



UNIDROIT 1986
Study L - Doc. 36
(English - French)

U n i d r o i t

INTERNATIONAL INSTITUTE FOR THE UNIFICATION OF PRIVATE LAW

PRINCIPLES FOR INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Chapter 6 : NON-PERFORMANCE

Section (x) : Damages

(Draft Rules and Explanatory Report
prepared by Professor Denis Tallon,
Centre National de la Recherche
Scientifique - Institut de Recherches
Juridiques Comparatives, Paris - Ivry)

Rome, September 1986

Observations préliminaires

Il peut être utile à une meilleure compréhension de l'avant-projet de réglementation des dommages-intérêts, en cas d'inexécution du contrat, de donner quelques précisions sur la méthode suivie et sur les difficultés rencontrées par le rapporteur.

1. Celui-ci est parti d'un certain nombre de matériaux en provenance des différents systèmes juridiques et de textes internationaux tels que la CIVM et la LUVI. Les solutions proposées sont celles qui lui ont semblé à la fois le mieux convenir aux rapports commerciaux internationaux et ne pas heurter trop brutalement les spécificités nationales.

2. Les législations consultées se situent entre deux pôles : un très large pouvoir laissé aux juges pour déterminer le montant des dommages-intérêts ou une réglementation minutieuse. Il est proposé d'adopter une solution moyenne, c'est-à-dire d'établir des règles suffisamment précises pour éviter une trop grande marge d'arbitraire dans l'évaluation des dommages-intérêts, mais aussi suffisamment souples pour donner aux juges un certain pouvoir d'appréciation afin de permettre l'adaptation de ces règles à des situations de fait extrêmement dissemblables. Une réglementation, aussi loin qu'elle aille dans les détails, ne peut couvrir rigoureusement toutes les situations de fait qui peuvent se présenter.

La réglementation proposée comporte ainsi 21 articles, 17 pour les règles de droit commun, 2 sur les clauses relatives aux dommages-intérêts (v. le plan).

3. Les textes proposés doivent s'insérer dans un ensemble et il est difficile de traiter des règles relatives aux seuls dommages-intérêts en l'absence d'indications sur les autres remèdes (exécution en nature, résolution du contrat). Certains des textes proposés (aussi les art. 2, 9, 10, 14) peuvent d'ailleurs s'appliquer à d'autres remèdes que les dommages-intérêts. Il est aussi des questions communes de hiérarchie et de combinaison des moyens qui devront être tranchées. Aussi convient-il de considérer ces textes comme une première ébauche qu'il faudra reprendre lorsque l'ensemble de la partie consacrée aux remèdes aura été préparé.

4. Le rédacteur s'est aussi souvent heurté à la question très délicate des rapports entre les dommages-intérêts en cas d'inexécution du contrat et les dommages-intérêts en cas de responsabilité délictuelle. Les droits nationaux présentent en effet des divergences sensibles allant d'une identité quasi-complète à des régimes assez diversifiés. Cette variété de situations peut être la conséquence de positions différentes sur les rapports entre la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle. Lorsqu'un droit national présente des différences importantes dans l'évaluation des dommages-intérêts délictuels et contractuels et que le créancier déçu a le choix entre la voie délictuelle et la voie contractuelle, il pourra exercer ce choix de façon à bénéficier des règles les plus avantageuses pour le calcul des dommages-intérêts dans le cas particulier. Cette possibilité lui sera refusée là où n'existe pas l'option. Il faudra alors réfléchir à la question de savoir si l'adoption des règles UNIDROIT - quelle que soit la façon dont elle se fera - laisse ou non subsister la voie délictuelle et si un texte doit être élaboré à cet effet, ceci afin d'éviter que ces règles ne soient tournées par le choix du créancier en faveur de la voie délictuelle.

En attendant, l'autonomie des règles relatives aux dommages-intérêts contractuels a été retenue comme hypothèse de travail.

Sur ce point encore, une révision des textes sera ultérieurement nécessaire.

Denis TALLON

SECTION I - Règles de droit commun

- Art. 1er : Droit aux dommages-intérêts
- Art. 2 Exigence d'une notification préalable
- Art. 3 Dommages-intérêts symboliques
- Art. 4 Principe de la réparation intégrale du préjudice
- Art. 5 Certitude du préjudice
- Art. 6 Prévisibilité du préjudice
- Art. 7 Preuve du préjudice : principe
- Art. 8 A Preuve du préjudice en cas de remplacement
- Art. 8 B Preuve du préjudice par référence au prix courant
- Art. 9 Non-respect par le créancier de ses propres obligations
- Art. 10 Obligation de limiter le préjudice
- Art. 11 Réparation du préjudice non matériel
- Art. 12 Réparation du préjudice résultant du non-paiement d'une somme d'argent
- Art. 13 Libre choix par le juge des modalités de la réparation en argent
- Art. 14 Date d'évaluation du préjudice
- Art. 15 Préjudice évalué en monnaie étrangère
- Art. 16 Intérêt des dommages-intérêts

SECTION II - Clauses relatives aux dommages-intérêts

- Art. 17 Clauses limitatives ou exclusives de responsabilité
- Art. 18 Clauses pénales et dommages-intérêts libératoires

Section I

(Règles de droit commun)

Article 1 (Droit aux dommages-intérêts)

1. Toute inexécution d'une obligation imputable au débiteur peut donner lieu à des dommages-intérêts au profit du créancier.

2. Les dommages intérêts ont pour objet de réparer le préjudice résultant directement du retard dans l'exécution, de l'exécution défectueuse, de l'inexécution totale ou partielle, soit à titre exclusif, soit en complément d'une autre sanction.

Article 1 (Right to damages)

1. Every breach of an obligation for which the defaulting party is liable gives the aggrieved party a right to damages.

2. The object of an award of damages is to give the aggrieved party compensation for the loss or injury which resulted directly from the delayed or defective performance, non-performance or part performance of the defaulting party. The damage award may be either exclusive or in conjunction with other remedies.

Article 2 (Exigence d'une notification préalable (mise en demeure = notice of default))

1. Le droit à dommage-intérêt naît:

- a) lorsqu'une date ferme a été fixée pour l'exécution, à l'arrivée de cette date;
- b) lorsqu'est arrivé le moment auquel l'exécution aurait normalement dû être effectuée (notamment par référence aux usages et aux relations antérieures des parties), au jour où le créancier a notifié par tous moyens sa volonté d'obtenir l'exécution immédiate du contrat.

2. Il n'est pas besoin de notification et le droit à dommages-intérêts est acquis lorsqu'il est certain que l'exécution ne pourra avoir lieu ou qu'elle n'aura plus d'intérêt pour le créancier.

3. Si le débiteur a obtenu du créancier un délai supplémentaire raisonnable pour l'exécution de ses obligations en vertu de l'article X, il conserve néanmoins, conformément à l'alinéa 1er du présent article, le droit de demander des dommages-intérêts pour le retard dans l'exécution.

Article 2 (Formal notice of default)

1. The right to damages accrues:

- a) upon the arrival of the date fixed for the performance of the contract, when that date has been made mandatory, or
- b) when, if no such date has been fixed, the contract normally would have been performed (with reference particularly to usage of trade and course of dealing), if at that time the aggrieved party has used all reasonable means to notify the defaulting party of his demand for the immediate performance of the contract.

2. No notice is required where it is certain that the contract will not be performed or if its performance will no longer benefit the aggrieved party.

3. If the aggrieved party gives the defaulting party a reasonable extension for his performance of the contract in accordance with article X, he does not thereby waive his right to claim damages for such delay pursuant to subsection 1 of this article.

Article 3 (Dommages-intérêts symboliques)

Le juge peut condamner le débiteur à des dommages-intérêts symboliques lorsque le montant du préjudice ne peut être suffisamment déterminé faute de preuve.

Article 3 (Nominal damages)

The judge may award nominal damages when the amount of loss cannot be sufficiently proved.

Article 4 (Principe de la réparation intégrale du préjudice)

1. Le créancier a droit à la réparation intégrale du préjudice subi. Les dommages-intérêts qui lui sont dus sont équivalents à la perte qu'il a faite et au gain dont il a été privé du fait de l'inexécution du contrat, après déduction des avantages qu'il a pu retirer de cette inexécution.

2. La perte subie consiste dans la diminution de l'actif du patrimoine du créancier ou dans l'augmentation de son passif. Elle peut aussi être non-matérielle et résulter par exemple de la souffrance physique ou morale.

3. Le gain manqué est celui qu'aurait réalisé le créancier avec un degré de probabilité suffisant si l'évènement qui a causé le préjudice n'était pas survenu. (Autre formule possible : si le contrat avait été normalement exécuté).

Article 4 (Principle of reparation)

1. The aggrieved party is entitled to complete compensation for damage suffered. Such damage is equivalent to both the actual loss which he incurred from the breach and the gain of which he was deprived, taking into account all benefit which the aggrieved party did in fact reap on account of the breach.

2. The actual loss consists either of a decrease in the aggrieved party's assets or of an increase in his liabilities. Such loss may be non-pecuniary, for example, physical or emotional distress.

3. The lost gain is that which the aggrieved party would have realized with a sufficient degree of probability if the event which caused the damage had not occurred.

Article 5 (Certitude du préjudice)

Ne peut être réparé que le préjudice établi avec certitude; le préjudice futur, bien que n'étant pas réalisé immédiatement, est certain lorsqu'il se produira nécessairement à l'avenir. Peut aussi être réparée la perte d'une chance, dans la mesure de la probabilité de sa réalisation.

Article 5 (Certainty of damage)

Compensation will be made only for damage that is certain. Damage which has not yet accrued is certain if it will necessarily occur in the future. Compensation may also be due for the loss of a chance insofar as it will probably occur.

Article 6 (Prévisibilité du préjudice)

1. La partie en défaut est tenue du seul préjudice qui a été prévu ou qui aurait pu l'être au moment de la conclusion du contrat, compte tenu:

- a) du cours ordinaire des choses ou
- b) des circonstances particulières que la partie en défaut aurait dû connaître.

2. Les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas en cas de faute lourde ou de dol de la partie en défaut.

Article 6 (Foreseeability of damage)

1. The defaulting party is liable only for that damage which he had reason to foresee when the contract was made, taking into account:

- a) the ordinary course of events, or
- b) the special circumstances which he had reason to know.

2. This provision does not apply where the breach is deliberate or reckless.

Article 7 (Preuve du préjudice: principe)

La preuve de l'existence et du montant du préjudice incombe au créancier et peut être faite par tous moyens, sous réserve de ce qui sera dit aux articles 8, 9 et à l'article 12.

Article 7 (Proof of damage: principle)

The aggrieved party bears the burden of proof with respect to the existence and amount of damage; such proof may be made by any means subject to articles 8, 9 and 12.

Article 8A (Preuve du préjudice en cas de remplacement)

Lorsque, par suite de l'inexécution du débiteur, le créancier a reçu une prestation de remplacement, le préjudice est présumé être de la différence entre le prix prévu au contrat et celui de la prestation de remplacement. Tout préjudice supplémentaire doit être prouvé.

Article 8A (Proof of damage in case of cover)

When, as a result of the breach by one party, the aggrieved party receives cover, the damage is presumed to be the difference between the price fixed by the contract and that of the cover. All additional damage must be proved.

Article 8B (Preuve du préjudice par référence au prix courant)

1. Lorsque la prestation non exécutée par son débiteur n'a pas été remplacée et possède un prix courant, le préjudice est présumé être de la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant:

- au jour de la réparation volontaire ou du jugement (1ère possibilité)
- au jour de l'inexécution (2ème possibilité)

2. Par "prix courant", selon la présente loi, il faut entendre tout prix déterminé par la référence soit à un tarif officiel, soit à un prix fixé en bourse ou sur tout autre marché organisé.

3. Le prix courant est celui du lieu où la prestation aurait dû être effectuée ou, à défaut de prix courant en ce lieu, le prix courant pratiqué en un autre lieu qu'il apparaît raisonnable de prendre comme lieu de référence, en tenant compte des différences dans les frais de transport affectant la prestation à effectuer.

4. Tout préjudice supplémentaire doit être prouvé.

Article 8B (Proof of damage by market price)

1. When the aggrieved party has not received cover and the performance for which the defaulting party is liable has a market price, the damage is presumed to be the difference between the contract price and the market price:

- as of the date of voluntary payment or of judgment (1st possibility)

- as of the date of non-performance (2nd possibility)

2. "Market price" means any price determined by reference either to an official price list or to a price fixed on the Stock Exchange or by any other established commodity market.

3. The market price is that of the situs where the contract should have been performed or, for lack of a market price there, the market price of another situs that appears reasonable to take as a reference, taking account of the difference in transport charges for the performance.

4. All additional damage must be proved.

Article 9 (Non respect par le créancier de ses propres obligations)

Lorsque le préjudice est partiellement dû au non respect par le créancier de ses propres obligations, son droit à réparation peut être réduit en fonction du comportement respectif des parties.

Article 9 (Effect of aggrieved party's non-performance)

When the damage is partially due to the aggrieved party's failure to fulfill his own obligations, his damage award may be reduced, in accordance with the respective behaviour of the parties.

Article 10 (Obligation de limiter le préjudice)

1. La partie qui réclame des dommages-intérêts doit prendre toutes mesures raisonnables, compte tenu des circonstances, pour éviter l'aggravation du préjudice.

2. A défaut, ces dommages-intérêts sont réduits d'un montant égal à la perte qui aurait dû être évitée.

Article 10 (Mitigation of damage)

1. The aggrieved party must take all reasonable measures under the circumstances to mitigate his damage.

2. If such measures are not taken, his damage award will be reduced by the amount which should have been avoided.

Article 11 (Réparation du préjudice non-matériel)

1. Le juge peut décider de la réparation du préjudice non-matériel par l'attribution de dommages-intérêts ou par tout autre moyen.

2. Le préjudice non-matériel peut faire l'objet d'une réparation dès lors qu'il est certain. Le juge détermine le montant et décide des modalités de réparation conformément à ce qui est équitable compte tenu des circonstances.

Article 11 (Compensation for non-pecuniary damage)

1. The judge may redress non-pecuniary loss, if certain, by an award for damages or by any other means.

2. The judge determines the amount of the damage award or the terms and conditions of other redress according to what is equitable under the circumstances.

Article 12 (Réparation du préjudice résultant du non paiement d'une somme d'argent)

1. Si une partie ne paye pas une somme d'argent à l'échéance, le créancier peut, sans avoir à justifier d'aucun préjudice, réclamer les intérêts de cette somme du jour de l'échéance ou de la notification, par application de l'article 2.

2. En l'absence de convention contraire, le taux sera le taux légal; à défaut de taux légal, le taux sera le taux bancaire moyen de base à court terme consenti dans la monnaie de paiement au lieu de paiement.

3. Le créancier peut néanmoins réclamer des dommages-intérêts complémentaires s'il peut prouver que le non paiement lui cause un préjudice supérieur au montant des intérêts.

Article 12 (Damages for failure to pay off a monetary debt)

1. If a party does not pay off a monetary debt when it falls due, the aggrieved party may, without having to justify any loss, ask for interest upon that sum from the date of maturity or notice, by application of article 2.

2. In the absence of a contrary agreement, the rate of interest shall be the legal rate; in the absence of a legal rate, it shall be the average bank short-term lending rate to prime borrowers prevailing for the currency of payment at the due place of payment.

3. The aggrieved party may nevertheless ask for additional damages if he can prove that the non-payment caused him a loss greater than the amount of interest.

Article 13 (Libre choix par le juge des modalités de la réparation en argent)

1. Le juge est libre de déterminer la forme de la réparation en argent (sans être lié par la demande du créancier).

Il peut décider que les dommages-intérêts seront versés en une seule fois ou feront l'objet de versements périodiques et fixer les modalités du paiement.

2. Lorsque le juge condamne au versement d'une rente, il peut assortir celle-ci d'une indexation.

Article 13 (Judicial determination of the terms and conditions of monetary redress)

1. The judge freely determines the form of monetary redress (without being bound by the aggrieved party's request). He may order that damages be paid in lump sum or in installments and he may fix the terms and conditions of such payment.

2. When the judge orders that damages be paid in installments, he may index the payments.

Article 14 (Date d'évaluation du préjudice)

1. L'appréciation de l'étendue du préjudice ainsi que son évaluation en argent se font au jour de la décision judiciaire définitive.

2. L'aggravation du préjudice postérieure à ce jour peut faire l'objet d'une demande nouvelle en dommages-intérêts.

Article 14 (Date at which damages are determined)

1. The extent and the amount of damages are to be determined as of the date of the final judgment..

2. A new request for damages may be made for subsequent aggravation of the injury.

Article 15 (Préjudice évalué en monnaie étrangère)

Lorsque l'un des éléments du préjudice consiste en une dépense faite dans une monnaie étrangère, le juge peut accorder des dommages-intérêts évalués en cette monnaie; le taux de conversion pour le paiement est celui du jour du jugement.

Article 15 (Damages evaluated in foreign currency)

When an element of the loss consists of an expenditure made in foreign currency, the judge may award damages valued in such currency; the exchange rate for the payment shall be that of the date of the judgment.

Article 16 (Intérêts des dommages-intérêts)

Sauf clause contraire, les dommages-intérêts ne portent d'intérêts qu'à partir du jour où ils ont été réclamés en justice.

Article 16 (Interest)

Unless otherwise agreed, interest accrues on damages only after the suit is filed.

Section II

(Clauses relatives aux dommages-intérêts)

Article 17 (Causes limitatives ou exclusives de responsabilité)

Les parties peuvent convenir à l'avance de limiter ou d'exclure leur responsabilité en cas d'inexécution d'une ou de plusieurs de leurs obligations, à la condition que cette inexécution ne soit pas intentionnelle ou ne résulte pas d'une faute lourde de la partie en défaut ou des personnes dont elle doit répondre.

Article 17 (Exemption clauses)

The parties may agree in advance to limit or to exclude their liability for the non-performance of one or more obligations where the non-performance by the defaulting party or by the persons for whose acts he is liable is deliberate or reckless.

Article 18 (Clauses pénales et dommages-intérêts libératoires)

1. Les parties peuvent convenir à l'avance de la somme qui sera due en cas d'inexécution à titre de dommages-intérêts.

2. Si cette somme est d'un montant manifestement excessif par rapport au préjudice normalement prévisible lors de la conclusion du contrat, le juge pourra la réduire à un montant convenable; toute convention contraire est nulle.

3. Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, le montant sera réduit à proportion de l'intérêt que cette exécution a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

4. Si la somme convenue est inférieure au préjudice subi, la clause sera soumise aux règles relatives aux clauses limitatives de responsabilité.

5. Ces règles s'appliquent à la clause par laquelle la partie lésée est autorisée à conserver, à titre de dommages-intérêts, les sommes déjà versées en acompte sur le prix.

Article 18 (Penalties and liquidated damages)

1. The parties may agree in advance to the amount which will be due once the aggrieved party has established his right to recover damages.

2. If this amount is manifestly excessive with respect to the actual damage, the judge may reduce it; all contrary agreements are void.

3. When the contract has been partially performed, the agreed sum will be reduced in proportion to the benefit that the aggrieved party received from the partial performance, without prejudice to subsection 2 .

4. If the agreed sum is less than the actual damage, the article relating to clauses limiting liability shall apply.

5. These rules also apply where the aggrieved party is authorized to retain as damages the installments already received.

RAPPORT EXPLICATIF - EXPLANATORY REPORT

Principaux textes de référence et abréviations.

Abréviations

- BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (RFA)
- CCA : Code Civil Algérien
- CCF : Code Civil Français
- CCIT : Code de Commerce International Tchécoslovaque
- CCP : Code Civil Polonais
- CIVM : Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de Marchandises.
- CJS : Corpus juris secundum (USA)
- CO sénégalais : Code des obligations Sénégalais
- GIW : Gesetz über die internationale Wirtschafts-verträge (RDA)
- HGB : Handelsgesetzbuch (RFA)
- LUVI : Loi Uniforme sur la vente Internationale des objets mobiliers corporels
- NCCN : Nouveau Code Civil Néerlandais
- SCSGA : Loi Scandinave sur la vente
- R2C : Restatement Second contracts(USA)

Ouvrages de références

France:Encyclopédie Dalloz V. Dommages et Intérêts
WEIL et TERRE "Les obligations" revue Dalloz 2e Ed. 1975
Jurisprudence de la Cour de Cassation.

Grande-Bretagne: Mac GREGOR "On damages" 14e Ed. 1980.
OGUS "The Law of Damages 14e Ed. 1973.
Sales of Goods Act. (1893)
Law Reform (Miscellaneous provisions) Act. 1934
Law Reform (Contributory Negligence) Act. 1945
RFA:PALANDT,Commentaire du BGB (Vol.7) 1981.

Section I
(Règles de droit commun)

Article 1

Textes de référence

- Les solutions retenues sont celles qui sont exprimées dans différents codes :

CCF, art. 1142, 1147 et jurisprudence

NCCN, art. 6.1.8.1 et 6.1.9.9

CCP, art. 363

CCIT, art. 230

CIVM, art. 45 et 61

Corrélation

- art. 4, 5 et 7

Justifications

- Ce texte a une valeur introductive. Il pourrait d'ailleurs être modifié ou déplacé en fonction de l'ordonnancement retenu en définitive pour la présentation des différentes sanctions. Il ne prend pas parti sur la hiérarchie possible entre les différents remèdes.

- Le droit aux dommages-intérêts est indépendant de la notion de faute. Toute inexécution imputable au débiteur (c'est-à-dire dont il ne peut s'exonérer par la preuve de la force majeure) engendre ce droit, sans qu'il soit nécessaire à l'autre partie de prouver une faute distincte de cette inexécution.

- Comme le souligne le terme "directement", il doit exister un lien de causalité suffisamment étroit entre l'inexécution et le préjudice.

- Les dommages-intérêts sont subordonnés à l'existence d'un préjudice (v. art. 5) ; la notion de nominal damages (dommages-intérêts symboliques) n'est retenue que dans la mesure où il existe un préjudice. Le texte, en définissant les différentes catégories de préjudices, donne indirectement la définition des dommages-intérêts compensatoires et des dommages-intérêts moratoires.

- Le second alinéa refuse d'admettre les dommages-intérêts punitifs ou à titre de peine privée, ignorés de la plupart des systèmes ou limités à des cas de responsabilité délictuelle.

Article 2

Textes de référence

CCF, 1139 et 1146
BGB, § 284
NCCN, art. 6186. et 6187.

CCP, art. 476-477

CCIT, art. 229
Sc.SG.A, 27

LUVI = 60

CIVM = 59

Corrélations

- avec l'art. 12
- avec la théorie des risques (responsabilité pour perte d'un corps certain par cas de force majeure);
- avec le système du "nachfrist".

Justifications

1) La solution adoptée est un compromis, utilisé par le BGB et le C. civ. polonais, entre l'application du principe Dies interpellat pro homine (que l'on trouve notamment dans la CIVM) et l'exigence formelle d'une mise en demeure (système français). Il est apparu que l'exigence d'une mise en demeure n'est pas nécessaire lorsqu'un délai a été fixé de façon ferme et que les parties ne peuvent avoir de doute sur l'exigence de son respect strict. Lorsqu'il n'en est pas ainsi, l'exigence de la bonne foi contractuelle, la nécessité d'avoir une preuve certaine de l'inexécution imposent que le créancier manifeste sans équivoque qu'il entend obtenir satisfaction. La manifestation de sa volonté est exempte de toute forme. Cependant, la mise en demeure n'est pas nécessaire lorsque son but principal - obtenir l'exécution de l'obligation - ne peut plus être atteint : cas de l'impossibilité totale d'exécution (par exemple le corps certain qui devait être donné en location a été détruit du fait du débiteur) ou de l'exécution devenue sans intérêt pour le créancier (robe de mariée livrée après le mariage).

2) Il a été jugé utile de combiner le système ainsi prévu avec le système du "nachfrist", s'il est adopté par ailleurs.

Article 3

Textes de référence :

- France, A. Weil et Terré, "Les obligations", § 388
- R2C - § 346
- Mac Gregor, "On Damages", § 302 et s.
- C.C.A. - art. 184
- CO Suisse - art. 42

Corrélations

- Cet article est en corrélation avec les articles 1 et 2.

Justifications :

Les "nominal damages" sont, dans les pays de Common Law, alloués dans deux hypothèses :

- a) lorsqu'il y a eu inexécution sans qu'il y ait de préjudice;
- b) lorsqu'il y a eu inexécution et préjudice mais que le créancier ne peut pas prouver le montant du préjudice.

- La première hypothèse ne peut être retenue car elle heurterait directement le principe admis dans la plupart des autres systèmes de droit (voir article 1). La réparation par dommages-intérêts vise à faire entrer dans le patrimoine du créancier une valeur égale à celle dont il a été privé, en vue de compenser le préjudice subi.

- Il est en revanche possible de retenir le deuxième cas et de proposer, lorsqu'il y a eu inexécution et préjudice, que le débiteur puisse être condamné de façon symbolique, même si le créancier ne peut prouver de façon suffisante le montant de ce préjudice. C'est l'équité qui peut justifier une pareille solution. Elle constitue, en outre, un moyen pour le juge de ne pas rejeter une action intentée à la suite d'un préjudice réellement subi.

Article 4

Textes consultés :

art. 1149 CCF
art. 249 et 252 BGB
art. 6.1.9.2, 6.1.9.5., 6.1.9.7. et 6.1.9.10 NCCN
Ogus p. 290 et suivantes (droit anglais)
§ 2714 et 2715 UCC
§ 344, 347 et 349 R2C
art. 361, § 2, 440, 444 et 446 CCP

art. 44.2 C.O. Suisse
art. 134, al. 1, CO sénégalais
art. 182, al.2, CCA
art. 82 LUVI
art. 74 CIVM

Corrélations :

art. 5 certitude du dommage
art. 6 prévisibilité du dommage
art. 9 incidence du non-respect par le créancier de
ses propres obligations
art.11 réparation du préjudice non matériel
art.13 libre choix par le juge des modalités de la
réparation.

Justifications :

Art. 4, al. 1

- Parmi les différentes règles d'évaluation offertes par les droits nationaux, le texte proposé retient comme le mieux adapté aux contrats internationaux la plus simple, la plus traditionnelle et donc la mieux assise, à l'image de la solution retenue par l'art. 74 CIVM. Partant du principe de la réparation intégrale du préjudice résultant de l'inexécution (tel que précisé par les articles 5, 6, 9 et 12), le texte se réfère à la perte subie et au gain manqué par le créancier.

On notera cependant que la généralité des formules utilisées doit permettre au juge d'arriver à des résultats identiques à ceux obtenus par des théories plus sophistiquées (par exemple la distinction de l'intérêt positif et de l'intérêt négatif du droit allemand et du droit suisse ou de l'expectation interest et du reliance interest du droit américain)

- Il n'a pas été jugé utile de suivre la solution de certains droits (art. 44.2 CO Suisse; art. 6.19.7 et 6.19.10 NCCN; art. 351 (3) R2C) qui accorde au juge le pouvoir de modérer le montant des dommages-intérêts compte tenu des circonstances. Il est en effet apparu que cette solution, transposée dans l'ordre international, risquait de créer une incertitude fâcheuse et qu'en outre elle pourrait être appliquée de façon très irrégulière selon le juge saisi.

- Enfin, les avantages obtenus par le créancier du fait de l'inexécution du contrat sont à déduire de la perte subie et du gain manqué. Seul l'art. 6.1.9.5. du nouveau C. civ. néerlandais adopte expressément cette solution. Mais les autres droits nationaux admettent également cette idée. Cette disposition pourrait jouer en cas de marché désavantageux pour la partie victime de l'inexécution (losing bargain).

Art. 4, al. 2 : Perte subie

La perte subie est définie de manière large. Elle vise aussi notamment à prévenir d'éventuelles contestations relatives à l'existence d'un dommage résultant de la souffrance physique ou morale.

Art. 4, al. 3

Les différents droits réparent généralement le gain manqué, même s'ils l'appellent parfois autrement. (ex. "Consequential damage"). Des incertitudes existent à ce sujet dans d'autres droits : ex. Financial loss en Grande-Bretagne.

On ne peut guère définir le gain manqué, si ce n'est en s'appuyant sur une idée de probabilité et c'est pourquoi il est difficile de dissocier cette notion de celle de prévisibilité du dommage.

Le texte ci-dessus ne tient pas compte d'éventuelles limitations au principe de réparation du gain manqué contenues dans les droits nationaux pour telle ou telle catégorie de contrats (Ex. en droit français, le vendeur de bonne foi tenu à garantir les vices cachés ne répond que du *damnum emergens*, Encycl. Dalloz, III, Dommages-intérêts, n° 33).

Article 5

Textes consultés :

NCCN, 6.1.9.10 § 1

Droit anglais : Mc Gregor § 260 et s.

UCC, 2.715

R2C, § 352

surtout CO sénégalais, art. 125 et 126

Corrélations :

art. 7

art. 8

art. 9

art.14

Justifications

Le préjudice seulement éventuel ne peut être réparé. Il est cependant impossible de déterminer de façon rigoureuse le degré de certitude que doit présenter le préjudice. Il faut ici encore faire confiance au juge du fond ; on notera le lien qui existe entre le caractère certain du préjudice et son caractère prévisible (art. 6). Dans certains droits même (Common Law) ces deux caractères ne sont pas distingués. Il est préférable de le faire quand ce ne serait que pour l'application de l'art. 6 alinéa 2 le débiteur de mauvaise foi est tenu de réparer le préjudice certain et imprévisible.

Le texte donne cependant quelques précisions. Il rappelle la solution très généralement admise de la réparation du préjudice futur. Et il pose en principe la possibilité de réparer la perte d'une chance, si celle-ci est sérieuse (perte de la chance de gagner la course par le cheval tué en cours de transport). Dans ce cas, la réparation ne peut être qu'une fraction du gain espéré .

Article 6

Textes consultés :

art. 252, BGB
art. 1150, CCF
art. 6.1.9.4., NCCN
2.715, UCC
§ 351, R2C
§ 297, GIW
art. 361, § 1, CCIT
art. 182, al. 3, CCA
art. 82 et 86, LUVI
art. 74, CIVM

Corrélations :

art. 1
art. 4 et 5

Justifications :

1) La limitation de la réparation contractuelle au préjudice prévisible existe ouvertement ou implicitement dans la plupart des droits. Dans certains, comme il l'a déjà été relevé, la prévisibilité se confond avec la certitude. Il est cependant utile en matière contractuelle de mettre en relief de façon distincte le caractère de prévisibilité puisque tout le mécanisme du contrat repose sur la prévision.

2) Moment d'appréciation de la prévisibilité : la plupart des pays se placent au moment de la conclusion du contrat pour apprécier la prévisibilité du dommage. Seuls les Pays-Bas (art. 6.1.9.4.C.civ.) retiennent le moment de l'événement cause du dom-

mage. La solution traditionnelle se justifie par le fait que c'est au moment de la conclusion du contrat que les parties se placent pour évaluer les risques que peut entraîner pour eux le contrat et donc pour déterminer l'intérêt assurable.

3) Circonstances dont il faut tenir compte : nous nous inspirons du droit anglais et du R2C, qui utilisent deux critères :

- le cours ordinaire des choses
- outre celui-ci, les circonstances particulières du contrat.

4) Limitation à l'exigence de prévisibilité en cas de faute lourde ou intentionnelle. En vertu du principe de l'exécution de bonne foi des conventions (ex. art. 1134 C. civ.), le dommage causé intentionnellement par le débiteur en défaut d'exécution doit être réparé par lui en totalité, même s'il ne pouvait en prévoir l'étendue au jour où il a contracté.

Exemple : Une valise a été confiée à un transporteur privé. Elle est perdue en cours de transport. Elle contenait notamment des gravures d'un grand prix. La disparition de ces gravures résulte bien directement de la perte de la valise mais elle est imprévisible, de tels objets ne faisant pas partie du contenu normal d'une valise.

Article 7

Textes de référence

France : Encyclopédie Dalloz , V. Dommages et intérêts
Mc Gregor, "On Damages" § 1516 n° 58 et s.
R2C § 348

Corrélations

art. 5
art. 8
art. 9
art. 12

Justification

Cet article de principes généraux relatifs au droit de la preuve est admis dans tous les systèmes. D'une part, la charge de la preuve incombe au demandeur, et cette preuve doit porter à la fois sur l'existence du préjudice et de son montant. On rappellera cependant l'assouplissement apporté à ce principe par l'article 3 (dommages-intérêts symboliques) et les règles propres aux dettes de somme d'argent (art. 12).

En outre, le préjudice est un fait matériel qui se prouve par tous moyens, même dans les systèmes qui exigent une preuve écrite pour les actes juridiques.

Le texte annonce aussi les présomptions posées par les articles suivants :

Article 8 A

Textes consultés

HGB, § 376 - II
UCC, 2.708
SCSGA, 1893 § 51 (3)
LUVI, art. 85
CIVM, art. 75

Corrélations

art. 7
art. 6
art. 10
art. 14

Justifications

L'article 8 pose une première présomption qui apporte une exception au principe général de l'art. 7, au cas où le créancier a obtenu une prestation de remplacement (qu'il peut être obligé de rechercher par application du devoir d'atténuer les conséquences du dommage : art. 10). Cette hypothèse ne vise pas le cas où le créancier a accompli lui-même la prestation non effectuée par le débiteur (par exemple, l'armateur répare par ses propres moyens le navire à la suite de la carence du chantier auquel avait été commandé la réparation) ; dans ce cas seront appliquées les règles générales.

En revanche, lorsqu'il y a eu remplacement, le créancier peut réclamer, sans avoir à fournir de preuve particulière, la différence étant la valeur de la prestation de remplacement et la valeur portée au contrat. Mais il pourra obtenir réparation de tout dommage supplémentaire, à condition de le prouver.

Article 8 B

Textes consultés

HGB, § 376 - II

Jurisprudence allemande (Palandt : commentaire § 252 BGB)

UCC, 2.713

SGA, 1893 § 51 (3)

LUVI, art. 12, 84

CIVM, art. 76

Corrélations

art. 7

art. 6

art. 10

art. 14

Justifications

Le texte propose une seconde présomption qui s'applique lorsque d'une part la première (art. 8.) ne joue pas et que d'autre part, la prestation inexécutée et non remplacée possède un prix courant. Le dommage est alors présumé équivalent à la différence entre le prix prévu au contrat et le prix courant.

Comme la première, cette présomption est refragable dans la seule mesure où le créancier peut prouver tout préjudice supplémentaire : le débiteur n'est pas autorisé à prouver un préjudice moindre.

Ces deux hypothèses et leur solution respective sont déjà prévues de manière analogue dans la LUVI (art. 84 et 85) et dans la CISG (art. 75 et 76).

Ce système de présomptions hiérarchisées a l'avantage de faciliter au créancier la preuve de l'existence d'un dommage certain et prévisible.

La présomption de l'art. 9 pose un problème particulier relatif au moment auquel il faut se référer pour déterminer le prix courant. La plupart des droits nationaux (UCC 2-713, Jurisprudence allemande, loi scandinave sur la vente, droit anglais) ainsi que la LUVI et la CISG se réfèrent au prix courant au moment de l'inexécution de la prestation, de la connaissance qu'a le créancier de cette inexécution ou de la résolution du contrat déclarée par le créancier en

raison de cette inexécution. Nous préférons cependant le moment de la réparation volontaire et, à défaut, celui du jugement afin de mieux respecter le principe de la réparation intégrale du dommage. Ce principe nous a d'ailleurs déjà conduit à choisir, à l'art. 14, le jour du jugement pour date d'évaluation du dommage, solution adoptée par de nombreux droits nationaux. Il est plus normal de conserver cette date pour la détermination du prix courant. La définition du prix courant ici s'inspire du commentaire de Dölle sur la LUVI, p. 61. Enfin, le lieu qui permet de déterminer le prix courant est le même que celui de l'art. 72-2 CISG.

Article 9

Textes de référence :

France, Encyclopédie Dalloz III, Dommages-intérêts § 19

BGB, § 254

NCCN, art. 6.1.9.6.

Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, section 1 (1)

CCP, art. 362

CCA, art. 177

LUVI, art. 74

CIVM, art. 80

Corrélation : avec la cause étrangère

Justifications

On retrouve dans tous les systèmes juridiques le principe énoncé dans l'art. 9. Dans de nombreux cas, il est explicitement fait référence à une faute du créancier, c'est en fonction du degré de gravité de la faute que les dommages-intérêts sont réduits (BGB, Law Reform (Contributory Negligence) Act 1945, CCP, France).

On préférera ici ne pas utiliser le terme de "faute" puisque le système retenu écarte cette notion comme base de la responsabilité contractuelle. C'est par référence au comportement des parties (qu'il soit ou non "fautif") et en vertu des circonstances de l'espèce que le juge déterminera la mesure dans laquelle l'obligation de réparer sera réduite.

Article 10

Textes de référence

BGB, § 254, II

NCCN, art. 6.1.1.2. § 1

Mc Gregor, On Damages, § 208 et s.

jsp : Dunkirk Colliery Co v. V. Lever (1878) 9 Ch. D. 20

Sale of Goods Act 1893, s. 51 (3)

R2C, § 350

CCIT, art. 257

LUVI, art. 88

CIVM, art. 77

Corrélation

art. 9

Justifications

Le principe retenu dans cet article est surtout un principe de common law (mitigation of damage). On le retrouve dans d'autres systèmes juridiques sous une forme différente et souvent sans être explicitement formulé. Ce que l'on veut obtenir, c'est que la victime de l'inexécution n'attende pas passivement d'être indemnisée pour une perte qu'elle aurait pu écarter ou diminuer ; à cette fin on lui refuse toute compensation pour les pertes qu'elle pouvait éviter par des mesures raisonnables.

Il est évident que les frais occasionnés par ces mesures conservatoires sont intégrés dans les dommages-intérêts.

Ex : le 2 mai, M. X. demande à une agence de voyage de lui réserver une chambre d'hôtel pour le 1er juin, pour une somme de 50 écus. Le 15 mai, M. X. apprend que l'agence de voyage n'a pas effectué la réservation demandée. M. X. attend cependant le 25 mai pour faire une nouvelle réservation et il ne trouve plus qu'une chambre à 70 écus, alors qu'il aurait pu en trouver une à 60 écus s'il s'en était préoccupé dès le 15 mai.

Les dommages-intérêts dus par l'agence de voyage à M. X. n'incluent par les 20 écus supplémentaires par rapport au prix convenu initialement, M. X. ne peut réclamer que 10 écus à l'agence de voyage.

Article 11

Textes de référence

BGB, § 253

NCCN, 6.1.9.1.

R2C, § 353

CCP, art. 444, 445

CO sénégalais, art. 124

Corrélation : art. 1 (préjudice certain)

La place de ce texte n'est que provisoire; il pourrait se situer dans une section générale de présentation des différents remèdes.

Justifications

Les systèmes de référence offrent des modèles très différents, depuis l'admission très large du droit français jusqu'aux positions beaucoup plus restrictives du droit allemand. Et les évolutions ne sont pas toujours convergentes : on note une admission élargie de la réparation du préjudice non matériel en droit anglais (Mc Laughlin v. O'Brian (1982) 2 WLR.982, H.L.; v. aussi les propositions du rapport Pearson en vue d'indemniser les proches pour la souffrance découlant de la mort d'un proche), et une tendance à la limiter ailleurs. Enfin, il faut tenir compte du fait que la question se pose aussi bien en matière délictuelle.

Deux attitudes se dégagent cependant : soit un principe d'interdiction, assorti d'exceptions (dont certaines sont si importantes que, comme dans le projet néerlandais, on peut se demander ce qui reste de ce principe), soit une reconnaissance du principe de la réparation, en confiant au juge un pouvoir d'appréciation en équité. Car la difficulté d'évaluation reste l'obstacle majeur.

Le texte proposé adopte la seconde attitude, qui rejoint des préoccupations de notre temps (respect du droit à l'honneur, à la réputation, à la vie privée, etc..), même si elle rejette sur le juge la charge de mettre en oeuvre le principe général posé au texte.

Celui-ci réaffirme cependant, de façon délibérée, la nécessité de la certitude du préjudice, que certaines jurisprudences nationales ont parfois tendance à oublier.

Le texte permet au juge d'ordonner d'autres formes de réparation, telles que la publication dans des journaux désignés par lui (par exemple en réparation de la violation d'une clause de non concurrence ou de non-rétablissement).

Il n'a pas semblé possible de donner des règles plus détaillées, notamment selon les différentes catégories de préjudice non-matériel. Ici encore, la solution la plus simple consiste à s'en remettre au juge.

Article 12

Textes de référence

CCF, art. 1153
BGB, art. 288
NCCN, 6.1.8.9.
Mc Gregor, On Damages, p. 447 et s.
R2C, § 354
CCP, art. 481, 482
CCIT, art. 231
CO sénégalais, art. 8.2.
LUVI, art. 83
CIVM, art. 78

Corrélations

art. 2
art. 4
art. 6
art. 7

Justifications

Il existe un consensus sur le principe de la réparation forfaitaire du préjudice résultant du non-paiement d'une somme d'argent. Cependant, les modalités d'application de ce principe varient considérablement selon les législations.

Il a semblé d'abord utile de soumettre le non-paiement d'une somme d'argent au principe général gouvernant la demeure, pour des raisons de simplicité.

En ce qui concerne le taux, deux solutions se trouvent dans les textes de référence (lorsque ceux-ci déterminent ce taux) : le taux légal, fixé par voie impérative, le taux bancaire normal (parfois majoré : v. LUVI ou CCET).

La solution retenue en premier rang est celle du taux légal, la plus souvent admise. Le taux bancaire normal sera utilisé à défaut du premier.

Article 13

Textes de référence

France : jurisprudence constante et 2 arrêts de la Cour de cassation du 6 nov. 1974, Cass. Ch. mixte, D 1974, IR. 256

Art. 843, 845 BGB par analogie, Palandt § 843

NCCN, 6.1.9.10

CCP, art. 447

CCIT, art. 253

Corrélations

- textes généraux sur les sanctions :

notamment : choix par le juge entre la réparation en argent et les autres modes de réparation

: principe de la primauté de la réparation en argent.

- art. 2

art. 4

Justifications

Peu de textes s'occupent de cette question. Le principe du libre choix est en général admis, sauf dans les pays de Common Law où est seulement connue l'attribution d'un capital. Il paraît préférable de laisser le choix au juge qui décidera en toute liberté le mode qui assure le mieux la réparation intégrale du préjudice. On peut s'interroger sur la nécessité de préciser si le juge est ou non lié par la demande en justice et sur la solution à retenir au fond.

Le texte s'inspire notamment de NCCPB 61910, en ce qu'il accorde de larges pouvoirs aux juges, sans toutefois conférer à celui-ci un pouvoir modérateur en raison du principe de réparation intégrale inscrit à l'article 4.

Par modalités de paiement, il faut entendre notamment la possibilité, pour le juge, d'assortir les versements périodiques d'une indexation.

On a préféré cette solution au système adopté par la RFA qui paraît très lourd ; il implique, en effet, d'engager une action en révision du jugement pour que la modification des indices du coût de la vie puisse être prise en compte.

Notons qu'en Grande-Bretagne, la Commission Pearson a indiqué qu'elle était favorable à l'introduction des rentes indexées dans le système d'indemnisation.

Article 14

Textes de référence

- jurisprudence française depuis 1948,
civ. 16 fév. 1948, S.49, p. 1
- jurisprudence allemande de RGZ 149, 137 citée par Palandt et
BGB 10, 10 et 55, 331 citée par Larenz.
- CCP, art. 363, al. 2
- GIW, art. 300, al. 2
- CO sénégalais, art. 135
- LUVI, art. 84
- CIVM, art. 76

Corrélations

- art. 9
- art. 14
- art. 15

Justifications

Evaluer les dommages-intérêts au jour du jugement pour délimiter l'étendue du dommage, permet de prendre en considération l'aggravation ou la diminution du préjudice entre le jour de sa naissance et le jugement (élément intrinsèque du dommage).

Le jour du jugement a été retenu par la plupart des systèmes. On pourrait aussi, pour tenir compte de la dépréciation monétaire, se référer au jour du règlement des dommages-intérêts, comme c'est parfois le cas dans certains droits. Cependant, cette solution - qui peut rarement être appliquée à la lettre - peut inciter le débiteur à retarder le règlement de sa dette pour bénéficier de fluctuations de cours qui lui seraient favorables.

Le second alinéa précise que l'aggravation du préjudice postérieure au jugement peut faire l'objet d'une nouvelle demande sans heurter pour autant l'autorité de la chose jugée, l'aggravation du préjudice étant considérée comme constituant une cause nouvelle d'action.

Rien dans ce texte n'interdit au juge d'accorder des dommages-intérêts à titre de provision, en attendant la consolidation du préjudice.

Article 15

Textes de référence :

- . France, Encyclopédie Dalloz, dommages-intérêts, § 119
- . R.F.A., B.G.B. § 254
- . Grande-Bretagne, Mac Gregor, § 494 et s. Arrêt Miliangos v. George Frank (textiles) ltd. (1976) A.C. 443
- . U.S.A., C.J.S. Damages, § 194
- C.J.S. Payment, § 20

Corrélations

- art. 4
- art. 14

(textes éventuels sur les obligations libellées en monnaie étrangère)

Justifications

Lorsque le préjudice comporte une dépense engagée en monnaie étrangère, la question essentielle est la détermination de la date à laquelle on fixe le taux de conversion. La conversion ne pose pas de problème ----- si le taux de change est stable. En revanche, s'il y a une variation des cours entre le jour où le préjudice s'est réalisé et le jour du jugement, il peut en résulter un déséquilibre flagrant au détriment du créancier. Il en est de même si le taux de change a fluctué entre la date de l'échéance de la dette et la date du paiement effectif. La parité des monnaies étant très fluctuante à l'heure actuelle, il importe de fixer une date qui tienne compte de cet état de fait. On a donc retenu les solutions adoptées par la France et la Grande-Bretagne qui sont conformes au principe de restitution intégrale qui n'est respecté que dans le cas où l'on fixe le taux de conversion au jour du jugement. Comme pour l'article précédent, on pourrait imaginer de fixer le taux au jour du paiement. Elle n'a pas été retenue pour la même raison (favoriser la spéculation de la part du débiteur).

Exemple : Une Sté suisse confie à un transporteur français des marchandises pour les acheminer de France en Suisse. A l'arrivée en Suisse, cette Sté constate que des avaries ont été causées aux marchandises du fait du transport. Elle est alors obligée d'engager des frais en francs suisses pour faire réparer les marchandises.

Le transporteur français est condamné à lui verser des dommages-intérêts en francs suisses ou de payer la contre-valeur en francs français au cours du jour du jugement.

Article 16

Textes de référence

Jurisprudence française (à compter de la décision en justice)

BGB, § 288 et s. par analogie

NCCN, art. 6.1.8.9-4

{ Law Reform (Miscellaneous Provisions) Act 1934, s. 3
{ The Administration of Justice Act 1969, s. 22

CO sénégalais, art. 8-2

Corrélations

art. 2

art. 12

Justifications

C'est la solution la plus largement admise et la plus raisonnable.

Les intérêts seront calculés conformément à l'art. 12. La réclamation en justice vaut mise en demeure (art. 2).

Le problème de la capitalisation des intérêts (anatocisme) n'a pas été retenu car il se pose pour toutes les dettes de sommes d'argent et non seulement pour les dommages-intérêts.

Section II
(Clauses relatives aux dommages-intérêts)

Observations générales

Il n'a été en définitive retenu que deux catégories de clauses relatives aux dommages-intérêts, les clauses qui limitent ou qui excluent toute responsabilité (qui sont traitées de façon unitaire) et les clauses pénales (au sens large). Ce sont en effet les plus usuelles et la réglementation proposée peut servir de modèle pour des clauses plus élaborées mais plus rares (par ex. : clauses relatives aux délais et aux formes des réclamations).

Il est cependant une catégorie de clauses voisines de la clause pénale et qui sont fréquentes (notamment en matière de promesse de vente d'immeuble). Le sort des clauses de dédit (arrhes) par lesquelles l'une des parties se réserve la faculté de "sortir" du contrat en payant ou en abandonnant une certaine somme. Cette somme ne constitue pas des dommages-intérêts, car il n'y a pas exécution du contrat, mais bien exécution d'une obligation alternative de somme d'argent prévue au contrat. L'interprétation d'une telle clause est délicate et ces réglementations nationales posent parfois des présomptions (v. par ex., art. 158 C.O.Suisse). En outre, le Common Law est, sur la question des "deposits" et des "forfaits", peu claire (cf. UCC 2. 718, qui semble aussi ignorer la faculté de dédit). Il serait donc utile que nos principes contiennent un tel texte. Mais il ne peut prendre place dans une section relative aux clauses relatives aux dommages-intérêts puisque précisément il ne s'agit pas de dommages-intérêts.

Article 17

Textes de référence

- France : Art. 2 du décret n° 78.464 du 24 mars 1978
- R.F.A. : § 242 BGB - § 276 2° BGB
Loi du 9.12.76 portant réglementation du droit
des conditions générales d'affaires.
- Royaume-Uni :
 - . Misrepresentation Act 1967
 - . Unfair Contract Terms Act 1977
- Etats-Unis : R 2 C § 208
pour la vente : UCC 2-719
2-302
2-316
- GIW § 291
- C.O.Sénégal, art.132
 - 151, al. 1er
 - 152, al. 2
- C.O. Suisse : art. 100-1
- CCP : art. 473-2

Corrélations

- art. 18

Justifications

Tous les droits reconnaissent la validité du principe des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en matière contractuelle, encore que leur emploi puisse être limité en pratique dans certains systèmes.

Mais aussi tous les droits imposent un certain contrôle en raison du danger qu'elles peuvent présenter.

Ce contrôle s'exerce, de droit commun, au stade de la validité de la clause : maintien des obligations essentielles du contrat, connaissance effective, consentement suffisant. D'ailleurs, des législations spéciales (par type de contrat ou par catégories d'"usagers") peuvent renforcer ce contrôle et, notamment, instaurer des nullités.

Les limites se retrouvent au stade de l'efficacité de la clause. Sous réserve, ici encore, des législations spéciales, on trouve trois types de contrôle. Le premier repose sur la bonne foi (droit allemand) ou le caractère raisonnable (droit anglais et UCC-2); le second s'attache au comportement du débiteur et lui refuse la protection de la clause lorsque l'inexécution est intentionnelle ou due à une faute lourde (droit français, droit suisse). On peut enfin donner au juge un pouvoir modérateur pour lui permettre d'écarter totalement ou partiellement une limitation dérisoire de responsabilité (V. art. 1231 C. civ. français depuis L. 9 juillet 1975).

Le texte adopte le deuxième type de contrôle, fondé sur le dol ou la faute lourde du débiteur. Il a l'avantage sur le troisième (pouvoir modérateur général du juge) de fournir au juge une directive plus nette. Il constitue aussi une incitation en faveur d'une exécution correcte du contrat. Enfin, il faut noter qu'il se combine sans difficulté avec le critère de bonne foi; dans la mesure où un principe général de bonne foi sera posé par les règles UNIDROIT, il était inutile d'y faire spécialement référence à propos des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Le créancier pourra donc attaquer une telle clause soit comme contraire à la bonne foi, selon les dispositions générales, soit en vertu du présent texte en prouvant que l'inexécution est due à la faute lourde ou au dol du débiteur.

Article 18

Textes de référence

CCF, art. 1152, 1126 à 1233

BGB, 339, 345

HGB, 348, 351

NCCN, 6-1-8-16 à 18

Droit anglais : Dunlop Pneumatic Tyre C° Ltd v. New Garage
and Motor C° Ltd (1915) AC 79

UCC, 2-718 (1)

R2 C, 356, 361

CCP, 483 à 485

GIW, 304

CCIT, 33, 35 et s.

CO Suisse, 160-163,

CO Sénégalais, 153-156

CCA, 183 à 184

Corrélations

Art. 17

Justifications

- La définition retenue est la plus large possible; elle repose sur la volonté des parties de fixer à l'avance la somme due en cas d'inexécution, sans retenir comme élément essentiel le but poursuivi. Celui-ci peut être soit la simplification du processus de réparation, soit le rôle comminatoire que peut jouer la fixation à un montant élevé de la somme convenue, soit l'un et l'autre. Elle recouvre donc à la fois les liquidated damages proprement dit et les peines.

Il est précisé que la somme est due à titre de dommages-intérêts, ce qui implique que son exigibilité dépend de l'existence d'un droit à dommages-intérêts, c'est-à-dire en cas d'inexécution imputable au débiteur. Il faut donc soigneusement distinguer la clause pénale de la faculté de dédit ou des arrhes, qui permettent à un contractant de se départir légitimement d'un contrat en versant ou en abandonnant une certaine somme.

En revanche, il faut préserver le débiteur des excès d'une justice privée incontrôlée et c'est pourquoi un pouvoir modérateur doit être conféré au juge en cas d'excès.

C'est donc la solution retenue par le texte proposé, qui fixe assez haut la limite du contrôle, puisqu'il suppose un montant manifestement excessif.

- Il convient de prévoir aussi l'hypothèse de l'exécution partielle et donc de la réduction proportionnelle de la peine.

- Le quatrième alinéa a pour objet d'élaborer un régime cohérent de la limitation de responsabilité et de la clause pénale et d'éviter la fraude qui consisterait à masquer une clause limitative derrière une clause présentée comme une clause pénale.

- Il est enfin précisé que les règles du présent article s'appliquent aussi au cas où la clause autorise le créancier à conserver à titre de dommages-intérêts les paiements déjà reçus. Dans ce cas, la distinction est parfois délicate à faire avec la faculté de dédit (V; supra).

- Enfin, le dernier alinéa du texte précise que le régime de la clause pénale s'étend aux clauses qui autorisent la partie lésée à consacrer une somme déjà versée en acompte sur le prix.

- Ce régime cependant est très différent selon les systèmes juridiques. Dans les pays socialistes, la clause pénale est largement utilisée parce qu'elle est considérée comme incitant à l'exécution régulière du contrat. En revanche, la Common Law rejette toute idée de peine : la clause est contraire à l'ordre public dès lors qu'elle constitue une peine privée. Seule est valable la fixation de "liquidated damages" (le terme de dommages-intérêts libératoires, utilisé par UNCITRAL et le Conseil de l'Europe a été retenu malgré son imperfection). La plupart des pays d'Europe continentale utilise largement la clause pénale et en reconnaît sans réserve la validité. Les abus auxquels elle a donné lieu parfois ont conduit à organiser un contrôle judiciaire de celle-ci (BGB en matière civile, C. civ. italien, droit français depuis la loi du 9 juillet 1975, projet de C. civ. néerlandais). Les points de vue opposés rendent difficile le choix d'une solution uniforme. Les organismes qui se sont attachés à la question (Conseil de l'Europe, CNUDCI) se sont heurtés à cet obstacle.

On peut cependant discerner depuis quelques années un certain rapprochement des positions qui peut permettre d'arriver à une solution internationale qui ne heurte pas trop directement les modes nationaux.

Aux Etats-Unis, il résulte tant de l'UCC (2.718) que du Restatement 2d Contracts (§ 356) que seule sera considérée comme une "penalty" une clause fixant des dommages-intérêts "unreasonably large". D'un autre côté, le pouvoir modérateur du juge est souvent admis lorsque la pénalité est "manifestement excessive" (art. 1152 C. civ. français ; v. aussi le Code algérien et le projet de C. civ. néerlandais).

Il faut aussi reconnaître que la clause pénale est largement pratiquée dans le commerce international. Son rôle simplificateur risquerait d'être amoindri si le débiteur avait la possibilité de contester la validité de la clause, même sans raison sérieuse, tant est incertaine la frontière entre penalty et liquidated damages.

