ils sont versés en cas de résiliation du contrat pour l'avenir ou même en l'absence d'interruption des effets du contrat ».

[1100] *Ibidem*, p. 529 : « Ensemble des coûts qui doivent être exposés pour la fourniture d'une prestation par son débiteur».

[1101] *Ibidem.*

[1102] E. A. FARNSWOTH, « Legal remedies for breach of contract», *art. préc.,* p. 1171 : *Diminution in Value= Bragain loss + other loss or Diminution in Value = Loss in value-cost avoided + other loss.*

681. Or, on sait que, dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, actualisé par le droit de la réforme, la résolution du contrat comporte pour le créancier le droit à la restitution de la prestation exécutée en faveur du débiteur. En effet, selon le nouvel article 1229 du Code civil, « lorsque les prestations échangées ne pouvaient trouver leur utilité que par l'exécution complète du contrat résolu, les parties doivent restituer l'intégralité de ce qu'elles se sont procurées l'une à l'autre. Lorsque les prestations échangées ont trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque du contrat, il n'y a pas lieu à restitution pour la période antérieure à la dernière prestation n'ayant pas reçu sa contrepartie ; dans ce cas, la résolution est qualifiée de résiliation. Les restitutions ont lieu dans les conditions prévues aux articles 1352 à 1352-9. ». Il est vrai que cet article abandonne la distinction entre les contrats à exécution successive et les contrats à exécution instantanée, pour ceux des contrats dont l'utilité est continue ou globale, afin de préciser les effets de la résolution[1103]. Le principe de l'effet restitutoire de la résolution, lequel comporte de plein droit une obligation pour les parties de restituer les prestations reçues sans contrepartie, est consacré de manière positive et autonome par rapport au fondement du paiement de l'indu.[1104] Au-delà des innovations apportées par le droit de la réforme, l'effet restitutoire de la résolution est un effet reconnu dans le Code civil français et dans le droit vénézuélien.[1105]

682. Alors, il est évident que l'effet restitutoire de plein droit dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et dans le droit de la réforme, introduit un élément de réparation qui est déjà compris dans la formule de calcul de l'intérêt positif. En effet, le prix avancé est un élément de calcul du coût évité ou du coût de substitution. Lorsque le créancier n'a pas avancé l'exécution de sa prestation, l'incompatibilité de l'effet restitutoire avec la formule de calcul de l'intérêt positif ne se présente pas. Cependant,

---

[1103] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats du régime général et de la preuve des obligations,* 2º éd., *op. cit.,* p. 586.

[1104] *Ibidem,* p. 918, et s. Selon les auteurs : « on ne voit guère pourquoi les solutions antérieures ne seraient pas reconduites. La Cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que les restitutions sont un effet nécessaire et légal de la nullité ou de la résolution. Aussi, le droit à restitution existe forcément, du seul fait du prononcé de l'anéantissement du contrat […] les juges peuvent ordonner des restitutions sans violer ni l'autorité de la chose jugée, ni le principe du double dégrée de juridiction. Ils peuvent aussi décider des restitutions, alors même qu'aucune demande n'a été formée en ce sens, sans pourtant statuer *ultra petita* ».

[1105] J. MELICH, *La resolución del contrato por incumplimiento, revisada y actualizada de la doctrina legislación y jurisprudencia, op. cit.,* p. 326 et s. ; J. MELICH, *La Doctrina general del contrato, op. cit.,* p. 761-765; O. OCHOA, « El pacto comisorio o acuerdo tácito o expreso de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de las partes de sus obligaciones », in *Estudios de derecho civil,* Vol. I, Coll. Libros homenaje Nº 5, Caracas, TSJ, 2002, p. 965-984.

lorsque le créancier a avancé en partie ou totalement la prestation à sa charge - ce qui représente le coût de la prestation attendue - l'incompatibilité entre la restitution et l'indemnisation de l'intérêt positif apparaît de toute évidence. La question qui se pose est celle de savoir si cette incompatibilité est réelle ?[1106]

683. Il nous semble que la réponse négative devrait s'imposer. En effet, rien n'empêche d'adapter la formule de calcul de l'indemnisation de l'intérêt positif du créancier. Au bout de compte, il s'agit pour la formule de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. Si la restitution est accordée par le juge, il s'agit tout simplement d'adapter à la formule de calcul de l'intérêt positif afin d'éviter une double indemnisation. En effet, la restitution, en principe, ne comporte que la dévolution du coût de la prestation réalisée. Ainsi, si le créancier récupère le prix ou la prestation avancée au débiteur à titre de restitution, la formule de l'intérêt positif devra uniquement déterminer la valeur de l'avantage ou du bénéfice économique net attendu du contrat, c'est-à-dire la différence entre la valeur de la prestation inexécutée et son coût pour le créancier selon le contrat. En ce qui concerne l'application de la formule au principe de substitution, le créancier aura le droit de récupérer le prix ou la prestation avancée au titre de restitution, et la différence entre le prix du contrat et le prix du marché à titre d'indemnisation de l'intérêt positif, laquelle devrait assumer, du fait de la restitution, que le créancier victime de l'inexécution n'a pas exécuté la prestation à sa charge.[1107] L'adaptation

[1106] Un exemple permettra d'illustrer la situation. Imaginons un commerçant qui, pour les besoins de son activité commerciale achète auprès d'un fournisseur des ordinateurs et qu'après avoir avancé la moitié du prix 1000, le fournisseur ne livre pas les ordinateurs. Une fois déclarée la résolution du contrat par le juge, selon la formule de l'intérêt positif, le créancier a le droit à la perte de l'avantage et les autres dommages. S'il n'y a pas de dommages extrinsèques, le créancier a le droit à la différence entre la perte de la valeur et le coût évité. La perte de la valeur est égale à la différence entre la valeur de l'ordinateur sur le marché 2500 réduite de la valeur de la prestation reçue 0, c'est-à-dire 2500. Le coût évité est égal au prix de l'ordinateur stipulé dans le contrat 2000, réduit du prix payé 1000, c'est-à-dire 1000. Selon la formule de l'indemnisation de l'intérêt positif, le créancier aura le droit à la différence de la perte de la valeur de la prestation 2500 réduit du coût évité 1000, c'est-à-dire 1500. Cela est égal au coût de la prestation avancé 1000 - perte subie -, augmenté de l'avantage économique que le créancier aurait réalisé si le contrat avait été exécuté 500 - gain manqué -. Or, l'effet restitutoire de plein droit introduit un élément de réparation qui est déjà compris dans le calcul de l'intérêt positif : le coût de la prestation avancée par le créancier. Si l'on ajoute la valeur de la restitution du prix avancé de 1000, le créancier aura une indemnisation de 2500 alors que l'indemnisation de l'intérêt positif devait lui procurer 1500. On pourrait ainsi être tenté d'identifier une incompatibilité entre l'effet restitutoire de plein droit et la formule de calcul de l'intérêt positif.[1106]

[1107] En ce qui concerne le principe de substitution, selon l'exemple proposé, si les ordinateurs sont des biens fongibles pour lesquels il existe un marché de substitution, le créancier est censé résoudre le contrat et chercher un bien de substitution sur le marché. Si la valeur de l'ordinateur à la date de l'inexécution est égale à 2500, le créancier aura le droit d'être indemnisé sur la différence entre le coût de la prestation stipulé dans le contrat 2000 et le coût de substitution 3500 (le coût de substitution corresponde au prix de substitution 2500 plus le prix avancé1000), c'est-à-dire 1500. Cela est ainsi car le créancier ayant reçu la prestation caractéristique par

de la formule de l'indemnisation de l'intérêt positif à l'effet restitutoire de la résolution nous semble une option capable de surmonter l'incompatibilité entre la formule et la restitution de plein droit.

684. Cependant, si l'on regarde de plus près, l'adaptation de la formule de l'intérêt positif à l'effet restitutoire n'est pas toujours parfaite. Il en est ainsi, car les restitutions, dans le système du Code civil français et du droit de la réforme, sont un mécanisme qui a pour fonction de mettre les parties dans la position qui aurait été la leur si le contrat n'avait pas été conclu. Ainsi, bien que, lorsque c'est le cas, la restitution de la prestation exécutée par le créancier victime de l'inexécution du contrat corresponde à l'élément typique du calcul de l'intérêt négatif, il n'est pas le seul élément de calcul de cet intérêt. Lorsque le créancier demande exclusivement les restitutions, il a le droit d'être placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, ce qui suppose l'indemnisation en plus de toutes les dépenses que le créancier n'aurait pas réalisées si le contrat n'avait pas été conclu, différent du coût d'exécution de la prestation à sa charge. Il s'agit de dommages et intérêts additionnels à la résolution ; dépenses qui, bien qu'elles soient indemnisables lorsque le créancier demande l'indemnisation de l'intérêt négatif, ne devraient pas être indemnisables lorsque le créancier demande l'indemnisation des dommages positifs, car, en principe, ils s'intègrent au coût de la prestation attendue pour le créancier. Il faut noter que l'apparente incompatibilité entre la restitution et l'indemnisation des dommages positifs ne concerne pas les « autres pertes », lesquelles correspondent aux dommages extrinsèques. Il s'agit d'un composant de la formule de calcul de l'indemnisation, qui est présent aussi bien dans la formule de calcul de l'intérêt positif que dans celle de l'intérêt négatif.

685. On partage sur ce point la position de la minorité de la doctrine. En effet, « si le cumul de la totalité des intérêts positifs est impossible avec la totalité des intérêts négatifs, un cumul partiel est envisageable. […] Pour comprendre la possibilité […] il faut revenir à

substitution, la perte de la valeur de la prestation est égale à (0). Selon la formule adoptée dans le système de la *common law,* suivi par le droit international des contrats, cela correspond à la différence entre le prix du contrat et le prix du marché, augmenté du prix avancé. Alors, si le créancier a le droit en plus à la restitution du prix avancé, il toucherait 2500, au lieu de 1500. On voit bien que l'indemnisation ainsi mesurée enrichie le créancier de 1000, ce qui comporte une incompatibilité avec le principe d'égalité entre réparation et dommage. Pour cela la formule devrait assumer, du fait de la restitution, que le créancier victime de l'inexécution n'a pas exécuté la prestation à sa charge et que le coût évité est égale a (0).

la source […]. Fuller et Perdue avaient procédé à plusieurs reprises à une décomposition de l'*expectation interest* […] ils distinguaient le *« gross expectation interest »* (intérêt brut de l'exécution), du *« net expectation interest »* (l'intérêt net d'exécution), le premier renvoyant en réalité à la valeur de l'ensemble des avantages procurés par le contrat, c'est-à-dire l'intérêt positif dans son ensemble, - la valeur de la prestation inexécutée par le débiteur - et le second au bénéfice net que le créancier retire de la pleine exécution du contrat, c'est-à-dire l'intérêt net d'exécution […] - l'ensemble des avantages qui procèdent et qui sont la suite du contrat - déduction faite de tout ce que lui a coûté le contrat […]. A chaque fois le résultat est le même, qui est atteint par deux voies différentes »[1108]. Selon le professeur Genicon, « il faut en effet isoler le « *restitution interest »* pour […] accepter sa protection sans exclure une indemnisation supplémentaire […]. La différence entre *l'intérêt médian d'exécution* et *l'intérêt net d'exécution*, tient par conséquent à ces dépenses exposées par le créancier extérieur à la prestation qu'il avait fournie au débiteur […]. *On comprend donc très bien que la résolution, en toute logique, est compatible aussi bien avec « l'intérêt médian d'exécution » qu'avec « l'intérêt net d'exécution ».* La seule chose avec laquelle elle est incompatible est « *l'intérêt brut d'exécution ».* [1109] Finalement, la seule chose qui compte est de ne pas accorder une double indemnisation.

686. Il nous semble que l'adaptation en droit français et vénézuélien de la formule de calcul de l'intérêt positif à l'effet restitutoire est possible et, par conséquent, doit être approuvée. Cependant, il faut constater que l'adaptation de la formule présente des différences significatives avec la formule de calcul de l'intérêt positif modelée par le système de la *common law,* suivi par le droit international des contrats. Cela découle de la fonction accordée aux restitutions, lesquelles sont les mêmes en cas de nullité qu'en cas de résolution. Pour la démonstration de cette affirmation, il suffit d'analyser le régime des restitutions issu du droit de la réforme. Ainsi, selon l'article 1352-1, « la restitution d'une chose autre qu'une somme d'argent a lieu, en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution ». Si l'on considère la restitution de la prestation fournie par la victime comme l'équivalent du coût de la prestation, on peut identifier plusieurs différences.

[1108] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 1040.
[1109] *Ibidem,* nº 1041.

687. En effet, d'abord, dans la formule de calcul de l'intérêt positif, la valeur du coût de la prestation correspond toujours au prix stipulé dans le contrat ou au coût réel de la prestation caractéristique au moment de l'inexécution, et la valeur de la prestation est calculée à la date de l'inexécution. La restitution, en revanche, correspond à la même prestation en nature, lorsqu'elle est possible, ou à sa valeur au jour de la restitution lorsque la restitution en nature est impossible, c'est-à-dire que le risque de la perte ou d'augmentation de la valeur pèse sur la victime dans le premier cas et sur le débiteur dans le deuxième cas. Il est vrai que la restitution du prix se fait selon le principe nominaliste, mais incluant des intérêts soit à partir de la demande, lorsque le débiteur de la restitution est de bonne foi, soit à partir du paiement, lorsqu'il est de mauvaise foi.

688. Ensuite, le coût de la prestation, en tant qu'élément de la formule de l'intérêt positif, ne comporte pas d'éléments complémentaires compris dans le droit des restitutions, telles que la dégradation ou la détérioration de la prestation, le remboursement des fruits, des intérêts du prix versé, ou de la jouissance de la chose remise. Il ne prend pas non plus en compte les impenses nécessaires de conservation réalisées par le débiteur défaillant ni les dépenses qui ont pu augmenter la valeur de la chose. Lorsque le coût de la prestation non exécutée correspond à une prestation de service, il est calculé selon le coût de cette prestation pour le créancier et non selon une « utilité objective qu'elle présente ».[1110] Enfin, au lieu d'intégrer les restitutions au coût évité de la prestation, la formule de calcul de l'intérêt positif doit prendre la valeur de la prestation ou du bénéfice et son coût au moment de l'inexécution. Les restitutions placent le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait pas été conclu, tout en ayant le droit au gain manqué.

689. C'est le cumul des restitutions et l'indemnisation du gain manqué, excluant les dépenses additionnelles du fait de la conclusion du contrat, qui permettent de placer le créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. On constate, alors, que les restitutions de plein droit ajoutent des éléments qui ne sont pas considérés dans la formule de l'intérêt positif modelée dans le système de la *common law.* Cela correspond, on l'a vu, à la date à laquelle les dommages et intérêts et les restitutions sont calculés dans le système du Code civil. Il s'agit de placer le créancier dans la situation qui aurait été la

[1110] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, 2º éd., *Réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 923.

sienne si le contrat n'avait pas été conclu dans le cas des restitutions et dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté dans le cas du gain manqué, mais à la date de la restitution ou à la date du jugement, et non à la date de l'inexécution. On comprend bien les objections posées, par la majorité de la doctrine en France, au cumul de la résolution et de l'indemnisation du dommage positif.

690. En dépit de deux positions antagonistes adoptées par la doctrine française[1111], la partie majoritaire de la doctrine, qui soutient le non cumul de la résolution et l'indemnisation de l'intérêt positif, ne nie pas l'indemnisation du gain manqué par le créancier du fait de l'inexécution et de la résolution du contrat à titre de l'indemnisation de l'intérêt négatif.[1112] En effet, selon A. Pinna, « des dommages et intérêts calculés sur la base de l'avantage obtenu en cas d'exécution correcte du contrat viendrait contredire la fonction même des restitutions. On assisterait donc à une combinaison de deux remèdes contractuels aux fonctions opposées. Restitutions et indemnisation du gain manqué sont donc incompatibles et nier cette opposition serait admettre des indemnisations injustes. » [1113] Selon cet auteur, la fonction propre de la résolution et des restitutions est de placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat n'avait été pas conclu.[1114] Cependant, il n'est pas certain que la fonction de l'indemnisation des dommages additionnels aux restitutions et celle des dommages principaux tendent à la même fin, la jurisprudence n'étant pas claire et la doctrine divisée.[1115]

691. Cela dit, pour A. Pinna « l'intérêt négatif du créancier […] peut également indemniser un gain manqué, bien que d'une nature différente. En effet, si le contrat inexécuté n'avait pas été conclu, il est probable que le créancier aurait, à la place, conclu un contrat alternatif, qui aurait pu engendrer un gain. Ce gain manqué découlant du contrat alternatif, d'un type différent du gain manqué que le contrat inexécuté aurait pu engendrer, doit assurément faire l'objet d'une indemnisation au titre de l'intérêt négatif. »[1116]. C'est à travers

---

[1111] V. *supra* nº 671 et s.
[1112] A. PINNA, *La mesure du préjudice contractuel, op. cit.,* nº 503. Cependant, il nous semble que cette position est une position contestable, car elle ne prend pas en compte le fait que les restitutions peuvent avoir aussi pour fonction de « garantir » et de « payer » l'intérêt positif.
[1113] *Ibidem,* nº 484.
[1114] *Ibidem,* nº 48, 49, 50, spéc. 51.
[1115] *Ibidem,* nº 53.
[1116] *Ibidem.*

la technique de la perte de chance que le créancier pourra être indemnisé, non de la perte de l'avantage du contrat inexécuté, mais de la perte de l'avantage d'un contrat alternatif qui aurait été conclu avec un tiers, si le contrat n'avait pas été conclu. Une telle façon de voir les choses n'est pas à l'abri des critiques, car la perte d'opportunité ne garantit pas l'indemnisation de la perte du bénéfice - gain manqué - dans un contrat alternatif, mais la perte de la possibilité de conclure ce contrat alternatif si le contrat n'avait pas été conclu. Par conséquent, le montant de l'indemnisation dépendra du degré de certitude ou du degré de probabilité de conclure un contrat alternatif au moment de la conclusion du contrat initial, ainsi que de la probabilité de réaliser des profits dans cette opération alternative.

692. Alors, il semble qu'en dépit de la controverse doctrinale sur la fonction des dommage additionnels aux restitutions en cas de résolution du contrat, soit par la voie de l'indemnisation de l'intérêt positif, soit de l'intérêt négatif et la perte de chance, « le mode d'indemnisation du gain manqué retenu conduit bien à donner effet, par équivalent, au contrat inexécuté même en cas d'inexécution »[1117]. Ainsi, si, en termes pratiques, indépendamment du fondement retenu, le créancier est placé dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, la résolution du contrat et l'opération de substitution, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage, sera une mesure raisonnable. Il n'existerait pas d'incompatibilité entre la mesure de substitution du contrat, en tant que technique de modération, et les règles applicables aux sanctions de l'inexécution du contrat en droit français et en droit vénézuélien.

693. **Bilan.** La mesure de substitution du contrat, ou principe de substitution, modelé dans le système de la *common law*, effet pratique principal de l'obligation de modérer le dommage présente des incompatibilités significatives avec l'interprétation

[1117] *Ibidem,* nº 526 : « Lorsque la résolution entraine des restitutions par équivalent, les modalités particulières de la détermination de la valeur de la prestation irrépétible en nature, font que la réparation du préjudice contractuel aboutit le plus souvent au même résultat que si le contrat n'était pas rétroactivement anéanti […] la jurisprudence répare le préjudice de celui qui obtient la résolution du contrat comportant une prestation irrépétible en nature comme si le contrat avait été correctement exécuté. En revanche, lorsque les restitutions ont lieu en nature, la réparation du préjudice contractuel n'aboutit pas nécessairement au même résultat selon que le contrat est résolu ou non. Cela est dû à l'imparfaite prise en considération de la valeur produite, c'est-à-dire, de la valeur de la chose restituée en nature. Celle-ci peut, en effet, inclure une partie de la marge du moment que la valeur actuelle de la chose restituée en nature est supérieure au prix de revient. Si cette marge sera déduite de l'éventuelle indemnisation du gain manqué au titre des dommages et intérêts additionnels, cela n'est pas possible lorsque la valeur de la chose, au jour de la restitution, est supérieure à la somme du prix de revient et du gain manqué ».

volontariste suivie par le Code civil vénézuélien. En effet, selon cette conception du contrat, la résolution, mesure préalable de l'opération de substitution, est une mesure judiciaire à caractère exceptionnel, et comporte de plein droit un effet rétroactif et restitutoire. Au contraire, la mesure de substitution suppose le droit pour le créancier de résoudre unilatéralement le contrat, non exceptionnellement, mais à chaque fois qu'elle représente la mesure la plus adéquate à la protection de l'intérêt du créancier victime de l'inexécution. Il suppose aussi la possibilité de récupérer des dommages-intérêts qui soient capable de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté.

694. Bien que le nouveau droit des contrats en France admette la résolution unilatérale du contrat, il n'enlève pas toutes les incompatibilités posées par l'interprétation volontariste du contrat, suivie par le droit vénézuélien. En effet, le nouveau droit des contrats laisse au juge l'appréciation souveraine de la gravité de l'inexécution et lui donne un large pouvoir de contrôler le bien-fondé de la résolution, pouvant éventuellement accorder l'exécution ou seulement des dommages-intérêts au lieu de la résolution, ainsi que la détermination du préjudice indemnisable au créancier en cas de résolution. La compatibilité du principe de substitution du contrat dépendra de la position que la jurisprudence adoptera dans l'avenir sur cette mesure de modération du dommage.

695. Ayant analysé les incompatibilités du principe de substitution, ou mesure de *substitution du contrat*, il faut alors analyser la compatibilité de la mesure de *remplacement de la prestation* en tant que mesure spécifique de modération du dommage dans le système du Code civil français de 1804, suivi par le droit vénézuélien, et dans le nouveau droit des contrats en France.

SECTION II
LE REMPLACEMENT DE LA PRESTATION

696. Vu les incompatibilités entre la résolution du contrat et le principe de substitution modelé en *common law*, la question qui se pose est celle de savoir si le créancier a le droit unilatéralement, dans le cadre du contrat originel et sans nécessité de le résoudre unilatéralement, de corriger ou remplacer la prestation auprès d'un tiers sur le marché aux frais du débiteur.

697. Si cette option est possible et raisonnable afin de modérer le dommage, et l'obligation de modérer le dommage était admise, le créancier devra mettre en place cette mesure afin de ne pas supporter dans son patrimoine les conséquences négatives du dommage évitable issu de l'inexécution.

698. L'analyse de la question est différente selon que l'on applique les normes du Code civil de 1804, suivi par le droit vénézuélien à l'heure actuelle, ou celles du droit issu de la réforme, lequel présente des innovations significatives et dont la compatibilité avec l'obligation de modérer le dommage modelée dans les systèmes utilitaristes doit être élucidé.

§ 1. LE CODE CIVIL DE 1804 ET LE DROIT VÉNÉZUÉLIEN

699. Selon le système du Code civil français avant la réforme, suivi par le droit vénézuélien à l'heure actuelle, le créancier n'a pas le droit de faire exécuter la prestation inexécutée, ou de détruire ce qui a été fait en contravention d'une obligation de ne pas faire, sans l'autorisation préalable du juge. En effet, selon son article 1142, « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur ». Néanmoins, selon l'article 1143, en ce qui concerne les obligations de ne pas faire, « le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement soit détruit. Il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts, s'il y a lieu ». En ce qui concerne l'obligation de faire, l'article 1144 prescrit que « le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur ». Les anciens articles 1143 et 1144

ont été repris par le Code civil vénézuélien dans les articles 1266 et 1267 en termes identiques.

700. Selon les professeurs F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, en ce qui concerne la faculté du créancier de mettre en place ces moyens d'exécution forcée en nature aux frais du débiteur, « Comme le texte l'indique, une autorisation judiciaire est nécessaire, sauf cependant en cas d'urgence et, en vertu de l'usage, en matière commerciale, permettant au créancier de mettre en œuvre la faculté de remplacement, après une simple mise en demeure du débiteur »[1118]. En droit vénézuélien, la doctrine adopte la même interprétation, tout en précisant qu'il s'agit d'un moyen d'exécution forcée en nature du jugement définitif et non du contrat, et que l'autorisation dépend d'un pouvoir discrétionnaire du juge de l'exécution.[1119]

701. Il nous semble évident que, selon le modèle du Code civil de 1804, sauf pour les exceptions mentionnées, lorsque l'inexécution n'est pas résolutoire, le créancier qui n'est pas capable de mettre en place la résolution unilatérale du contrat n'a pas le droit de compléter, réparer ou remplacer la prestation inexécutée, non conforme ou défectueuse, sans obtenir préalablement un jugement l'autorisant à agir aux frais du débiteur condamné. Une telle autorisation, en outre, ne pourrait concerner que des obligations de faire ou ne pas faire fongibles, ce qui exclut les obligations de donner, les obligations marquées d'un fort *intuitu personae* ou ayant pour objet un bien déterminé ou une obligation de faire non fongible.[1120]

702. Il est alors évident, dans le système du Code civil français de 1804 suivi par le droit vénézuélien, que l'obligation de modérer le dommage, en principe, ne peut mettre le créancier dans la nécessité d'agir unilatéralement pour compléter, réparer ou remplacer l'inexécution du débiteur, car ce type de mesure se révèle incompatible avec l'exigence

---

[1118] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.,* nº 1115-1116. En ce qui concerne l'autorisation judiciaire l'auteur Cite : Soc., 5 juin 1953 ; Civ. 3º, 29 novembre 1972, *Bull. civ.* III, nº 642 : *GP* 1973, 1, p. 223 ; Civ. 3º, 5 mars 1997, *Bull. civ.* III, nº 45 ; *Defrénois* 1997*,* 36634, p. 1005, obs. P. DELEBEQUE ; TROYES, 12 janvier 1995, *CCC* septembre 1995, nº 152, obs. RAYMOND ; D. PLANTAMP, « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *D.* 2000, p. 243.

[1119] J. MELICH, « La ejecución forzosa en especie de la obligación de hacer y de no hacer », *art. cit.*, p. 65 et s.

[1120] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit., loc. cit.* V. Com. 20 janvier 1976, *Bull. civ.* IV, nº 26 *; D.* 1976, somm. p. 36. En droit Vénézuélien V. J. MELICH, *La ejecución forzosa en especie de la obligación de hacer y de no hacer, op. cit.,* p. 65 et s.

d'une autorisation judiciaire préalable du créancier.[1121] Le créancier qui complète, répare ou remplace la prestation, sans autorisation, le fait sous le risque de ne pas pouvoir récupérer les coûts employés si le juge considère qu'une telle mesure n'est pas une mesure adéquate, l'autorisation étant un pouvoir discrétionnaire du juge.

703. Lorsque l'inexécution est résolutoire, à condition que la résolution unilatérale aux risques et périls du créancier soit admise, le créancier a le droit de mettre fin au contrat et de réaliser une opération de substitution du contrat sans l'autorisation préalable du juge. C'est la mesure de substitution du contrat modelé en *common law*, que l'on a déjà analysé qui est applicable. Le contrat terminé, le créancier peut déployer ses ressources ailleurs, sans le risque d'être lié par deux opérations économiques, ce qui constitue le caractère raisonnable de cette mesure, application principale de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du mécanisme contractuel.

704. Le *remplacement de la prestation*, dans le droit vénézuélien et dans le droit français des contrats avant la réforme, n'est pas une mesure raisonnable compatible avec l'obligation de modérer le dommage. Le créancier agit à ses risques et périls lorsqu'il fait exécuter lui-même l'obligation sans l'autorisation du juge, les effets d'une telle mesure étant imprévisibles pour le créancier. C'est pourquoi, si l'obligation de modérer le dommage était applicable, l'omission du créancier de mettre en place une telle mesure de correction ne devrait pas limiter la réparation du dommage issu de l'inexécution.

705. C'est sur cette mesure que le nouveau droit des contrats en France, selon nous, a voulu innover afin d'enlever les obstacles à l'application du principe ou mesure de substitution du contrat modelé en *common law*. Cette innovation, bien qu'elle soit la bienvenue du point de vue de l'efficacité économique du contrat[1122], pose maintes interrogations sur son fonctionnement, qu'il convient d'analyser par rapport aux effets de l'obligation de modérer le dommage.

[1121] G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *D.* 2006, p. 1406.
[1122] V. *supra* nº 12 et s.

§ 2. LE DROIT ISSU DE LA RÉFORME.

706. **1. Source et fondement du remplacement de la prestation dans le droit issue de la réforme.** Le nouveau droit des contrats en France a innové sur la faculté du créancier de faire exécuter lui-même la prestation inexécutée. Désormais, l'autorisation judiciaire, condition de ce type de moyen d'exécution forcée en nature indirecte, a été supprimée. L'autorisation du juge reste cependant une condition préalable du remplacement, lorsqu'il s'agit de détruire ce qui a été fait en violation du contrat.

707. Ainsi, selon le nouvel article 1222 du Code Civil, « Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction ».

708. Le nouvel article 1222 a été proposé originellement avec certaines différences par le projet Terré dans son article 106.[1123] Selon P. REMY-CORLAY « La faculté de remplacement des articles 1143 et 144 a été facilitée, comme elle l'est en matière commerciale, pour en faire *l'équivalent fonctionnel de la résolution suivi d'un contrat de substitution*, telle que la prévoient les articles 9 : 506 Principes Lando, 7.4.5 Principes Unidroit, et III-3 : 706 DCFR. Dès lors que la résolution opère par voie de notification (art. 108), il est cohérent de supprimer, en principe, l'exigence d'une autorisation judiciaire préalable à l'exercice du remplacement […] le contrôle à *posteriori* du remplacement s'opérera, sur la contestation du débiteur, à partir des critères définis à l'article 106 du projet Terré ».[1124] Il est clair que le nouvel article 1222 est fondé sur une nécessité de cohérence. Il

[1123] P. REMY-CORLAY, *Pour une réforme du droit des contrats,* (Dir. F. TERRE), Thèmes et Commentaires, Dalloz, 2008, p. 264 et 265. Selon l'article 106 du projet Terré : « Après la mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnable, faire exécuter lui-même l'obligation ou détruire ce qui a été fait par contravention à celle-ci. Il peut demander remboursement au débiteur, sans préjudice de dommages et intérêts s'il a lieu. Il peut aussi saisir le juge pour que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution. » ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil,* 2º éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 588 ; M. FAURE-ABBAD, « Article 122 : La faculté de remplacement », *RDC,* 2015, p. 784.
[1124] *Ibidem.*

ne serait pas cohérent d'accepter la résolution unilatérale si le créancier avait besoin d'une autorisation judiciaire pour remplacer le contrat.[1125]

709. Or, il faut différencier la faculté prévue dans le nouvel article 1222 du Code civil français et l'opération de substitution de contrat visée par le principe de substitution modelé dans la *common law*[1126]. Il s'agit de deux sanctions de nature différente. Tandis que l'article 1222 prévoit une faculté de *remplacement de la prestation*, le principe de substitution en *common law* envisage le droit du créancier à la *substitution du contrat*, ce qui constituent deux moyens de satisfaction de l'intérêt du créancier tout à fait différent.

710. En effet, *la substitution du contrat* visé dans le principe de substitution en *common law* implique la possibilité pour le créancier de résoudre le contrat afin de déployer ses ressources ailleurs. La résolution du contrat libère le créancier et le débiteur des prestations réciproques, cependant que le débiteur défaillant est tenu d'indemniser le créancier victime de l'inexécution sur le fondement de l'intérêt négatif ou positif. La satisfaction de l'intérêt contractuel du créancier, à travers la mesure de substitution du contrat en *common law*, se fait en dehors du cadre contractuel. Il ne s'agit pas d'un type d'exécution en nature, car l'obligation est anéantie du fait de la résolution. La faculté prévue par le nouvel article 1222 est au contraire une forme d'exécution en nature. Lorsque le créancier complète, répare ou remplace la prestation inexécutée aux frais du débiteur, c'est l'obligation du débiteur qui est exécutée. C'est l'exécution de l'obligation dans le cadre contractuel, et non la satisfaction indirecte de l'intérêt contractuel du créancier, dont le rapport contractuel a été résolu.

[1125]G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *art. cit.* ; T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 595 : « En introduisant la résolution unilatérale, on ne voit pas comment le remplacement pourrait demeurer judiciaire en droit français. Dès lors que l'introduction de celle-ci est essentiellement motivée par la nécessité de permettre au créancier victime de faire rapidement appel aux services d'un tiers, de se « remplacer », dit-on même parfois, pour éviter le gaspillage des ressources et du temps, comment peut-on raisonnablement continuer à exiger « l'autorisation de justice » pour le remplacement civil ? Il y aurait là quelque chose qui tient de la contradiction, dès lors qu'un raisonnement *a fortiori* conduit naturellement au remplacement unilatéral. Dans ce dernier cas, en effet, le créancier reste dans le contrat - qui, loin de disparaître, est exécuté aux frais du débiteur -, ce qui fait toute la différence avec la résolution et explique ainsi qu'il lui soit interdit de demander auprès du tiers autre chose que l'exacte prestation prévue au contrat (alors qu'une fois le contrat résolu, libre à lui de conclure un contrat tout différent). Autant dire qu'en faisant cohabiter un remplacement judiciaire avec une résolution unilatérale, on inciterait bien évidemment à délaisser le premier au bénéfice, plus radical, de la seconde ».

[1126] V. *supra* nº 291 et s.

711. Il faut noter qu'il s'agit, pour le créancier, dans les deux cas, de passer un nouveau contrat avec un tiers. Il s'agit aussi, dans les deux cas, de satisfaire l'intérêt du créancier victime de l'inexécution, dans un cas au sein du contrat initial et, dans l'autre, en dehors du contrat initial, lequel a été résolu. Le dispositif est assez novateur, ce qui pose maintes interrogations sur son fonctionnement. En effet, le projet Terré assimile la faculté de remplacement de l'article 1222 au remplacement dans les ventes commerciales[1127], et le qualifie comme *« l'équivalent fonctionnel de la résolution suivi d'un contrat de substitution, telle que la prévoient les articles 9 : 506 Principes Lando, 7.4.5 Principes Unidroit, et III-3 : 706 DCFR »*[1128]. En revanche, le nouvel article 1222 l'assimile à un moyen d'exécution forcée en nature, alors que, dans tous les cas signalés comme équivalents, le remplacement implique la résolution du contrat et, par conséquent, le remplacement se trouve conditionné à l'existence d'une inexécution grave du contrat et ne constitue pas une exécution en nature. Le remplacement de la prestation doit-il être assimilé à la résolution unilatérale du contrat ? La faculté de remplacement de l'article 1222 doit-elle remplir les conditions de la résolution du contrat ?[1129] Quelle est la limite qui les sépare et le domaine que recouvre le remplacement de la prestation et la substitution du contrat ?

712. Selon les commentaires les plus récents du droit de la réforme de l'article 1222, « - en présence d'un débiteur d'une prestation unique qui devait être exécutée en une seule fois - le remplacement effectué par le créancier pourrait être assimilé à une résolution du contrat. Puisque la résolution suppose (sauf clause résolutoire) un manquement suffisamment grave, on pourrait croire que ce seuil de déclenchement est applicable à la sanction prévue par l'article 1222. En réalité, ce serait se méprendre sur la nature de ce dispositif. Le remplacement n'est pas une résolution, mais une forme d'exécution en nature. Ce n'est pas le contrat qui est exécuté par autrui, mais l'obligation violée. Le contrat créant cette obligation n'est pas anéanti. Il continue à lier le créancier et les parties, ce qui les empêche de modifier le contenu, alors que par comparaison, le créancier qui a résolu ou obtenu la résolution du contrat est libre de nouer de nouvelles relations aux conditions qu'il souhaite. Le remplacement et la résolution étant deux sanctions de nature juridique distincte, rien ne justifie de transposer à la première une condition réservée à la seconde en raison de

[1127] D. PLANTAMP, « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *D.* 2000, p. 243.
[1128] P. REMY-CORLAY, *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 264 et 265.
[1129] V. En ce sens: G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil,* 2º éd., Paris, Dalloz, 2018, p. 590.

la gravité de ses effets (anéantissement du contrat). En conséquence, toute inexécution peut justifier une exécution pour autrui aux frais du débiteur, sous réserve bien entendu que les conditions propres à ce mécanisme soient satisfaites. »[1130]

713. Si cette interprétation est correcte, la plupart des incompatibilités, entre l'obligation de modérer le dommage, d'une part, et le principe de primauté de l'exécution forcée en nature et le régime de la résolution unilatérale d'autre part, seraient enlevées. En effet : (i) il ne faudrait pas limiter le droit du créancier à l'exécution forcée en nature à chaque fois qu'il existe un marché de substitution ; (ii) la satisfaction de l'intérêt du créancier par un tiers sur le marché ne serait pas conditionnée à la résolution préalable du contrat ; (iii) il ne serait pas nécessaire de démontrer une inexécution grave pour remplacer la prestation ; (iv) il ne serait pas nécessaire de démontrer un préjudice pour demander le remboursement des sommes engagées dans le remplacement ; (v) le juge ne pourrait pas apprécier souverainement le caractère grave de l'inexécution ni le caractère adéquat de la mesure, uniquement le caractère raisonnable du délai et du coût de substitution ; (vi) tous les doutes autour de la compatibilité entre la résolution et l'indemnisation du dommage positif ne se poseraient plus.

714. En somme, le législateur français, à travers le dispositif du remplacement unilatéral de la prestation, aurait enlevé la plupart des incompatibilités soulevées entre le principe de substitution et le droit français des contrats. Le nouveau droit des contrats, en France, aurait effectivement consacré un *«* équivalent fonctionnel » du principe de substitution modelé en *common law* sans toucher le principe de la réparation intégrale du dommage, le principe de la primauté de l'exécution forcée en nature et le régime de la résolution du contrat. Toute inexécution serait capable de justifier une exécution pour autrui aux frais du débiteur, sous réserve bien entendu que les conditions propres à ce mécanisme soient satisfaites.[1131]

[1130] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 553, article 1222.

[1131] *Ibidem.* Autres interprétations du nouvel article 1222 sont moins larges par exemple : F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE, F. CHENEDE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, nº 781 ; Ch. LARROUMET, *Droit Civil. Les Obligations. Le contrat, op. cit.*, p. 563 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 5º éd., Paris, PUF, 2019, nº 1012 et 1013 ; limitant la faculté de remplacement unilatérale à l'exécution forcée en nature de la obligation de faire ; BENABENT A., *Droit civil. Les obligations*, 18º éd., Paris, LGDJ, 2019, nº 377 : La faculté de remplacement englobe la fourniture « des biens et services dus par son co-contractant défaillant » ; D. HOUTCIEFF, *Droit de contrats,* 5º éd., Paris,

715. Si l'obligation de modérer le dommage était admise en France, le créancier n'aurait pas le droit de demander l'indemnisation de dommages évitables avec cette mesure. Il aurait droit au remboursement des sommes effectivement engagées dans le remplacement de la prestation, dans la limite du coût d'un remplacement réalisé dans un délai et à un coût raisonnable, ce qui revient à calculer le prix de substitution sur la base d'une appréciation *in concreto.*[1132] Le prix de substitution serait compensé avec le prix du contrat, ce qui revient à accorder au créancier victime de l'inexécution un remboursement égal à la différence entre le prix de substitution et le prix du contrat. Bien qu'il ne soit pas certain que l'obligation de modérer le dommage sera applicable au montant du remboursement, car il remplace l'obligation du débiteur,[1133] les paramètres de son calcul seront pratiquement les mêmes que ceux de l'obligation de modérer le dommage : un délai et un coût raisonnables.

716. **2. Appréciation critique.** Cette interprétation est en ligne avec le principe de primauté de l'exécution forcée en nature, réaffirmé dans le nouveau droit des contrats en France. À différence du principe de substitution modelé en *common law,* la faculté de remplacement unilatéral de la prestation de l'article 1222 permet au créancier de remplacer la prestation en entier ou bien de corriger l'inexécution sans nécessité de résoudre le contrat et, par conséquent, sans qu'il soit nécessaire de constater une inexécution grave. En revanche, selon le principe de substitution, la substitution du contrat est considérée comme une mesure raisonnable de modération du dommage précisément lorsqu'il existe une inexécution essentielle. Lorsque le créancier n'est pas privé substantiellement de ce qu'il avait le droit d'atteindre du contrat, le remplacement de la totalité de la prestation, et même la correction du contrat ne sont pas considérées nécessairement comme des mesures raisonnables de modération du dommage.[1134]

717. Cela est ainsi, car elles ne représentent pas nécessairement l'option qui permet de placer le créancier dans la même situation que celle qui aurait été la sienne si le

Buylant, 2020, nº 963 : « Cette type de remplacement est susceptible d'être utilisé quelque soit l'obligation considérée, elle l'est néanmoins le plus souvent dans le cadre de la vente de marchandise ».

[1132] V. *supra* nº 299 et s.

[1133] D. MAZEAUD, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, 2477 ; A. AYNES, « Accroissement du pouvoir de la volonté individuelle », in *L'inexécution des contrats*, *Dr. et patr*., juin 2016. 49, spéc. p. 49 ; G. CHANTEPIE, M. LATINA, *op. cit.*, spéc. n° 639.

[1134] V. *supra* nº 306 et s.

contrat avait été exécuté au moindre coût pour le débiteur et pour la société. Elles représentent l'option la plus efficace, uniquement lorsque le coût du remplacement ou de la correction de la prestation non conforme, défectueuse ou partielle est inférieur à la perte de la valeur de la prestation subie par le créancier, ou bien lorsque l'intérêt du créancier justifie le remplacement.[1135]

718. Ainsi, en *common law*, lorsque l'inexécution n'est pas essentielle, sauf dans les cas mentionnés, le créancier doit se conformer en principe avec les dommages intérêts calculés sur la base de la formule de la perte de la valeur, ou *value diminution*, et n'a pas le droit, comme le consacre l'article le nouvel article 1222 du Code civil français, au remboursement du coût du remplacement total, ou bien de la correction de la prestation. Consacrer une faculté de remplacement unilatérale de la prestation implique de consacrer le droit du créancier à l'indemnisation du coût de substitution ou de correction, lorsque ce critère de détermination du dommage n'est pas nécessairement le critère le plus efficace du point de vue économique. C'est effectivement privilégier l'exécution forcée en nature, bien qu'elle soit accordée de manière directe ou indirecte, sur les dommages-intérêts.

719. Selon le nouvel article 1222, la protection de l'intérêt du créancier se trouve renforcée, en dépit de l'intérêt du débiteur et celle de la société. La primauté de l'exécution forcée en nature est privilégiée à l'efficacité économique du contrat, ce qui représente un obstacle à l'obligation de modérer le dommage. En effet, le remplacement de la prestation étant analysé comme un droit à l'exécution en nature, le droit du créancier au remboursement de la mesure employée, en principe, ne peut pas être affecté par l'obligation de modérer le dommage. En revanche, selon la logique des systèmes utilitaristes, le remplacement du contrat étant réservé aux cas d'inexécution essentielle, du fait de la limite à la réparation du dommage évitable, le créancier sera incité à ne pas remplacer le contrat à chaque fois que l'inexécution n'est pas grave. Il sera en revanche incité à corriger la prestation, si son coût est inférieur à la perte de la valeur ou si le créancier justifie un intérêt légitime. Si le coût de correction est supérieur à la perte de la valeur, il ne sera pas incité à corriger la prestation, l'indemnisation étant limitée à la perte de la valeur, sanction considérée en principe comme la plus efficace du point de vue économique, c'est-à-dire, celle qui permet de placer le

[1135] V. *supra* nº 175 et s.

créancier dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté au moindre coût pour le débiteur et pour la société.

720. Or, vu la logique des deux systèmes, il nous semble que la faculté de remplacement consacrée dans l'article 1222 n'est pas, dans tous les cas, « l'équivalent fonctionnel » du principe de substitution modelé en *common law*. Si l'on veut concilier l'efficacité économique du contrat avec la conception volontariste du contrat, la faculté de remplacer la totalité de la prestation devrait être conditionnée à l'existence d'une inexécution grave. Il est vrai que le nouvel article 1221 du Code civil français limite la faculté de remplacement unilatérale lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. On pourrait se demander si cette limite permet de limiter la faculté de remplacement total lorsque l'inexécution n'est pas grave. La question qui se pose est celle de savoir s'il est possible d'assimiler le caractère essentiel de l'inexécution à la disproportion manifeste entre le coût de la sanction pour le débiteur et l'intérêt du créancier de bonne foi. La réponse à cette question n'est pas claire à l'heure actuelle ; elle dépendra de la position qu'adoptera la jurisprudence sur cette limite.

721. En outre, s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier et si le juge décide que le créancier n'a pas le droit à l'exécution forcée en nature indirecte auprès d'un tiers sur le marché, la question revient à déterminer sur quels critères seront calculés les dommages-intérêts de l'inexécution : sur celui du coût de substitution ou sur celui de la perte de valeur ? Dans le premier cas, l'obligation de modérer le dommage n'aura pas d'application, sauf pour inciter le créancier à choisir entre plusieurs options de remplacement ou de correction celle qui représente le moindre coût pour le débiteur. En revanche, dans le deuxième cas, le créancier sera incité à ne pas remplacer ou corriger l'inexécution, lorsque le coût est supérieur à la perte de la valeur, et à remplacer lorsque le coût est inférieur. En limitant le dommage réparable à la perte de la valeur lorsque l'intérêt du créancier ne justifie pas d'un intérêt spécifique, l'obligation de modérer le dommage, selon sa conception utilitariste, incite le créancier à choisir la sanction la plus efficace économiquement.

722. **3. Vers autre interprétation de l'article 1222 du Code civil.** Étant donné les différences entre la faculté de remplacement de la prestation du nouvel article 1222 et la substitution du contrat visé par le principe de substitution en *common law*, une autre interprétation de l'article 1222 permettrait de concilier les différences. En réalité, le remplacement de la totalité de la prestation caractéristique et la substitution du contrat sont tous les deux des dispositifs qui cherchent à la satisfaction de l'intérêt du créancier auprès d'un tiers sur le marché. Dans les deux cas le créancier conclut un nouveau contrat avec un tiers. Dans les deux cas, le créancier cherche à récupérer les coûts de substitution auprès du débiteur originel. En termes juridiques, la différence principale entre les deux mécanismes demeure dans l'intention du créancier, lequel, muni par le droit de deux sanctions à l'inexécution du contrat, cherche la satisfaction de son intérêt dans le cadre du contrat originel dans un cas et, dans l'autre, en dehors du cadre contractuel.[1136] Si, du point de vue juridique, les effets des deux mécanismes sont incompatibles, cependant, en termes pratiques, les deux opérations sont tellement proches que la distinction n'est pas toujours facile à réaliser.

723. En effet, chaque fois que le créancier remplace toute la prestation afin de modérer le dommage et satisfaire son intérêt sur le marché, le remplacement risque d'être qualifié de résolution unilatérale du contrat. C'était d'ailleurs, avant le droit issu de la réforme, l'opinion de la majorité de la doctrine à l'égard de la faculté de remplacement dans les ventes commerciales.[1137] C'est aussi le traitement du principe de substitution dans les systèmes de la *common law* et du droit international des contrats[1138]. La consécration légale du remplacement unilatéral par le droit issu de la réforme ne devrait changer en rien l'analyse de la nature juridique du dispositif donnée par la doctrine avant la réforme.[1139]

[1136] Le nouvel article 1222 du Code civil français requiert aussi des conditions de forme pour l'exercice de la faculté de remplacement de la prestation.

[1137] M. PLANIOL et G. RIPERT, Droit civil français, (par J. Hamel, F. Givord et A. Tunc), LGDJ, 1956, p. n° 81 ; J.-P. LE GALL, « Le retard dans la livraison des marchandises vendues », *RTD com.* 1963, p. 239, spéc. p. 269, n° 36 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, P.-Y. GAUTHIER, Contrats commerciaux, Cujas, 1998 -1999, p. 224, n° 328 ; M. ALTER, L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels, LGDJ, 1972, p. 361, n° 214 s. ; J. et E. ESCARRA, J. RAULT, J. HÉMARD, Droit commercial, Les contrats commerciaux, Sirey, 1952, p. 136, n° 254; G. RIPERT ET R. ROBLOT, P. DELEBECQUE, M. GERMAIN Traité de droit commercial, 1996, p. 663, n° 2536; M. ALTER, « Vente commerciale », *J.-Cl. Contrats distribution*, fasc. 310, n° 132.

[1138] V. *supra* nº 291 et s.

[1139] La possibilité de se remplacer auprès d'un tiers sur le marché en cas d'inexécution est bien la raison qui a motivée la réception dans le nouveau droit des contrats en France de la résolution unilatérale du contrat et de la faculté de remplacement unilatérale de la prestation.

724. En effet, selon le professeur Laithier, « De ce que la faculté de remplacement assure au créancier une satisfaction en nature, on ne saurait déduire que l'obligation violée est exécutée en nature. En effet, lorsque la faculté de remplacement est correctement mise en œuvre, l'acheteur échappe au risque de devoir accepter une offre d'exécution tardive et donc de devoir acquérir deux fois la même marchandise. Pour sa part, le vendeur doit restituer les sommes reçues et notamment le coût de rachat. Autant d'indices qui conduisent une doctrine majoritaire à voir dans la pratique de remplacement une véritable résolution unilatérale du contrat.»[1140]

725. Selon le professeur Laithier, le remplacement ne recoupe pas nécessairement la résolution du contrat, « le remplacement peut n'être qu'une mesure ponctuelle et ne pas porter atteinte à l'existence du lien contractuel ».[1141] C'est notamment le cas lorsqu' il s'agit de remédier à une inexécution temporaire, non grave ou substantielle, en particulier dans le cas de contrats à exécution successive ou bien dans le cas d'un contrat cadre. Il s'agit de mesures qui ont pour finalité de remédier à une inexécution temporaire, partielle, non conforme ou défectueuse. La mesure cherche à remédier à des problèmes précis de l'exécution non conforme. Dans ce cas, elle permet au créancier de réparer, compléter, remplacer une partie de la prestation, dans le cadre contractuel original, et d'obtenir l'exécution en nature de l'obligation inexécutée. Il faut noter que l'obligation contractuelle inexécutée, qui donne lieu à ce type de remplacement de la prestation, se résout ni plus ni moins en dommage et intérêts.[1142]

[1140] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.* p. 269. Dans la doctrine majoritaire qui voit dans la faculté de remplacement de la vente une résolution unilatérale du contrat : J. GHESTIN, C. JAMIN, M. BILLAU, *Les effets du contrat, op. cit.,* nº 471 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux, op. cit.,* nº 328 ; A. BENABENT, *Les principaux contrats spéciaux, op. cit.,* nº 195 ; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *Droit de responsabilité et des contrat, op. cita.,* nº 6033 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, « Les sanctions de l'obligation de délivrance », in J. HAMEL (dir.), *La vente commerciale de marchandise,* Paris, Dalloz, 1951, nº 57 ; R. ENCINAS DE MUNAGORRI, *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels,* Paris, LGDJ, 1996, nº 148 ; B. GROSS, P. BHIR, *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux,* 2º éd., Paris, PUF, 2002, nº 323. Contra : F. COLLART DUTILLEUL, P. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Contrats civils et commerciaux,* 6º éd., Paris, Dalloz, 2002, nº 242 ; G. RIPERT, R. ROBLOT, P. DELEBECQUE, M. GERMAIN, *Traité de droit commercial,* 16º éd., Paris, LGDJ, 2000, nº 2536.

[1141] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 270.

[1142] Y.-M. LAITHIER, *op. cit.,* p. 270.

726. Selon cette interprétation, la distinction entre la *substitution du contrat*, effet pratique le plus courant du principe de substitution et de l'obligation de modération dans le système de la *common law,* et le *remplacement de la prestation* prévu par l'article 1222 du droit de la réforme mérite plusieurs précisions afin de délimiter le domaine d'application de chaque mécanisme et sa compatibilité avec l'obligation de modérer le dommage.

727. En effet, l'une des distinctions principales déjà analysées entre ces deux mécanismes réside dans le fait que le mécanisme de résolution et substitution du contrat ne peut jamais être considéré comme une forme d'exécution en nature, même s'il est un mécanisme indirect de la satisfaction spécifique de l'intérêt contractuel du créancier. En revanche, le remplacement de la prestation est une forme d'exécution en nature de l'obligation dans le cadre du contrat initial.

728. À la différence du mécanisme de résolution et substitution du contrat, selon le mécanisme de remplacement de la prestation de l'article 1222, et c'est ici à notre avis l'essentiel, l'obligation du créancier envers le débiteur défaillant est toujours en vigueur, surtout si le créancier a obtenu par ce moyen la satisfaction en nature de son droit de créance. Bien que le créancier, ainsi satisfait, devienne créancier des dépenses engagées, il n'est pas libéré de l'obligation à sa charge envers le débiteur.

729. Dans cette optique, le débiteur défaillant est, en principe, en droit de demander l'exécution forcée en nature du contrat, ce qui est un effet redoutable, car le créancier, du fait du *remplacement de la prestation*, peut finir lié dans deux opérations économiques, alors qu'il entendait uniquement remédier à l'inexécution de la première. En effet, le créancier qui a déployé les ressources destinées à l'exécution de sa propre obligation, soit le prix, soit l'obligation caractéristique, ne pourra pas invoquer l'inexécution partielle ou temporaire du débiteur pour justifier sa propre inexécution, car, du fait du remplacement de la prestation, l'inexécution du débiteur n'existera plus. Plusieurs situations peuvent être envisagées :

730. Ainsi par exemple, si le vendeur ne reçoit pas le prix et en application de l'article 1222, telle que le prévoient les articles 9 : 506 Principes Lando, 7.4.5 Principes Unidroit, et III-3 : 706 DCFR, décide de replacer le bien sur le marché, et obtenir ainsi le

prix de la vente, il n'est pas moins obligé à délivrer la chose objet de la vente à l'acheteur. C'est aussi le cas de celui qui s'engage à procurer un service et, vu le retard dans le paiement du prix du service pour le bénéficiaire, décide de contracter avec un tiers le même service. Le fait de remplacer l'inexécution de l'obligation pécuniaire ne le libère pas de l'obligation de procurer le service selon le contrat inexécuté. Chaque fois que l'inexécution correspond à une obligation de sommes d'argent, le créancier du prix et débiteur de l'obligation caractéristique ne peut pas remplacer ou faire exécuter lui-même la prestation sans être engagé dans deux opérations économiques. Dans ce cas, le *remplacement de la prestation* n'est pas l'« équivalent fonctionnel » du principe de substitution du contrat. Il n'est pas possible de remplacer l'obligation pécuniaire sans procéder à la résolution et à la substitution *du contrat*. Cela implique d'ailleurs la restitution des prestations exécutées pour les parties.

731. Ensuite, lorsque l'obligation inexécutée est l'obligation caractéristique, la question de l'application de l'article 1222 se pose dans les mêmes termes, sauf dans le cas d'absence totale d'exécution des deux parties. Ainsi, par exemple, si l'acheteur reçoit un bien non conforme, et afin de faire exécuter lui-même l'obligation, décide d'acheter un bien conforme auprès d'un tiers sur le marché, l'acheteur finira comme propriétaire de deux choses. Une chose certaine non conforme délivrée par le vendeur du contrat initial et une chose conforme délivrée par un tiers sur le marché. Cela, même si cela paraît étonnant, pour le seul prix du contrat initial, car le prix de substitution sera remboursé. Cela est ainsi, car le remplacement de la prestation de l'article 1222 n'implique pas la restitution de prestations exécutées avant le remplacement. Dans ce cas, il nous semble que le remplacement total de la prestation caractéristique inexécutée n'est pas possible sans la résolution du contrat. Lorsque l'acheteur refuse de prendre la livraison et rejette la marchandise, procédé dénommé en droit commercial comme « laissée-pour-compte », et procède au remplacement de la prestation sur le marché, le mécanisme a été analysé aussi comme « impliquant une résolution unilatérale par l'acheteur »[1143]. En ce qui concerne l'exécution de faire non conforme, le remplacement total de la prestation implique pour le débiteur le risque d'un préjudice certain, si le créancier n'est pas obligé de restituer l'avantage reçu de l'exécution défectueuse, partielle ou non conforme.

[1143] J. GHESTIN, J. HUET, G. DECOCQ, C. GRIMALDI, H . LECUYER, *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil,* 3º éd., Paris, LGDJ, 2012, Nº 11594 ; A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux,* 13º éd., Paris, LGDJ, 2019, nº 194.

732. Même en l'absence totale d'exécution de deux parties, il convient de se demander si le remplacement total de la prestation caractéristique ne devrait pas être assimilé à la résolution unilatérale du contrat, surtout dans les cas où le contrat inexécuté a pour objet le transfert de propriété. Il faut noter que, lorsque le tiers exécute la prestation, il n'exécute pas la prestation née du contrat initial, comme dans le cas du paiement fait par un tiers. Le tiers exécute sa propre obligation dans le cadre d'un contrat de substitution.[1144] L'effet translatif de la propriété ne peut être déjoué que par la résolution du contrat. En outre, il faut se demander s'il est convenable que le débiteur du contrat originel soit responsable de la prestation exécutée par le tiers, alors qu'il n'est pas l'une des parties du contrat de substitution.

733. Cela dit, le nouvel article 1222 du Code civil français n'assimile pas la faculté de remplacement de toute la prestation à la résolution unilatérale du contrat. Il ne la limite pas, sauf pour exiger que cette faculté soit mise en place dans un délai et par un coût raisonnable. En outre, l'article 1221 limite le remplacement uniquement s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. Comment déterminer le domaine d'application du remplacement de la prestation et celui de la substitution du contrat en vue de réconcilier ces deux dispositifs avec le principe de substitution et l'obligation de modérer le dommage ?

734. Selon notre opinion, la *substitution du contrat* visé par le principe de substitution en *common law* et la faculté de *remplacement de la prestation* de l'article 1222 sont des remèdes qui recouvrent des domaines différents. Selon le principe de substitution, il s'agit, pour le créancier victime de l'inexécution grave ou substantielle, de remplacer le contrat tout entier par un nouveau contrat auprès d'un tiers sur le marché. En revanche, la faculté de remplacement de la prestation permet uniquement de réparer, compléter ou remplacer la prestation temporairement inexécutée ou exécuté de manière partielle ou non conforme.[1145] Le remplacement de la prestation entière est une sanction grave et lourde de

[1144] G. LARDEUX, « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *art. cit.*
[1145] Le créancier qui répare, complète, remplace ponctuellement la prestation, dans le cadre contractuel original est en droit de demander l'indemnisation du coût de la mesure de remplacement employée, opposer la compensation des créances ou bien opposer l'exception d'inexécution, si les conditions applicables de ses moyens de protection de son intérêt sont remplies, mais il n'est pas libéré du contrat.

conséquences pour le débiteur. Il ne nous semble pas que n'importe quel type d'inexécution puisse donner au créancier le droit de remplacer toute la prestation sur le marché et de substituer unilatéralement l'obligation du débiteur pour une obligation de payer une somme d'argent. En effet, une exécution non conforme, défectueuse ou partielle, dont la gravité ne prive pas substantiellement le créancier de ce qu'il était en droit d'attendre du contrat, ne devrait pas justifier le remplacement de la totalité de la prestation en application de l'article 1222. Elle ne devrait pas non plus donner au créancier le droit de récupérer la totalité du coût raisonnable de remplacement. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les instruments d'harmonisation du droit international, la convention de Vienne et le système de la *common law*, requièrent une inexécution essentielle pour accorder le remplacement total de la prestation.[1146]

735. Ainsi, selon notre interprétation, l'inexécution de l'obligation pécuniaire n'est pas remplaçable sans remplacer le contrat tout entier. Alors, pour remplacer le contrat, il faut remplir les conditions de la résolution. Également, le remplacement total de la prestation non conforme, défectueuse ou partiellement exécutée dans un contrat à exécution instantanée ou à utilité global, ne devrait pas être possible sans remplacer le contrat tout entier, ce qui implique la résolution du contrat. En revanche, le remplacement total de l'une des prestations échelonnées dans le temps, dans un contrat à exécution successive, n'implique pas la résolution du contrat. Également, le remplacement d'un contrat d'application en exécution d'un contrat cadre n'implique pas la résolution du contrat cadre. La faculté de remplacement de la prestation suppose alors, comme on l'a indiqué, que l'exécution indirecte soit possible sans remplacer le contrat tout entier.

736. Selon cette interprétation, si l'on regarde de plus près l'article 1222, on s'aperçoit que le domaine d'application de la faculté de remplacer la prestation, sans que l'exercice de cette faculté implique la résolution du contrat, est en réalité très réduit. En effet, elle ne concerne pas l'inexécution de l'obligation pécuniaire, car, pour obtenir le prix, il faudra remplacer le contrat et non la prestation. Sauf s'il s'agit du remplacement d'une

[1146] V. *supra* nº 291 et s. ; V. aussi :B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI* 1987, nº 33 et 401 : « le colloraire le plus souvent réaffirmé de l'obligation de modération est l'obligation de trouver un marché de substitution » elle est « clairement affirmée dans la jurisprudence arbitrale » ; V. aussi J. ORTSCHEIDT, *op. cit.,* nº 309 et s.

inexécution ponctuelle qui ne porte pas atteinte au lien contractuel, elle ne concerne pas non plus le remplacement total de la prestation caractéristique, car, pour obtenir la totalité de l'obligation caractéristique, il faudra aussi substituter le contrat sur le marché et non la prestation. Elle ne concerne pas non plus le remplacement de l'obligation de donner choses certaines, ou délivrées, car, en principe, sauf à envisager un refus du transfert, du seul fait de la formation du contrat ou de la remise de la chose, l'acheteur devient propriétaire et, selon la logique du principe de la transmission *solo consensus*, seule la résolution du contrat permettrait de restituer au vendeur son droit de propriété. Autant d'indices qui conduisent à voir, dans la pratique de remplacement du prix et de la totalité de la prestation caractéristique, la nécessité de la substitution du contrat et par conséquent la nécessité de sa résolution.

737. A l'évidence, il nous semble que la faculté de remplacer unilatéralement la prestation concerne la faculté du créancier de faire réparer, compléter et remplacer l'exécution non conforme, défectueuse ou partielle du débiteur, lorsque cela n'implique pas la substitution totale de la prestation et par conséquent du contrat. De plus, lorsque, pour faire exécuter l'obligation, il faut détruire ce qui a été fait en violation du contrat, le créancier a besoin de l'autorisation préalable du juge. Le remplacement unilatéral implique la substitution du contrat, lorsque l'atteinte au lien contractuel est telle que la résolution du contrat est le seul moyen capable de régler les conséquences du remplacement. Si le créancier décide de changer de contractant en remplaçant totalement la prestation caractéristique auprès d'un tiers, ce n'est-ce pas, à l'évidence, l'intention du créancier de résoudre unilatéralement le contrat ? Ne est-ce pas l'intention du créancier qui détermine la nature de la sanction unilatérale mise en place ? Cela est d'ailleurs le critère applicable en *common law,* et dans le droit international des contrats.[1147] En revanche, lorsque le juge autorise le créancier à faire exécuter la prestation, étant le juge qui autorise la mesure d'exécution, il n'y a pas lieu de requalifier le remplacement judiciaire de la prestation et l'assimiler à la résolution unilatérale du contrat.

738. En somme, nous sommes de l'avis que l'article 1222 ne donne au créancier qu'une faculté unilatérale de correction de l'exécution partielle ou non conforme imputable au débiteur. Lorsque le créancier utilise unilatéralement la faculté de l'article 1222 pour

[1147] V. *supra* nº 105 et s.

remplacer la totalité de la prestation caractéristique, les conditions de la résolution du contrat devraient être applicables, sauf pour le remplacement ponctuel des prestation échelonnées dans les contrats à exécution successive et le remplacement ponctuel des contrats d'application en exécution du contrat cadre, en ce qui concerne le contrat cadre. Une fois le contrat résolu, la satisfaction de l'intérêt du créancier se fait hors le cadre du contrat originel, lequel doit être considéré comme anéanti. Le remplacement unilatéral de la totalité de la prestation, à notre avis, implique la résolution unilatérale du contrat et, par conséquent, cette faculté est conditionnée à l'existence d'une inexécution grave. Ainsi, le remplacement de la totalité de la prestation se fait aux risques et périls du créancier, le débiteur étant en droit de contrôler *a posteriori* que les conditions de ce mécanisme ont été satisfaites. Autrement, le remplacement total étant possible sans nécessité pour le créancier de constater l'existence d'une inexécution grave, cette faculté risque de vider de contenu le régime juridique de la résolution unilatérale. Il faut noter que l'introduction de la résolution unilatérale a été « essentiellement motivée par la nécessité de permettre au créancier victime de faire rapidement appel aux services d'un tiers, de se « remplacer », dit-on même parfois, pour éviter le gaspillage des ressources et du temps ».[1148]

739. On comprend bien pourquoi, selon l'interprétation classique, les anciens articles 1143 et 1144 du Code civil de 1804, remplacés par l'article 1222 du droit de la réforme, concernent uniquement la faculté de faire exécuter l'obligation inexécutée, lorsqu'il s'agit de l'inexécution des obligations de faire et de ne pas faire, et lorsque l'exécution en nature par un tiers est possible. Les anciens articles 1143 et 1144 ne concernent pas les obligations de payer des sommes d'argent, ni les obligations de donner. Ils ne concernent pas non plus les obligations de faire non fongibles. C'est aussi la raison pour laquelle une partie de la doctrine considère que le remplacement dans les ventes commerciales constitue une résolution du contrat.[1149] Faire de l'article 1222 un « équivalent fonctionnel de la résolution suivi d'un contrat de substitution »[1150] sans soumettre cette faculté à l'inexécution

[1148] T. GENICON, *La résolution du contrat pour inexécution, op. cit.,* nº 595.
[1149] M. PLANIOL, G. RIPERT, Droit civil français, *op. cit.*, n° 81 ; J.-P. LE GALL, *op. cit.*, p. 270, n° 36; P. LE TOURNEAU, L. CADIET, *op. cit.,* n° 2853 ; J. MARTIN DE LA MOUTTE, *op. cit.,* p. 238, n° 47 ; M. ALTER, L'obligation de délivrance, *op. cit.*, p. 361, n° 214; J. et E. ESCARRA, J. RAULT, Droit commercial, *op. cit.*, p. 136, n° 254 ; F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, Droit commercial, Montchrestien, 1999, p. 128, n° 127 ; Ph. MALAURIE, L. AYNÈS, Y. GAUTHIER, *op. cit.*, n° 328.
[1150] P. REMY-CORLAY, *Pour une réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 264 et 265.

grave du contrat, lorsqu'il s'agit de la substitution de toute la prestation, ne paraît pas possible sans enlever l'utilité du principe de substitution qui a inspiré le mécanisme.

740. Il faut noter que le nouvel article 1222 du droit de la réforme ne limite pas la faculté unilatérale du créancier de faire exécuter lui-même l'obligation inexécutée aux seules obligations de faire, ce qui laisse planer des doutes sur le domaine d'application de cette faculté. Deux interprétations ont été proposées par la doctrine. Soit la faculté de faire exécuter lui-même l'obligation ou de détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci : « renvoient respectivement aux obligations de faire ou de ne pas faire […] ce qui donnerait à l'unilatéralisme de la mesure un domaine étendu »[1151], soit on considère « que la ligne de démarcation passe entre ce qui n'a jamais été fait (et reste donc à « faire ») et ce qui a été mal fait ou fait à tort (et qu'il faut donc détruire) […]. Ce qui importe ce n'est pas la nature de l'obligation méconnue, mais la nature de la mesure mise en œuvre en conséquence de l'inexécution ».[1152]

741. Il nous semble que le domaine d'application de l'article 1222 devrait être encadré plutôt dans cette dernière interprétation. En effet, selon le projet Terré, cette faculté est l'équivalent fonctionnel du remplacement dans la vente commerciale et de « la résolution suivi d'un contrat de substitution, telle que la prévoient les articles 9 : 506 Principes Lando, 7.4.5 Principes Unidroit, et III-3 : 706 DCFR »[1153], et, par conséquent, une interprétation qui limite la faculté aux seules obligations de faire et de ne pas faire, et qu'exclut les obligations de donner, ne correspond pas aux sources qui l'ont inspirée. Elle permettrait au créancier, peu importe qu'il s'agisse de l'inexécution de l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire, distinction abandonnée par le droit issu de la réforme, de faire réparer, compléter ou remplacer la prestation non conforme afin de la rendre conforme au contrat, sauf à obtenir l'autorisation préalable du juge, lorsque cette faculté de correction de la prestation non conforme implique de détruire ce qui a été mal fait ou fait à tort. Elle permettrait aussi au créancier de remplacer ponctuellement la totalité de l'une des prestations caractéristiques dans un contrat à exécution successive sans que cela implique la résolution du contrat, ou

---

[1151] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 556, article 1222.
[1152] *Ibidem.*
[1153] P. REMY-CORLAY, *Ibidem ;* G. CHANTEPIE, M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil, op. cit.,* p. 588.

bien de remplacer l'un des contrats d'exécution sans que cela implique la résolution du contrat cadre.

742. Dans cette optique, le remboursement de la mesure de remplacement de la prestation devrait refléter, alors, la formule du calcul du *cost to complet,* employée dans le système de la *common law*.[1154] Il faut tenir compte du fait que l'article 1222 limite la faculté du créancier de faire exécuter lui-même la prestation dans « un délai et à un coût raisonnable ». En outre, il faut ajouter que les limites posées par l'article 1221 devraient être applicables[1155]. C'est pourquoi, si la mise en place de la faculté de l'article 1222 est impossible ou implique une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier, le créancier ne pourra opter pour ce moyen indirect d'exécution en nature.

743. **4. Compatibilité avec l'obligation de modérer le dommage.** Il convient alors d'analyser les effets de la faculté de remplacement de la prestation, si l'obligation de modérer le dommage était admise en droit français.[1156] On fera l'analyse selon les deux interprétations présentées : La première, celle qui donne un sens large à la faculté de remplacement, et la seconde, celle qui donne un sens restreint à cette faculté.

744. **a. Interprétation large de la faculté de remplacement de la prestation.** Si l'obligation de modérer le dommage était admise en droit français, les dommages évitables à travers la mise en place de cette faculté de remplacement ne seraient pas réparables. Le remplacement de la prestation, étant un moyen indirect d'exécution en nature, il serait applicable à tout type d'inexécution, sauf lorsqu'il s'agit de faire détruire ce qui a été fait en violation du contrat, cas dans lequel il faudra l'autorisation préalable du juge.

[1154] V. *supra* nº 175 et s.

[1155] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 556, article 1222.

[1156] J.-S. BORGHETTI, « Faut-il distinguer les dommages-intérêts compensatoires des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC* 2016, p. 787. « Si ce devoir pour le créancier de minimiser son préjudice devait être consacré, il viendrait limiter la liberté pour le créancier de recourir ou non à un tiers pour faire exécuter l'obligation inexécutée par le débiteur. Plus précisément, en cas d'augmentation continue de la valeur de la prestation non fournie, le créancier serait tenu de recourir dans un délai raisonnable à un tiers pour obtenir de lui une prestation semblable, s'il en a les moyens. À défaut, il pourrait voir ses dommages et intérêts réduits, et notamment ceux alloués en lieu et place de la prestation. Le cas échéant, il nous semble que la réduction opérée par le juge devrait ramener ceux-ci au prix qu'aurait payé le créancier s'il avait fait appel à un tiers pour fournir la prestation à la place du débiteur, à des conditions et dans un délai raisonnables ».

745. Le créancier ayant le droit de remplacer toute la prestation ou bien de corriger la prestation non conforme ou exécutée de manière défectueuse ou partielle, il devrait choisir le moyen qui représente le moindre coût pour le débiteur sans sacrifier son intérêt contractuel. Le calcul du coût de remboursement s'analyserait différemment selon que la nature du remboursement serait, ou non, assimilée à l'indemnisation des dommages.[1157]

746. Dans le premier cas, le montant du remboursement du remplacement total serait égal à la valeur du bien ou service de substitution moins le prix du contrat, à condition que le remboursement corresponde à la valeur d'un remplacement réalisé dans un délai et à un coût raisonnables. Cela implique que le caractère raisonnable du coût de substitution sera mesuré par rapport au coût de substitution sur le marché au moment à partir duquel le créancier était en mesure de se remplacer.[1158] Le coût raisonnable de substitution sera évalué à un délai raisonnable de l'inexécution, suffisant pour modérer le dommage, et non au jour du jugement. En ce qui concerne le montant du remboursement de la faculté de correction, le montant sera égal à la valeur du marché de parachever la prestation no conforme, défectueuse ou partiellement exécuté dans un délai raisonnable à compter de l'inexécution.

747. Ensuite, si l'obligation de modérer le dommage était admise en France, le créancier devra choisir, parmi les options de remplacement, celle qui représente le moindre coût pour le débiteur et, par conséquent, pour la société. Ainsi, si par exemple le créancier achète une voiture pour 10.000, laquelle présente des problèmes mécaniques. Le créancier ne pourra pas remplacer toute la voiture pour 12.000 si réparer la voiture coûte 500. Il nous semble que, dans ce cas, lorsque le remboursement est analysé comme une obligation de réparation, l'obligation de modérer le dommage doit limiter le choix du créancier. Il en est ainsi, car, si l'acquéreur choisit de remplacer la voiture le débiteur devra rembourser 2000, alors que, si l'acquéreur préfère de réparer la voiture, le vendeur devra rembourser uniquement 500. Parmi les deux types de remplacement, l'un total et l'autre partiel, les deux étant capables de satisfaire l'intérêt du créancier, le coût le plus raisonnable sera celui de la réparation. En somme, si le créancier fait le choix non raisonnable, il devra supporter le

[1157] *Ibidem.*
[1158] V. *supra* nº 198 et s.

dommage évitable avec la mesure raisonnable. Il faut noter que remplacer ou corriger, selon le cas, n'est pas nécessairement le choix le plus efficace, car il est possible que l'indemnisation qui satisfait l'intérêt au moindre coût pour le créancier soit celle qui résulte de l'application de la formule de la perte de la valeur.[1159] C'est la raison pour laquelle en *common law*, le principe de substitution requiert d'une inexécution essentielle ou grave, et le remplacement unilatéral n'est pas préconisé dans tous les cas. La limite établie par le nouvel article 1221, lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier[1160], s'il permet de limiter la faculté de remplacement, ne semble pas répondre aux critères d'efficacité du principe de substitution. Elle est à notre avis une limite qui tend plutôt à assurer la justice contractuelle que l'efficacité économique du contrat.

748. Dans le deuxième cas, si le remboursement n'est pas analysé comme une obligation de réparation, la question qui se pose est celle de savoir quel critère il faudra employer pour déterminer le caractère raisonnable du coût de remplacement et la disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier. L'obligation de modérer le dommage ne pourra pas limiter le montant du remboursement et inciter le choix du créancier vers le remplacement qui représente le moindre coût pour le débiteur, sauf pour appliquer, au caractère raisonnable du coût et du délai de remplacement de l'article 1222, les mêmes critères applicables à l'obligation de modérer le dommage. Si cela est le cas, l'obligation de modérer le dommage pourra déployer ses effets malgré la généralisation du remplacement unilatérale.

749. **b. Interprétation restreinte de la faculté de remplacement unilatéral de la prestation.** Si l'obligation de modération du dommage était applicable, les dommages

[1159] V. *supra* nº 178 et s.

[1160] J.-S. BORGHETTI, « Faut-il distinguer les dommages-intérêts compensatoires des dommages intérêts en lieu et place de la prestation ? », *art. cit.* « Cette limitation au droit pour le créancier d'obtenir l'exécution en nature ne devrait-elle pas aussi s'appliquer lorsque celui-ci réclame des dommages et intérêts en lieu et place de la prestation, qui ont pour vocation de lui fournir un équivalent à l'exécution en nature ? Sans doute. Cela étant, il est probable que la disproportion manifeste exigée par l'article 1221 sera rarement caractérisée en cas d'inexécution pure et simple, lorsque le créancier se borne à demander la valeur de la prestation non fournie ; et, si elle l'est, ce sera souvent du fait d'un changement de circonstances autorisant l'application de l'article 1195 nouveau du code relatif à la révision pour imprévision. En pratique, c'est surtout en cas de mauvaise exécution de l'obligation par le débiteur, lorsque le créancier demande sa correction, que la limite posée par l'article est susceptible de jouer ». C. GRIMALDI, « Proposition de modification de l'article 1222 du Code civil : l'exécution aux frais du débiteur », *RDC,* 2017, p. 192.

évitables à travers la mise en place de cette faculté ne seraient pas réparables, mais cela serait le cas uniquement à condition qu'une telle mesure remplisse les critères de son caractère raisonnable ainsi que les conditions légales de son exercice. On ne pourrait pas, par exemple, reprocher au créancier de ne pas faire détruire ce qui a été fait par le débiteur en contravention de son obligation sans autorisation du juge. On ne pourrait pas non plus reprocher au créancier de ne pas remplacer le prix ou la totalité de la prestation objet de l'obligation caractéristique sur le marché si les conditions de la résolution unilatérale n'étaient pas remplies.

750. En revanche, on pourra reprocher au créancier de n'avoir pas fait réparer la prestation affectée d'un défaut, compléter la prestation exécutée partiellement ou bien de n'avoir pas fait remplacer un élément de la prestation auprès d'un tiers sur le marché, pourvu que cette mesure soit possible et raisonnable.

751. Si le remboursement des sommes engagées dans le remplacement est analysé comme l'indemnisation des dommages causés par l'inexécution, selon la logique des systèmes utilitaristes ; dans tous les cas, l'indemnisation du préjudice sera limitée à la hauteur du coût de la mesure de protection qui représente le moindre coût pour le débiteur et pour la société. Ainsi, si l'indemnisation des dommages et intérêts à travers de la formule de la perte de la valeur de la prestation, ou *value diminution*, permet de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait était la sienne si le contrat avait été exécuté, le créancier n'aura pas le droit de demander l'indemnisation des préjudices calculée sur le coût de remplacement de la prestation, si celui-ci est supérieur à la perte de valeur de la prestation. Uniquement lorsque l'intérêt du créancier justifiera le remplacement de la prestation, ou lorsque le coût de remplacement est inférieur à la perte de la valeur, il aura le droit à la réparation du préjudice calculé sur coût de remplacement de la prestation.[1161]

752. Comme il a été indiqué par M. BORGHETTI, « La mauvaise exécution se distingue encore des autres types d'inexécution en ce qu'il est parfois beaucoup plus coûteux d'y remédier. […] le coût de la mise en conformité d'une prestation initiale défectueuse peut en effet être considérable et excéder largement non seulement celui qu'aurait eu une

[1161] V. *supra* nº 181 et s.

exécution initiale conforme, mais même le prix dû par le créancier. Le droit pour le créancier d'exiger une exécution en nature a donc de conséquences pécuniaires potentiellement beaucoup plus importantes en cas de mauvaise exécution initiale qu'en cas d'inexécution partielle ou totale, et ce alors même que le débiteur peut parfois légitimement ignorer celle-là, mais non celle-ci. »[1162] C'est la raison pour laquelle le principe de substitution en *common law* implique une inexécution substantielle (repudiatory *breach*), la résolution et la substitution du contrat. Il peut être moins coûteux de substituer un contrat qui n'a été exécuté par aucune partie que de compléter, réparer ou remplacer ponctuellement une prestation défectueuse, partielle ou non conforme.[1163] L'obligation de modérer le dommage limite la faculté du créancier de remplacer unilatéralement la prestation en cas d'exécution no conforme ou défectueuse en limitant le montant indemnisable. Elle articule le choix de la sanction en incitant le créancier à choisir celle qui satisfait son intérêt au moindre coût pour le débiteur et pour la société.

753. En effet, le droit du créancier de faire corriger la prestation non conforme, incomplète ou partiellement exécutée selon l'article 1222 du Code civil, correspond à un moyen d'exécution en nature dans le cadre du contrat originel. Le créancier a le droit de remplacer la prestation et d'obtenir le remboursement des coûts engagés à cette fin. Si le remboursement correspond à la réparation des dommages issus de l'inexécution, et si l'obligation de modérer le dommage était applicable, le créancier aurait le droit d'être remboursé selon la sanction ou moyen de protection qui représente le moindre coût pour le débiteur et pour la société. Ainsi, la réparation sera limitée à la perte de la valeur de la prestation (*value diminution*) si elle est inférieure au coût de corriger la prestation (*cost to complet*). Au contraire, la réparation du dommage sera calculée selon le coût de correction (*cost to complet*). En *common law*, lorsque l'intérêt spécifique du créancier justifie l'application de la formule du *cost to complet,* l'indemnisation ainsi accordée n'est pas limitée par la perte de la valeur de la prestation. Afin de limiter la faculté de remplacement, lorsque le coût celle-ci est supérieur au coût de marché de la prestation, et que l'intérêt du

[1162] J.-S. BORGHETTI, « A la recherche d'une sanction méconnue de l'inexécution contractuelle : la correction de la mauvaise exécution », in *Mél. F. Collart Dutilleul,* Dalloz, 2017, p.132.

[1163] Comme l'affirme M. BORGHETTI : « l'hypothèse se présente notamment dans le domaine de la construction, lorsqu'un défaut de conformité minime ne peut être corrigé qu'au prix d'une destruction et d'une reconstruction de la ouvrage entier. » ; v. p. ex. Civ. 3º, 11 mai 2005, nº 03-21.136, *Bull. civ.* III, nº 103, *JCP* 2005. II. 10152, note S. BERNHEIM-DESVAUX, *CCC 2005,* comm. 287*,* Obs. L. LEVENEUR, *RDC* 2006. 323, obs. D. MAZEAUD et 529, B. FAUVARQUE-COSSON ; *RTD civ.* 2006. 596, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

créancier ne justifie pas le remplacement, on pourrait appliquer l'article 1221 sur la base de la disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt du créancier.

754. En revanche, si la nature du remboursement ne constitue pas la réparation des dommages causés par l'inexécution, l'obligation de modérer le dommage ne sera pas applicable au remboursement. Le remboursement sera limité, selon à l'article 1222, par le caractère raisonnable du délai et du coût du remplacement. Il devrait aussi être limité, selon l'article 1221, lorsqu'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt du créancier. Dans ce cas, il appartiendra au juge de déterminer les critères applicables. On peut se demander si le coût et le délai raisonnables, en tant que limites de la faculté de remplacement, ne correspondent pas aux critères de l'obligation de modérer le dommage.

755. Finalement, le fait que le remboursement ne soit pas affecté par la limite du dommage évitable n'implique pas que l'obligation de modérer le dommage ne soit pas applicable à tous les autres préjudices de l'inexécution distincts du remboursement. En conséquence, si le créancier peut modérer les dommages de l'inexécution à travers le remplacement de la prestation, les dommages ainsi évitables ne seront pas indemnisables.

756. Pour cela, si l'obligation de modérer le dommage était admise en France, par exemple, une société d'avocats ne pourrait pas demander la réparation des préjudices subis à la suite des désordres affectant le fonctionnement du matériel informatique fourni pour un prestataire de services, si les préjudices étaient évitables en faisant appel à un tiers sur le marché afin de mettre fin aux dysfonctionnements.[1164] En revanche, une société qui avait fait construire une catamaran pour le transport de passagers aurait le droit de demander les préjudices liés à l'immobilisation du navire à cause du dysfonctionnement des moteurs, même si la société victime aurait pu faire réparer les moteurs auprès d'un tiers sur le marché, le créancier étant en droit à se prévaloir de la garantie du vice caché du constructeur et du fabricant des moteurs. Cependant, il ne pourrait pas demander les indemnités d'immobilisation au-delà d'un délai raisonnable. La société victime est censée agir

[1164] Voir en contre : C. Com. 21 oct. 2020, nº 19-10.338, inédit : *JurisData nº 2020-016948.*

promptement et demander l'exécution du contrat au débiteur et, en cas d'une mise en demeure infructueuse, demander la correction d'un tiers sur le marché. Les dommages évitables, causés pour l'omission du créancier d'agir dans un délai raisonnable ne seront pas réparables. [1165]

757. Il faut finalement noter, que bien que le *remplacement de la prestation* soit une mesure différente de la résolution et la *substitution du contrat* visée par le principe de substitution dans les systèmes utilitaristes, ce ne sont pas des mesures dont le domaine d'application s'exclut nécessairement. Si le créancier est victime d'une inexécution grave et résolutoire, il devra décider, parmi d'autres mesures ou moyens de protection de son intérêt contractuel, s'il doit procéder à la résolution et à la substitution totale du contrat ou, si cela est possible, de procéder à réparer, compléter ou remplacer la prestation selon les conditions de l'article 1222.

758. **Bilan.** En somme, selon le principe de substitution dans les systèmes de la *common law*, chaque fois qu'il est constaté une inexécution essentielle et l'existence d'un marché de substitution, le créancier doit arrêter l'exécution, mettre fin au contrat et le substituer sur le marché. La réparation du préjudice étant limitée par l'obligation de modérer le dommage au prix de substitution réduit du prix du contrat, le créancier est incité à substituer le contrat afin de ne pas supporter les dommages évitables avec cette mesure. Il est présumé que la substitution du contrat est la mesure de modération du dommage la plus efficiente, car elle permet de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté au moindre coût pour le débiteur et pour la société.

759. En revanche, lorsque l'inexécution n'est pas essentielle, les systèmes de la *common law* ne préconisent pas nécessairement le remplacement de la prestation. Alors, le remplacement de la prestation n'est pas présumé être la mesure la plus efficace afin de placer le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté au moindre coût pour le débiteur et pour la société. L'indemnisation du dommage est limitée au coût de la mesure de protection la plus efficace selon chaque cas d'espèce. Le créancier est incité à choisir la sanction ou le moyen de protection le plus adéquat. Ainsi,

[1165] Voir en contre : C. Com. 23 sept. 2020, nº 15-28.898, inédit : *JurisData nº 2020-015057.*

sauf pour justifier un intérêt spécifique, l'indemnisation accordée au créancier est limitée à la perte de la valeur ou *value diminution*. Le créancier est ainsi incité à ne pas remplacer la prestation si le coût de remplacement est supérieur à la perte de la valeur. Si le coût de remplacement de la prestation est inférieur à la parte de la valeur, ce coût limite la montant de l'indemnisation et le créancier est incité à corriger la prestation. L'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat limite et articule le choix de la sanction pour le créancier.

760. L'incompatibilité entre l'obligation de modérer le dommage et l'article 1222 du Code civil, tient au fait que cette mesure est un moyen d'exécution en nature et, par conséquent, le remboursement du coût de remplacement n'est pas en principe limité par l'obligation de modérer le dommage. Il s'ensuit que le créancier n'est pas incité à choisir le moyen de protection le plus efficace ayant le droit au coût de substitution à chaque fois qui remplace unilatéralement le contrat. Il suffit que le délai et le coût du remplacement de la prestation sur le marché soient raisonnables et que le remplacement n'implique pas une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et l'intérêt du créancier, limites applicables selon les articles 1221 et 1222 su Code Civil. Rien de cela n'implique de faire un choix entre la perte de la valeur (*value diminution)* ou le coût de substitution (*cost to complet*). Il reviendra au juge déterminer ce qui est un coût raisonnable de remplacement et les cas de disproportion manifeste. En revanche, bien qu'en principe l'obligation de modérer le dommage ne soit pas applicable au remboursement du coût de remplacement, si l'obligation de modération était admise en France, tous les dommages évitables avec le remplacement de la prestation, sous la limite du délai et du coût raisonnable, autres que le coût même de remplacement, ce qui inclut les dommages extrinsèques et les dommages collatéraux, ne seraient pas indemnisables. Il nous semble que l'obligation de modérer le dommage pourrait déployer en partie ses effets en dépit des incompatibilités.

761. Finalement, si une interprétation large de la faculté remplacement de la prestation est adoptée et que le créancier a le droit de remplacer la totalité de la prestation sans que cela implique la résolution du contrat, les incompatibilités relatives au caractère exceptionnel de la résolution et les doutes relatifs à l'indemnisation de l'intérêt positif propres de la mesure de substitution du contrat ne seront plus un obstacle au principe de

substitution et au fonctionnement de l'obligation de modérer le dommage. Le créancier, étant libre de choisir ce moyen unilatéral d'exécution forcée en nature indépendamment de la gravité de l'inexécution et de la sorte de la portion du contrat exécuté, n'aura pas le droit de demander l'indemnisation des dommages évitables avec cette mesure. En outre, le créancier aura le droit de demander le remboursement des sommes engagées, dans la limite de la valeur d'un remplacement effectué dans un délai et à un coût raisonnables. Ce mécanisme correspondrait effectivement à un « équivalent fonctionnel de la résolution et substitution du contrat », facilité, car le créancier ne devra pas constater une inexécution grave du contrat afin de remplacer et modifier unilatéralement l'obligation inexécuté en une obligation de payer une somme d'argent. Indépendamment de la gravité de l'inexécution, chaque partie pourra, après mise en demeure infructueuse du débiteur, remplacer ou corriger la prestation, sous la limite du coût et du délai raisonnables et celle de la disproportion manifeste entre le coût du remplacement et l'intérêt du créancier de bonne foi.

762. Cela dit, le remplacement unilatéral de la totalité de la prestation n'étant pas limité par le caractère grave de l'inexécution, le créancier pourra remplacer toute la prestation, indépendamment de l'efficacité économique de la mesure. Le créancier pourra également corriger l'inexécution, indépendamment de l'efficacité économique de la mesure. Cette interprétation large du remplacement de la prestation, si elle facilite le remplacement comme mesure de modération du dommage, pose des incompatibilités significatives avec le principe de substitution modelé dans les systèmes utilitaristes en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat. Dans ces systèmes, le principe de substitution opère uniquement lorsqu'il existe une inexécution essentielle du contrat permettant au créancier résoudre et substituer tout le contrat. Uniquement dans ce cas, elle est présumée être la mesure de modération de dommage la plus efficace. La correction unilatérale du contrat n'est pas dans tous les cas une mesure de modération raisonnable du dommage évitable. Une interprétation restreinte de l'article 1222, assimilant le remplacement total de la prestation à la résolution unilatérale du contrat permettrait de réconcilier la faculté de remplacement unilatérale avec le principe de substitution. En outre, il faudra encore interpréter les conditions d'application des articles 1221 et 1222 afin de limiter la faculté de correction unilatérale, lorsque celle-ci n'est pas une mesure raisonnable de modération du dommage en attention aux intérêts légitimes du créancier. C'est au juge de déterminer la portée de cette innovation, soit en

privilégient le principe de la primauté de l'exécution en nature, soit en réconciliant ce principe avec l'efficacité économique du contrat.

763. Une fois analysée la faculté de remplacement de la prestation dans le système du Code civil français et dans le droit de la réforme, il convient d'analyser la compatibilité des autres mesures spécifiques de modération du dommage avec les règles applicables aux sanctions de l'inexécution du contrat selon la conception volontariste suivi par le droit vénézuélien et le nouveau droit des contrats en France.

CHAPITRE 2
INCOMPATIBILITÉS DES EFFETS ET TECHNIQUES DE MODÉRATION DU DOMMAGE AU-DELÀ DES MESURES DE SUBSTITUTION

764. Au-delà des mesures de substitution, les systèmes du *common law* et du droit international de contrats mettent à la charge du créancier un nombre mesures de modération du dommage tenues comme raisonnables dans ces systèmes.[1166]

765. Il s'agit ici de mettre en évidence les incompatibilités essentielles de ces techniques de modération et des effets de l'obligation de modérer le dommage avec les règles applicables aux sanctions de l'inexécution du contrat en France et au Venezuela. Ainsi, on verra l'incompatibilité des techniques de modération au-delà des mesures de substitution (Section I), et l'incompatibilité des effets de l'obligation de modérer le dommage avec l'ordre public de protection en droit français et vénézuélien (Section II).

SECTION I
MESURES RAISONNABLES AU-DELÀ DES MESURES DE SUBSTITUTION

766. Il est nécessaire, avant toute analyse, de préciser la distinction entre la modération du dommage extrinsèque et la modération du dommage intrinsèque. Dans le premier cas, il s'agit de mesures qui cherchent à placer le créancier, autant que possible, dans la position qui aurait été la sienne juste avant l'inexécution. Dans le deuxième cas, il s'agit de mesures qui cherchent à placer le créancier, autant que possible, dans la position qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté. L'un cherche à éviter ou modérer les dommages liés à l'inexécution du contrat sur la personne et les choses du créancier autres que la prestation promise, et l'autre cherche à éviter ou modérer la perte de l'avantage promis au créancier.[1167]

[1166] V. *supra* nº 316 et s.

[1167] G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* nº 325 ; J. HUET, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité,* th., Paris II, 1978 ; Z. JACQUEMIN, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais,* th., Paris II, 2015; J.-S. BORGHETTI, « Faut-il distinguer les dommages intérêts compensatoires des dommages intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC,* 2016, p. 787.

767. Les mesures raisonnables capables d'éviter ou modérer le dommage extrinsèque, différent de la satisfaction de l'intérêt contractuel, sont variables à l'infini. Ce sont des mesures qui dépendent de chaque cas d'espèce. C'est pour cette raison que l'on se limitera ici à analyser uniquement la compatibilité des mesures les plus courantes de modération du dommage intrinsèque, seules capables d'être cernées. Il faut cependant noter que, lorsque le créancier évite ou modère le dommage intrinsèque dans un délai raisonnable, par voie de conséquence, en principe, dans la plupart des cas, il évite ou modère les dommages extrinsèques.

768. Lorsque l'on analyse les mesures raisonnables les plus couramment mentionnées par la doctrine et par la jurisprudence de la *common law* et du droit international[1168], on constate qu'il y a des mesures compatibles avec les principes dégagés par l'interprétation volontariste du Code civil français (§ 1). Cependant, cela n'est pas toujours le cas. Parfois, afin de ne pas supporter les risques de l'aggravation du dommage issu de l'inexécution, selon le système utilitariste, le créancier se voit dans la nécessité de prendre des mesures qui vont à l'encontre de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat, ou des autres principes de longue date admis dans le système du Code civil français et le droit de la réforme. (§ 2).

§ 1. MESURES COMPATIBLES AVEC L'INTERPRÉTATION VOLONTARISTE DU CODE CIVIL ET LE DROIT DE LA RÉFORME

769. Lorsque le contrat n'est pas exécuté, et que les mesures de substitution n'sont pas applicable, soit parce qu'il n'existe pas un marché de substitution, soit parce qu'il n'y a pas d'inexécution substantielle qui permettrait au créancier de mettre fin au contrat, soit parce que la mesure de substitution ne constitue pas une mesure raisonnable de modération, le créancier est appelé à faire une utilisation raisonnable d'autres moyens légaux à sa disposition, s'il ne veut pas supporter le dommage évitable.

770. Dans un nombre significatif de cas, ces mesures d'efficacité contractuelle sont compatibles et en harmonie avec les principes de liberté, sécurité et loyauté du contrat.

[1168] V. *supra* nº 316 et s.

Ainsi, à partir de l'inexécution, le créancier, afin de modérer le dommage, est tenu d'être diligent et d'agir promptement, d'informer le débiteur de l'inexécution, d'interrompre l'exécution, de conserver la prestation défectueuse afin de rendre viable sa restitution et d'avoir une disposition active dans la défense de ses intérêts, entre autres.

771. **1. Obligation d'agir promptement afin de modérer le dommage.**[1169] Selon M. ORTSCHEIDT, dans la jurisprudence arbitrale internationale, « L'efficacité des moyen employés pour modérer le dommage est commandée par la rapidité avec laquelle ceux-ci sont mis en œuvre. Plus le temps passe, plus le préjudice peut s'accroître dans ses éléments intrinsèques (perte de profits, détérioration d'une construction ou d'une marchandise) comme dans son équivalent monétaire (inflation). »[1170] La partie lésée doit en principe agir « le plus rapidement possible afin de réduire l'ampleur du préjudice » [1171].

772. Or, la question qui se pose est celle de savoir si l'obligation d'agir promptement afin de modérer le dommage est une mesure compatible avec la conception volontariste du contrat. La réponse à cette question dépend du moment où on se place par rapport à l'inexécution du contrat. En effet, si l'on se place après que l'inexécution du contrat est avérée, il nous semble que l'obligation d'agir promptement afin de modérer le dommage est une mesure compatible avec la conception volontariste du contrat. Il s'ensuit que le créancier ne pourrait pas demander la réparation de dommages causés du fait de ne pas avoir mis en place, promptement, les moyens raisonnables de modération du dommage après l'inexécution du contrat. Cela dit, l'inexécution de cette mesure ne produit pas la déchéance de la sanction. Les effets se manifestent exclusivement sur le *quantum* de l'indemnisation.

773. En revanche, si l'on se place dans la période qui précède la date à laquelle l'exécution du contrat est due, il nous semble que l'obligation de modérer le dommage

---

[1169] J. ORTSCHEIDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, op. cit.,* p. 140 et s.

[1170] *Ibidem,* nº 301.

[1171] Sentence rendue sous l'égide de la *Society of Maritime Arbitrators* nº 2561 en 1989, *préc.* V. Par exemple dans le même sens : CCI nº5904 en 1989; CCI nº 4761 en 1987, CCI nº2583 en 1977, *JDI*, i 1977, p. Obs. Y. DERAINS. En ce sens, par exemple, les principes UNIDROIT dans son article 7.3.2 et la CIVM dans les articles 49.2 et 64.2, prévoient que le créancier est déchu du droit de déclarer le contrat résolu s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable à partir du moment il a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance de l'inexécution.

présente des incompatibilités significatives avec la conception volontariste suivie par le droit vénézuélien, et avec le nouveau droit des contrats en France.[1172]

774. **2. Informer de l'inexécution le débiteur.** Il s'agit pour le créancier d'informer le débiteur défaillant de l'inexécution ou de la non-conformité de l'exécution afin de lui permettre de remédier à l'inexécution. Le créancier qui n'informe pas, de manière immédiate, le débiteur de l'inexécution, du caractère défectueux ou du défaut de conformité de la prestation, selon l'obligation de modération du dommage, ne pourra demander l'indemnisation des dommages pouvant être évités si le débiteur avait accepté de procéder à la réparation ou au remplacement de la prestation non conforme. Le créancier aura le droit de demander l'exécution en nature ainsi que l'indemnisation des dommages excluant ceux qui auraient été évités avec une gestion diligente et opportune de l'inexécution de sa part.

775. En ce sens, Reifegerste cite deux affaires qui manifestent la compatibilité de la mesure avec le système du Code civil français. A notre avis, il s'agit d'une claire manifestation du devoir de coopération et de loyauté dans l'exécution du contrat. Dans la première affaire, la Cour d'appel de Paris affirme « qu'il n'est pas loisible au créancier d'une prestation accomplie d'une façon défectueuse de laisser s'accroître le préjudice et s'accumuler les dommages éventuels, sans réclamation formelle ni sommation d'avoir à faire cesser le vice de la fourniture dans un bref délai »[1173]. Dans la deuxième affaire, la première chambre civile, au visa de l'ancien article 1134 al 3º, décide que, « tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur d'eau, le client devait vérifier si cette fourniture lui était facturée par la C.G.E. ».[1174] Le client ne pouvait pas demander l'indemnisation au fournisseur du service d'eau des dommages consistant à ne pas pouvoir récupérer le montant

[1172] V. *infra* nº 793 et s.

[1173] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 389. Paris, 7 janvier 1924, *DP* 1924, 2, 143 : « un abonné avait assigné une entreprise de gaz en paiement de 20 000 francs de dommages-intérêts. À l'appui de sa demande, il avançait que la pression irrégulière et insuffisante du gaz fourni avait entravé le fonctionnement du service des bains et de celui de la stérilisation entre 1919 et 1921».

[1174] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 389. Civ. 1º, 23 janvier 1996, *Bull. civ.* I, nº 36 : « Attendu [...] que la cour d'appel avait constaté que l'utilisation par l'office des deux immeubles en cause à des fins locatives impliquait nécessairement qu'ils étaient desservis en eau ; que dès lors, comme l'invoquait la C.G.E., l'Office ne pouvait ignorer être le débiteur du coût de la consommation d'eau qu'il était fondé à récupérer sur ses locataires, et tenu d'exécuter de bonne foi le contrat le liant au distributeur d'eau, devait vérifier si cette fourniture lui était facturée par la C.G.E. ». *Cont. conc. cons.* 1996, nº 76, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1996, 744, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, 900, obs. J. MESTRE.

de la facturation auprès de ses locataires, s'il n'avait pas réclamé ou informé le défaut de facturation.

776. C'est aussi le cas, par exemple, de l'article 144 du Code de commerce vénézuélien, lequel prévoit que l'acheteur doit dénoncer au vendeur les vices apparents dans les deux jours suivant la réception de la chose, et les vices occultes dans les deux jours suivant sa découverte. L'omission de l'acheteur d'informer le vendeur dans les délais prévus lui fait perdre le droit de réclamer la diminution du prix ou la résolution du contrat. Si l'obligation de modérer le dommage était admise en droit vénézuélien, le créancier perdrait aussi le droit à toute indemnisation des dommages causés par les vices qui auraient pu être évités.

777. La limite de l'indemnisation du dommage évitable est encore plus évidente dans le cas de la garantie conventionnelle de bon fonctionnement de la chose, prévue par l'article 1526 du Code civil vénézuélien, lequel établit que le créancier, sous peine de caducité, doit dénoncer au débiteur le défaut de fonctionnement dans le mois suivant sa découverte.[1175] Si le créancier ne fait pas la notification, il perd le droit à la réparation ou au remplacement de la chose, ainsi que le droit à l'indemnisation des dommages évitables, conséquences du défaut de fonctionnement de la chose fondée sur la garantie conventionnelle. Il s'agit de permettre au débiteur de remédier en temps utile à l'inexécution du contrat. L'omission du créancier lui fait perdre son droit à l'indemnisation du dommage évitable.

778. Le même principe est applicable dans le contrat de bail immobilier. En effet, selon l'article 1596 du Code civil vénézuélien, le locataire est obligé d'informer le propriétaire, dans les plus brefs délais possibles, de toute usurpation ou fait dommageable contre la chose, ainsi que toutes les réparations qu'il incombe au bailleur de réaliser. Dans les deux cas, le locataire prend en charge tous les préjudices que sa négligence a occasionnés au propriétaire. Il est évident que le bailleur ne doit pas indemniser les préjudices subis par le locataire, du fait de ne pas avoir informé le bailleur, dans les plus brefs délais, des devoirs

[1175] Article 1526 du Code Civil Vénézuélien : « Dans le cas où le vendeur a garanti le bon fonctionnement de la chose vendue pendant une période déterminé, l'acheteur qui détecte un défaut de fonctionnement, doit, sous peine de caducité, la dénoncer au vendeur dans le mois de la découverte, et mettre en place les actions correspondantes dans le terme d'un an à compter de la date de la notification au débiteur ».

à sa charge. Si les préjudices pouvaient être évités par le bailleur, le défaut d'information imputable au locataire, créancier de la réparation, devient la cause du préjudice évitable.

779. C'est ce que prévoit également l'article 1779 du même code, lequel établit, à propos du dépôt nécessaire, le devoir du dépositaire d'informer le déposant si la chose entreposée est de grande valeur, afin que le créancier puisse faire diligence. Il est vrai que ce dernier cas est plutôt une manifestation du caractère nécessairement prévisible du dommage indemnisable. Il n'empêche que le fait du créancier de ne pas informer le débiteur d'un risque particulier de la chose peut être considéré comme un dommage évitable non indemnisable, pour lequel la seule mesure raisonnable pour le créancier était d'informer le débiteur du risque dans l'exécution de la prestation. C'est aussi le cas, par exemple, du transport de biens fragiles ou de valeur, lorsque celui qui remet la chose n'indique pas au transporteur cette condition. C'est aussi le cas d'une personne allergique à certains ingrédients et qui n'informe pas le restaurant de cette particularité alimentaire. Ce sont certes des mesures raisonnables, manifestations de l'obligation de bonne foi, qui permettent d'éviter ou de modérer des dommages issus de l'inexécution du contrat avant même que l'inexécution de l'obligation soit arrivée, et avant même que le dommage initial se soit produit.

780. Il est vrai que, dans le système de la *common law,* l'obligation de modération n'a d'effets qu'à partir du moment où le créancier connaît l'inexécution, où il est possible pour lui d'adopter des mesures raisonnables de modération.[1176] Lorsque le créancier est dans la possibilité de mettre en place les mesures de modération, avant même que l'inexécution n'arrive, il nous semble en accord avec le principe de bonne foi, que la première mesure de modération est celle d'informer le débiteur. C'est probablement le créancier qui est dans la meilleure position pour éviter les dommages issus de l'inexécution, tout simplement en exécutant l'obligation d'informer de manière volontaire, lorsque cela est encore possible.[1177]

781. **3. Interruption du contrat par le créancier victime de l'inexécution.**[1178] Selon la formule du calcul de l'indemnisation de l'intérêt positif, lorsque le créancier est

[1176] V. *supra* nº 198 et s.
[1177] D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, n° 29, p. 232.
[1178] V. *supra* nº 281 et s.

victime de l'inexécution du contrat, l'exécution par lui de l'obligation à sa charge augmente la valeur de l'indemnisation, alors que cette perte pourrait être évitée ou modérée avec la suspension du contrat. En effet, comme on l'a indiqué maintes fois, la formule de calcul de l'intérêt positif prend en compte la perte de la valeur de la prestation inexécutée, réduite des coûts évités, augmentée des autres pertes. La perte de la valeur est la différence entre la valeur de la prestation prévue dans le contrat et la valeur de la prestation exécutée par le créancier. Le coût évité est le coût de la prestation à la charge de la victime de l'inexécution, réduit du coût de la prestation réalisée par celle-ci. La suspension, par le créancier, de l'exécution de la prestation à sa charge permet ainsi de modérer la perte subie par le créancier. Le créancier est incité à interrompre l'exécution de son obligation, car le coût de la prestation inexécutée qui pourrait être évitée de manière raisonnable, selon l'application de l'obligation de modérer le dommage, n'est pas indemnisable.[1179] La question qui se pose alors est de savoir si cette mesure est compatible avec l'interprétation volontariste du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien et par le droit de la réforme.

782. Il s'agit dans le système du Code civil français, de mettre en place l'exception d'inexécution du contrat. L'exception d'inexécution est une option du créancier parmi les moyens de protection de son intérêt contractuel. « Il n'existait pas, avant 2016, dans le Code civil français, aucun texte de portée générale consacrant l'exception d'inexécution ».[1180] « Une jurisprudence traditionnelle fondait la consécration généralisée […] dans les contrats synallagmatiques les plus divers sur l'interdépendance des obligations engendrées par le contrat »[1181]. En revanche, elle est prévue dans l'article 1168 du Code Civil vénézuélien. Selon cette règle, « dans les contrats bilatéraux, chaque partie peut refuser d'exécuter son

[1179] Ainsi, par exemple, si la valeur de la prestation inexécutée est de 150, et que le débiteur ne l'exécute pas, la perte de la valeur de la prestation pour le créancier sera de 150. De son coté, si le coût de la prestation inexécutée par le créancier, selon le contrat, est de 100, et que le créancier s'abstient de la réaliser, le coût évité sera de 100. S'il n'y a pas d'autres pertes, l'indemnisation de l'intérêt positif du créancier victime de l'inexécution sera égale à la différence entre la perte de la valeur de la prestation et le coût évité, c'est-à-dire 50. Il arrive que si le créancier ne s'abstient pas d'exécuter la prestation à sa charge, l'indemnisation de son intérêt positif sera de 150, le coût évité étant égal à '0'. Du point de vue de la perte subie et du gain manqué, la perte subie sera égale au coût de la prestation, soit 100, et le gain manqué sera de 50. L'indemnisation sera donc, selon cette manifestation de la même formule, égale à 150. Il est évident que si le créancier évite le coût de 100, l'indemnisation sera réduite à 50. Dans le système de la *common law,* suivi par le droit international des contrats, la suspension de la prestation, lorsqu'elle est possible, est une mesure de modération du dommage. Si le créancier insiste dans l'exécution de sa prestation, alors que le débiteur a refusé de payer le prix, par exemple, selon la limite de la réparation du dommage évitable, le créancier n'a pas en principe le droit d'être indemnisé du coût réalisé de l'obligation caractéristique. La question qui se pose alors est de savoir si cette mesure est compatible avec l'interprétation volontariste du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien et par le droit de la réforme.

[1180] Ch. LARROUMET, *Les obligations. Le contrat, op. cit.,* nº 659.

[1181] *Ibidem,* nº 660

obligation si l'autre partie n'exécute pas la sienne, à moins que des dates différentes aient été fixées pour l'exécution des deux obligations ». Cette mesure est possible lorsque l'exécution est d'une certaine gravité, et la suspension de l'obligation à la charge du créancier est proportionnelle à l'inexécution du débiteur.[1182]

783. Dans la réforme du droit des contrats, l'exception d'inexécution est consacrée de manière positive aux articles 1219 et 1220 du Code civil. Selon l'article 1219, « une partie peut refuser d'exécuter son obligation, alors même que celle-ci est exigible, si l'autre n'exécute pas la sienne et si cette inexécution est suffisamment grave ». C'est en effet la consécration légale du principe adopté par la jurisprudence depuis plus d'un siècle. Il faut encore noter que l'exception a été élargie dans le cas de l'inexécution anticipée du contrat. En effet, selon l'article 1220, « une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans le meilleurs délais ». Ainsi, le droit de la réforme se rapproche du système de la *common law* et du droit international des contrats, lesquels admettent la suspension en cas d'inexécution anticipée du contrat.[1183]

784. Il nous semble que si l'obligation de modérer le dommage était admise en droit français et en droit vénézuélien et si les conditions de l'exception d'inexécution étaient remplies, en principe, le créancier ne pourrait pas demander l'indemnisation des pertes subies du fait de la non-suspension du contrat qui étaient évitables grâce à la suspension du contrat. En d'autres termes, le créancier ne pourrait pas demander l'indemnisation des coûts de sa prestation qui ont été exposés, alors qu'il pouvait les éviter grâce à l'exception d'inexécution, soit dans le cas de l'inexécution du débiteur à l'échéance, soit dans les cas

---

[1182] *Ibidem,* nº 698. Bibliographie cité : R. SALEILLES, « Exception de refus de paiement ou exception non adimpleti contractus »*, Ann. Dr. com. I1892 et 1893;* R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution du contrat dans les rapports synallagmatiques,* th. Paris, 1914; J.-F. PILLEBOUT, *Recherches sur l'exception d'inexécution,* préface P. RAYNAUD, Paris, LGDJ, 1971*;* R. SARRAUTE, *La suspension dans l'exécution des contrats,* th., Paris, 1929; N. CATALA, « De la nature juridique du droit de rétention »*, RTD civ*. 1967; J. LEBERET, « Suspension et résolution du contrats », *Rev. crit. Legisl. et jurispr.* I, 1924.581*;* J. ROCHE-DAHAN, « L'exception d'inexécution, une forme de résolution unilatérale du contrat synallagmatique »*, D.* 1994, Chron. 255; A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution »*, RTD civ.* 2003, 31; Chr. ATIAS, « Les risques et périls de l'inexécution et l'exception d'inexécution »*, D.* 2003*,* Chron. 1103; N. CUZACQ, « *La notion de riposte proportionnée en matière d'exception d'inexécution », PA,* 7 mai 2003; DROSS, « L'exception d'inexécution : essai de généralisation »*, RTD civ.* 2014, 1; O. DESHAYES, « Exception d'inexécution », *Rep. civ. Dalloz,* 2018.

[1183] V. *supra* nº 111 et s.

d'inexécution anticipée. Il faudra cependant nuancer cet effet, lorsque le créancier demande ou notifie la résolution du contrat, étant donné les effets restitutoires de plein droit de la résolution.[1184] Ainsi, l'obligation de modérer le dommage et la limite de la réparation du dommage évitable commanderaient l'interruption provisoire du contrat, si le créancier ne voulait pas supporter les préjudices liés à la réalisation des coûts de la prestation inexécutée.

785. **4. La conservation de la prestation non conforme. La privation des droits et des moyens de protection du créancier comme application de l'obligation de modérer le dommage.** Comme l'a remarqué S. Reifegerste, l'obligation de modérer le dommage se manifeste dans le système du Code civil français à chaque fois que le créancier doit conserver la prestation non conforme ou défectueuse afin de ne pas être privé d'une sanction légale[1185]. Ainsi, par exemple, l'auteur affirme que « La privation de l'action rédhibitoire sanctionne ici un manquement par l'acheteur à son obligation de minimiser le dommage. Pour bénéficier de cette action, il aurait dû éviter que la chose viciée ne périsse et veiller à ce que la restitution demeure possible. La privation des droits n'est toutefois que partielle. Il conserve, en effet, le droit de demander des dommages-intérêts au vendeur de mauvaise foi ».[1186]

786. **5. Disposition active du créancier dans la défense de ses intérêts.** Selon S. Reifegerste, une autre manifestation de l'obligation de modérer le dommage dans le système du Code civil français se révèle lorsque la passivité du créancier dans la défense de ses intérêts est sanctionnée par la perte de son droit.[1187] Pour cet auteur, « d'une manière plus générale, la jurisprudence sanctionne parfois la passivité du créancier dans la défense de ses intérêts. Fréquemment à l'origine d'une aggravation du dommage, une telle attitude est parfois analysée comme une renonciation par le créancier à ses droits. Lorsqu'elle est consécutive à sa passivité, l'invocation intempestive par le créancier de ses droits peut se heurter au refus du juge. Il apparaît un lien entre l'obligation de minimiser le dommage et l'*estoppel* ou, si l'on préfère, l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui. »[1188]

[1184] V. *supra* nº 218 et s.
[1185] Civ. 1º, 12 janvier 1994, *Bull. civ.* I, nº 23, *RTD civ*. 1994. 878, obs. P.-Y. GAUTIER : « la cour d'appel qui constate que la perte du véhicule, imputable à la négligence de l'acquéreur, rendait impossible sa restitution au vendeur, en a justement déduit que la résolution de la vente pour vice caché ne pouvait pas être prononcée ».
[1186] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 600.
[1187] *Ibidem,* nº 601.
[1188] *Ibidem,* nº 684 et s. Selon l'auteur : « C'est, en effet, également l'interdiction de se contredire au détriment d'autrui qui pourrait venir sanctionner l'attitude du créancier qui, par sa passivité, aggrave son propre préjudice et qui, par voie de conséquence, alourdit la dette du débiteur ».

787. Il est affirmé en général que l'un des effets de l'obligation de modérer le dommage se manifeste dans le système du Code civil français à chaque fois que le créancier est sanctionné par la perte partielle ou totale de l'une des sanctions légales ou de son droit d'action, lorsque le créancier choisit de mauvaise fois la sanction[1189] ou lorsqu'il laisse écouler le temps de prescription ou de caducité de l'action. [1190]

788. En somme, sauf pour ce qui vient d'être indiqué, l'obligation de modérer le dommage, en tant que mesure raisonnable permettant d'éviter ou de modérer le dommage intrinsèque, peut prendre la forme d'un devoir d'agir promptement afin de modérer le dommage, d'une mesure d'information ou d'un devoir d'interrompre l'exécution de son obligation envers le débiteur. Il peut encore consister à conserver la prestation non conforme ou bien à conserver ou mettre en place une action légale, si cela permet de modérer le dommage, et la sanction d'une telle omission est la perte du droit à l'indemnisation du dommage évitable. Ce sont des manifestations de l'obligation de modérer le dommage dont la compatibilité n'est pas contestable en principe avec la conception volontariste du contrat.

789. Cela dit, le système de la *common law* et du droit international des contrats nous présente comme raisonnables d'autres mesures, dont la compatibilité avec le système volontariste suivi par le droit vénézuélien et le système du Code civil français n'est pas nécessairement évidente.

§ 2. MESURES DONT LA COMPATIBILITÉ AVEC LA CONCEPTION VOLONTARISTE N'EST PAS ÉVIDENTE

790. Bien que la limite de la réparation du dommage évitable mette le créancier dans la nécessité de déployer des mesures raisonnables afin de ne pas supporter ce type de préjudice, il faut que les mesures soient légalement possibles et qu'elles remplissent les critères de son caractère raisonnable[1191]. Le caractère raisonnable de la mesure limite la portée des effets de l'obligation de modérer le dommage en ce que le créancier n'est pas tenu de mettre en place des mesures dont le résultat est incertain, comme par exemple des actions

[1189] *Ibidem,* nº 585.
[1190] *Ibidem,* nº 604 et s.
[1191] V. *supra* nº 237 et s.

en justice[1192], ou qui sont susceptibles de compromettre sa réputation ou sa dignité[1193], ou de le conduire à exposer des sommes trop importantes.[1194] Le créancier n'est tenu de financer les mesures de modération du dommage que lorsqu'il dispose des moyens économiques suffisants et que cela est possible sans inconvénient sur le plan pécuniaire.[1195]

791. Sur ce plan, il nous semble qu'il faudra attendre la transposition de l'obligation de modérer le dommage en droit français et éventuellement en droit vénézuélien afin de déterminer le seuil d'exigence pour le créancier[1196]. En effet, selon le projet de réforme de la responsabilité civile, « les dommages sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives »[1197], donc il semble que le caractère raisonnable de la mesure, si l'article 1263 du projet de réforme est adopté en droit français, aura égard aux capacités économiques de la victime de l'inexécution.

792. Cela dit, il s'agit ici d'analyser les mesures raisonnables de modération du dommage communément citées par la doctrine et la jurisprudence de la *common law,* suivi par le droit international des contrats, dont la compatibilité avec le système du Code civil français*,* suivi par le droit vénézuélien, et du droit de la réforme suscite des doutes. On peut lister les mesures de modération suivantes : le devoir d'agir face à l'inexécution anticipée pour tenter de modérer le dommage (1) ; le devoir d'octroyer un délai de correction (2) ; le devoir du créancier d'adapter le contrat et d'accepter une offre d'exécution non conforme afin de modérer le dommage issu de l'inexécution (3) ; finalement, le devoir de respecter la

---

[1192] *Pilkongton c. Wood* (1953) 1 Ch. 770.
[1193] *James Finlay & Finlay Co. Ltd. Kwik Hoo Tong* (1929) 1 K.B. 400 ; v. également R. DAVID et D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais,* 2º éd., avec la participation de F. GRIVART DE KERSTRAT, LGDJ, 1985, n° 450, p. 333.
[1194] *Jewelowski c. Propp* (1944) 1 K.B. 510 ; v. également *Lester Leather and Skin Co. c. Home and Overseas Brokers* (1948) 64 T.L.R. 569 ; B. AUDIT, *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du II avril 1980,* LGDJ, Coll. Droit des Affaires, 1990, nº 174, p. 166.
[1195] M. ELLAND-GOLDSMITH, *« Mitigation of damages » en droit anglais, op. cit.,* n° 11, p. 349 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations. Responsabilité délictuelle,* t. I, 5º éd., *op. cit.*, n° 1350, p. 540.
[1196] Projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016. Art. 1263 : « Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. »
[1197] *Ibidem.*

hiérarchie des remèdes légaux à la disposition du créancier en fonction du moindre coût pour le débiteur et par conséquent pour la société (4).

793. **1. Obligation de modérer le dommage et l'inexécution anticipée du contrat.** L'obligation de modérer le dommage doit s'appliquer, lorsqu'il est évident, avant la date d'exécution prévue dans le contrat, que le débiteur ne l'exécuterait pas. C'est le cas dans le système de la *common law* de l'inexécution anticipée, ou *anticipatory breach.*[1198] Il y a inexécution anticipée du contrat chaque fois que, par rapport à l'obligation à la charge de l'une des parties et avant que cette obligation ne soit exigible, le débiteur exprime son « refus » à l'exécution du contrat (*repudiation)*, ou devient incapable par ses propres actes de l'exécuter (*disablement)*.[1199] Dans le droit anglais, lorsque créancier a accepté l'inexécution anticipée du contrat, il est tenu de modérer le dommage. Si le créancier a confirmé le contrat, il n'est pas tenu de modérer le dommage jusqu'au moment où le terme suspensif de l'obligation arrive à son échéance.[1200] En revanche, aux États-Unis, le créancier victime de l'exécution a l'obligation de modérer le dommage dès que l'inexécution anticipée est avérée indépendamment de l'acceptation de l'inexécution anticipée ou de la confirmation du contrat.[1201]

794. Selon M. ORTSCHEIDT « Cette dernière analyse de l'obligation de minimiser le dommage répond mieux aux nécessités du commerce international. Dès lors que le débiteur a exprimé son désir de ne pas se conformer à ses engagements, le créancier doit « faire preuve d'une diligence normale, utile et raisonnable » dans la sauvegarde de ses intérêts. La mise en œuvre immédiate de mesures destinées à pallier la carence du débiteur correspond plus à une telle exigence que l'attitude consistant pour le créancier à attendre le terme de l'obligation avant d'agir. […] La stabilité des relations contractuelles doit s'effacer devant l'efficacité économique, fondement de l'obligation de minimiser le dommage dans l'arbitrage commercial international. Cette efficacité commande que le créancier s'adapte à

[1198] V. V. *supra* nº 111 et s.
[1199] H. G. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.,* p. 942, nº 17-065-17-074.
[1200] M. ELLAND-GOLDSMITH, « La « mitigation of damages » en droit anglais », *art. cit.,* nº 26, p. 354 ; McGREGOR, *op. cit.*, § 217.
[1201] V. Sections 2-610 et 2-723 du UCC.

l'évolution des relations contractuelles et prenne rapidement acte de la défaillance de son débiteur. »[1202]

795. Or, la question qui se pose est celle de savoir si l'obligation de modérer le dommage avant que l'inexécution du contrat soit avérée est une mesure compatible avec la conception volontariste du contrat. La réponse à cette question n'est pas claire à la lumière du nouveau droit de contrat en France. Il nous semble en tout cas que l'obligation de modérer le dommage présente des incompatibilités significatives avec la conception volontariste, suivie par le droit vénézuélien, et avec le nouveau droit des contrats en France.

796. Ainsi, en ce qui concerne le droit vénézuélien, le créancier ne sera pas en droit de résoudre le contrat, ni de remplacer la prestation ou de demander l'exécution en nature, en outre au caractère judiciaire de la résolution et du remplacement, avant que l'inexécution soit avérée. Il n'est pas en droit non plus de suspendre l'exécution de la prestation, sauf pour considérer que l'inexécution anticipée est avérée à chaque fois que le débiteur manifeste sa volonté de ne pas exécuter le contrat, indépendamment du terme suspensif. Dans ce dernier cas, il faut se demander si le créancier n'aurait pas l'obligation de faire valoir l'exception d'inexécution du contrat afin de suspendre l'exécution de sa prestation et éviter le préjudice lié au coût de la prestation inexécutée. Cela dit, sauf pour ces cas, il n'est pas certain que le débiteur de la prestation objet de l'inexécution anticipée ne soit pas en droit de demander l'exécution du contrat au créancier, les conditions de l'exception d'inexécution n'étant pas remplies. Il nous semble qu'étant donnée l'absence de critères claires autour la sanction du risque d'inexécution, en droit vénézuélien, l'obligation de modérer le dommage ne serait pas applicable dans le cas d'inexécution anticipée ou *anticipatory breach.*

797. Cela dit, il nous semble que le nouveau droit des contrats en France innove dans ce domaine.[1203] En effet, le droit issu de la reforme consacre de manière positive l'exception pour risque d'inexécution[1204]. Selon le nouvel article 1220 du Code civil, « une partie peut suspendre l'exécution de son obligation dès lors qu'il est manifeste que son

[1202] J. ORTSCHEIDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international, op. cit.,* nº 301-305
[1203] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats,* 2º éd., *op. cit.,* p. 535, article 1217.
[1204] A. PINNA, « L'exception pour risque d'inexécution », *RTD civ.* 2003, p. 31.

cocontractant ne s'exécutera pas à l'échéance et que les conséquences de cette inexécution sont suffisamment graves pour elle. Cette suspension doit être notifiée dans les meilleurs délais ».[1205]

798. Le nouvel article 1220 du Code civil enlève les doutes relatifs à la possibilité du créancier de suspendre l'exécution du contrat, lorsqu'il est manifeste que le débiteur n'exécutera pas le contrat à l'échéance. Cependant, le législateur français n'a pas franchi les pas en admettant tous les effets de l'inexécution anticipée (*anticipatory breach*) dans les systèmes utilitaristes. En effet, le créancier n'est pas en droit de mettre en place les autres moyens de protection consacrés dans le nouvel article 1217 jusqu'au moment où l'inexécution du contrat est avérée. Il s'ensuit que si l'obligation de modérer le dommage était admise en France, le créancier ne pourrait pas demander l'indemnisation des dommages évitables à travers la suspension du contrat. En revanche, il pourrait demander l'indemnisation des dommages qui auraient pu être évités à travers la mise en place des autres sanctions de l'inexécution prévues dans le nouvel article 1217, dont l'inexécution avérée constitue une condition inhérente à son exercice.

799. En somme, avant que l'inexécution soit avérée, l'obligation de modérer le dommage est limitée, en droit français, à la suspension de l'exécution. Contrairement à ce qui est admis dans la jurisprudence arbitrale internationale et dans les systèmes de la *common law*, si l'obligation de modérer le dommage était admise en droit français, en cas de risque manifeste d'inexécution, elle ne pourrait déployer que des effets limités en tant qu'outil d'efficacité économique du contrat. L'inexécution avérée du contrat étant une condition commune applicable à toutes les autres sanctions de l'inexécution du contrat. Cela dit, on peut se demander si l'exécution ne doit pas être considérée comme avérée, même avant l'échéance de l'obligation, lorsque le débiteur communique au créancier « qu'il ne serait effectivement pas en mesure d'exécuter ses engagements ou qu'il refusera de le faire ».[1206]

[1205] T. GENICON, « L'exception d'inexécution », in (Sous dir., J. CARTWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WHITAKER), *La réécriture du Code civil. Le droit français de contrat après la réforme de 2016,* Société de législation comparée, 2018, p. 330 et s. ; A. REYGROBELLET, « L'exception d'inexécution préventive », *Bull. Joly. Sociétés,* 2016, p. 544. ; J.-D. BRETZNER, « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *JCP* G 2016, 999 ; M. STORK, « L'exception d'inexécution », *JCL. Civil Code,* Art 209 et 12020, Fasc. unique, 2017 nº 70 ; Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *Dr. et patrimoine* juin 2016, p. 62.

[1206] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats,* 2º éd., *op. cit.,* p. 546, article 1220.

Il nous semble, dans ce cas, que le refus fait par le débiteur d'exécuter le contrat transforme l'inexécution anticipée en une inexécution avérée, activant l'obligation de modérer le dommage en relation à toutes les autres sanctions de l'inexécution du contrat.[1207]

800. **2. Délai supplémentaire d'exécution. Droit de correction.** Bien que la première mesure raisonnable pour éviter ou modérer le dommage soit celle de notifier l'inexécution au débiteur, selon les circonstances, la mesure raisonnable de modération du dommage peut consister pour le créancier à accorder un délai de correction au débiteur afin de remédier à l'inexécution. Si le débiteur répare ou remplace la prestation de manière immédiate, le contrat est exécuté et le débiteur libéré de son obligation. Il n'y a même pas de place pour parler de gestion raisonnable de l'inexécution, lorsque celle-ci n'existe plus.[1208]

801. Selon le système originel du Code civil français de 1804*,* suivi par le droit vénézuélien, le débiteur est tenu d'exécuter le contrat exactement comme il a été accordé par les parties. La mise en demeure préalable du créancier n'est pas une condition de l'action en justice, la demande judiciaire servant comme mécanisme d'interpellation du débiteur pour exécuter le contrat. Dès lors, le créancier victime de l'inexécution du contrat n'est pas tenu d'accorder un délai supplémentaire au débiteur afin de remédier à sa défaillance. Pourtant, il nous semble que si l'obligation de modération du dommage était transposée dans le système du Code civil français*,* ou consacrée légalement dans la réforme du droit de la responsabilité civile, il serait possible, selon les circonstances, que l'option d'accorder un délai supplémentaire au débiteur puisse s'avérer l'option la plus efficiente du point de vue économique, c'est-à-dire l'option qui permettrait la satisfaction de l'intérêt contractuel du créancier au moindre coût pour le débiteur et pour la société.

[1207] Ph. DELEBECQUE, « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *art, cit.*, p. 62.

[1208] L'article § 326 du Code civil allemand permet au créancier d'accorder au débiteur en retard un délai : « lorsque, dans un contrat synallagmatique, l'une des parties est en retard pour exécuter la prestation lui incombant, l'autre partie peut lui impartir un délai convenable pour fournir cette prestation, en déclarant qu'elle refusera d'accepter ladite prestation après expiration de ce délai ». Le système allemand a été adopté par la Convention de Vienne (articles 47 à 49 et 63 et 64), par les principes UNIDROIT (Article 7.1.5) et par les PDEC. (Article 8.106)

802. Cela dit, lorsque le délai supplémentaire d'exécution devient une obligation du créancier, cela implique une modification du contrat contraire au principe de liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat. En effet, dire que la volonté des parties est cristallisée au moment de la formation du contrat, puis imposer au créancier l'obligation d'accorder un délai supplémentaire, n'est pas précisément respecter la force obligatoire du contrat.

803. Pour cela, il faut approuver le nouveau droit français des contrats, lequel a innové en ce domaine. Désormais, presque toutes les sanctions à l'inexécution du contrat sont conditionnées par la mise en demeure préalable du débiteur d'exécuter le contrat dans un délai raisonnable.

804. En effet, l'article 1217 du droit de la réforme dresse la liste des sanctions de l'inexécution du contrat à la disposition du créancier. Ce dernier est en principe libre de choisir le moyen qu'il considère comme étant le plus adéquat à son intérêt contractuel. Selon cet article, le créancier a le droit de refuser d'exécuter ou de suspendre l'exécution de sa propre obligation, poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation, obtenir une réduction du prix, provoquer la résolution du contrat et demander la réparation des conséquences de l'inexécution. De plus, le créancier a le droit de cumuler les sanctions qui ne sont pas incompatibles, les dommages et intérêts pouvant toujours être ajoutés. Cependant, il faut remarquer que bien que le débiteur n'ait pas un droit de correction, il a la possibilité d'offrir l'exécution de la prestation. En ce sens, « l'exécution volontaire est favorisée par la réforme dans la mesure où la mise en demeure est exigée en condition préalable au jeu de presque toutes les sanctions »[1209]

805. C'est le cas en ce qui concerne le refus de l'exécution de la prestation à la charge du créancier, sanction prévue à l'article 1219. Bien qu'une mise en demeure ou une notification préalable ne soit pas prévue, rien n'empêche que, pendant la période de refus d'exécution, le débiteur puisse offrir l'exécution du contrat et remédier à l'inexécution, car le contrat du fait du refus n'est pas moins en vigueur du fait du refus.[1210] C'est aussi le cas

[1209] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats,* 2º éd., *op. cit.,* p. 535, article 1217.
[1210] *Ibidem,* p. 543.

de la sanction de « suspension » du contrat prévue à l'article 1220, laquelle permet au créancier, même avant l'échéance de l'obligation du débiteur, de suspendre l'exécution de son obligation lorsqu'il est manifeste que le cocontractant ne s'exécutera pas au terme. Il faut dans ce cas que la notification du débiteur soit faite dans les meilleurs délais. Le « refus » et la « suspension anticipée », en tant que moyens provisoires de protection de l'intérêt du créancier, n'empêchent pas l'exécution volontaire par le débiteur.[1211]

806. Sauf le cas de « refus » et de « suspension », la mise en demeure préalable, et même la nécessité d'octroyer un délai raisonnable d'exécution volontaire pour le créancier, est prévue pour les autres sanctions. Ainsi, l'article 1221 conditionne l'exécution en nature à une mise en demeure préalable. C'est aussi le cas de la faculté de remplacement, prévue à l'article 1222, lequel conditionne le remède à la mise en demeure du débiteur. C'est aussi le cas de la faculté de notifier la réduction du prix prévue à l'article 1223 du droit de la réforme, laquelle est conditionnée à la mise en demeure préalable du débiteur.

807. La résolution du contrat, par voie judiciaire ou par notification unilatérale du créancier - en application d'une clause résolutoire ou d'une inexécution suffisamment grave - prévoit aussi, comme condition préalable, la mise en demeure du débiteur défaillant. Ainsi, selon l'article 1125, la résolution en application d'une clause résolutoire est subordonnée à la mise en demeure « infructueuse », sauf dans le cas où elle a été convenue du seul fait de l'inexécution. Cette mise en demeure est une manifestation de l'obligation de modérer le dommage, car elle « oblige le créancier, en principe, à donner au débiteur une ultime chance de respecter son engagement ».[1212] En effet, ce délai de correction offert pour le créancier au débiteur peut représenter le moyen le plus efficace de satisfaction de l'intérêt du créancier au moindre coût pour le débiteur et pour la société.

808. Il en va de même pour la résolution unilatérale par voie de notification pour inexécution grave. En effet, selon l'article 1226, ce type de résolution est soumis à la condition préalable de mise en demeure. D'après l'article 1126 al. 1, « le créancier peut, à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification. Sauf urgence, il doit préalablement mettre en demeure le débiteur défaillant de satisfaire son engagement dans un

[1211] *Ibidem,* p. 545.
[1212] *Ibidem,* p. 571. Voir : Civ. 1º, 3 février 2004, nº 01-02.020, *Bull. Civ.* 2004, I, nº 27.

délai raisonnable ». Cette mise en demeure est strictement réglementée, vu la gravité de la sanction. Ainsi, selon l'article 1126 al. 2, « la mise en demeure doit mentionner expressément qu'à défaut par le débiteur de satisfaire à son obligation dans le délai raisonnable accordé par le créancier, le créancier sera en droit de résoudre le contrat ». Si l'inexécution persiste, le créancier aura le droit de notifier la résolution unilatérale du contrat.

809. Finalement, la mise en demeure avec le délai supplémentaire d'exécution est aussi établie comme une condition de la sanction de l'indemnisation des dommages. En effet, selon l'article 1231 du droit de la réforme, « À moins que l'inexécution soit définitive, les dommages et intérêts ne sont dus que si le débiteur a préalablement été mis en demeure de s'exécuter dans un délai raisonnable ».

810. En somme, dans le système volontariste, suivi par le droit vénézuélien, le créancier n'a pas pour obligation d'octroyer un délai supplémentaire pour mettre en place les sanctions et moyens de protection de son intérêt contractuel. On peut se demander si la consécration de l'obligation de modérer le dommage peut mettre le créancier, si cela constitue une mesure raisonnable, dans l'obligation d'accorder un délai raisonnable supplémentaire d'exécution s'il ne veut pas supporter les dommages évitables avec cette mesure. En revanche, selon le nouveau droit de contrats en France, le délai de correction est établi comme une condition de presque toutes les sanctions de l'inexécution du contrat. C'est une manifestation du souci d'efficacité et d'esprit de coopération dans le nouveau droit des contrats en France, compatible avec l'obligation de modérer le dommage.

811. **3. Acceptation d'une prestation différente offerte par le débiteur. Obligation d'adapter le contrat ?** Comme le montrent la doctrine et la jurisprudence de *common law* sur l'application de l'obligation de modérer le dommage[1213], le créancier victime de l'inexécution du contrat est parfois appelé à envisager l'acceptation d'une prestation différente offerte par le débiteur défaillant, même si cette prestation n'est pas en conformité avec celle prévue dans le contrat.[1214] C'est le cas, par exemple, lorsque le vendeur a promis de vendre un bien à crédit, alors qu'il refuse de délivrer le bien si le paiement du

[1213] V. *supra* nº 330 et s. Voir aussi : (1919) 2 K.B. 581 ; v. également, R. DAVID, D. PUGSLEY, *Les contrats en droit anglais,* 2º éd., avec la participation de F. GRIVART DE KERSTRAT, *op. cit.,* n° 450, p. 333 ; comp. *Houndsitch Warehouse Co. Ltd. C. Waltex Ltd.* (1944) 1 K.B. 579.
[1214] G. H. TREITEL, *The law of contract, op. cit*., n. 20-100.

prix n'est pas fait en espèces. C'est aussi le cas lorsqu'il est remédié de manière adéquate à la différence de qualité ou de quantité de la prestation non conforme avec une indemnisation pécuniaire. Le créancier peut être tenu, selon les circonstances et afin de modérer le dommage issu de la fluctuation du cours du marché, d'accepter l'exécution de la prestation offerte par le débiteur, même si celle-ci diffère des conditions prévues dans le contrat. C'est aussi le cas lorsque le vendeur offre de remettre le bien vendu tardivement, alors que normalement le créancier aurait le droit de demander la réparation des dommages et intérêts ou de résoudre le contrat et de réaliser une opération de substitution auprès d'un tiers.[1215]

812. Dans ce système, le refus par le créancier de considérer une offre d'exécution non conforme, selon la limite de la réparation du dommage évitable, met à la charge du créancier les dommages qui auraient pu être évités grâce à l'acceptation de l'offre non conforme. Bien évidemment, l'acceptation de l'offre non conforme est une mesure raisonnable uniquement si le créancier, du fait de la mesure, n'est pas amené à sacrifier son intérêt contractuel.[1216] Il s'agit ainsi pour le créancier d'accepter l'offre non conforme, et de demander l'indemnisation des dommages pour la perte de l'avantage attendu.[1217] Lorsque l'acceptation de l'offre non conforme et l'indemnisation de la perte de l'avantage placent le créancier dans la même position que celle qui aurait été la sienne si le contrat avait été exécuté, cette mesure est considérée dans les systèmes utilitaristes comme une mesure raisonnable capable d'éviter ou de modérer les préjudices issus de l'inexécution.[1218] En principe, si le créancier refuse l'offre d'exécution non conforme alors que l'indemnisation des dommages constitue une sanction adéquate de l'inexécution, le créancier devra supporter les dommages qui auraient pu être évités grâce à l'acceptation de cette offre.

813. Il en résulte que le créancier, du fait de la limite de la réparation du dommage évitable, est incité à accepter des offres non conformes d'exécution de la part du débiteur, sauf dans les cas où l'exécution non conforme serait inapte à être réparée de manière

---

[1215] V. *supra* nº 330 et s.

[1216] V. *supra* nº 250 et s. Lequel consiste dans la plupart des cas mesurés par l'avantage économique qui attend du contrat ou *Expectation interest.*

[1217] V. *supra* nº 252 et s.

[1218] V. *supra* nº 330 et s.; M. FURMSTON, *Cheshire Fifoot & Furmston's Law of Contract*. 2º ed., *op. cit.,* nº §8.101 ; D. HARRIS, D. CAMPBELL, R. HALSON, *Remedies in contracts & Torts,* London, Weidenfel, and Nicolson, 1988, p. 111 ; H. McGREGOR, *Damages,* 17º ed., London, Sweet & Maxwell, 2003, nº 7-045 ; G. H. TREITEL, E. PEEL, *The law of contract*, *op. cit.*, p. 978; E. A. FARNSWORTH, *Contracts*, *op. cit.,* nº §12.12 ; J. M. PERILLO, *Calamari and Perillo on Contracts*, *op. cit.,* nº §14-18.

raisonnable par l'indemnisation pécuniaire de la perte de l'avantage complet attendu du contrat. C'est est par exemple le cas lorsque la qualité ou la quantité de la prestation est une condition nécessaire de sa transformation, de sa revente, ou du service engagé avec ses propres clients ; lorsqu'elle met en jeu la réputation commerciale ou la dignité du créancier ; ou bien lorsque l'obligation a été contractée en considération des goûts et préférences particulières du créancier et non dans un but purement économique ou commercial.[1219]

814. Selon l'interprétation classique du Code civil français de 1804, suivi par le droit vénézuélien, en application du principe de la force obligatoire du contrat, le débiteur ne peut pas obliger le créancier à accepter une inexécution partielle ou non conforme. Ce sont les principes de l'identité et de l'intégrité du paiement de l'obligation qui sont en jeu. En effet, en ce qui concerne le principe de l'identité du paiement, l'ancien article 1243 du Code civil de français prévoit que « Le créancier ne peut être contraint de recevoir autre chose que celle qui lui est due, quoique la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande ». L'ancien article 1243 du Code civil a été adopté de manière identique dans l'article 1290 du Code Civil Vénézuélien. Selon le professeur François Terré, « ce principe est le corollaire évident du caractère contraignant du lien d'obligation […] le créancier ne peut exiger que ce qui lui est dû, mais tout ce qui est dû. Réciproquement, le débiteur ne peut se libérer qu'en fournissant la prestation même qui constitue l'objet de son obligation ».[1220] Ensuite, en ce qui concerne le principe de l'intégrité du paiement, l'ancien article 1244 du Code civil français prévoit que « le débiteur ne peut forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible ». Cet article est repris de manière identique par l'article 1291 du Code Civil Vénézuélien.

815. Il est évident que le créancier, selon les règles du système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, a le droit de refuser les exécutions non conformes ou

---

[1219] V. *supra* nº 333 et s.

[1220] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit.,* nº 1323; J. MELICH, *El Pago, op. cit.,* p. 172. Il fait allusion au principe de l'intégrité du paiement. Lorsque l'obligation a pour objet une chose il faut distinguer s'il s'agit d'une chose de genre ou d'un corps certain. Lorsqu'il s'agit d'une chose de genre, et que la qualité n'a pas été accordée, l'article 1246 du Code civil français, repris par l'article 1294 du Code civil vénézuélien, énonce que « le débiteur ne sera pas tenu, pour être libéré, de donner la meilleure espèce, mais il ne pourra offrir la plus mauvaise ». Si l'obligation a pour objet un corps certain, selon l'article 1245 du Code civil français, repris par l'article 1293, le créancier est tenu de la remettre « en l'état où elle se trouve lors de la livraison, pourvu que les détériorations qui y sont survenues ne viennent pas de son fait ou de sa faute, ni de celle des personnes dont il est responsable, et qu'avant ces détériorations il ne fut pas mis en demeure ».

partielles de l'obligation. Cette solution a été maintenue dans le nouvel article 1342-4 du droit reforme, même si la formule employée a changé. Désormais, « le créancier peut refuser un paiement partiel même si la prestation est divisible. Il peut accepter de recevoir en paiement autre chose que ce qui lui est dû ». Alors, le créancier peut refuser l'exécution partielle, ainsi que l'exécution d'autre chose que ce qui lui est dû.[1221]

816. Le fait que le créancier refuse une exécution non conforme ne pourrait pas, en principe être sanctionné par l'obligation de modérer le dommage. Les dommages évitables avec la mesure de l'acceptation non conforme ou partielle ne seraient pas moins indemnisables si le créancier ne renonçait pas à son droit. L'incompatibilité de cette mesure, considérée comme raisonnable dans les systèmes utilitaristes, avec les principes d'intégrité et d'identité du paiement, empêcherait en principe de limiter l'indemnisation du créancier, par exemple, de la perte de valeur de la prestation, ou de l'augmentation de la valeur du prix, entre la date de l'inexécution et la date du jugement qui accorde l'indemnisation des dommages. Étant donné le principe de primauté de l'exécution forcée en nature, le créancier a le droit à l'exécution exacte de l'obligation par le débiteur et n'est pas obligé, en cas d'inexécution partielle ou défectueuse, d'accepter une inexécution non conforme avec l'indemnisation des dommages.

817. Il est difficile d'accepter une limite au droit du créancier en application de l'obligation de bonne foi, sauf peut-être en cas d'abus de droit. Un devoir d'adaptation du contrat par le créancier, en cas d'offre d'exécution non conforme, ne contredit pas seulement le droit subjectif du créancier selon l'interprétation volontariste du contrat, il contredit en plus le principe de la liberté contractuelle et celui de la force obligatoire du contrat. En effet, il impose au créancier le devoir d'entrer dans un contrat avec un contenu non voulu, libérant le débiteur de l'engagement contracté. Seul un système qui privilégie l'indemnisation de dommages à l'exécution forcée en nature peut accepter une telle dérogation au droit du créancier, car, en cas de refus d'exécution, le débiteur ne pourra être condamné, en principe, qu'à l'indemnisation des dommages.

[1221] O. DESHAYES, T. GENICON, Y.-M. LAITHIER, *Réforme du droit des contrats, op. cit.,* p. 821, article 1342-4.

818. Il en va différemment lorsque le débiteur offre d'exécuter le contrat tardivement.[1222] Pourtant, il faut que « le débiteur offre d'exécuter la prestation initialement promise, même en cours d'instance, à la condition toutefois que cette offre d'exécuter soit satisfaisante. En droit français, l'immutabilité du contrat demeure donc le principe ».[1223] Dans ce cas, bien que le créancier ait le droit de choisir une sanction diverse, selon les circonstances, il est possible que le refus de l'offre d'exécution de la prestation initialement promise constitue une violation à l'obligation de modérer le dommage, limitant la réparation des dommages évitables grâce à cette mesure. C'est le cas, par exemple, lorsque le refus n'a pas une justification légitime de la part du créancier. Bien que l'offre tardive d'exécution n'inhibe pas le choix du créancier, elle peut limiter la réparation des dommages évitables. Cela est en effet le critère d'une arrêt inédit, très récent, de la Chambre commerciale de la Cour de cassation civil de date 2 mars 2022.[1224] Selon l'arrêt attaqué, une société avait vendu á la société BZ un lit d'hydro-massage à refroidissement. À cause des dysfonctionnements et après diverses réparations, le vendeur avait offert le remplacement du lit, laquelle avait été refusée. Selon le pourvoi, l'acheteur fait grief à l'arrêt de la cour d'appel attaqué de limiter l'indemnisation du préjudice pour la période postérieur à la date où l'offre de remplacement avait été déclinée, alors que, selon l'ancien article 1147 du Code civil, « la victime n'est pas tenue de limiter l'étendue de son dommage dans l'intérêt du responsable ». La Chambre de commerciale de la Cour de cassation, en retenant que : « la cour d'appel, qui n'a pas considéré que la société BZ aurait ainsi dû limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable, a pu retenir que ce refus d'accepter un nouveau matériel était seul à l'origine du trouble de jouissance subi postérieurement », confirme l'arrêt de la cour d'appel et rejette le pourvoi. Il nous semble que la Chambre commerciale, sans reconnaître l'obligation de modérer le dommage en droit français, adopte le critère de la « cause unique » dégagé par Pothier comme critère du caractère direct du dommage indemnisable.

[1222] V. S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 443 : « Un droit de correction est, par ailleurs, reconnu au débiteur défaillant par la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises. En effet, aux termes de son article 48, « le vendeur peut, même après la date de la livraison, réparer à ses frais tout manquement à ses obligations, à condition que cela n'entraîne pas un retard déraisonnable et ne cause à l'acheteur ni inconvénients déraisonnables ni incertitude quant au remboursement par le vendeur des frais faits par l'acheteur. »

[1223] *Ibidem*. L'auteur cite : M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.,* p. 178 et s. ; Civ. 1º, 19 avril 1928, *GP* 1928, I. 820 ; Civ. 1º, 15 février 1967, *Bull. civ.* I, n° 68, « décidant qu'une offre de correction émise par le défendeur au cours d'une action en résolution peut empêcher le prononcé de celle-ci. Trop tardive, elle ne le serait pas » V. Versailles, 8 juin 1983, *D.* 1983, I.R. 515.

[1224] Voir, dans ce sens : Com, 2 mars 2022, 10-11.023.

819. Finalement, bien que l'obligation de modérer le dommage puisse trouver un fondement dans l'obligation de bonne foi, il est contestable de trouver des manifestations de l'obligation de modérer le dommage dans d'autres manifestations probables du principe de bonne foi, comme la théorie de l'imprévision, le principe de cohérence contractuelle ou *estoppel*, ou bien dans les cas de force majeure, et pour lesquels les parties sont appelées à renégocier le contrat. C'est plutôt l'impératif de justice contractuelle - et non celui de l'efficacité du contrat - qui règle les problèmes de l'exonération de la responsabilité du débiteur en cas de force majeure, d'une éventuelle obligation de renégocier le contrat en cas de *hardship* ou altération de circonstances, ou de perte totale ou partielle d'un droit. Dans ces. Cas, les mécanismes ne cherchent pas dans ce cas à rendre les contrats plus efficaces mais plus justes. [1225]

820. **4. Le devoir de respecter la hiérarchie des remèdes légaux à la disposition du créancier en fonction du moindre coût pour le débiteur et par conséquent pour la société**. Comme l'affirme la doctrine belge, l'obligation de modérer le dommage « impose au créancier de choisir, entre différents moyens présentant les mêmes avantages pour lui, celui qui est le moins pénible ou le moins onéreux pour le débiteur […]. Ce devoir est violé non seulement lorsque le titulaire d'un droit s'en sert sans aucun intérêt légitime pour lui, mais également en cas de disproportion manifeste entre son intérêt et les inconvénients imposés au débiteur ».[1226] Cet effet de l'obligation de modérer le dommage implique pour le créancier une hiérarchie des sanctions à sa disposition, laquelle place en ordre de priorité d'abord les sanctions les moins pénibles ou les moins onéreuses pour le débiteur, pourvu qu'elle soit capable de satisfaire l'intérêt contractuel du créancier.

821. L'application de l'obligation de modérer le dommage a une incidence sur le droit du créancier de choisir entre les sanctions et remèdes offerts par la loi. Il ne doit pas choisir celle qu'il estime la plus appropriée à ses intérêts, mais celle qui satisfait son intérêt contractuel au moindre coût pour le débiteur. La dynamique des sanctions est alors

[1225] Cfr. V. S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 444 - 461.

[1226] *Ibidem,* nº 404 ; V. R. O. DALCQ, « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *RDAI* 1987, n° 19, p. 370 ; R. KRUITHOF, « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *RCJB* 1989, n° 29, p. 41. La solution a parfois été retenue par la jurisprudence belge : v. par exemple : Liège, 13 février 1980, Jur. Liège, 1980, 1980-81, 109, note P. HENRY, P. VAN OMMESLAGHE, « Abus de droit, la fraude aux droits des tiers et la fraude à la loi », *RCJB* 1976, 303, spéc. n° 12, p. 329.; Cass. belge, 10 septembre 1971, Pas. 1972. I. 28, R.W. 1971-1972, col. 321, note P. VAN OMMESLAGHE.

bouleversée par rapport à l'esprit de l'interprétation volontariste du contrat. On place l'intérêt du débiteur et l'intérêt de la société devant l'intérêt du créancier et le respect de la parole donnée. L'efficience économique, fonction de l'obligation de modérer le dommage dans les systèmes utilitaristes, limite alors le choix du créancier parmi les sanctions à sa disposition. L'obligation de modérer le dommage n'admet pas le choix le plus onéreux pour le débiteur qui n'est pas fondé sur l'intérêt légitime du créancier.

822. L'incompatibilité du mécanisme est ainsi très marquée à l'égard de l'interprétation classique du Code civil de 1804*,* suivi par le droit vénézuélien, et avec le nouveau droit des contrats en France. D'après S. Reifegerste, selon l'application du mécanisme de l'obligation de modérer le dommage dans d'autres systèmes, « toutes les fois qu'elle est de nature à causer au débiteur un préjudice hors de proportion avec l'avantage recherché par la victime, la réparation en nature doit, en effet, être écartée au bénéfice de la réparation par équivalent. »[1227] Alors, une fois écarté le droit du créancier à l'exécution en nature, le mécanisme trouve son domaine d'application en limitant la réparation du dommage évitable. Cependant, « cette solution a peu de chances de prospérer là où la jurisprudence française considère que la réparation en nature est un droit pour le créancier. »[1228] En effet, selon l'interprétation volontariste du Code civil français, l'exécution en nature est un droit du créancier fondé sur le principe de la force obligatoire du contrat et le respect de la parole donnée.[1229] L'abus du droit à la réparation en nature pourrait fonder la seule limite.[1230]

[1227] S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 462 et s. : « En droit anglais, par exemple, la réparation en nature, remède d'*equity*, n'est pas accordée si elle est déraisonnable. Elle est ainsi refusée notamment lorsqu'elle est de nature à causer au défendeur des inconvénients graves, hors de proportion avec les avantages qu'en retirerait le demandeur. »

[1228] *Ibidem.*

[1229] D. MAZEAUD, « Présentation du projet de reforme du droit de contrat », in *Nuevas tendencias en el derecho privado y reforma del código civil francés,* Caracas, EJV, 2015, p. 242 ; Civ. 3º, 17 janvier 1984 : *JCP* 1984, IV, 93 ; *RTD civ.* 1984, 711, obs. J. MESTRE. Cependant en droit commerciale : S. REIFEGERSTE, *op. cit.,* nº 412 : « Dans les contrats commerciaux, l'acheteur peut ainsi être contraint à accepter une réfaction du contrat, c'est-à-dire une réduction du prix, lorsque la marchandise livrée ou la prestation effectuée n'est pas exactement celle qui avait été promis » ; J. GHESTIN, C. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les effets du contrat,* 3º éd., LGDJ, 2001, nº 485, p. 546 s. ; F. COLLART- DUTILLEUL, Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux,* 4º éd., Dalloz, 1998, nº 243, p. 198 ; P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux,* 14º éd., Cujas, 2001, n° 327, p. 251 s. ; v. également : J. MARTIN DE LA MOUTTE, « Les sanctions de l'obligation de délivrance »*,* in *La vente commerciale de marchandises, op. cit.,* p. 190 s. ; M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels,* préface P. CATALA, Paris, LGDJ, 1972, n° 190 s. Ces solutions sont les traductions concrètes d'une « obligation de tolérance propre au droit commercial ».

[1230] D. MAZEAUD, « Présentation du projet de reforme du droit de contrat », *art. préc.*, p. 242.

823. On constate que la fonction de l'obligation de modérer le dommage, en tant que mécanisme d'efficacité économique du contrat, se heurte au libre choix du créancier des sanctions à l'inexécution du contrat, indépendamment du caractère évitable du dommage causé par l'inexécution. Si l'obligation de modérer le dommage a des effets uniquement sur l'indemnisation du dommage, qu'elle soit demandée à titre principal ou comme accessoire de la résolution du contrat, le créancier, qui de sa propre initiative ne modère pas le dommage, aura le droit de contourner la limite de la réparation du dommage évitable en demandant l'exécution forcée en nature. Cela enlève l'efficacité du mécanisme de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat.

824. En somme, la transposition dans le système volontariste, suivi par le droit vénézuélien, du mécanisme de l'obligation de modérer le dommage, sans modifier le contexte normatif, ne comporte pas la transposition des effets en vue desquels il a été modelé. Comme on l'a déjà montré, les effets de l'obligation de modérer le dommage seront différentes en nature et en intensité à ceux des systèmes de la *common law* et du droit international des contrats.

825. Les effets de l'obligation de modérer le dommage se heurtent aussi à l'ordre public de protection en France et au Venezuela.

SECTION II
INCOMPATIBILITÉS ENTRE LES EFFETS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE ET L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION

826. L'incompatibilité des effets de l'obligation de modérer le dommage, modelée par le système utilitariste, peut aussi se manifester par rapport à l'ordre public de protection en droit français et en droit vénézuélien. Le problème se pose en particulier par rapport à la réparation des dommages à l'intégrité physique (§1), et par rapport aux contrats d'adhésion (§2).

§ 1. INCOMPATIBILITÉS AVEC LA RÉPARATION DE DOMMAGES A L'INTÉGRITÉ PHYSIQUE

827. Il s'agit ici d'analyser l'obligation de modérer les dommages à l'intégrité physique qui sont la conséquence de l'inexécution du contrat. La question qui se pose est celle de savoir si le créancier, afin d'éviter ou de modérer l'aggravation du dommage corporel initial causé par l'inexécution du contrat, est tenu d'adopter des mesures raisonnables, telles que les soins médicaux, traitements thérapeutiques, interventions chirurgicales, afin de ne pas supporter les dommages qui auraient été évitables au moyen de ces mesures. La compatibilité de l'obligation de modérer le dommage avec le système du Code civil français, en ce qui concerne ce type de préjudice, tient à sa particularité et au traitement spécial que lui réservent la loi et la jurisprudence.

828. **1. Particularité du dommage à l'intégrité physique.** La particularité du dommage à l'intégrité physique ou dommage corporel résulte non seulement de la diversité des préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux qu'il induit[1231], mais surtout, du fait qu'il

[1231] V. G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.,* p. 19 et s.; M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* nº 501 ; F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.,* nº 708. Le dommage à l'intégrité physique est constitué de deux composantes, l'une patrimoniale ou économique et l'autre extrapatrimoniale ou morale Selon le principe de la réparation intégrale du dommage, les préjudices peuvent être très variés. La liste des chefs de préjudice ne cesse de se renouveler vu la nécessité de respecter ce principe essentiel de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle. Les atteintes à la personne peuvent aller de la simple blessure jusqu'au décès, en passant par un handicap ou une infirmité plus ou moins grave, l'incapacité temporaire ou permanente, totale ou partielle. Elles se traduisent toujours par des préjudices matériels plus ou

constitue une atteinte à l'intégrité physique et à la sécurité humaine. Le préjudice à l'intégrité physique implique finalement « une atteinte à des droit reconnus comme fondamentaux »[1232].

829. En effet, le Code civil français, dans le chapitre II du titre I, intitulé « Du respect du corps humain », prévoit en son article 16 que « la loi assure la primauté de la personne humaine, interdit toute atteinte à la dignité de celle-ci et garantit le respect de l'être humain dès le commencement de la vie ». L'article 16-1 « garantit le droit de chacun au respect de son corps et déclare le corps humain inviolable ». L'article 16-3 prévoit qu'« il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui ». Selon le professeur Bacache-Gibeili, « ces dispositions emportent des répercussions en matière de responsabilité civile et militent vers une meilleure indemnisation des atteintes à la personne […], en d'autres termes, la primauté attachée à la personne humaine permet d'isoler les dommages corporels des atteintes aux biens afin de leur réserver un traitement de faveur […] »[1233]. Le droit subjectif de la victime au respect de son intégrité corporelle « se traduit par la nécessité

---

moins étendus, tels que les frais médicaux, pharmaceutiques ou paramédicaux, frais de rééducation ou d'appareillage, les aménagements rendus nécessaires par le nouvel état de la victime, les frais d'assistance par une tierce personne, ou encore la perte de salaires ou de chance de promotion professionnelle résultant de l'incapacité professionnelle de la victime. Les préjudices matériels peuvent également atteindre des victimes par ricochet. Il en est ainsi des frais médicaux ou d'obsèques exposés par celles-ci ou de la perte du soutien financier assuré par la victime immédiate avant son décès. En outre, le préjudice à l'intégrité physique entraine des préjudices extrapatrimoniaux, dont la liste est aussi difficile à cerner, la victime ayant le droit d'être indemnisée de l'intégralité de son préjudice (M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations.* La *responsabilité civile extracontractuelle, op. cit., loc. cit.)*. C'est le cas de la souffrance psychique ou *pretium doloris*, du préjudice esthétique, du préjudice d'agrément (G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *op. cit., loc. cit.)*. En ce qui concerne ce dernier chef de préjudice, selon une définition large, y sont compris tous les préjudices qui découlent de la privation totale ou partielle des plaisirs de la vie ou des joies de l'existence. Ce chef de préjudice englobe toutes les difficultés et troubles ressentis par la victime dans sa vie quotidienne, tels que la perte du goût et de l'odorat, de la sensibilité, la privation de la lecture, l'impossibilité de se promener, de pratiquer un sport ou de voyager, entre autres. Parmi eux on peut distinguer, par exemple, le préjudice d'établissement, consistant en la perte d'espoir et de la chance de réaliser un projet de vie familiale ; le préjudice sexuel, entre autres (F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit., loc. cit)*. En outre, il s'agit aussi du préjudice réfléchi subi par les proches de la victime, dont l'intégrité physique de la victime est atteinte, dénommé aussi *pretium affectionis*, la victime ayant droit à l'indemnisation ou réparation de chacun de ces chefs de préjudice.

[1232] M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.,* nº 501.

[1233] *Ibidem.* V. aussi : Y. LAIMBERT-FAIVRE, *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation,* Paris, Dalloz, 2004 ; « Le dommage corporel entre l'être et l'avoir », *RCA 1997,* chr. nº 31 ; M. LE ROY, *L'évaluation du préjudice corporel,* Paris, Litec, 2000 ; M. BOURRIE-QUENILLET, « Pour une reforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel », *JCP* 1996, I, 3919 ; J.-L. FAGNERT, « Vers un droit européen du dommage corporel ? », in *Mélanges Lambert,* Paris, Dalloz, 2002, p. 187 ; D. PORCHY-SIMON, « La nécessaire reforme du droit du dommage corporel », in *Études offertes à H. Groutel,* Paris, Litec, 2006, p. 359.

d'obtenir le consentement du patient à tout acte concernant sa santé ».[1234] Ce droit n'est pas uniquement reconnu par l'article 16 du Code Civil, mais aussi par l'article 8 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[1235], par l'article 3 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, laquelle impose, en matière de médecine et de biologie, « le consentement libre et éclairé de la personne ».[1236] Le refus des soins par la victime ne peut alors jamais constituer une faute de nature à réduire l'indemnité.[1237]

830. **2. La jurisprudence.** La question de l'obligation de modérer le dommage s'est posée précisément à propos du refus de soins par la victime. Initialement, la Cour de cassation a décidé que, lorsque les soins proposés sont bénins, leur refus peut justifier une réduction de l'indemnité[1238]. Dans le cas où la victime pouvait améliorer sa situation en acceptant une intervention thérapeutique, la doctrine avait proposé de faire une distinction. En cas d'actes graves, douloureux, comportant des risques ou causant une gêne, la victime n'était pas tenue d'accepter l'intervention. En revanche, si l'intervention comportait un soin courant, sans danger, le refus pouvait être qualifié de fautif et justifier une réduction de l'indemnisation du préjudice corporel. La jurisprudence semble avoir consacré cette distinction.[1239] Mais, introduisant ultérieurement dans le débat l'article 16-1 alinéa 2 et l'article 16- 3 du Code Civil, la Cour de cassation a décidé que « nul ne peut être contraint, hors les cas prévus dans la loi, de subir une opération chirurgicale »[1240]. Mais le visa de l'article 16-3 faisait penser que l'obligation de la victime de modérer le dommage valait dans

---

[1234] M. BACACHE-GIBEILI, « Obligation de minimiser le dommage, commentaire de l'article 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 » in *Vers une réforme de la responsabilité civile française, regards croisés franco-québécois* (Dir. B. Mallet-Bricoût), Thèmes & Commentaires, Paris, Dalloz, 2018, p. 99.

[1235] CEDH 2 juin 2009, nº 31675/04 : *JCP* 2009, I, 308, P. SARGOS.

[1236] *Ibidem.*

[1237] G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* nº 120 et s.; S. HOCQUET-BERG, *RCA 2012,* nº 34.

[1238] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.,* nº 899-1. Civ. 2º, 13 janvier 1966 : *GP* 1966, 1, 325 ; *RTD civ.* 1966, 806, obs. G. DURRY; Crim. 30 octobre 1974 : *D.* 1975, II, 18038, note L. MOURGEON.

[1239] R. SAVATIER, « La responsabilité de la victime, qui en refusant des soins médicaux se prive d'une chance d'amélioration et de survie », *D.* 1975, chr., p. 178. ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* nº 122 et s.; M. LE ROY, « Évaluation de l'incapacité permanent de la victime refusant de se soumettre à une opération chirurgicale », *D.* 1968, chr. p. 30; J.-P. DOLL, « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorante après consolidations des blessures », *JCP*, 1970, I, 2351.

[1240] F. TERRE, P. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Les obligations, op. cit.,* nº 899-1 ; Civ. 2º, 19 mars 1997, *Bull. civ.* II, nº 86 : *PA* 8 mars 1999, note LUCAS-GALLAY ; *RTD civ.* 1997, 632, obs. J. HAUSER ; 675, obs. P. JOURDAIN.

les cas où la victime devait subir une opération chirurgicale. Cependant, « les motifs de l'arrêt traduisent la volonté de la Cour de renoncer à toute distinction entre différents types d'interventions médicales et de considérer que le refus de soins de la victime ne pouvait être jamais fautif ».[1241]

831. Cette interprétation a été confirmée par l'arrêt de la deuxième chambre civile du 19 juin 2003[1242], mais cette fois-ci au visa de l'article 1382, et non de l'article 16-3 du Code civil français. En effet, il a été jugé comme non fautif le refus de la victime de se soumettre à une rééducation orthophonique et psychologique. L'arrêt affirme clairement que « l'auteur d'un accident doit réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son propre préjudice dans l'intérêt du responsable ».[1243] A partir de cet arrêt, la jurisprudence en France refuse d'introduire une obligation de modérer le dommage corporel ou à l'intégrité physique, ainsi que dans tous les domaines de la responsabilité civile.

832. En ce qui concerne la modération du dommage corporel, la règle est applicable au dommage corporel issu de l'inexécution du contrat. La solution, en effet, a une portée générale : elle est applicable aussi bien dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle que dans le domaine de la responsabilité contractuelle.[1244] De plus, la solution est applicable aussi bien aux composantes patrimoniales ou économiques, qu'à celles extrapatrimoniale ou morale.[1245] Elle « illustre la consécration d'un nouveau droit subjectif, le droit à la réparation d'un tel dommage. L'intégrité corporelle serait ainsi protégée, en amont, par la nécessité du consentement et, en aval, par une garantie de réparation en cas d'atteintes. »[1246] La solution est depuis constante en jurisprudence.[1247]

[1241] M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations, La responsabilité Civile extracontractuelle, op. cit.,* nº 430 ; G. VINEY, P. JOURDAIN, S. CARVAL, *Les effets de la responsabilité, op. cit.,* nº 123.
[1242] V. *supra* nº 398 et s.
[1243] Civ. 2°, 19 juin 2003, (2 arrêts) : n° 00-22302 et 01-13289, *Bull. civ.* 11. n° 203.
[1244] M. BACACHE-GIBEILI, *Obligation de minimiser le dommage, art. préc.,* nº 7.
[1245] Civ. 2º, 25 octobre 2012, nº 11-25.511 : *D.* 2013, 416, note A. GUEGAN-LECUYER; Civ. 2º, 22 novembre 2012, nº 11-25.494; Civ 2º, 26 mars 2015, nº 14-16.011 : *D.* 2015, 1475, note GREAU, 1804, obs. L. LAZERGES-COUSQUER ; *GP* 2 juill., p. 11, note A. GUEGAN-LECUYER; Civ. 2º, 28 mars 2013, nº 12-15.373.
[1246] M. BACACHE-GIBEILI, *Obligation de minimiser le dommage, art. préc.,* nº 7.
[1247] *Ibidem,* « A titre d'exemple, n'est pas fautif le refus d'une personne contaminée par transfusion sanguine de se soumettre aux traitements de nature à entraver l'évolution de la maladie (Civ 1º, 3 mai 2006, nº 05-10.411 : *GP* 2006, Droit de la santé nº 2, p. 39 note M. BACACHE GIBEILI) ; ou le refus d'un patient victime d'une infection nosocomiale de suivre un traitement hospitalier (Civ. 1º, 15 janvier 2015, nº 13-21.180 : *D.* 2015. 1975, note T. GISCLARD ; *JCP* 2015, nº 436, note J. HOUSSIER.). »

833. **3. Appréciation critique.** La solution a suscité des critiques variées.[1248] En ce qui concerne l'indemnisation du dommage corporel, elle semble s'accorder avec la finalité de protection de l'intégrité physique prévue dans l'article 16-3 du Code civil français. En effet, la protection de l'intégrité de la personne physique et du corps humain est considérée comme un droit fondamental. Cependant, « ce n'est pas tant la nature corporelle du préjudice qui impose la mise à l'écart de l'obligation de minimiser que l'atteinte au corps humain qui résulterait des mesures à prendre ».[1249] Ainsi, la protection de l'intégrité physique ne devrait pas constituer un obstacle à l'obligation de modérer le dommage, lorsque l'acte demandé à la victime ne porte pas sur son intégrité corporelle. Par conséquent, « il serait concevable d'exiger de la victime d'un dommage, même corporelle, des diligences matérielles ».[1250] Cela serait applicable aussi bien à l'obligation d'éviter l'aggravation du dommage initial qu'à l'obligation de modérer le dommage initial.

834. En outre, il nous semble que le principe, en ce qui concerne la protection du corps humain et l'intégrité physique, devrait admettre une limite lorsque la victime, pouvant facilement modérer ou éviter le dommage, agit avec une négligence grossière ou intentionnelle, aussi bien en ce qui concerne le dommage initial que l'aggravation du dommage.

835. Pourtant, ce n'est pas l'esprit du projet de réforme de la responsabilité civile.[1251] En effet, selon l'article 1263 du projet (lequel propose l'introduction en droit français de l'obligation de modérer le dommage), le dommage corporel, soit dans sa composante patrimoniale, soit dans sa composante extrapatrimoniale, est exclu de cette limitation à la réparation du dommage. En effet, selon cet article, « *Sauf en cas de dommage corporel,* les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice. » Le projet reflète le souci de privilégier l'indemnisation du

[1248] V. *supra* nº 372 et s.
[1249] P. JOURDAIN, *RTD civ.,* 2012, p. 324.
[1250] BACACHE-GIBEILI M., « L'obligation de minimiser son dommage rapport français », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Étude de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 497.
[1251] Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, par Jean-Jacques Urvoas, garde des Sceaux, ministre de la Justice suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016.

dommage corporel et reconnaît à ces normes un caractère d'ordre public, le droit à l'intégrité physique étant doué d'une valeur constitutionnelle. Ce qui explique que ni la loi, ni la volonté des parties ne pourraient pas limiter ce type de réparation.

836. Cependant, il nous semble que rien ne justifie d'admettre des solutions absurdes. Il serait injuste de faire supporter au débiteur des dommages exclusivement imputables au choix arbitraire du créancier. L'abus du droit à la réparation du dommage corporel devrait être sanctionné par la limitation de l'indemnisation, comme tout abus de droit. C'est le principe de la bonne foi qui devrait permettre d'établir une limite entre l'exercice normal et l'exercice abusif du droit à la réparation du dommage corporel. Ainsi, par exemple, si la victime d'un accident refuse de suivre un traitement médical préconisé par la science et qui assure totalement le rétablissement sans risque ni gêne pour le patient, la victime, qui ne suit pas le traitement sans une justification valable, ne devrait pas avoir le droit de demander la réparation du préjudice évitable. C'est le cas, par exemple, de personnes qui refusent de prendre des antibiotiques pour prévenir des infections, ou bien de personnes qui refusent de prendre un médicament antihistaminique ou anti-inflammatoire pour traiter des allergies alimentaires, entre outres.

837. Il faut noter que, dans ce cas, l'obligation de modérer le dommage ne constitue pas une atteinte à l'intégrité du corps humain. Toute personne a le droit de refuser les soins courants, dont l'efficacité de nos jours est scientifiquement démontrée et qui n'impliquent pas des risques pour la santé ni une gêne anormale. Cependant, la personne qui refuse ce type des soins sans une justification légitime, ne devrait pas avoir le droit à la réparation du préjudice qui aurait pu être évité.

838. **4. Le droit vénézuélien.** En ce qui concerne le droit vénézuélien, ni la doctrine ni la jurisprudence n'ont jamais abordé le sujet. Le dommage corporel est traité, sauf pour les conséquences extrapatrimoniales, à égalité avec le dommage affectant des biens. Le fait de la victime, en ce qui concerne les soins du dommage corporel, suit l'interprétation du Code civil français avant l'application de l'article 16-3 par la jurisprudence. Il nous semble que le droit français est beaucoup plus favorable à la victime que le droit vénézuélien, dans lequel l'indemnisation du dommage moral englobe toutes les

sortes de préjudices extrapatrimoniaux, et la victime ne peut pas refuser les soins, dès lors qu'ils sont raisonnables pour la victime.[1252]

839. Cela dit, la Constitution de la République Bolivarienne du Venezuela, en vigueur depuis 1999, prévoit dans son article 46 que « Toute personne a le droit au respect de son intégrité physique, psychique et morale […] Aucune personne ne sera soumise, sans son consentement libre, a des expériences scientifiques, ou à des examens médicaux ou de laboratoire, sauf lorsque sa vie est en danger ou dans d'autres circonstances prévues dans la loi. » Une application cohérente de cette norme constitutionnelle pourrait justifier le refus, par la victime du dommage corporel, de se soumettre à des soins thérapeutiques, traitements médicaux, et interventions chirurgicales, lorsque ceux-ci ne sont pas raisonnables au regard des circonstances concrètes dans lesquelles est placée la victime. Il nous semble que l'article 46 pourrait même permettre de transposer en droit vénézuélien les solutions dégagées par la jurisprudence française depuis 1997, approuvées par la doctrine, où il y a un « consensus […] dans le sens de l'exclusion de l'obligation de modérer le dommage en présence d'un dommage corporel. »[1253] Cette solution est, en plus, reprise par l'article 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile en droit français du 13 mars 2017.

840. Cela dit, il ne nous semble pas que ce droit soit un droit absolu. Selon le propre article 46, ce droit peut être limité par la loi. Ainsi, le mécanisme de l'abus du droit, consacré dans l'article 1185 al 2º du Code Civil Vénézuélien, pourrait limiter ce droit subjectif lorsqu'il est exercé par la victime au-delà des limites établies par le principe de la bonne foi et contre la finalité en vue duquel ce droit a été consacré.

§ 2. INCOMPATIBILITES AVEC L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION DE LA PARTIE FAIBLE DANS LES CONTRATS D'ADHÉSION, LE DROIT DE LA CONSOMMATION ET LE DROIT COMMERCIAL

841. La question qui se pose est celle de savoir si les effets de la limite de la réparation du dommage évitable est une limite légale compatible avec une politique de

[1252] MÉLICH-ORSINI J., *La Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, Caracas, Acienpol, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 222 et s.
[1253] M. BACACHE-GIBEILI, *Obligation de minimiser le dommage, op. cit.,* nº 7, p. 101.

protection de la partie juridiquement ou économiquement faible, qui se voit imposer un ensemble de conditions non négociables constitutives d'un déséquilibre significatif entre les positions contractuelles de chaque partie. Lorsque la volonté des parties n'est pas au cœur de l'engagement contractuel, car la partie la plus faible ou en état de dépendance économique se voit imposer des conditions abusives par l'autre partie, l'ordre public de protection et de direction vient limiter la liberté contractuelle. C'est en réputant la nullité des clauses abusives ou des conditions qui créent un déséquilibre significatif entre les contractants que l'ordre public de protection se manifeste.[1254] Lorsque le contenu du contrat n'est pas librement négocié, l'impératif de la justice contractuelle justifie l'intervention du juge afin de rééquilibrer la position des parties dans le contrat.

842. En droit français, l'ordre public de protection contre les clauses abusives se manifeste de manière générale dans le nouvel article 1171 du Code civil. Dans le domaine du droit de la consommation, la protection est établie à l'article L.212-1 du Code de la consommation. En droit commercial, la protection est envisagée à l'article L. 442-6, I-2º du Code de commerce. En effet, selon l'article 1171 du Code civil : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation ».

843. Selon l'article L-212-1 du Code de la consommation, « Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ».[1255]

[1254] C'est la fameuse formule de Lacordaire qui est appliquée : « *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime et la loi qui affranchit ».*

[1255] Article L-212-1 du Code de la Consommation : « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation sans préjudice des règles d'interprétation prévues aux articles 1188, 1189, 1191 et 1192 du Code civil, le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque les deux contrats sont juridiquement liés dans leur conclusion ou leur exécution. L'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert pour autant que les clauses soient rédigées de façon claire et compréhensible. Un décret en Conseil d'Etat, pris après avis de la commission

844. Selon l'article L.442-1 du Code de commerce, « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : […]1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie […]. 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». L'éventail des clauses abusives et des pratiques considérées illicites sont sanctionnées, en plus, par la nullité de la clause ou du contrat, ainsi que par la répétition de l'indu.[1256]

845. En droit vénézuélien, la protection de la partie faible dans le domaine du droit de la consommation et dans les contrats d'adhésion, selon l'opinion d'une partie de la doctrine, se manifeste dans les mêmes termes qu'en droit français.[1257] En effet, l'article 74 de la loi pour la protection des personnes dans l'accès aux biens et aux services de 2008, prévoyait la nullité « des clauses ou stipulations établies dans un contrat d'adhésion qui exonèrent, atténuent ou limitent la responsabilité civile des professionnels pour l'inexécution de ses prestations ou les défauts de conformité des biens et services fournis». Également, la

---

des clauses abusives, détermine des types de clauses qui, eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa. Un décret pris dans les mêmes conditions, détermine une liste de clauses présumées abusives ; en cas de litige concernant un contrat comportant une telle clause, le professionnel doit apporter la preuve du caractère non abusif de la clause litigieuse. Ces dispositions sont applicables quels que soient la forme ou le support du contrat. Il en est ainsi notamment des bons de commande, factures, bons de garantie, bordereaux ou bons de livraison, billets ou tickets, contenant des stipulations négociées librement ou non ou des références à des conditions générales préétablies. »

[1256]Article L. 442-4 du Code de Commerce « (…) I. Pour l'application des articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8, l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée aux articles précités. Toute personne justifiant d'un intérêt peut demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 ainsi que la réparation du préjudice subi. Seule la partie victime des pratiques prévues aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 peut faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indus. Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. Ils peuvent également, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites et demander la restitution des avantages indument obtenus, dès lors que les victimes de ces pratiques sont informées, par tous moyens, de l'introduction de cette action en justice ».

[1257] C. ACEDO, *Clausulas abusivas y contratos de adhesión, Trabajo de incorporación a la Academia de Ciencias políticas y sociales,* Caracas, Acienpol, 2018, *op. cit.,* p. 186.

loi des prix justes, édictée le 23 janvier 2014 prévoit dans son article 7 que la réparation et l'indemnisation de dommages relatifs aux biens et services fournis par les professionnels sont des droits subjectifs d'ordre public et, par conséquent, son bénéficiaire ne peut y renoncer. Selon Acedo, les normes au bénéfice des consommateurs confirment non seulement la responsabilité civile spéciale des professionnels face aux consommateurs en relation aux biens et services fournis, mais déploient aussi leurs effets juridiques au-delà du domaine du droit de la consommation, car est entachée d'abus et de nullité toute clause ou stipulation contractuelle qui limite la responsabilité civile du fournisseur dans un contrat d'adhésion.[1258] « Sur la base de ce type de disposition légale d'ordre public qui empêche toute limitation au droit à réparation, ce type de responsabilité a été dénommée *responsabilidad absoluta* car aucune clause de limitation de ce genre de responsabilité n'est valable ».[1259]

846. La question est alors de savoir si une politique qui favorise l'efficacité économique du contrat en faisant supporter au créancier victime de l'inexécution le risque du dommage raisonnablement évitable est compatible avec une politique qui favorise la justice contractuelle, à travers la protection de la partie faible du contrat, en réputant non écrites les clauses abusives ou qui représentent un déséquilibre significatif du contrat. En termes plus précis, est-ce qu'une politique d'expansion de la justice contractuelle et de l'ordre public de protection, qui comprend le domaine du droit de la consommation, du droit commercial, et du droit commun applicable aux contrats d'adhésion, est compatible avec une obligation, pour la partie la plus faible, de modérer le dommage au bénéfice de la partie la plus forte ? Est-il possible de rendre compatible une politique de justice avec une politique d'efficacité économique du contrat ?

847. La réponse à cette question ne nous paraît pas évidente. Il s'agit de confronter deux modèles : un modèle qui sacrifie la liberté individuelle des personnes à la plus grande utilité de la société, et un autre modèle qui sacrifie l'utilité de la société au bénéfice du respect de la liberté individuelle de chaque personne. Le choix politique d'un modèle de libre marché, suppose du point de vue théorique, un environnement dans lequel coexistent

[1258] *Ibidem.*
[1259] A. MORLES-HERNANDEZ, Curso de Derecho Mercantil, t. IV, Caracas, UCAB, 2005, p. 2219.

une multitude d'offres et de demandes de biens et de services, et, par conséquent, la possibilité pour les opérateurs économiques de changer, par le jeu de la libre concurrence, le partenaire qui impose des conditions abusives. Du point de vue pratique, la structure des marchés, au moins au Venezuela et en Amérique latine, ne reflète pas ce modèle théorique de marché. La concentration des marchés, ainsi que les barrières d'entrée et de sortie de ceux-ci, placent les personnes et les commerçants dans des situations de dépendance et de faiblesse économique dans la plupart des cas ; d'où la nécessité d'une régulation des pratiques monopolistiques, et de la protection légale d'une certaine catégorie de personnes. L'expérience vénézuélienne des vingt dernières années, qui comprend un système collectiviste et d'économie centralisée ayant petit à petit remplacé les régulations du marché et la protection des intérêts individuels des personnes, n'a sans doute pas été la réponse la plus adéquate pour rééquilibrer le rapport de force entre la partie faible et la partie forte qui arrive à imposer le contrat d'adhésion. La loi des prix justes, au nom de la justice sociale, a amené le pays pétrolier le plus riche de l'Amérique latine à la faillite, à la crise humanitaire la plus grave et à l'immigration la plus importante de l'histoire de la région.

848. Hypothétiquement, si le contrat était modelé pour fonctionner dans une économie de marché, l'ordre public de protection devrait être réduit aux mieux. La partie économiquement faible pourrait toujours choisir l'offre la plus adaptée à ses intérêts. Les mécanismes du marché, par le jeu de la libre concurrence, sanctionneraient le comportement du commerçant abusif ou négligent, qui serait exposé à la perte du marché face aux concurrents. La libre concurrence permettrait en principe de réaliser un rééquilibrage du rapport de forces entre commerçants, entre professionnels et consommateurs, ainsi qu'entre personnes avec différentes puissances de négociation. Le contrat modelé en fonction du marché devrait permettre et inciter à une plus grande liberté d'entrer et de sortir du contrat, ce qui n'est pas un trait compatible avec la conception volontariste du modèle du Code civil français. En effet, cette conception du contrat est plutôt centrée sur le respect de la parole donnée, de la dignité et de la liberté des individus, en somme, des intérêts particuliers de chaque individu, plutôt que sur ceux de la société, alors qu'en réalité la tâche est plutôt d'harmoniser les deux modèles, l'utilité et la justice étant deux finalités du mécanisme contractuel d'importance égale.

849. Ainsi, afin de répondre à la question de la compatibilité entre l'ordre public de protection de la partie faible et du mécanisme de modération du dommage comme outil de l'efficacité économique du contrat, il faut analyser celle-ci selon que l'inexécution du contrat est imputable soit à la partie faible, soit à la partie forte.

850. Lorsque l'inexécution du contrat est imputable à la partie faible, selon les effets de l'obligation de modérer le dommage, la partie forte est incitée à choisir la sanction qui, tout en permettant la satisfaction de son intérêt contractuel, implique le moindre coût pour le débiteur défaillant et pour la société. Il nous semble, que lorsque la partie la plus faible est le débiteur défaillant, l'obligation du créancier de modérer le dommage et la limite de la réparation du dommage évitable subi par le créancier est un mécanisme compatible avec la finalité de justice et de protection de la partie faible. Il en est ainsi, qu'il s'agisse du consommateur envisagé dans l'article L.212-1 du Code de la consommation, du commerçant envisagé dans l'article L. 442-1 du Code de commerce ou de la partie adhérente visée par le nouvel article 1171 du Code civil. Il en est ainsi, parce que l'obligation de modérer le dommage, limitant la réparation de la partie la plus forte uniquement aux dommages non évitables raisonnablement, joue indirectement au bénéfice du plus faible et de la justice contractuelle. La partie forte, soit le professionnel, le commerçant en position dominante, soit la partie avec un grand pouvoir de négociation, devra choisir la sanction la plus efficace, c'est-à-dire, celle qui lui permet de satisfaire son intérêt contractuel, au moindre coût pour le débiteur. Dans ce cas, la compatibilité entre efficacité et justice contractuelle ne pose pas de problème.

851. En revanche, lorsque le débiteur qui n'exécute pas le contrat est la partie la plus forte, le droit cherche à invalider les stipulations qui impliquent un déséquilibre significatif entre les contractants. Il s'agit de l'inexécution du contrat par le professionnel qui promet un bien ou un service aux consommateurs. Il s'agit aussi de l'inexécution du contrat par le commerçant en position dominante qui promet un bien ou un service, ou encore l'inexécution du contrat par la partie qui impose un contrat d'adhésion à son cocontractant. La question qui se pose est celle de savoir si l'obligation de modérer le dommage et la limite de l'indemnisation du dommage évitable qui en découle est compatible avec l'ordre public de protection de la partie faible.

852. La question n'est pas dépourvue d'intérêt si l'on tient compte du fait que, selon l'article R. 212-1 (6º) du Code de la Consommation, figure, parmi la liste noire des clauses présumées abusives de manière irréfragable et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de « supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». C'est une présomption qui d'ailleurs, nous semble *a priori* applicable à la détermination du caractère abusif d'une clause dans un contrat d'adhésion et dans les contrats passés par des commerçants en état de dépendance économique. Entre la justice et l'efficacité, quelle finalité doit prévaloir ? Est-il possible d'harmoniser ces deux objectifs ?

853. Du point de vue technique, notre opinion est que, si l'obligation de modérer le dommage devrait être finalement consacrée par la loi en droit français dans les termes de l'article 1283 du projet de réforme de la responsabilité civile, s'agissant d'une solution légale, la limite de la responsabilité en faveur de la partie la plus forte du dommage évitable devrait être applicable. En conséquence, le professionnel, les commerçants et ceux qui imposent le contrat d'adhésion devraient bénéficier de la limitation de la réparation du dommage évitable. De plus, si l'obligation de modérer le dommage était interprétée comme une manifestation de l'obligation de bonne foi entre contractants, elle ne pourrait être écartée par la convention des parties, le principe de bonne foi étant d'ordre public selon le nouvel article 1104 du Code Civil.

854. Si cette dernière interprétation est adoptée, les considérations d'efficacité économique du contrat seront-elles privilégiées, plutôt que celles de la justice contractuelle ? Nous ne le croyons pas, car l'obligation de modérer le dommage n'empêche pas la satisfaction de l'intérêt contractuel de la partie faible. L'obligation de modérer le dommage ne nuit pas au droit de créance. Le créancier parviendra toujours à satisfaire son intérêt, même s'il devrait choisir la solution la moins couteuse pour le débiteur et pour la société.

855. En revanche, si l'on enlève du domaine d'application de l'obligation de modérer le dommage les contrats soumis au droit de la consommation, au droit de pratiques restrictives, et les contrats d'adhésion, l'obligation de modérer le dommage - en tant qu'outil de l'efficacité économique du contra t- ne pourrait pas remplir sa fonction. Limiter l'obligation de modérer le dommage dans ces domaines du droit impliquerait de réduire le

mécanisme de la modération du dommage à remplir un rôle marginal dépourvu de tout intérêt réel. Ce n'est pas en réalité un choix politique entre la protection des plus faibles et celle de la majorité, car l'obligation de modérer le dommage suppose la satisfaction de l'intérêt de la partie faible, mais au moindre coût pour la partie dominante. C'est l'obligation de modérer le dommage qui permet d'harmoniser la justice et l'efficacité du contrat.

Conclusion de la seconde partie

856. En dépit du débat doctrinal et du déclin de la volonté comme élément essentiel du contrat, les postulats de la liberté contractuelle, de la force obligatoire du contrat et de la relativité du contrat, principes dégagés par l'interprétation volontariste du contrat des auteurs classiques de la fin du XIX^e^ siècle et du début du XX^e^, sont toujours en vigueur dans le modèle du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et dans le droit de la réforme. Cela dit, la justification de ces principes fondés sur le respect de la parole donnée coexiste dans le droit constant français, avant la réforme, et dans le nouveau droit français des contrats, avec d'autres justifications ou paradigmes, telles que la justice et l'utilité du contrat. La liberté, la force obligatoire, la justice et l'utilité contractuelle sont alors tenues comme les principes directeurs du contrat. Si les principes classiques issus de la conception volontariste du contrat assurent un idéal de liberté et de sécurité, la notion ductile de bonne foi, ainsi que les autres mécanismes mentionnés, incorporés soit par la loi, soit par la jurisprudence, assurent la justice et l'utilité, voire l'efficacité du mécanisme contractuel. La conciliation de ces principes directeurs est une tâche essentielle confiée principalement au juge.

857. La mesure de l'octroi de dommages et intérêts sur la base de la perte subie et du gain manqué est largement reprise par la plupart des systèmes juridiques et prend en compte la notion d'intérêt positif. Les dommages et intérêts alloués, à titre de remède principal à l'inexécution du contrat, visent à replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. La formule de calcul de l'intérêt positif est parfaitement compatible avec le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, et par le droit de la réforme. Si l'obligation de modérer le dommage était applicable en droit français et en droit vénézuélien, elle devrait s'appliquer - tel est le cas dans le système de la *common law* - dans tous les composants de la formule de l'intérêt positif, c'est-à-dire : (a) sur la perte de la valeur de la prestation ; (b) sur le coût de la prestation (les préjudices intrinsèques) ; et (c) sur toute autre perte causée par l'inexécution (les préjudices extrinsèques).

858. L'obligation de modérer le dommage est expressément condamnée par la jurisprudence en France, ce qui est une position contestable et contraire aux sources qui ont

inspiré le Code civil français. En dépit de la position de la jurisprudence, la doctrine majoritaire est favorable à son admission sur le fondement de l'obligation de bonne foi plutôt que sur d'autres fondements du droit commun qui ont été avancés. La bonne foi, bien qu'elle soit un fondement juridique capable de justifier l'obligation de modérer le dommage dans le système du Code civil, est cependant un fondement imparfait, car inapte à transposer le mécanisme en tant qu'outil essentiel de l'efficacité économique du contrat.

859. Si le fondement de bonne foi est un fondement imparfait, il reste, en dépit des imperfections, un fondement susceptible de permettre une transposition d'une version souple ou atténuée de l'obligation de modérer le dommage modelée dans la *common law*. Elle serait plus souple, car, en principe, elle ne concernerait que le devoir d'éviter l'aggravation du dommage initial et non pas sa modération ou la réduction du dommage initial ; ensuite, parce qu'elle implique, sauf pour l'adoption de la théorie de la causalité adéquate, un partage du risque du dommage évitable et non une attribution totale du risque du dommage évitable au débiteur. Contrairement au modèle utilitariste, étant une obligation juridique et non pas une limite légale à la réparation du dommage, la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation de modérer le dommage appartient en principe au créancier lésé, débiteur de l'obligation, et non à la partie défaillante. En outre, elle devient une règle impérative à l'encontre de la partie lésée. Finalement, à la différence du modèle utilitariste, l'obligation de modérer le dommage, fondée sur la bonne foi, sauf cas très précis, semble correspondre à une obligation de moyens et non de résultat. En tant qu'obligation de moyen, elle doit être considérée comme une incombance et non comme une limite légale, ce qui rend le mécanisme plus souple. L'obligation de modérer le dommage devient ainsi une règle de la mesure du *quantum* de l'indemnisation, et non un outil de l'efficacité économique du contrat.

860. Il existe d'autres incompatibilités entre l'obligation de modérer le dommage et le système volontariste. Il en est ainsi en ce qui concerne la date de calcul du dommage dans le système du Code civil français. En effet, on ne peut pas admettre une obligation de modérer le dommage contractuel et en même temps calculer la valeur des éléments constitutifs du dommage de l'inexécution à la date du jugement. Ce sont des solutions contradictoires. Cela comporte en soi la négation de l'obligation de modérer le dommage.

861. L'incompatibilité générale la plus importante concerne le principe de la primauté de l'exécution en nature. En effet, dans le système du Code civil français, suivi par le droit vénézuélien, l'indemnisation des dommages constitue en principe une sanction à caractère exceptionnel. L'exécution forcée en nature est présentée comme la sanction de principe. Cela implique alors que l'obligation de modérer le dommage n'a vocation à être appliquée que de manière exceptionnelle et, par conséquent, elle est réduite à jouer un rôle secondaire dans les sanctions de l'inexécution du contrat. En effet, le juge doit accorder l'exécution forcée en nature à chaque fois qu'elle est possible et qu'elle a été demandée par le créancier. Ce dernier a ainsi le droit d'échapper à l'obligation de modérer le dommage. L'exécution forcée en nature n'est pas subordonnée à la non-disponibilité d'un marché de substitution. En revanche, si l'obligation de modérer le dommage est consacrée, il serait possible d'interpréter que le créancier, qui demande l'exécution forcée en nature sans justification légitime, viole le principe de bonne foi et commet un abus de droit à chaque fois qu'un marché de substitution est disponible. Il incombe au juge de faire le choix politique entre le respect de la parole donnée et l'efficacité économique du contrat.

862. En ce qui concerne les incompatibilités des techniques de modération, on constate des limites juridiques relatives aux moyens offerts dans le système du Code civil français afin de mettre en place la substitution du contrat, lorsqu'elle est une mesure raisonnable de modération du dommage. En effet, l'efficacité économique du principe de substitution du contrat et le caractère raisonnable de cette mesure dépendent entièrement de la faculté de résolution unilatérale du contrat accordée par la loi à la partie lésée. Cependant, dans le système volontariste suivi par le droit vénézuélien, la résolution du contrat est une sanction judiciaire de nature exceptionnelle, qui dépend de la souveraine appréciation du juge. Cet aperçu de la résolution du contrat modelé par le Code civil était incompatible avec le principe de substitution et l'interruption du contrat. Même si le droit constant avant la réforme et le droit issu de la réforme en France admettent la résolution unilatérale du contrat aux risques et périls du créancier, le pouvoir souverain du juge sur l'appréciation de la gravité de l'inexécution résolutoire est maintenu. Le juge a le pouvoir de déterminer la sanction applicable s'il considère que la résolution n'est pas la sanction la plus adéquate ; autant de raisons qui font douter du caractère raisonnable des mesures de modération du dommage tenant à résolution unilatérale et à la substitution. A nouveau, le choix politique est laissé à

la jurisprudence et l'obligation de modérer le dommage semble être cantonnée à remplir son rôle seulement comme instrument de mesure du *quantum* de l'indemnisation du dommage contractuel, et non comme outil de l'efficacité économique du contrat.

863. Cela dit, une interprétation large de la faculté de remplacement unilatérale de la prestation prévue dans le nouvel article 1222 du Code civil français permettrait d'enlever la plupart des incompatibilités soulevées entre le principe de substitution et la conception volontariste du droit français des contrats. Le nouveau droit des contrats, en France, aura effectivement consacré un « équivalent fonctionnel » du principe de substitution modelé en *common law* sans toucher au principe de la réparation intégrale du dommage, au principe de la primauté de l'exécution forcée en nature et au régime de la résolution du contrat. Cependant, la faculté de remplacement unilatérale de la prestation, étant un moyen d'exécution forcée en nature, n'est pas, dans tous les cas, une mesure de modération raisonnable du dommage évitable. Une interprétation restreinte de l'article 1222, assimilant le remplacement total de la prestation à la résolution unilatérale du contrat, permettrait de réconcilier en part la faculté de remplacement unilatérale avec le principe de substitution. En outre, il faudra encore interpréter les conditions d'application des articles 1221 et 1222 afin de limiter la faculté de correction unilatérale, lorsque celle-ci n'est pas une mesure raisonnable de modération du dommage en attention aux intérêts légitimes du créancier. C'est au juge de déterminer la portée de cette innovation, soit en privilégiant le principe de la primauté de l'exécution en nature, soit en réconciliant ce principe avec l'efficacité économique du contrat.

864. Lorsque les mesures de substitution ne sont pas applicables, certaines mesures proposées par la pratique dans les systèmes utilitaristes sont compatibles avec le système du Code civil français et celui de la réforme. C'est le cas lorsqu'il s'agit d'informer le débiteur de l'inexécution, de procéder de forme immédiate, d'interrompre l'exécution du contrat, de conserver la prestation non conforme ou de maintenir une disposition active dans la défense de ses intérêts, entre autres. Cependant, la compatibilité des mesures raisonnables de modération n'est pas si évidente lorsqu'il s'agit pour la partie lésée de prendre de mesures afin de modérer le dommage avant que l'inexécution soit avérée. La compatibilité n'est pas évidente lorsque le créancier doit octroyer un délai de correction au débiteur défaillant. La

compatibilité n'est pas non plus évidente lorsqu'il s'agit pour le créancier d'accepter une prestation différente ou non conforme au contrat afin de modérer les dommages, ou bien de privilégier la sanction capable de satisfaire l'intérêt de la partie lésée au moindre coût pour le débiteur et pour la société, alors que le créancier est libre de choisir la sanction, pourvu que les conditions d'admission soient remplies.

865. En outre, dans le système du Code civil français et celui de la réforme, l'ordre public de protection et le respect du corps humain sont incompatibles avec une limitation de l'indemnisation des préjudices causés à l'intégrité physique, peu importe leur nature patrimoniale ou extrapatrimoniale du préjudice. Le principe peut parfaitement être applicable au Venezuela en application des normes constitutionnelles qui consacrent la protection des droits fondamentaux à l'intégrité physique.

866. Enfin, en ce qui concerne les contrats d'adhésion et l'interdiction des clauses abusives, l'obligation de modérer le dommage semble incompatible avec la protection de la partie faible lésée par l'inexécution du contrat. Dans ce domaine, le choix politique entre la justice et l'efficacité appartient au juge. Pourtant, il nous semble que l'incompatibilité n'est qu'apparente. En réalité, il n'y a pas de raisons légitimes d'exonérer la partie faible d'un choix rationnel afin de satisfaire son intérêt contractuel. Limiter l'indemnisation du dommage évitable n'est pas limiter la protection de l'intérêt de la partie faible, mais harmoniser l'efficacité économique avec la justice contractuelle.

Conclusion générale

1. L'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat est incompatible avec le modèle du Code civil français de 1804, modèle suivi par le droit vénézuélien. Si elle était consacrée, elle ne serait pas un mécanisme capable d'articuler le choix de la sanction de l'inexécution en fonction de l'efficacité économique du contrat, mais un simple mécanisme d'évaluation des dommages. Cela dit, il s'agirait sans doute d'une innovation considérable.

2. L'incompatibilité entre le système du Code civil de 1804 et l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat tient d'abord aux différences substantielles entre le régime juridique des sanctions dans les systèmes utilitaristes et le droit français des contrats. Alors que le système utilitariste privilégie la protection de l'efficacité économique et l'économie de marché, le système du droit français privilégie la liberté contractuelle, le respect de la parole donnée et la justice contractuelle. Il s'agit de deux systèmes de natures différentes.

3. Cela dit, il ne faut pas se méprendre. L'efficacité économique du contrat n'est pas la négation de la protection de la liberté contractuelle, du respect de la parole donnée et de la justice contractuelle. Il s'agit de parvenir aux finalités du contrat au moindre coût pour le débiteur et pour la société. L'efficacité économique du contrat est ainsi un choix de bon sens. Il s'agit d'un choix politique. Maintenir l'exécution forcée en nature comme un droit absolu, au-delà d'un intérêt légitime de la victime, sans prendre en compte le coût de cette protection, ne semble pas être un choix raisonnable.

4. Une fois le choix fait, il faut encore surmonter les incompatibilités de l'obligation de modérer le dommage en tant qu'outil de l'efficacité économique et les limites imposées par le système du Code civil français suivi par le droit vénézuélien. En effet, bien que la réception de ce mécanisme soit possible à travers la notion de causalité directe et le principe de bonne foi dans l'exécution des contrats, il s'agit de fondements imparfaits. Ni la bonne foi ni la causalité ne sont capables de justifier le devoir du créancier de modérer le préjudice intrinsèque, préjudice consubstantiel à l'inexécution du contrat. Ensuite, la clé du mécanisme

consiste à consacrer la liberté de choix de la sanction et à limiter le droit du créancier de demander l'exécution forcée en nature à chaque fois qu'il existe un marché de substitution ou une autre voie plus adéquate pour satisfaire l'intérêt du créancier. C'est, pour une partie de la doctrine, la négation même de l'intérêt du créancier, et l'acceptation de la violation efficace du contrat. En ce qui concerne l'opération de substitution ou remplacement du contrat, il faut admettre, comme cela a été le cas par la jurisprudence en France avant la réforme, la résolution unilatérale du contrat, enlever le caractère exceptionnel de la résolution et accepter en termes pratiques que l'indemnisation de l'intérêt positif du créancier puisse être cumulé avec la résolution du contrat. En outre, il faudra admettre le remplacement unilatéral de la prestation. Finalement, il faudra reconnaître au juge la faculté de décider du caractère adéquat de la sanction. Autant de transformations substantielles qui rendront souhaitable une réforme du droit commun dans les pays qui, comme le Venezuela, suivent ce modèle volontariste.

5. Il ne nous semble pas que l'admission par le droit vénézuélien de l'obligation de modérer le dommage, sans une réforme législative, puisse bouleverser la cohérence du système en place. Il faudra encore une transformation du droit commun des contrats, de la doctrine et de la jurisprudence, lesquels restent essentiellement attachés à la conception volontariste classique du contrat et au caractère essentiellement judiciaire des sanctions de l'inexécution.

6. La réforme en France du droit des contrats et du droit de la responsabilité civile se dirige dans ce sens. Cependant, il faut constater que le pas n'a pas été franchi. Une grande part de l'évolution a été confiée au juge et une partie de la doctrine n'est pas convaincue. Cela dit, le droit positif de la réforme a accompli une grande avancée. Elle a consacré la résolution unilatérale du contrat, le remplacement unilatéral de la prestation, la réduction unilatérale du prix et l'exception d'inexécution anticipée, tout en octroyant au créancier le libre choix des sanctions de l'inexécution du contrat. Si l'obligation de modérer le dommage est consacrée de manière positive par la réforme de la responsabilité civile, un choix s'offrira aux juges. Ils pourront s'aligner sur le postulat de l'efficacité économique du contrat et, se fondant sur la notion d'abus de droit ou celle de disproportion manifeste entre l'intérêt du créancier de bonne foi et le coût de la sanction, limiter l'exécution forcée en nature à chaque

fois que le créancier sera capable de satisfaire son intérêt contractuel par d'autres moyens plus adéquats. Au contraire, les juges peuvent aussi réaffirmer le droit du créancier à l'exécution forcée en nature et au respect de la parole donnée, sans tenir compte du caractère adéquat et du coût de la sanction. Dans le premier cas, le droit français aura franchi le pas vers un système qui privilégie l'efficacité économique du contrat à travers l'obligation de modérer le dommage. Dans le deuxième cas, il aura réaffirmé la primauté du respect de la liberté, de la sécurité et de la loyauté contractuelles, en dépit de la conception utilitariste du contrat. L'obligation de modérer le dommage, tout en étant une innovation considérable, ne serait qu'un mécanisme d'évaluation des préjudices indemnisables causés par l'inexécution du contrat sans effets sur la hiérarchie des sanctions de son inexécution.

Bibliographie

A. Ouvrages généraux en français

ANTONMATTEI P., RAYNARD J., Droit civil, Contrats spéciaux, Litec, 4º éd., 2004.

AUBRY C., RAU C., *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zacharie*, t. IV, *Les obligations*, 4º éd., Paris, Marchal, Billard et Cie., 1871.

BACACHE-GIBEILI M., *Les obligations. La responsabilité civile extracontractuelle*, *Traité de Droit civil*, (dir. Larroumet), t. 5, 2º éd., Paris, Economica, 2012.

BAUDRY-LACANTINERIE G., BARDE L., *Traité théorique et pratique de droit civil*, *Des obligations*, t. 1, Paris, 3 º éd., Paris, Recueil J.-B. Sirey et Journal du Palais, 1906.

BENABENT A., *Droit civil. Les obligations*, 14º éd., Paris, LGDJ, 2014.

BENABENT A., *Les principaux contrats spéciaux,* 17º éd., Paris, Montchrestien, 2018.

BETTI E., *Cours de droit civil comparé des obligations,* Milan, Giufrrè, 1958.

BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*, 3º éd., Paris, LexisNexis, 2015.

CARBONNIER J., Droit *Civil, Introduction,* 27º éd, Paris, PUF, coll. Thémis, 2002.

CARBONNIER J., *Droit civil, Les obligations*, 22º éd., Paris, PUF, 2000.

CAUSY H., STINJS S., RILLEMENT B., VERBEKE A., *Droits des contrats,* France-Belgique*,* Larcier-LGDJ, 2005.

COLIN A., CAPITANT H., *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 2, 7º éd., Paris, Dalloz, 1932.

COLLART DUTILLEUL F., DELBECQUE PH., *Contrats civils et commerciaux*, 7º éd., Paris, Dalloz, 2004.

CORNU G. (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 10º éd., Paris, PUF, 2014.

DE PAGE H., *Traité élémentaire de droit civil belge,* t. II, Bruxelles, Bruylant,1950.

DALCQ R., *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1962.

DEMANTE A., *Cours analytique du Code Napoléon,* t 5, Paris, Ploon, 1865.

DELEBECQUE Ph., PANSIER F., *Droit des obligations, contrats et quasi-contrats,* 7º éd., Paris, LexisNexis, 2016.

DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, Cours de Code Napoléon XXIV, Paris, Durand, Hachette, 1868.

DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 8, Cours de Code Napoléon XXXI, Paris, Lahure, 1882.

DEMOGUE R., *Traité des obligations en général,* Paris, A. Rousseau, 1931.

DU MOULIN, C., *Tractatus de eo quod interest,* in *Omnia quae extant opera,* vol. III, Paris, sumptibus Theodori Girard, in Aula majori Palatii, sub signo Invidiae, 1681.

DOMAT J. *Les loix civiles dans leur ordre natural,* 2º éd. T. II, L. 2º, Paris, Librerie Mes seigneurs les enfants de France, 1692.

DURANTON M., *Cours de droit français*, Paris, Alex-Gobelet, 1830.

ENNECERUS L., KIPP T., WOLF M., *Tratado de derecho civil,* t. II par Lemann, 12º éd., Barcelona, Bosch, 1952.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, 5º éd., Paris, PUF, 2019.

FAGES B., *Droit des obligations*, 4º éd., Paris, LGDJ, 2013.

FLOUR J., J.-L. AUBERT et SAVEAUX E., *Droit Civil, Les obligations. 2. Les fait juridique,* 16º éd., Paris, A. Sirey, 2014.

FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations*, t. 3, *Le rapport d'obligation*, 9º éd., Paris, Sirey, 2015.

GAUDEMET J., *Théorie générale des obligations*, Paris, Sirey, 1937, réimpr. Dalloz, 2004

GHESTIN J., *Traité de droit civil. La formation du contrat, (dir. J. GHESTIN),* 3º éd., Paris, LGDJ, 1993.

GHESTIN J., JAMAIN C., BILLAU M., *Traité de droit civil. Les effets du contrat, (dir. J. GHESTIN),* 3º éd., Paris LGDJ, 2001.

GORLA G., *Le contrat dans le droit continental et en particulier dans le droit français et italien,* Turin, Institute universitaire d'études européen, 1958.

HEUZE V., *La vente internationale de marchandises*. *Traité de droit civil*, *(dir. J. GHESTIN)*, Paris, LGDJ, 2000.

VON JHERING R., « Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen », 1860, trad. O. DE MEULENAERE, «De la culpa in contrahendo ou des dommages-intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites », *in : Œuvres choisies*, Paris, Maresq., 1893.

JESTAZ Ph., JAMIN C., *La doctrine*, Paris, Dalloz, 2004.

JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*. *Théorie générale des obligations*, t. II, 3º éd., Paris, Sirey, 1939.

JOURDAIN P., *Les principes de la responsabilité civile*, 9º éd., Paris, Dalloz, 2014.

LAITHIER Y.-M., *Droit comparé*, Paris, Dalloz, 2009.

LAROMBIERE L., *Théorie pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, libre III du Code Civil,* t. I, Paris, Durand et Pedone Lauriel, 1885.

LARROUMET Ch., *Droit Civil. Les Obligations. Le contrat,* 5º éd, Paris, Economica, 2003.

LEGEAIS R., PEDAMON M. (dir.), *Code civil allemand*, Paris, Dalloz, 2010.

LALOU Y., *La responsabilité civile*, 2º éd., Paris, Dalloz, 1932.

LE TROUNEAU Ph., CADIET L., *Droit de la responsabilité et des contrats,* Paris, Dalloz, 2002.

LE TOURNEAU Ph. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, 10º éd., Paris, Dalloz, 2014.

MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit Civil. Les Obligations,* t. 1, *Les Sources*, 2º éd., Paris, Sirey, 1988.

MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK PH., *Les obligations*, 6º éd., Paris, Defrénois, 2013.

MALAURIE Ph., AYNES L., GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*, 6º éd., Paris, Defrénois, 2012.

MARCADÉ V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. 4, 8º éd., Paris, J. Delamotte, 1892.

MALEVILLE J., *Analyse raisonné de la discussion du code civil au Conseil d'État,* t. IV, 3º éd., Paris, Nève-Libraire de la Cour de cassation, 1822.

MAZEAUD H., MAZEAUD L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. III, 4º éd., Paris, Librairie du recueil Sirey, 1950.

MAZEAUD, H., MAZEAUD L., TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6º éd., Paris, Montchrestien, 1965.

MAZEAUD H. L. ET J., CHABAS F., *Leçons de droit civil*, *Obligations*, t. II, 1º vol., 9º éd., Paris, Montchrestien, 1998.

PLANIOL M., *Traité élémentaire de droit civil*. *Les preuves, théorie générale des obligations, les contrats, les privilèges et les hypothèques*, t. 2, 9º éd., Paris, LGDJ, 1923.

POTHIER J.-R., *Traité des obligations*, nouvelle éd. par J. BERNARDI, t. 1, Paris, Letellier, 1805.

POTHIER J.-R., *Traité des contrats selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur,* Paris, Orléans, Debure, Rouzeau Montaut, 1764.

PROTHIER J.-R., *Traité du contrat de vente, selon les régles tant du for de la conscience que du for extérieur,* Paris, Oléans, Debure, Rouzeau Montaut, 1781.

RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, de M. PLANIOL, avec le concours de J. BOULANGER, 3º éd., Paris, LGDJ, 1949.

PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, 2º éd., avec le concours de P. ESMEIN, Paris, LGDJ, 1954.

RIPERT G., BOULANGER J., *Traité de droit civil d'après le Traité de Planiol,* t. II, *Obligations, contrat, responsabilité, droits réels, biens, propriété*, Paris, LGDJ, 1957.

RIPPERT G., ROBLOT R., DELEBECQUE P., GERMAIN M., Traité *de droit commercial,* t II, 16º, Paris LGDJ, 2000.

SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2º éd., Paris, LGDJ, 1914.

SALEILLES R., *Étude sur la théorie générale de l'obligation*, Paris, LGDJ, 1925.

SAVATIER R., *Traité de la responsabilité civile*, Paris, Pichon et Durand, 1939.

SERIAUX A., *Droit des obligations,* 2º éd, Paris, PUF, Coll droit fundamental, 1990.

SOURDAT M. A., *Traité général de la responsabilité*, 2º éd., Paris, Librairie Générale de Jurisprudence,1872.

STARCK B., ROLAND H., BOYER L. *Droit civil. Les obligations, 3. Régime général*, 6º éd., Paris, Litec, 1999.

STARCK, B. ROLAND H., et L. BOYER, *Obligations, Responsabilité délictuelle,* t. 1, 5º éd., Litec, 1996.

TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., *Droit civil. Les obligations*, 11º éd., Paris, Dalloz, 2013.

TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y., CHENEDE F., *Droit civil, Les obligations,* 12° éd., Paris, Dalloz, 2018.

TOULLIER M., *Le droit civil français suivant l'ordre du code,* t. VII, Paris, Warée, 1824.

TRAEGER, *Der kausalbegriff im straf- und zivilrecht,* 2. Addruck, (Marbourg, 1929)

TUNC A., *La responsabilité civile*, 2º éd., Paris, Economica, 1989.

VINEY G., *Introduction à la responsabilité*, *Traité de droit civil*, *(dir. J. GHESTIN),* 3º éd., Paris, LGDJ, 2008.

VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., *Les conditions de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 4º éd., Paris, LGDJ, 2013.

VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., Les *effets de la responsabilité*, *Traité de droit civil*, dir. J. GHESTIN, 3º éd., Paris, LGDJ, 2018.

VIOLLET P, *Histoire du droit civil français,* 3º éd., Allemangne, Scientia Verlag Aalen, 1966.

B. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies en français

ALTER M., *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels,* Paris, LGDJ, 1972.

AUDIT B., *La vente internationale de marchandises, Convention des Nations-Unies du II avril 1980,* Paris, LGDJ, Coll. Droit des Affaires, 1990.

BATIFFOL H., *La crise du contrat et sa portée,* Paris, Arch. philosophie du droit, 1968.

BONDON M.-S., *Le principe de la réparation intégrale du préjudice, contribution à une réflexion sur l'articulation des fonctions de la responsabilité civile,* Aix-en-Provence, PUAM, 2020.

BOYER G. *Recherches historiques sur la résolution des contrats,* Paris, PUF, 1924.

CAPITANT H., *De la cause des obligations,* 3º éd., Paris, Dalloz, 1927.

CHABAS F., *L'influence de la pluralité de causes sur le droit de la réparation,* thèse*,* Paris, 1965.

CHANTEPIE G., LATINA M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du code civil,* 2º éd., Paris, Dalloz, 2018.

CHARTIER H., *La réparation du dommage*, Paris, Dalloz, 1983

COÛTANT-LAPALUS C., *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, préface F. POLLAUD-DULIAN, Aix-en-Provence, PUAM, 2002.

COURDIER A., *Le solidarisme Contractuel,* thèse Dijon, 2003.

COVIELLO L., *Risoluzione per inadempiamento e risarcimento del danno* in Rivista di Diritto Civile, 1935.

DAVID R., PUGSLEY D., *Les contrats en droit anglais,* 2º éd., avec la participation de F. GRIVART DE KERSTRAT, Paris, LGDJ, 1985, n° 450, p. 333.

DUGUIT L., *Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoléon,* Paris, Alcan, 1920.

DESHAYES O., GENICON T., LAITHIER Y.-M., *Réforme du Droit des Contrats, du régime général et de la preuve des obligations,* 2º éd., Paris, LexisNexis, 2018.

DESGORCES R., *La bonne foi dans le droit des contrats : rôle actuel et perspectives,* thèse, Paris II, 1992.

ENCINAS DE MUNAGORRI R., L'*acte unilatéral dans les rapports contractuels,* Paris, LGDJ, 1996.

FAURE-ABBAD M., *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle*, Paris, LGDJ, 2003.

FAGES B., *Le comportement du contractant,* préface J. Mestre, PUAM, 1997.

FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie,* préface J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992.

FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil,* Paris, Videcoq, 1836.

G. FOREST, *Essai sur la notion d'obligation en droit privé,* Paris, Dalloz, 2012.

FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., *Traité de l'arbitrage commercial international,* Paris, Litec, 1994.

FUBINI R., « Sul comportamento del creditore nel caso di inadempienza del debitore », in *Scritti gioridici dedicati ed offerti a Giampietro Chironi,* vol. I, Milan-Turin-Roma, Fratelli Bocca, 1915.

GAUDEMET E., *Droit Privé romain,* 2º éd., Paris, Montchrestien, 2000.

GAUTIER P.-Y., *Contrats spéciaux,* (collab. Ph. Malaurie et L. Aynès), 10º éd., LGDJ 2018.

GAUTIER P.-Y., Propriété littéraire et artistique, 11º éd., PUF, 2019.

GIRARD P.-F., *Manuel élémentaire de droit romain,* Paris, Dalloz, 1929.

GENICON T., *La résolution du contrat pour inexécution,* préface L. Leveneur, Paris, LGDJ, 2007.

GHESTIN J., HUET J., DECOCQ G., GRIMALDI C., LECUYER H., *Les principaux contrats spéciaux, Traité de droit civil,* 3º éd., Paris, LGDJ, 2012.

GORPHE F., *Le principe de la bonne foi,* thèse, Paris, 1928.

GROSS B., BHIR P., *Contrats, ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux,* 2º éd. Paris, PUF, 2002.

GROSSER P., *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse, Paris, 2000.

GUELFUCCI-THIBIERGE G., *Nullité, restitutions et responsabilité*, préface J. Ghestin, Paris, LGDJ, 1992.

E. GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique,* Paris, Rousseau, 1912.

HUET J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle : essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité*, thèse, Paris II, 1978.

HUGUENEY L., *L'idée de peine privée en droit contemporain*, thèse Dijon, dacty., 1904.

JALUZOT B., *La bonne foi dans les contrats. Étude comparative des droits français, allemand e japonais*, préface F. Ferrand, Paris, Dalloz, 2001.

JOURDAIN P., *Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle. Les métamorphoses de la responsabilité civile,* Paris, PUF, 1998.

JACQUEMIN Z., *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais,* thèse, Paris II, 2015.

LAIMBERT- FAIVRE Y., *Droit du dommage corporel, systèmes d'indemnisation,* Paris, Dalloz, 2004.

LAITHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préface Horatia Muir Watt, Paris, LGDJ, 2004.

LARENZ K., « Storia del método nella scienza giuridica », *in Civilitá del Diritto,* nº 14, Milan, Giufrrè, 1966.

LATINA M., *Essai sur la condition en droit des contrats*, préface. D. Mazeaud, Paris, LGDJ, 2009.

LE GAILLOU C., *La notion d'indemnité en droit privé,* préf. A. Sériaux, Paris, LGDJ, 2007.

LE ROY M., *L'évaluation du préjudice corporel,* préface H. Margeat, Paris, Litec, 2000.

LEPELTIER E., *La résolution judiciaire des contrats pour inexécution des obligations,* Paris, Dalloz, 1934.

MÄSCH G., MAZEAUD D., SCHULZE R., *Nouveaux défis du droit des contrats en France et en Europe*, Munich, Sellier, 2009.

MARTEAU M. *La causalité dans la responsabilité civile,* thèse Aix, 1914.

MARTIN DE LA MOUTTE J., « Les sanctions de l'obligations de délivrance », in *La vente commercial de marchandise,* Paris, Dalloz, 1951.

MASSIN E., *De l'exécution forcée des obligations de faire et de ne pas faire,* Paris, Durand et Pédone, 1893.

MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, Paris, LGDJ, 1992.

MILHAC O., *La notion de condition dans les actes à titre onéreux*, préface J, Ghestin, Paris I, LGDJ, 2001.

NICOLESCO M., *La notion de dommage direct. Étude de doctrine et de jurisprudence sur le problème causal en matière de responsabilité civile,* thèse, Paris, 1931

ORTSCHEIDT J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international,* Paris, Dalloz, 2001.

PICOD Y., *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat,* préface G. Coutourier, Paris, LGDJ, 1989.

PINNA A., *La mesure du préjudice contractuel*, préface P.-Y. Gautier, Paris, LGDJ, 2007.

POSNER R. A., *L'analyse économique du droit*, trad. S. Harnay, A. Marciano, Paris, Michalon, 2003.

POPINEAU-DEHAOULLON, C., *Les Remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat étude comparative,* préface Marie Goré, Paris, LGDJ, 2008.

PRÉVALUT J., « Les fondements philosophiques du Code Napoléon », in *studi urbinati* Milan, 1975-1976, n° 28, p. 143 s.

RANOUIL V., *L'autonomie de la volonté. Naissance et évolution d'un concept,* préface J.-Ph. Lévy, Paris, PUF, 1980.

REIFEGERSTE S., *Pour une obligation de minimiser le dommage,* préface H. Muir Watt, Aix en Provence, PUAM, 2002.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles,* Paris, LGDJ, 1949, rééd. 2014.

ROLAND H., BOYER L., *Adages du droit français,* 4º éd., Paris, Litec, 1999.

ROUHETTE G., *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat,* thèse, Paris, 1965.

ROUHETTE G., *La force obligatoire du contrat, Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaises,* Paris, LGDJ, 1987, nº 14.

ROUJOU DE BOUBEE M.-E., *Essai sur la notion de réparation,* préface P. Hébraud, Paris, LGDJ, 1974.

SAINCTELETTE Ch., *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, Bruylland-Christophe, 1884.

SIGNAT C., *Le pouvoir discrétionnaire du juge et l'inexécution du contrat. Étude de droit comparé franco-allemande*, préface B. Fauvarque-Cosson et Olivier Remien, Paris, LGDJ, 2018.

SOULEAU I., *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil),* thèse, Paris II, 1979.

SMITH Adam, *La richesse des nations,* 1776.

STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée,* Paris, L. Rodstein, 1947.

TAISNE J. J., *La notion de condition dans les actes juridiques*, thèse, Ronéo, Lille, 1977.

TESSEYRE S., *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats,* préface M. Fabre-Magnan, Paris, PUAM, 2012.

LAVEILLE J., *De la résolution pour inexécution de charges,* Rennes, Catel, 1858,

VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préface A. Tunc, Paris, LGDJ, 1965, 2013

WERY P., *L'exécution forcée en nature des obligations contractuelles non pécuniaires. Une relecture des articles 1142 à 1144 du code civil*, Bruxelles, Kluwer, 1993.

C. Articles, rapports et chroniques en français

AMRANI-MEKKI S., « La résiliation unilatérale des contrats à durée déterminée », *Défrenois,* 2003, 383 - 390.

ANCEL P., « La responsabilité contractuelle », *in Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européen des contrats* (actes du colloque organisé les 30 et 31 janvier 2003 par l'Institut Charles Dumoulin de la Faculté Jean Monnet, Paris XI, dir. P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet), Paris, Dalloz, 2003, p. 243.

AUBERT, J.-L., « La victime peut-elle être obligée de minimiser son dommage ? », *RJDA* 2004/4, chron., p. 355 et s.

AUBERT, J.-L., « Quelques remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité. A propos de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », in *Liber Amicorum. Études offertes à Geneviève Viney,* Paris, LGDJ, 2008.

ATIAS C., « Les risques et périls de l'exception d'inexécution », *D.* 2003, p. 1103.

AYNES L., « Le droit de rompre unilatéralement : fondement et perspectives », in *Dossier, Rupture unilatérale du contrat : vers un nouveau pouvoir, Droit et Patrimoine*, mai, 2004, p. 64.

AULETTA G., *La risoluzione per inadempiamento,* Milan, Giuffrè, 1942.

BACACHE-GIBEILI M., « Obligation de minimiser le dommage, commentaire de l'article 1263 du projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 *»,* in, *Vers une réforme de la responsabilité civile française*, *regards croisés franco-québécois* (Dir. Blandine Mallet-Bricoût) *Thèmes & Commentaires,* Paris, Dalloz, 2018, p. 99.

BACACHE-GIBEILI M., « L'obligation de minimiser son dommage rapport français », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Étude de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 493 et s.

BALLAYDIER L., « De la cause des obligations par Henri Capitant. Compte-rendu par M. Balleydier »*, Rev. Crit. Leg. Jurisp.,* 1915-1924.

BARRIONE M., « La risoluzione per inadempiamento », in, *Enciclopedia collana directa da Paola Cendon, Diritto Privato,* Padova, CENDAM, 2004.

BELLIVIER F., SEFTON-GREEN R., « Force obligatoire et exécution en nature du contrat en droits français et anglais : bonnes et mauvaises surprises du comparatisme », in *Le contrat au début du XXIème siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2014, p. 91.

BENABENT A., « La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport français », in *La bonne foi. Travaux de l'Association Henri Capitant,* t. XLIII, Paris, Litec, 1994, p. 291.

BETTI E., « Influenza dell'alienazione da parte del compratore sulla responsabilita del venditore per vizio redibitorio », *Riv. Dir. Comm.,* 1925, parte II, p.335.

BRETON A., « Des effets civils de la bonne foi », *RCLJ,* 1926, 86.

BORGHETTI J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle », in *Études offertes à Geneviève Viney*, Paris, LGDJ, 2008, p. 213.

BORGHETTI J.-S., « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in *Les sanctions en droit contemporain*, *vol. 1, La sanction, entre technique et politique*, dir. C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 257.

BORGHETTI J.-S., « Réforme du droit des contrats : un projet s'en vient, l'autre s'en va », *D.*, 2015, p. 1376.

BORGHETTI J.-S., « Faut-il distinguer les dommages intérêts compensatoires des dommages intérêts en lieu et place de la prestation ? » *RDC, 2016,* p. 787.

BORGHETTI, J.-S., « Le comportement de la victime », in *La réforme du droit de la responsabilité,* actes du colloque du 25 Septembre 2016, Montpellier, Faculté de Droit et des sciences Politiques de la Université de Montpellier, 2017, p 95.

BOUCARD Y., « Le nouveau régime de l'inexécution contractuelle », in : *La réforme du droit des obligations journées franco-allemandes*, dir. R. SCHULZE, G. WICKER, G. MÄSCH, D. MAZEAUD, Paris, SLC, 2015, p. 153.

BRUN Ph., « La réparation du dommage », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé*, dir. B. DUBUISSON, P. JOURDAIN, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 129.

BOURRIE-QUENILLET M., « Pour une reforme conférant un statut juridique à la réparation du préjudice corporel », *JCP* 1996, I, 3919.

BRETZNER J.-D., « Les conditions de l'exception d'inexécution par anticipation », *JCP* G 2016, 999.

CUBBEDU, M.-G., *L'importanza del inadempiamento* (Dir. F. BUSNELLI- S. PATTI- V. SCALSI- P. ZATTI), Torino, Giappichelli, 1995.

CASSIN R., « Discussion de la résolution judiciaire dans les contrats », in *Journées de droit civil en hommage à Henri Capitant,* Paris, Sirey, 1939, p. 76.

CHARTIER Y., « La date d'évaluation du préjudice », in, *Le préjudice : questions choisies, Resp. civ. assur.,* nº spéc., mai 1998.

CHAZAL J.-P., *D.* 2003. p. 2326.

CHAZAL J.-P., « Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? » (Dir. D. MAZEAUD, Ch. JAMIN), *Colloque : La nouvelle crise du contrat,* Lille, France. Dalloz, May 2001.

CORNELIS L., « La bonne foi : aménagement ou entorse à l'autonomie de la volonté », in : *La bonne foi, Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*.

DABIN J., « Fait dommageable envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », *Mélanges J. Brèthe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967.

DALCQ R., « L'obligation de minimiser le dommage dans la responsabilité quasi-délictuelle », *RDAI,* 1987.

DELEBECQUE Ph. et MAZEAUD D., « Les clauses de responsabilité: clauses de non responsabilité, clauses limitatives de réparation, clauses pénales, chapitre IX, rapport français », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, (dir. M. FONTAINE et G. VINEY), Paris, LGDJ, 2001, p. 361.

DELEBECQUE Ph., « L'articulation et l'aménagement des sanctions de l'inexécution du contrat », *Dr. Et patrimoine* juin 2016, p. 62.

DEPREZ J., « Les sanctions qui s'attachent à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, Paris, Dalloz, 1968, p. 28.

DERRIDA F., « L'évaluation du préjudice au jour de sa réparation », *JCP* 1951, I, 918.

DERAINS Y., « L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale », *RDAI* 1987, p. 375, spéc., p. 377-380.

DESHAYES O., « L'introduction de l'obligation de modérer son dommage en matière contractuelle – Rapport français », *RDC* 2010, n° 3, Paris, Lextenso.

DOLL J.-P., « Des conséquences pécuniaires du refus par la victime d'un accident de se soumettre à une opération chirurgicale améliorants après consolidations des blessures », *JCP*, 1970, I, 2351.

DURANT I., VERHEYDEN-JEANMART N., « Les dommages et intérêt accordés au titre de réparation d'un dommage contractuel. Rapport belge », in M. FONTAINE, G. VINEY, (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles - Paris, Bruyant - LGDJ, n° 24, p. 324 et s.

DURRY G., « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : dualité ou unité ? », *RCA hors-série*, Juin 2001, p. 20.

FAGNART J.-L., « L'exécution de bonne foi des conventions : un principe en pleine expansion », *RCJB* 1986, 282.

FAGNART J.-L., « *Vers un droit européen du dommage corporel ? »,* in Mélanges Lambert, Paris, Dalloz, 2002.

FAUVARQUE-COSSON B., « Compte-rendu d'étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat, d'Yves-Marie Laithier », *RIDC*, 2006, vol. 58, p. 244.

FAUVARQUE-COSSON B., « Regards comparatistes sur l'exécution forcée en nature », *RDC*, 2006/2, p. 529.

FONTAINE M., « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles : synthèse et perspectives », in M. FONTAINE, G. VINEY, (dir.), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Études de droit comparé*, Bruxelles - Paris, Bruyant - LGDJ, n°51, p. 1041.

M. FONTAINE, « Fertilisations croisées du droit du contrat », in *Mélanges J. Ghestin,* p. 348.

FONTAINE M., « *Obliegenheit,* incombance ? », in *liber Amicorum Hubert Claassens,* Anvers, Louvain-la-Neuve, Maklu-Bruylant, 1998, p. 54.

LABBE B., « L'incombance : un faux concept », *R.R.J.,* 2005, p. 183 et s.

LE GALL J.-P., Le retard dans la livraison des marchandises vendues, *RTD com*. 1963, p. 239, spéc. p. 269

GAUTIER, P.-Y., « Contre Bentham: l'inutile et le droit », *RTD civ.* 1995, p.797.

GENICON T., « L'exception d'inexécution », in (Sous dir., J. CATWRIGHT, B. FAUVARQUE-COSSON et S. WHITAKER), *La réécriture du Code civil. Le droit français de contrat après la réforme de 2016,* Société de législation comparée, 2018, p. 330 et s.

GROSSER P., « L'ordonnancement des remèdes », *in* S. LE GAC-PECH (dir.), *Remédier aux défaillances du contrat*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 101.

GROSSER P., « Bref retour sur les effets de la responsabilité contractuelle », in *: Leçons du droit civil, Mélanges en l'honneur de François Chabas*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 369.

GROSSER P., « L'exécution en nature »*, AJCA* 2016, p. 119.

GUÉGAN A., « Moment de l'évaluation judiciaire et variations du dommage. Rapport Français », in *Le dommage et sa réparation en droit de la responsabilité civile contractuelle. Études de droit comparé,* Bruylant, 2015, p. 311

LARDEUX G., « Plaidoyer pour un droit contractuel efficace », *D.* 2006, p. 1406.

HANOTIAU B., « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international », *RDAI* 1987.

HANOTIAU B., « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *RGAR,* 1987.

HENRY P., VAN OMMESLAGHE P., « Abus de droit, la fraude aux droits des tiers et la fraude à la loi »*, RCJB* 1976.

HOUBBEN M., « Le devoir de la victime de minimiser son dommage rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Études de droit comparé,* Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 528.

HUC T., *Commentaire théorique et pratique du code civil,* t. VII, Paris, Cotillon, 1894, p. 365.

JAMIN C., MAZEAUD D., *La nouvelle crise du contrat,* Paris, Dalloz, 2003.

JAMIN C., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel »*,* in *Mélanges Ghestin,* Pars, LGDJ, 2001.

JAMIN C., « Révision et intangibilité du contrat ou la doublé philosophie de l'article 1134 du code civil », *Dr. et ptr.* mars 1998.

JAMIN C., « Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat : trois idéologies en concurrence »*,* in *L'unilatéralisme et le droit des obligations* C. JAMIN, D. MAZEAUD (dir.), Paris, Economica, 1999.

JOSSERAND L., « La responsabilité envers soi-même », *D.* 1934, Chron. 76.

JOURDAIN P., « Les dommages-intérêts alloués par le juge », in, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Étude de droit comparé*, Paris, LGDJ, 2001.

JOURDAIN P., « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995.

KRUITHOF R., « L'obligation de la partie lésée de restreindre le dommage », *RCJB* 1989.

KULLMANN J., « Minimiser son dommage ? Droit et économie de l'assurance et de la santé » in *Mélanges en l'honneur de Yvonne Lambert-Faivre et Denis-Cial, Lambert,* Paris, Dalloz, 2002.

LAIMBERT- FAIVRE Y., « Le dommage corporel entre l'être et l'avoir », *RCA* 1997*,* chr. Nº31.

LAITHIER Y.-M., « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, p. 161.

LAPOYADE-DESCHAMPS Ch., « Le mythe de la responsabilité contractuelle en droit français », in *Failure of contracts. Contractual, Restitutionary and Proprietary Consequences*, (dir.) F. D. ROSE, Oxford, Hart Publishing, 1997, p. 175.

LARROUMET Ch., « Pour la responsabilité contractuelle », *in* Le *droit privé français à la fin du XXème siècle : études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, p. 543.

LARROUMET Ch., « Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du Droit Français », *GP* 2008, nº 290, p. 5.

LATINA M., « Articles 1304 à 1304-7 : Contribution relative aux conditions suspensives et résolutoires » *RDC,* nº 3, 1-9-2015.

LEROY M., « Évaluation de l'incapacité permanent de la victime refusant de se soumettre à une opération chirurgicale », *D.* 1968, chron.

LEDUC F., « La réparation intégrale du dommage », in, *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle, Études de droit comparé*, in (dir.) B. DUBUISSON, J. PATRICK, Bruxelles, Bruyant, 2015.

LEQUETTE Y., « Bilan des solidarismes contractuels », in *Mélanges P. Didier,* Paris, Économisa, 2008, p. 262.

LEQUETTE Y., « La résolution unilatéral du contrat aux risques et périls du créancier », in *Revue des droits des affaires de l* 'Université de Paris II, 2003.

LYON-CAEN G., « De l'évolution de la notion de bonne foi », *RTD civ.* 1949.

P. MATER et al., « Le temps dans la réparation du préjudice », in *Les limites dans la réparation du préjudice,* Paris, Dalloz - Thèmes et Commentaires, 2009, p. 199 et s.

MARTY G., « La relation de cause à effet comme condition de la responsabilité civile (étude comparative des conceptions allemande, anglaise et française) », *RTDC* 1939, p. 685.

MASSE C., « La bonne foi dans l'exécution du contrat. Rapport général », in *La bonne foi. Travaux de l'Association Henri Capitant,* t. XVIII, Litec, 1994.

MAYNAL, E., « De la sanction civile des obligation de faire et de ne pas faire », *Rev. Prat.* 1884.

MAZEAUD D., « La faute objective et la responsabilité sans faute », *D.* 1985. Chron., p. 13.

MAZEAUD D., « Clauses de responsabilité, la fin de la saga », *D.* 2010, p. 1832.

MAZEAUD D., « Mystères et paradoxes de la période précontractuelle *» in Le contrat au début du XXIe siècle. Études offertes à Jacques Ghestin*, Paris, LGDJ, 2001, p. 637.

MAZEAUD D., LAITHIER Y.-M., « La nature de la sanction: satisfaction du bénéficiaire par des dommages-intérêts ou primauté de l'exécution forcée en nature ? » *RDC* 2012, p. 681.

MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *La sanction, entre technique et politique*, (dir.) C. CHAINAIS, D. FENOUILLET, Paris, Dalloz, 2012, p. 235.

MAZEAUD D., « Droit des contrats : reforme à l'horizon », *D.*, 2014, p. 291.

MAZEAUD D., « Le nouvel ordre contractuel »*, RDC* 2003, 295.

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

MAZEAUD D., « Loyauté solidarité, fraternité, la nouvelle devise contractuelle ? » in Mélanges Terré, Pris, Dalloz, 1999, p. 603.

MAZEAUD D., « Présentation du projet de réforme du droit des contrats », in *Nuevas tendencias en el derecho privado y reforma del código civil francés,* (Dir. ANNICCHIARICO J.) Caracas, EJC, 2015.

MAZEAUD D., « La place du juge en droit des contrats », *RDC* nº 02, p. 353.

MAZEAUD D., « Réforme du droit des contrats », *RDC* nº 01, p. 23.

MAZEAUD D., « L'introduction de la résolution unilatérale pour inexécution – Rapport français », *RDC* nº 03, p. 1076.

MAZEAUD D., « Sécurité juridique *versus* moralité contractuelle : affaire classée ? » in *Mélanges en l'honneur de Marie-Stéphane Payet,* Paris, Dalloz*,* 2012.

METTETAL A., « L'obligation de modérer le préjudice en droit privé français »*, RRJ* 2005/4, vol. 1, p. 1889.

MESTRE J., « L'évolution du contrat en droit privé, in, L'évolution contemporaine du droit des contrat », *Journées R. Savatier,* PUF, 1985, p. 41.

MESTRE J., « D'une exigence de bonne foi à l'esprit de collaboration *», RTD civ*. 1986, p. 109.

MOLFESSIS N., « Force obligatoire et exécution : un droit à l'exécution en nature ? », *RDC*, 2005, p. 37.

MOSCATTI, E., « La causa del contrato », in *Diritto Civile,* Milano, Giuffrè, 2009

MUIR-WATT H., « La fonction subversive du droit comparé », *RIDC*, 2000, p. 503.

MUIR-WATT H., « La modération des dommages en droit anglo-américain, rapport au colloque du CEDAG », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage* ? Colloque du CEDAG de l'Université de Paris V, *PA*, n° spécial, 20 nov. 2002.

ORTSCHEIDT J., *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 2001.

OGUS A., « Les remèdes-Rapport Anglais », in (dir.) D. TALLON, D. HARRIS D, *Le contrat aujourd'hui; comparaison franco-anglaise,* Paris, LGDJ, 2000, p. 304.

PICARD M., PRUDHOMME A., « De la résolution judiciaire pour inexécution des obligations »*, RTD civ.,* 1912, p. 103.

PICOD Y., « L'obligation de coopération dans l'exécution du contrat »*, JCP* 1988, I, 318.

PICOD Y., « L'exigence de bonne foi dans l'exécution du contrat »*,* in *Le juge et l'exécution du contrat. Colloque I.D.A.* Aix-en-Provence, PUAM, 1993, p. 57.

PINNA A., « L'exception pour risque d'inexécution »*, RTD civ.* 2003, p. 31.

PLANTAMP D., « Le particularisme du remplacement dans la vente commerciale », *D.* 2000, chron., p. 243.

REMY Ph., « La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

REMY Ph., « Observations sur le cumul de la résolution et des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat », in, *La sanction du droit : mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, PUF, 2001, p. 121.

REMY Ph., « Critique du système français de la responsabilité civile », *Revue juridique de l'USEK*, n° 5, 1997, p. 49-68.

REYGROBELLET A., « L'exception d'inexécution préventive », *Bull. Joly. Sociétés,* 2016, p. 544.

ROMAIN J.-F., *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit prive. Des atteintes à la bonne foi en général, et de la fraude, en particulier (« Fraus omnia corrumpit »)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 384.

ROUHETTE G., « Contrat », *in : Encyclopaedia Universalis*, Paris, Encyclopaedia Universalis, 2008, p. 725.

ROUHETTE G., *Principes du Droit Européen du Contrat,* Paris, Société de Législation Comparée, 2003.

ROUHETTE G., « La force obligatoire du contrat », in *Le contrat aujourd'hui : comparaison franco-anglaise,* (dir.) D. TALLON, D. HARRIS, Paris, LGDJ, 1987.

RUPPERTO C., *La giurisprudenza sul codici civile, libro IV, delle obligazioni (art 1425-1469-bis)*, Milan, Giuffrè, 2011.

SAVATIER R., « La responsabilité de la victime, qui en refusant des soins médicaux se prive d'une chance d'amélioration et de survie »*, D.* 1975, chr. p. 178.

SAVAUX E., « La fin de la responsabilité contractuelle »*, RTD civ.* 1999*,* p 1, spéc. nº 32-33.

SICCHERO G., « La risolutione per inadempiamento » in *Il codice civile comentario,* AAVV (Dir. Piero Schlesinger, Francesco Donatelo Bunelli et Andrea Zoppini) Milano, Giuffrè, 2007.

STORME M., « La bonne foi : expression de la postmodernité en droit »*,* in *La bonne foi, Actes du colloque organisé le 30 mars 1990 par la Conférence libre du Jeune Barreau de Liège*, p. 7 et s.

STIJNS S., « Abus, mais de quel(s) droit(s) ? Réflexion sur l'exécution de bonne foi des conventions et l'abus de droits contractuels », *J.T.* 1990, 33.

STINJ S., « La résolution pour inexécution en droit belge: conditions et mise en œuvre », in FONTAINE M, VINEY G, (dir), *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles, Étude de droit comparé,* Bruxelles - Paris, Bruylant - LGDJ, 2001.

STOFFEL-MUNCK Ph., « Le control à posteriori de la résiliation unilatérale », *Dr. et ptr.,* mai 2004, nº 126.

STORK M., « L'exception d'inexécution », *JCL. Civl Code,* Art 209 et 12020, Fasc. unique, 2017 nº 70.

PORCHY-SIMON D., « La nécessaire réforme du droit du dommage corporel » in *Études offers à. Y.Groutel,* Paris, Litec, 2006.

TALLON D., « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.,* 1994, 223.

TALLON D., « Les remèdes. Le droit français », in *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, (dir.) D. TALLON, D. HARRIS, Paris, LGDJ, 1987, p. 271.

TALLON D., « L'article 1184 du Code civil, Un texte à rénover ? », in *: Clés pour le siècle,* Université Panthéon-Assas, centre de formation permanente (dir.), Paris, Dalloz, 2000, p. 253.

THIRIEZ P.-Y., « La mitigation ou l'obligation pour la victime de minimiser son dommage : une exception française », GP 7-9 décembre 2001, p. 5.

VAN OMMESLAGHE P., « L'exécution de bonne foi, principe général de droit ? », *RGDC* 1987. 101.

VAN RYN J., DIEU X., « La bonne foi en droit des obligations », *J.T.* 1991. 289.

VINEY G., « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in, *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, (dir.) M. FONTAINE ET G. VINEY, Paris, LGDJ, 2001, p. 167.

VINEY G., « Rapport de synthèse », in Colloque CEDAG du 21 mars 2002 sous la direction de M. BEHAR-TOUCHAIS. Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ? », *PA*, 20 nov. 2002, n° 232, p. 66.

VINEY G., *«* La responsabilité contractuelle en question », in *Melanges Ghestin,* Paris, LGDJ, 2001.

VINEY G., « Modération et limitation des responsabilités et des indemnisations », in (dir.) J. SPIER*, The limits of liability, Keeping the Flood gates Shut,* The Haggue - Boston, Kluwer Law international, 1996.

VINEY G., « La responsabilité contractuelle en droit français ou les remèdes à l'inexécution autre que la résolution et la suspension du contrat » in (dir), L. VACCA *Il contrato Inadempiuto,* Torino, Giappichelli, 1999, p. 147.

VINEY G., « Rapport de synthèse », in *De la réparation du dommage? À propos des dommages et intérêts punitifs et de l'obligation de minimiser son propre dommage*, *PA,* 20 novembre 2002, p. 66 et s., spéc. p. 67.

VINEY G., « L'appréciation du préjudice », *PA,* 19 mai 2005.

VINEY G., « La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »**,** *RDC* 31 mars 2015 n° 1, P. 24.

VON JHERING R., « De la culpa in contrahendo ou des dommages intérêts dans les conventions nulles ou restées imparfaites (1860) », in *Œuvre choisies,* t., II, trad. O. MEULENAERE, Paris, Marescq, 1883.

VON JHERING R., « De l'intérêt dans le contrats, et de la prétendue nécessité de la valeur patrimoniale des prestations obligatoires 1880 »*,* in *Œuvre choisies,* t., II, trad. O. MEULENAERE, Paris, Marescq, 1883, p. 145.

WATTE N., « La bonne foi dans les relations internationales, Rapport belge de droit international privé », in *La bonne foi, Travaux de l'Association Henri Capitant.*

WERY P., « Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles »*, in Le droit des obligations contractuelles et le bicentenaire du Code civil*, (dir.) P. WERY, Bruges, La Charte, p. 287.

WICKER G., « Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondametaux », in *Mélanges Yves Serra,* Paris, Dalloz, 2006.

WILLISTON S., *A Treatise on the Law of Contracts,* 4º ed., by R.A. LORD, Rochester, West Group, 2002.

WHITTAKER S., « Les sanctions de l'inexécution des contrats », in *Les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de droit comparé*, (dir. M. FONTAINE et G. VINEY), Droit anglais, chapitre XXIII, Paris, LGDJ, 2001, p. 977.

WINTGEN R., « Regards comparatistes sur les effets de la résolution pour inexécution », *RDC*, 2006, p. 543.

WITZ C., « L'obligation de minimiser son propre dommage dans les conventions internationales : l'exemple de la Convention de Vienne sur la vente internationale », *PA*, 2002, n° 232, p. 50.

D. Références en espagnol.

ACEDO SUCRE, C., *Cláusulas Abusivas y contrato de adhesión,* Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2018.

ACEDO SUCRE, C., *La función de la culpa en la responsabilidad por hecho ilícito en Derecho venezolano, comparado con los Derechos francés e italiano*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1993.

ACCIARRI H, *La relación de causalidad y las funciones de derecho de Daños- reparación, prevención, minimización de costos sociales,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

AGUILAR GORRONDONA J., *Contratos y garantías. Derecho civil IV*, 9º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno*, Santiago, Jurídica, 1983.

ANNICCHIARICO J. y MADRID C., « El derecho de los contratos en Venezuela: Hacia los principios latinoamericanos de derecho de los contratos », in *Derecho de las obligaciones. Homenaje a José Mélich Orsini*, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, 2012.

ANNICCHIARICO J., « Convivencia de remedios ante el incumplimiento contractual », *Derecho de las obligaciones - Homenaje a José Melich-Orsini*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2012, p. 246.

ANNICCHIARICO J., « Un nuevo sistema de sanciones ante la inejecución del contrato », in *Nuevas tendencias en el derecho privado y reforma del Código civil francés,* Caracas, EJV, 2015.

BARRIOS H., « La interpretación del contrato por el juez en el Derecho interno y en el Derecho internacional privado », in *Libro Homenaje a José Mélich-Orsini*, Vol. I., Caracas, Instituto de Derecho Privado, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 1982.

BARROS BOURIE E., *Tratado de responsabilidad Civil Extracontractual,* Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

BASTIDAS L., *Comentarios y reparos al proyecto de Código Civil*, Tomo II, Caracas, Editorial Bolívar, 1942, p. 408.

BERNAD MAINAR R., *Derecho Civil Patrimonial. Obligaciones,* Caracas, Facultad de ciencias jurídicas y políticas, Universidad Central de Venezuela, 2006, Tomo II.

CASAS RINCÓN C., *Obligaciones Civiles. Elementos*, t. II, Caracas, Artes Gráficas SCRA, 1946.

Código Civil de Venezuela. Artículos 1197 al 1220, Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Instituto de Derecho Privado, 1982.

GONZALEZ J., ZORZETTO S., «Razonabilidad, abuso del derecho y argumentación jurídica», in *Libro homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación 1915-2015*, t. V, Acienpol, Caracas, 2015, p. 3527-3561.

CORSI L., «Algunos aspectos del desistimiento *ad nutum* del vínculo contractual: Esbozo para su estudio», in *Temas de Derecho Civil. Libro homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, vol. I., Caracas, TSJ, 2004, p. 353-383.

DIEZ PICAZO L., GULLÓN A., *Sistema de derecho civil. El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual,* vol. II, 8º ed., Madrid, Tecnos, 2000.

DE RUGGIERO R., *Instituciones de derecho civil,* t., II, vol. I, Madrid, Reus, 1977.

DOMÍNGUEZ M. C., *Curso de derecho civil III. Obligaciones,* Caracas, RVLJ, 2016.

DOMÍNGUEZ M. C., « Buena fe y relación obligatoria », *RVLJ*, nº 11, 2018, p. 17-80.

DOMÍNGUEZ M. C., *Derecho Civil Constitucional (La constitucionalización del Derecho Civil),* Caracas, Editorial jurídica venezolana - Centro para la integración y el derecho público, 2018.

DOMÍNGUEZ M. C., « Temporalidad y extinción de la relación obligatoria », *RVLJ* n° 8, 2017.

DOMÍNGUEZ M. C., VARELA CÁCERES E., « El abuso de derecho », *RVLJ*, n.° 8 , Caracas, 2017, p. 515-549

DOMÍNGUEZ ÁGUILA R., « Notas sobre el deber de minimizar el daño », in *Revista Chilena de Derecho Privado* n° 5, Santiago, Fernando Fueyo Laneri, 2005.

DOMINICI A., *Comentarios al Código Civil venezolano (reformado en 1896)*, t. II., Caracas, Ediciones JCV, 1951.

FUENTES GUIÑEZ R., « El deber de evitar o mitigar el daño », *Revista de derecho de la Universidad de Concepción,* n° 217-218, 2005.

GIORGI G., *Teoría de las obligaciones en el derecho moderno,* vol. IV, Madrid, Reus, 1930.

GONZÁLEZ CARVAJA J., « Notas dispersas sobre la buena fe en el Derecho venezolano, casos 'paradigmáticos' y nuevas dimensiones », in *Derecho y sociedad. Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, nº 12, UMA, 2016,

GORRIN G., « Desnaturalización de la cláusula resolutoria expresa », in *Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio,* Serie eventos 23, Caracas, Acienpol, 2007.

GORRIN G., « La causa del contrato en la doctrina de Venezuela. Ausencia de un adecuado análisis a la luz de la moderna doctrina general de los contratos », in *Jornadas franco-venezolanas de derecho civil «Nuevas tendencias en el Derecho privado y reforma del Código Civil francés»*, Caracas, EJV et Capítulo Venezolano de la Asociación Henri Capitant des amis de la culture juridique française, 2015, p. 269 et 270.

GORRIN G., « Contribución a la determinación en Venezuela de la gravedad del incumplimiento como presupuesto de la resolución del contrato », in *Libro homenaje a los cien años de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de Venezuela,* Caracas, Acienpol, 2015, IV.

JARAMILLO C., *Los deberes de evitar y mitigar el daño en el derecho privado,* Bogotá, Temis, 2013.

KUMMEROW G., « Anotaciones sobre la estructura y el mecanismo de la cláusula resolutoria expresa », in *Studia iuridica,* Caracas, UCV, 1958.

KUMMEROW G., *Algunos problemas fundamentales del contrato de adhesión en el Derecho privado*, Caracas, Facultad de Derecho de la UCV, Caracas, 1956.

KUMMEROW G., « Esquema del daño contractual resarcible según el sistema normativo venezolano », in *Indemnización de daños y perjuicios*, Caracas, Fabreton, 1999, p. 261 s.

LÓPEZ SANTA MARÍA J., « Sobre la obligación de minimizar los daños en el Derecho chileno y comparado », in *Los contratos en el Derecho privado,* Bogotá, Legis, 2007.

LUPINI L., *La responsabilidad precontractual en el derecho comparado moderno y en Venezuela (Tratos preliminares, cartas de intención, minutas, formación progresiva del contrato, precontratos y las patologías de la fase precontractual a la luz del principio de la buena fe)*, Caracas, Acienpol, 2014.

MADRID MARTÍNEZ C., « La Libertad Contractual: Su lugar en el Derecho Venezolano de Nuestro Tiempo », *Derecho de las obligaciones - Homenaje a José Melich Orsini,* Caracas, Acienpol, 2012.

MADRID MARTÍNEZ C., « Orden público : del artículo 6 a nuestros días », in *El Código civil venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Caracas, ACPS, Asociación Franco Venezolana de Juristas, Ambassade de France au Venezuela, 2005, p. 371 s.

MADRID MARTÍNEZ C., *Responsabilidad civil derivada de la prestación de servicios. Aspectos internos e internacionales*, Caracas, Acienpol, 2009, nº 4.

MADURO LUYANDO E., *Curso de Obligaciones. Derecho Civil III,* 8º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 1993.

MADURO LUYANDO E., PITTIER SUCRE E., *Curso de obligaciones. Derecho civil III*, 11º ed., Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009.

MARÍN R., *Contratos*. *Teoría del Contrato en el Derecho venezolano*, vol. I, Mérida, Consejo de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, 1998, p. 255-256.

MÉLICH-ORSINI J., *Doctrina general del contrato*, 4º ed., Caracas, Acienpol, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006.

MÉLICH-ORSINI J., *La Responsabilidad por Hechos Ilícitos*, Caracas, Acienpol, Centro de Investigaciones Jurídicas, 2006.

MÉLICH-ORSINI J., « Sanción de la inejecución del contrato », in *Estudios de derecho civil*, Caracas, Fabreton, 1974.

MELICH ORSINI J., « La ejecución forzosa de la obligación de hacer », *in Estudios de derecho civil*, Fabreton, 1974.

MELICH-ORSINI J., *La resolución del contrato por incumplimiento ;* 4º ed., Caracas, Acienpol, 2003.

MELICH ORSINI J., « Los tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un contrato »*,* in *Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio,* Caracas, Acienpol, 2007, p. 67 et s.

MÉLICH ORSINI J., *El pago*, Caracas, Acienpol, 2010.

MESSINEO F., *Doctrina general del contrato*, traducción Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1952.

MORLES HERNANDEZ A., *Curso de derecho mercantil. Los contratos Mercantiles.* Tomo IV, Caracas, UCAB, 2005.

NEME VILLAREAL M., « Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos » in *Revista de Derecho Privado Externado de Colombia*, nº 17, Bogotá, 2009.

OCHOA O., *Teoría general de las obligaciones. Derecho civil III*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2009.

OCHOA O., « El pacto comisorio o acuerdo tácito o expreso de resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento de alguna de las partes de sus obligaciones »*,* in *Estudios de derecho civil,* vol. I, coll. Libros homenaje nº 5, Caracas, TSJ, 2002.

PALACIOS HERRERA O., *Apuntes de Obligaciones. Versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela año 1950-1951*. Taquígrafo: Rafael Maldonado Gutiérrez, Caracas, Caja de trabajo penitenciario, 1956.

PINTO OLIVEROS S., «Breves consideraciones sobre la responsabilidad por ruptura injustificada de las tratativas contractuales», in *RVLJ*, nº 10-I, Caracas, 2018, p. 315-329.

PINTO OLIVEROS S., «El contrato hoy en día: entre complejidad de la operación y justicia contractual», in *Jornadas franco-venezolanas de Derecho Civil. Nuevas tendencias en el Derecho privado y reforma del Código Civil francés*, Caracas, EJV, Caracas, 2015, p. 269.

PIZARRO C.*,* « Puede el acreedor poner término unilateral al contrato? » in *Incumplimiento Contractual, resolución e indemnización de daños,* Bogotá, Universidad del Rosario, 2010.

PIZARRO C., « Contra el fatalismo del perjuicio. A propósito del deber de mitigar el daño » in *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* no.41, 2013.

RENGEL-ROMBERG A., *Tratado de Derecho procesal civil venezolano*, Caracas, Edit. Arte, 1997.

OTIS RODNER J., *El Dinero, la Inflación y las Deudas de Valor,* Caracas, Edit. Arte, Caracas, 1995, p. 438.

RODRÍGUEZ MATOS G., « Notas de una controversia sobre la naturaleza de la responsabilidad contractual », *in El Código Civil Venezolano en los inicios del siglo XXI. En conmemoración del bicentenario del Código civil francés de 1804,* Caracas, Acienpol, 2005, p. 472 et s.

RODRÍGUEZ MATOS G., « La buena fe en la ejecución del contrato », in *Libro Homenaje a Andrés Aguilar Mawdsley*, Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, 2004, p. 429.

RODRÍGUEZ FERRARA M., *Introducción al Derecho de obligaciones*, 2º ed., Caracas, Ventana Legal Editores, 2002, p. 195-196.

SAN MARTIN L., *La carga del Perjudicado de evitar o Mitigar el Daño, Estudio Histórico Comparado,* Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012.

SANTANA LONGA N., « La buena fe en el proceso. Algunas consideraciones referidas en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil », in *RVLJ* nº 10-ii, Caracas, 2018, p. 693-711.

TAMAYO JARAMILLO J., *Tratado de Responsabilidad Civil,* Bogotá, Legis, 2011.

URBANEJA L., *Concepto sobre la teoría de la imprevisión en los contratos privados*, Caracas, Acienpol, discurso de incorporación, 27 de noviembre de1972.

URBINA MENDOZA E., *La teoría de la interpretación de los contratos y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, Acienpol, 2010.

URDANETA FONTIVEROS E., *El error, el dolo y la violencia en la formación de los contratos*, Caracas, Anciepol, 2010.

URDANETA FONTIVEROS E., « Contratos bajo presión: la disciplina de la vis compulsiva en la legislación venezolana », in *Homenaje a Aníbal Dominici*, Caracas, Liber, 2008, p. 109-168.

URDANETA FONTIVEROS E., *Régimen jurídico de la exceptio non adimpleti contractus*, Caracas, Acienpol, 2013.

URDANETA FONTIVEROS E., *El deber del acreedor perjudicado de evitar o mitigar el daño,* Caracas, RVLJ, 2016.

VIDAL OLIVARES A, « La carga de mitigar las perdidas del acreedor y su incidencia en el sistema de remedios por incumplimiento », in *Incumplimiento Contractual Resolución e Indemnización de Daños,* Colección de Textos de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

VIDAL OLIVARES A., « La carga de mitigar las pérdidas del acreedor », en Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), in Estudios de Derecho Civil III, Santiago, Legal

Publishing, 2008.

VIDAL OLIVARES A., « La noción de persona razonable en la compraventa internacional » in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Diez- Picazo,* t. II, Madrid, Thomson-Civitas, 2003.

ZAMBRANO VELAZCO J., *Teoría general de la obligación: parte general de las obligaciones,* Caracas, Arte, 1985.

E. Références en langue anglaise.

ANDREWS N., *Contract Law,* 2º ed. Cambridge University Press, 2015.

BEALE H. *Remedies for Breach of Contract*, London, Sweet & Maxwell, 1980.

BEALE H. (dir.), *Chitty on Contracts*, 31º ed., London, Sweet & Maxwell, 2015.

BEATSON J., BURROWS A., CARTWRIGHT J., *Anson's Law of Contract*, 29º ed., Oxford, OUP, 2010.

BENJAMIN, *Sale of goods*, 7º ed, London, Sweet & Maxwell.

BIRMINGHAM R., « Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency », 1970, 24 *Rutgers L. Rev. 273*.

BRIDGE M. G., « Mitigation of damages in Contract and the meaning of Avoidable Loss » (1989) 105 *LQR* 398, 399.

BURN E., CARTWRIGHT J., *Modern Law of Real Property*, 18º ed., Oxford, OUP, 2011.

BURROWS, HARRIS D., CAMPBELL D., HALSON R., *Remedies in Contract and Tort*, 2 ed., London, Butterworths, 2002.

CHIRELSTEIN M., *Concepts and case, Analysis in the study of the law of contracts*, 3º ed, New York, Foundation Press, 1998.

COHEN G. M., « The fault lines in contracts damages », (1984) *VA LR* 1225.

COOTER R., ULEN T., *Law and Economics, Californie,* Addison Wesley, 1997.

CORBIN A., *On Contracts*, St. Paul, Wests Publishing, 1964.

CORBIN A., « Conditions in the law of contracts », (Jun 1919) *The Yale law Journal,* Vol 28, Nº 8

COLLINS H., *The law of contracts*, London, Butterworth, 2003.

DOBBS D. B., *Law of Remedies*, 2º ed., St. Paul, West Publishing, 1993.

FEDTKE J., MAGNUS U., « Contributory negligence under German law », in *V.V. A.A. Unification of tor law, contributory negligence,* The Hague, Kluwer Law international, 2004.

ELLAND-GOLDSMITH M., « The mitigation of damages in English law », *RDAI* 1987, p. 349.

FARNSWORTH E. A., *Contracts,* 2º ed, New York, Aspen Publishers Inc., 1998.

FARNSWORTH E. A., YOUNG G., SANGER C., *Cases and materials contracts,* ed. 6º, New York, Foundation Press, 2001.

FARNSWORTH E. A. « Contracts Legal remedies for breach of contracts », (1970) 70 *Columb. LR* 1145.

FULLER L., PERDUE R., « The Reliance Interest in Contract Damages », (1936-1937) 46 *Yale LJ* 52 (Part. I), 373 (Part. II).

FURMSTOM, *Cheschire Fifoot & Furmstom's Law of Contract*. 2º ed., London, LexisNexis, 2003.

FOUCHARD Ph., GAILLARD E., GOLDMAN B., (Edited by E. GAILLARD and J. SAVAGE) *On International Commercial Arbitration,* Kluwer Law International, 1999.

GARDNER G. K., « An inquiry into the principles of law of contracts », (1932) *Harv. LR* 1.

GOETZ C. J., SCOTT R. E., « The mitigation principle: Toward a general theory of contractual obligations » 1983, 69 *Va. LR* 967.

HILLMAN R. A., *The richness of contract law. An analysis and Critique of Contemporary Theories of Contract Law*, Boston, Kluwer Academic Publishers, 1997, p. 561.

HILLMAN R. A., « Keeping the Deal Together After Material Breach-Common Law Mitigation Rules, the UCC, and the Restatement (Second) of Contracts », (1976), 47 *U. Colo. L. REV.* 555.

HARRIS D., OGUS A., PHILLIPS J., « Contract Remedies and the Consumer Surplus », (1979) 95 *LQR* 581.

HARRIS D., CAMPBELL D., HALSON R., *Remedies in contratcs & Torts,* London, Weidenfel & Nicolson, 1988.

HART L. A., HONORE T., *Causation in the law,* 2º ed., Oxford, Clarendon Press, 1985.

KRONMAN V., « Specific Performance », (1977-78) 45 *U. Chi. L. Rev.* 354

LITVINOFF, « Damages, Mitigation and Good Faith », (1999) 73 *Tul LR* 1161, spec., p. 1168.

LOKE A.F.H., « Cost of Cure or Difference in Market Value ? Toward a Sound Choice in the Basis for Quatifying Expectation Damages » 1996, 10 *JCL* 189.

MAYNE J. D., MCGREGOR H., *Mayne and McGregor on Damages*, London, Sweet & Maxwell, 1961.

MCCORMICK C., *Handbook on the law of damages,* 22º ed., Saint Paul, West Pub. Co., 1935.

MCKENDRICK E., *Contract Law*, 1º ed., London, Palgrave Macmillan, 2015.

MCKENDRICK E., *Contract Law, Text, Cases and Materials*, 1º ed., London, Oxford University Press, 2005

MCGREGOR H., *Damages,* 17º ed., London, Sweet & Maxwell, 2003.

MICELI T, *The economics of the law*, New York, Oxford University Press OUP, 1997.

MICHAUD A., *Mitigation damage in the context of remedies for breach of contract*, Canada, Revue Générale de Droit, 1984.

OGUS A., « Economic analysis and comparative law » in *Mélanges en l'honneur de Denis Tallon, D'ici d'alleiurs : harmonisation et dynamique du droit*, Paris, Societé de Legislation Comparée, 1999, p. 169.

PERILLO, CALAMARI and PERILLO, on Contracts, 5º éd., New York, Thomson-West, 2009.

SAIDOV D., *The Law of Damages in International Sales the CISG and other International Instruments,* Oregon, Hart Publishing, 2008.

TREITEL G. H., PEEL E., *The Law of Contract*, 13º ed., London, Sweet & Maxwell, 2011.

TREITEL G. H., *Remedies for breach of contract, Course of action open to a party aggrieved,* in *International Encyclopedia of comparative law,* Paris, Mouton The Hague and JCB Mohr (Paul Siebeck) Tubingen, 1976.

TREITEL G. H., *Remedies for Breach of Contract. A Comparative Account*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

WILLINSTON, *Treatise on the law of contracts,* vol. 3, by L. A. Lord Rochester, New York, West Group, 2000.

ULEN Th., « The efficiency of Specific Performance: Towards a Unified Theory of Contracts Remedies », in *Michigan Law Review* 1984.341

ZIMMERMANN R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 1996.

ZIMMERMAN R., WHITAKER S., (ed. by), *Good Faith in European Contract Law,* Cambridge, CUP, 2000.

Index Alphabétique

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

A

Abus de droit : 525 ; 526, 552, 568, 817

B

Bonne foi : 452 et s.
Breach of contract : 106 et s.
Anticipatory breach : 111 et s.

C

Clause Abusive : 349 et s.
Condition : 86 et s.
Causalité
-Lien de causalité : 413 et s
-Adéquate : 413 et s.
-Équivalence de conditions : 418 et s.
Conception volontariste du contrat : 349 et s.

D

Date d'évaluation du dommage : 197 et s ; 482 et s. ;
Dommage
-Direct. V. Lien de causalité
-Extrinsèque, Intrinsèque : 165 et s ; 409 et s.
-Prévisible : 407 et s.

E

Efficacité juridique, économique, du contrat : 12 et s.
Exception d'inexécution : 593 et s.
Exécution forcée en nature
-Primauté : 492 et s.
-Créancier : 504
-Juge : 520
-Débiteur : 543
-Limites : 530 et s.
Expectation interest
-Intérêt positif : 167
-Formule de calcul : 185 et s.

F

Faute de la victime : 434 et s.
Force obligatoire : 350 et s.

G

Hiérarchie des sanctions de l'inexécution : 62 et s ; 492 et s.

I

Inexécution
-Anticipée : V. *Breach*
-Grave : 729 et s.
-Essentielle : 755
Intérêt négatif : 210 et s.
Intérêt positif : 167 et s.

J

Justice
-Justice et utilité : 354 et s.
-Conception volontariste : 352 et s.

M

Modération du dommage
-Définition : 1 et s.
-Condition : 163 et s.
-Effets : 230 et s.
-Caractère raisonnable : 236 et s.
-Mesures raisonnables : 316 et s.
-Compatibilité : 362 et s.

O

Obligations
-*Entire, Severable* : 101 et s.
- Caractéristique : 185 et s.
- Moyens ou résultat : 452 et s.
Ordre public : 827 et s. ; 841 et s.

P

Perte
-Subie : V. *Expectation interest*
-Gain manqué : V. *Expectation interest*
-Perte de la valeur : V. *Expectation interest*
-Perte de l'avantage : V. *Expectation interest*
-Autres pertes : V. Dommages extrinsèques
-de marge ou de profite : V. *Expectation interest*
Prévisibilité du dommage : 407 et s.
Principes
-Liberté contractuelle : 351
-Force obligatoire : 350 et s.
-Relativité du contrat : 354
-Sécurité du contrat : 354 et s.
-Loyauté contractuelle : V. Bonne foi.
-Substitution : 321 et s.
-Interruption : 281 et s.
-Primauté exécution en nature : 492 et s.
Proportionnalité : 283, 531 et s.

R

Raisonnable : 238 et s.
Remplacement
-Substitution du contrat : 577 et s. ; 671 et s.
-Remplacement de la prestation : 696 et s.
Réparation intégrale : 361 et s.
Reliance interest : V. Intérêt négatif
Restitution interest : V. intérêt négatif
Résolution
-Judiciaire : 579 et s.
-Exceptionnelle : 608 et s.
-Interest positif : 662
-Restitution : 671 et s.

S

Sanctions
-Liberté de choix : 492 et s.
-Hiérarchie : V. dommage ; 62 et s, 492 et s. ; 820

Table de matières

Liste des principales abréviations 6

Sommaire 11

Introduction 13

Première Partie

LES SPÉCIFICITÉS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE DANS LA CONCEPTION UTILITARISTE DU CONTRAT 38

Titre I

LES CONDITIONS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE DANS LES SYSTÈMES UTILITARISTES 40

Chapitre I

CONDITION EXTERNES. (L'INEXÉCUTION DU CONTRAT) 42

Section I

CONDITIONS GÉNÉRALES : REMÈDES ET SANCTIONS A L'INEXÉCUTION DU CONTRAT 43

§ 1. Compenser l'inexécution au lieu de contraindre l'exécution 43

§ 2. Hiérarchie de l'indemnisation des dommages 46

1. Le principe 46

2. La portée du principe 48

3. La portée du principe dans le droit international 51

§ 3. Pouvoir du juge d'apprécier le quantum du dommage et le caractère adéquat des remèdes 52

Section II

CONDITIONS PARTICULIÈRES : EXCUSES LÉGALES ET RÉSOLUTION 55

§ 1. Excuses du créancier d'exécuter la prestation à sa charge en cas d'inexécution 56

1. Les *promissory conditions* dans la *common law* of contracts 58

2. *Severable* and *entire* obligations et l'obligation de modérer le dommage 62

§ 2. Résolution unilatérale du contrat, inexécution résolutoire et réparation de l'intérêt positif 64

1. *Breach of contract* 64

2. L'inexécution anticipée du contrat. *Anticipatory Breach of Contract* 66

3. Résolution unilatérale du contrat 72

Chapitre II

CONDITIONS INTERNES. (LE DOMMAGE RÉPARABLE) 87

Section I

L'INTÉRÊT POSITIF. LA PERTE DE L'AVANTAGE OU *EXPECTATION INTEREST* 89

§ 1. Particularités de la formule de calcul de l'intérêt positif ou expectation loss 91

1. Particularités des critères d'évaluation de l'expectation loss. Le coût pour compléter la prestation ou la diminution de la valeur 92

2. La formule de la perte de l'avantage attendu ou expectation interest 99

3. Le préjudice direct et le préjudice collatéral 101

§ 2. La date du calcul du dommage 103

1. La règle et les exceptions 104

2. Implications 109

Section II

L'INTÉRÊT NÉGATIF. LE *RESTITUTION INTEREST* ET LE *RELIANCE INTEREST* 112

§ 1. La protection du restitution interest 116

§ 2. Protection du reliance interest 118

Titre II

LES EFFETS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE CONTRACTUEL DANS LA *COMMON LAW* ET LE DROIT INTERNATIONAL 122

Chapitre I

LES CRITÈRES DU CARACTÈRE RAISONNABLE DES MESURES ET DU REMBOURSEMENT 125

Section I

LES CRITÈRES DU CARACTÈRE RAISONNABLE DES MESURES 125

§ 1. La notion du carcatère raisonnable des mesures de modération 126

§ 2. Les critères des mesures raisonnables de modération 134

Section II.

REMBOURSEMENT DES MESURES RAISONNABLES 139

§ 1. Le coût de la mesure doit être inférieur au coût des dommages prévisibles que le créancier cherche à éviter 140
§ 2. Le coût raisonnable correspond au coût optimal 142
§ 3. La mesure permet d'éviter les dommages réparables résultant de l'inexécution 145
§ 4. Mesures au-delà de ce qui est nécessaire pour être raisonnable 147

Chapitre II
LES MESURES RAISONNABLES DE MODÉRATION 149

Section I
LE PRINCIPE D'INTERRUPTION ET DE SUBSTITUTION 151
§ 1. Le principe d'interruption 151
§ 2. Le principe de substitution 156
§ 3. Limitations au principe de substitution 165
1. Inexécution substantielle 165
2. Caractère raisonnable de la substitution 166
3. Absence de marché de substitution disponible 167
4. La détermination du marché de substitution 169
5. Perte du volume (loss in volume) 169

Section II
MESURES RAISONNABLES AU DELÀ DU PRINCIPE DE SUBSTITUTION 171
§ 1. Cas d'inexécution grave et absence de marché de substitution 172
1. Confirmation ou résolution du contrat 172
2. Arrêter les coûts de la prestation collatérale 173
3. Acceptation de l'offre de correction du débiteur 176
4. L'acceptation du créancier d'une prestation différente offerte par le débiteur 177
§ 2. Mesure raisonnable en cas d'inexécution partielle ou défectueuse 179

Conclusion de la première partie 183

Seconde partie

INCOMPATIBILITÉS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE AVEC LA CONCEPTION VOLONTARISTE DU CONTRAT 189

Titre I

INCOMPATIBILITES DES CONDITIONS DE L'OBLIGATION DE MODERER LE DOMMAGE 194

Chapitre I

LES INCOMPATIBILITÉS AVEC LE PRINCIPE DE LA RÉPARATION INTÉGRALE DU DOMMAGE 196

Section I

LE PRINCIPE DE LA REPARATION INTEGRALE DU DOMMAGE. ELEMENTS COMPATIBLES 196

Section II

LES INCOMPATIBILITÉS 203

§ 1. Le refus de la limite de l'obligation de modérer le dommage par la jurisprudence: approche historique 205

1. Droit romain 205

2. L'ancien droit en France 207

3. Le Code Civil français de 1804 212

4. Interprétation actuelle de la jurisprudence 215

§ 2. L'admission de l'obligation de modérer le dommage par la doctrine : approche critique 222

1. Les mécanismes proposés 222

2. Le principe de bonne foi et l'obligation de modérer le dommage 242

3. Analyse critique de la bonne foi comme fondement juridique de l'obligation de modérer le dommage 248

§ 3. Date du calcul du dommage. compatibilité ? 258

CHAPITRE II

INCOMPATIBILITÉS AVEC LE PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE 263

Section I

LE PRINCIPE DE LA PRIMAUTÉ DE L'EXÉCUTION FORCÉE EN NATURE.

Approche historique 265

Section II

LA PORTÉE DU PRINCIPE ET LES INCOMPATIBILITÉS AVEC L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE 269

§ 1. La portée du principe pour le créancier 269

1. La hiérarchie de l'exécution forcée en nature 269

2. La spécificité du droit vénézuélien 270

3. Liberté de choix des sanctions et l'obligation de modérer le dommage 274

§ 2. La portée du principe par rapport au juge 280

1. La problématique 280

2. Le nouveau droit français des contrats. La disproportion manifeste entre le coût pour le débiteur et l'intérêt du créancier 283

§ 3. La portée du principe par rapport au débiteur 289

1. Le droit du débiteur de se libérer en nature 289

2. La vrai portée du principe de la primauté à l'égard du débiteur 292

3. Le droit français issu de la réforme 295

Titre II

INCOMPATIBILITÉS DES EFFETS ET TECHNIQUES DE LA MODÉRATION DU DOMMAGE 302

Chapitre I

LES INCOMPATIBILITÉS DES MESURES DE SUBSTITUTION 303

Section I 304

LA SUBSTITUTION DU CONTRAT 304

§ 1. Le caractère judiciaire de la résolution du contrat 305

1. La résolution judiciaire en droit vénézuélien 306

2. La résolution unilatérale dans le système du code civil français et du droit de la réforme 313
§ 2. Le caractère exceptionnel de la résolution 321
1. La gravité de l'inexécution selon l'interprétation volontariste 322
2. L'approche fonctionnelle de la résolution 334
3. La gravité de l'inexécution en tant que condition légale de la résolution dans la reforme du droit des contrats en France 346
§ 3. Le principe de substitution, la résolution du contrat et l'indemnisation des dommages positifs 350
1. L'incompatibilité apparente dans le système du code civil en dépit de l'admission générale dans d'autres ordres juridiques et de *soft law* 350
2. Le débat en droit français 355

Section II

LE REMPLACEMENT DE LA PRESTATION. 368
§ 1. Le code civil de 1804 et le droit vénézuélien 368
§ 2. Le droit issu de la réforme 371
1. Source et fondement du remplacement de la prestation dans le droit issue de la réforme 371
2. Appréciation critique 375
3. Vers autre interprétation de l'article 1222 du Code civil 378
4. Compatibilité avec l'obligation de modérer le dommage 387

Chapitre II

INCOMPATIBILITÉS DES EFFETS ET TECHNIQUES DE MODÉRATION DU DOMMAGE AU-DELÀ DES MESURES DE SUBSTITUTION 397

Section I

MESURES RAISONNABLES AU-DELÀ DES MESURES DE SUBSTITUTION 397
§ 1. Mesures compatibles avec l'interprétation volontariste du code civil et le droit de la reforme 398
§ 2. Mesures dont la compatibilité avec la conception volontariste n'est pas évidente 406

Section II

INCOMPATIBILITÉS ENTRE LES EFFETS DE L'OBLIGATION DE MODÉRER LE DOMMAGE ET L'ORDRE PUBLIC DE PROTECTION 422

§ 1. Incompatibilités avec la réparation de dommages a l'intégrité physique 422

§ 2. Incompatibilités avec l'ordre public de protection de la partie faible dans les contrats d'adhésion, le droit de la consommation et le droit commercial 428

Conclusion de la seconde partie 436

Conclusion générale 441

Bibliographie 444

Index Alphabétique 467

Table de matières 470

Résumé :

L'obligation de modérer le dommage en matière contractuelle, devoir ancré sur le principe d'efficacité économique propre des systèmes de *common law*, a du mal à trouver une justification positive dans les systèmes du droit continental fondés sur une conception volontariste du contrat et sur le principe de la réparation intégrale du dommage, tel que le français et le vénézuélien. Cependant, la transposition des dispositifs fondés sur le principe d'efficacité économique sont de plus en plus nombreux dans les pays de droit continental, dans les principes *soft law* et même dans la réforme du droit français. La thèse propose de réaliser une analyse critique du droit des contrats en France et au Vénézuela et de déterminer la compatibilité de l'obligation de modérer le dommage, modelée par le *common law* en tant qu'outil de l'efficacité économique du contrat, avec les systèmes fondés sur une interprétation volontariste du contrat.

Descripteurs :

Obligation de modérer le dommage, contrats, inexécution, dommages-intérêts, limite du préjudice contractuel indemnisable.

Title and Abstract:

L'obligation de modérer le dommage en matière contractuelle

(Étude critique en droits français et vénézuélien)

Keywords:

Duty to mitigate, avoidable loss, contractual damage, contracts, breach, limits to damage compensation.

Nota : cette page, dernière de couverture, sera retournée avant reliure.