

De la prévisibilité du dommage d'inexécution pour faute non intentionnelle contractuelle

1. – La décision revendique l'autonomie de la condition de la prévisibilité du dommage (par rapport à celle concurrente de la causalité) et redécouvre son rôle de «limite importante à l'indemnisation». Selon un courant doctrinal faisant autorité, elle se réfère à la détermination de la «quantité de dommage» et non à la simple cause ou à la série causale, comme certaines décisions l'avaient retenue dans le passé.

La compréhension de ces conclusions requiert un discours approfondi.

Dans notre système, et à la différence du dommage extra-contractuel, l'indemnisation est proportionnée à ce qui pouvait être prévu au moment de la naissance de l'obligation, dans le cas où elle dépende d'une inexécution non intentionnelle et non d'une inexécution dolosive. L'art. 1225 du CC à l'exception de quelques modifications ⁽¹⁾ reprend substantiellement l'art. 1150 du Code Napoléon et l'art. 1228 du Code de 1865.

Que la condition de la prévisibilité soit importante dans notre système, peut être remarquée par quiconque observe que l'inexécution doit se présumer comme fautive, alors que l'inexécution dolosive doit être

D'après «*Il Foro italiano*», 1990, I, p. 1946 et suivantes et d'après «*L'Espressione monetaria nella responsabilità civile*», Cedam 1994.

Cet écrit commente l'arrêt suivant :

CASS., 2^{ème} ch., 26.5.1989, n° 2555, Pres. Parisi, Est. Volpe, P.M. Visalli (Concl. conf.) ; Rosin *c/ Morgante* : «*Doit être cassée la décision du fond qui, pour déterminer l'indemnisation du dommage d'inexécution fautive du débiteur, a omis d'examiner les circonstances incidentes sous l'aspect de la prévisibilité, pour la dimension du dommage indemnisable*».

(1) En effet, l'art 1225 du cc est différent des précédents. Il ne rappelle pas "ce qui a été prévu"

spécifiquement prouvée ⁽²⁾. En d'autres termes, et sur la base de la présomption, dont nous avons parlé, le dommage contractuel devrait en principe être liquidé dans les limites du prévisible. En pratique, cependant, il se produit l'inverse et il est indemnisé dans sa totalité, sans même que le problème de savoir si le dommage dépend d'une faute ou d'un dol et s'il était prévisible ou non ne soit posé : comme si, en général, il s'agissait du dommage d'inexécution dolosive.

La condition de la prévisibilité semble, en général, marginalisée et, dans la meilleure des hypothèses, elle est comprise de manière absolument réductive : comme en témoigne justement l'opinion qui limite la prévisibilité à la cause ou à la série causale et qui exclut de son cadre la «quantité de dommage» sur laquelle nous reviendrons plus longuement par la suite.

La correction de tir opérée par la décision en épigraphe, est donc, importante parce qu'elle redécouvre l'importance de la limite de la prévisibilité.

2. – Il est, avant tout, plus que jamais opportun de se demander comment a été possible et de quoi dépend la marginalisation de la condition de la prévisibilité dans la pratique liquidative du dommage contractuel.

Ceci doit, en premier lieu, être attribué - à mon avis - à l'influence du dogme, dominant dans la doctrine et dans la jurisprudence, selon lequel notre ordre poursuivrait l'objectif de l'indemnisation intégrale du dommage ⁽³⁾. Ceci équivaut à oublier que notre système s'inspire, au contraire, du principe opposé de l'indemnisation du dommage «dans des limites déterminées» (art. 1225, 1227, alinéa 2, et 2056, alinéa 2, du CC). Il faut rappeler, à ce sujet, que la part du dommage qui aurait pu être évitée n'est pas indemnisée (art. 1227, alinéa 2), que, dans notre ordre juridique, seul le

(2) Ceci est unanimement déduit des art. 1218 et 2697, alinéa 1^{er}, du CC. En doctrine, parmi tant d'autres : MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milan, 1954, III, § 114, p. 319 ; TRABUCCHI-CIAN, *Commentario breve al codice civile*, Padoue, 1984, p. 810 et suivantes ; DE CUPIS, *Il danno*, Milan, 1966, p. 170 ; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milan, 1975, p. 229. En matière de jurisprudence, par ex : Cass. 19 février 1986, n° 1003, *Foro italiano*, Répertoire 1986, rubrique *Obbligazioni in genere*, n° 26 ; 9 juillet 1984, n° 4020, *id.*, Répertoire 1984, rubrique *Contratto in genere*, n° 241.

(3) Parmi les nombreuses décisions : Cass. 12 janvier 1982, n° 132, *Foro italiano*, Répertoire 1982, rubrique *Danni civili*, n° 152 ; 25 octobre 1982, n° 5580, *ibid.*, n° 149.

dommage prévisible au moment du contrat est indemnisable (art. 1225) et ,enfin, que le manque à gagner doit être liquidé «avec la même appréciation des circonstances du cas» (art. 2056, alinéa 2).

Le postulat de l'indemnisation intégrale du dommage, bien que privé de toute base normative, a toutefois conduit notre jurisprudence à dévaloriser ces limites et, ainsi, à réduire l'évitement à un comportement passif de simple attente et non de coopération active jusqu'au remplacement du bien, si c'est possible, et à pratiquer une appréciation équitable des circonstances de l'espèce dans la liquidation du manque à gagner, de manière uniquement exceptionnelle et non à titre de règle générale.

C'est aussi le cas – comme nous l'avons déjà dit – de la limite du prévisible dont on ne tient pas du tout compte dans la pratique ou qui, dans la meilleure des hypothèses, est interprétée dans des termes absolument réducteurs ⁽⁴⁾.

Cette manière de faire se résout dans la non application de l'art. 1225. A la différence des autres systèmes, qui prévoient une indemnisation illimitée et intégrale du dommage, aussi bien en cas d'inexécution fautive que dolosive ⁽⁵⁾ ou, inversement, qui le prévoient uniquement dans la limite du prévisible même en cas d'inexécution dolosive ⁽⁶⁾, notre ordre, lui, applique une indemnisation différente selon qu'il s'agit de l'une ou de l'autre des hypothèses. Rappelons, à cet effet, que la responsabilité dans la limite du prévisible, déjà prévue par l'art. 1228 du CC de 1865, a été réintroduite à l'art. 1225 de notre Code, après l'abandon du texte de l'art. 19 du projet préliminaire qui, à l'opposé, codifiait justement le principe de l'indemnisation intégrale du dommage ⁽⁷⁾.

La dévalorisation de la limite du prévisible doit, en second lieu, être attribuée en second lieu au renversement de perspective en vertu duquel on finit par présumer le dol, alors que l'on devrait prouver la faute. Il est communément retenu en doctrine que la faute dans un sens large ou avec

(4) Un bon exemple de l'orientation du fait dominant est offert par le Trib. Pise 18 mars 1983, *Foro italiano*, Répertoire 1983, rubrique *Danni civili*, n° 46, selon lequel, le prévisible doit être interprété dans un sens absolument rigoureux et restrictif ; pour une interprétation réductive de l'art. 1227 du CC, Cass. 6 août 1983, n° 5274, accompagnée des notes de VALCAVI et de DI PAOLA, *id.*, 1984, I, p. 2819.

(5) Ainsi, les articles 249 du CC allemand, 99 et 103 du Code des obligations suisse.

(6) Dans ce sens, l'art. 74 de la Convention de la Haye, 1^{er} juillet 1964.

(7) L'art. 19 cité du projet préliminaire, abandonné par le nouveau code, prévoyait « l'obligation de la réintégration dans la situation patrimoniale » dans laquelle le plaignant se serait retrouvé s'il en avait été autrement.

prévision de l'évènement ne doit pas être comparé au dol ; c'est dans un tel cas qu'il faut respecter la limite du prévisible ⁽⁸⁾. Pourtant la directive est restée en grande partie sans effet en raison des limites incertaines entre dol et faute dans l'inexécution du contrat. Ceci paraît évident là où l'inexécution dolosive est comprise comme celle où son illégitimité est consciente. Le dol ainsi décrit ne semble pas se différencier de manière appréciable de la faute non intentionnelle ou intentionnelle, au point de laisser percevoir l'absence d'une démarcation précise entre faute et dol. En réalité, la conscience de l'illégitimité agit sur le plan de la représentation et pas vraiment sur le plan de la volonté. Il est, en effet, plausible que le défaillant soit conscient de l'illégitimité de son comportement par rapport au droit et son inexécution peut toutefois être justifiée, de diverses façons, comme c'est le cas par exemple, de la personne qui se trouve dans l'impossibilité d'exécuter une chose, même si cette impossibilité d'exécution est fautive.

Le dol doit - à mon avis - être reconnu dans l'inexécution intentionnelle, qui ne peut pas se présumer, mais qui doit être prouvée. Seule l'absence de justification de l'inexécution peut la faire présumer dolosive ⁽⁹⁾.

3. – Voyons maintenant pour quelle raison le dommage d'inexécution pour faute n'est indemnisable que dans la limite du prévisible.

Il ne semble pas être mis en doute que le législateur ait considéré l'indemnisation dans de telles limites comme une sanction proportionnée à la gravité la moins importante de l'inexécution fautive, par rapport à celle dolosive ⁽¹⁰⁾. Il s'agit d'un choix motivé de politique législative, non discutable en tant que telle. Elle est cohérente avec la tendance historique des

(8) Dans ce sens et parmi tant d'autres, CIAN, dans la *Riv. dir. civ.*, 1963, II, p. 148 ; BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milan, 1948, III, p. 303 ; BIANCA, dans *Commentario Scialoja-Branca*, Bologne, Rome, 1979, sous l'article 1225, p. 311 et suivantes ; Cass. 10 décembre 1956, n° 4398, *Foro italiano*, 1957, I, p. 389 ; contre, DE CUPIS, *Il danno*, Milan, 1966, I, p. 251, note 142.

(9) L'absence de justification est l'indice d'un but intentionnel, accompagné de la conscience de l'illégitimité (dol). Au contraire, il y a faute lorsque, par exemple, le débiteur conteste l'obligation, sans se retrouver dans l'hypothèse citée à l'art. 96 du Code de Procédure Civile (situation sans prise de conscience de l'illégitimité) ou lorsqu'il n'a pas les moyens de tenir ses engagements ou qu'il les a oubliés (là où il n'y pas de but intentionnel).

(10) BIANCA, *cité*, p. 371 et suivantes.

législateurs modernes à limiter l'indemnisation du dommage, et laisse transparaître la préoccupation de dépénaliser l'indemnisation.

De plus, elle est - comme je l'ai écrit ailleurs ⁽¹¹⁾ - en harmonie avec l'influence historique de l'esprit du droit canonique sur les législations modernes, dont l'apport fondamental a consisté à éviter, d'un côté, les usures du créancier et, de l'autre, la peine du débiteur. Dans ce contexte, les limites de l'indemnisation établies aussi en cas d'inexécution dolosive (art. 1227, alinéa 2, 2056, alinéa 2) peuvent s'expliquer. La différence essentielle et exclusive du traitement de l'inexécution pour faute par rapport à l'inexécution pour dol se réduit au respect de cette limite du prévisible au moment de la stipulation du contrat et plus généralement au moment de l'émergence de l'obligation.

De ce point de vue, la tentative de rattacher une interprétation réductrice du contenu du «prévisible» aux cas particuliers de l'art. 47 de l'avant-projet du Code Napoléon ne peut être partagée.

4. – Examinons maintenant quelle est la nature du phénomène s'inscrivant sous le nom de prévision et donc de prévisibilité. Ce discours implique quelques considérations d'ordre général.

Toute activité humaine – il est plus qu'évident – est à cheval entre le passé et le futur. En fait, l'homme agit dans le présent mais il est, toutefois, projeté dans le futur. Sous cet aspect, il faut admettre qu'il est même contraint chaque jour de sonder le futur pour faire des choix et déterminer son propre comportement. Ici, *l'omnes nos prophetamus* ⁽¹²⁾ de Saint Paul tombe à pic. Prévoir autre chose n'est autre qu'imaginer les événements futurs sur la base des expériences du passé et de ses règles que chacun conserve dans sa mémoire ou par tout autre moyen. L'ensemble de ces règles d'expérience constitue le patrimoine culturel du sujet pris en considération. Cela consiste aussi bien dans le souvenir de nos propres expériences, que de celles provenant de l'extérieur, surtout de nos jours, dans un monde dominé par les mass-médias.

(11) VALGAVI, *Il tempo di riferimento nella stima del danno*, dans *Riv. Dir. civ.*, 1987, II, p. 35 ; Id., *Indennizzo e lucro del creditore nel risarcimento del danno*, dans *Quadrimestre*, 1986, p. 681.

(12) Dans la *Lettre aux Corinthiens*, 14.

Selon que les expériences passées aient prévu ou non la succession des évènements, considérés sur la base d'une régularité et d'une uniformité statique plus ou moins élevée (*quod plerumque accidit*), il existe une probabilité ou une simple possibilité que les évènements futurs se produisent ⁽¹³⁾. Il est évident que la prévision, s'il s'agit d'évènements à moyen ou à long terme, se présente en termes de probabilité mineure ⁽¹⁴⁾ par rapport aux évènements à court terme. Le rapport entre la culture individuelle ou collective, évoqué ci-dessus, et le comportement pratique (et ainsi entre *gnosis* et *praxis*) a été compris par Comte lorsqu'il a écrit de manière claire que «connaître c'est prévoir».

La prévoyance de chaque individu dépend de la quantité de règles d'expérience qu'il connaît, de sa rapidité à comprendre les indices présents et l'évolution qui les suit qui a lieu à la lumière de ces indices et, en définitive, de sa sagacité et même de sa capacité à avoir des pressentiments. Ceci caractérise le tempérament prophétique différent pour chacun, c'est-à-dire sa propension à pouvoir prévoir l'avenir, la différence de perspicacité individuelle et de sagesse dans la façon de se comporter.

La prévision peut concerner les évènements futurs les plus divers qu'ils soient d'ordre naturel, économique ou de tout autre type et, en particulier, les conséquences de ses propres actions ou de celles d'autrui ou les omissions, ainsi que l'interrelation entre causes, causes concomitantes et évènements. La prévision économique revêt aujourd'hui une importance particulière, qu'elle concerne la sphère générale ou la sphère individuelle. La prévision des avantages et des pertes qui peuvent dériver de l'exécution d'un acte ou de l'inexécution d'une obligation précédemment contractée, fait partie de ce second type de prévision économique.

Une chose est la prévision, une autre est encore l'attente ⁽¹⁵⁾ concernant un évènement en outre favorable à celui qui le prévoit, en termes de grande probabilité, qui pourrait ainsi presque faire un pari sur sa réalisation future.

(13) Du *Dizionario di filosofia*, Turin, 1971, rubrique *Previsione*, p. 693 ; de l' *Enciclopedia Einaudi*, I, 1977, rubrique *Anticipazione*, p. 662 et suivantes, ainsi que III, rubrique *Caso/Probabilità*, p. 672 et suivantes, et X, rubrique *Previsione e possibilità*, p. 1120, 1126.

(14) *Op. cit.*, p. 1128.

(15) DE FINETTI, *Teoria della probabilità*, Turin, 1970, p. 721 et suivantes ; GANDOLFO, *Metodi di dinamica economica*, Milan 1973, p. 26 et suivantes ; DE FELICE-PELLONI, *Aspettative razionali, teoria economica e politiche di stabilizzazione*, Milan, 1982, et bibliographie citée p. 227 et suivantes.

L'écart entre évènements prévus et évènements vérifiés constitue le risque, dont l'essence profonde est constituée par l'inconnu sur la réalisation des événements prévus. Lorsqu'il agit sur la base des prévisions, l'homme fait un pari sur le futur et, de ce fait, il prend un risque.

En somme, la prévision peut se définir comme un phénomène par lequel l'homme anticipe à un moment donné, les événements futurs probables ou possibles, sur la base de la connaissance qu'il a des évènements analogues qui ont eu lieu dans le passé.

Identifions maintenant à l'indentification de l'essence de la prévisibilité à laquelle se réfère l'article 1225. Cette règle concerne uniquement le prévisible et non ce qui a été individuellement prévu comme précisé, au contraire, dans les art. 1228 du CC de 1865 et dans l'art. 1150 du Code Napoléon. Notre ordre juridique, n'accorde pas une importance particulière à la capacité personnelle à prévoir, qu'elle se situe au-dessus ou au-dessous de celle d'un homme moyen⁽¹⁶⁾. La prévision individuelle se traduit normalement par un pronostic *a priori*. La prévisibilité de l'art. 1225 est, au contraire, celle qui est propre à un homme moyen, avec un patrimoine culturel normal et une sagacité non exceptionnelle. L'objet du prévisible est donné par les événements vérifiés et dans un rapport de cause à effet avec l'inexécution. Les événements prévisibles mais non vérifiés ou étrangers au rapport causal avec l'inexécution n'ont pas d'importance. Le cadre du prévisible de l'art. 1225 est, par conséquent, limité au seul dommage d'inexécution vérifié et qui était également prévisible au moment du contrat.

En définitive, la prévisibilité est un jugement pronostic tardif à travers lequel le juge peut revenir mentalement au moment du contrat pour établir quelles conséquences produites par l'inexécution étaient prévisibles ou non à ce moment là, par un homme moyen⁽¹⁷⁾. C'est aussi celle propre au débiteur défaillant moyen, alors qu'ailleurs on s'intéresse aux deux parties contractantes⁽¹⁸⁾. La prévisibilité concerne, enfin,

(16) Dans le sens de l'indemnisation du dommage prévu même si pas ordinairement prévisible, TRABUCCHI-CIAN, *Commentario*, cité, *sub* art. 1225, p. 822.

(17) L'expression est reprise par V. HIPPEL, *Diritto Penale*, II, p. 144 et suivantes.

(18) Dans le sens de la prévisibilité abstraite, selon les critères d'expérience commune de faits et de circonstances normales, parmi tant d'autres, Cass. 30 janvier 1985, n° 619, *Foro it.*, Rép. 1985,

– à mon avis – uniquement les conséquences nuisibles probables et non celles considérées comme simplement possibles ⁽¹⁹⁾.

5. – La Cour Suprême souligne justement l'autonomie de la prévisibilité par rapport aux autres conditions concurrentes. L'aspect le plus important concerne la distinction entre la prévisibilité et la causalité.

La prévisibilité a été pendant une longue période de l'histoire du Droit, confondue avec la causalité (les prétendus dommages intrinsèques ou *circa rem*). Et les limites conceptuelles sont encore aujourd'hui, souvent incertaines et indéfinies aussi bien en doctrine et qu'en jurisprudence ⁽²⁰⁾. En effet, la tendance à superposer les deux critères est fréquente lorsque l'on affirme que tous deux concerneraient les «conséquences normales» dérivant de l'inexécution. Avec, cependant, la différence que la causalité concernerait aussi les conséquences plus lointaines, qui seraient en définitive indemnisables sur la base de l'art. 1223, tandis que l'art. 1225 agirait comme limite complémentaire aux premières, en réduisant l'indemnisation à celles d'entre elles qui sont prévisibles.

Cette opinion révèle une compréhension erronée du concept de causalité et de sa limite et risque d'étendre l'indemnisation aux conséquences les plus lointaines. À l'opposé, l'art. 1223, limite l'indemnisation aux seules conséquences directes et immédiates de l'inexécution et si elles comprennent les indirectes ou intermédiaires, il ne doit, toutefois, s'agir exclusivement que de «conséquences normales» ⁽²¹⁾. Les «conséquences éloignées» ne peuvent pas être considérées comme telles ⁽²²⁾. La référence aux conséquences normales sous-entend une conception de la causalité basée sur le principe de la «causalité adé-

rubrique *Previdenza sociale*, n° 495 ; 11 octobre 1983, n° 5896, *id.*, Rép. 1983, rubrique *Responsabilità civile*, n° 84 ; 28 mai 1983, n° 3694, *ibid.*, rubrique *Danni civili*, n° 44, dans *common law* la jurisprudence moins récente se réfère à la prévisibilité des deux contractants ; voir BONELLI, dans *La vendita internazionale*, Milan, 1981, p. 255, n° 6.

(19) Pour une voie intermédiaire, entre possibilité et probabilité : BARBERO, *Sistema istituzionale di diritto privato*, Milan, 1951, II, p. 57 et suivantes.

(20) Et aussi, récemment Cass. 3694/83 s'expose à cette confusion, lorsqu'elle estime que le lien causal est suffisant pour affirmer aussi la prévisibilité du dommage.

(21) Sur ce sujet parmi d'autres, DE CUPIS, dans *Giur. it.*, 1983, I, p. 1, 1525.

(22) D'un avis opposé BELLINI, *L'oggetto della prevedibilità del danno ai fini dell'art. 1225 du CC*, dans la *Riv. dir. Comm.*, 1954, II, p. 362, spec. 380.

quate »⁽²³⁾ et non celui de la *condicio sine qua non* qui, en pratique, les étend à l'infini.

Fait suite à ce préambule, la remarque que les conséquences importantes sur le plan de la causalité ne coïncident pas avec celles qui sont importantes sur le plan de la prévisibilité parce que les cadres de référence sont différents. Le moment concernant la causalité est différent de celui concernant la prévisibilité. En effet, le moment de référence de la causalité est constitué par celui de l'inexécution, alors que le moment de la prévisibilité est constitué par «le jour de l'énonciation du contrat».

En définitive, en cas d'inexécution pour faute, les conséquences dommageables normalement rattachables à l'inexécution et qui étaient également prévisibles le jour de la formation du contrat sont indemnisables. La causalité représente un *scrimen* prioritaire ; la prévisibilité est un *scrimen* ultérieur, qui distingue les conséquences indemnisables en cas d'inexécution pour faute par rapport à l'inexécution pour dol. Les conséquences qui, même prévisibles au moment du contrat, ne se sont toutefois pas vérifiées suite à l'inexécution, ou ne sont pas des conséquences normales de cette dernière, ne sont évidemment pas indemnisables.

Même la nature intrinsèque des deux jugements est absolument différente. La causalité place en tête une post-vision ou un jugement *a posteriori*, concernant l'inexécution, alors que la prévisibilité se concrétise en un jugement pronostic tardif par rapport au moment de la formation du contrat. La prévision, à son tour, se distingue de la prévisibilité parce que la première est un pronostic *a priori*, alors que la seconde est un pronostic tardif.

6. – N'importe quel évènement extérieur, comme un comportement humain, un évènement naturel, social, ou économique qui interagit avec lui et les conséquences qui en découlent, peut faire l'objet d'une possible prévision.

Le dommage appartient – comme nous l'avons déjà dit – à la sphère des conséquences économiques du comportement de l'homme et son interaction avec des phénomènes les plus divers comme, en particulier, la hausse ou la baisse des prix, le niveau d'inflation, le comportement d'autrui,

(23) Sur la causalité adéquate, remontant à V. HIPPEL et à la relative élaboration dogmatique MEZGER, *Diritto penale*, Padoue, 1935, p. 139 et suivantes.

et plus particulièrement celui de la victime, et ainsi de suite. Le dommage contractuel peut se définir comme «la lésion de l'intérêt du créancier, pour la prestation ponctuelle non acquittée du bien qui lui était dû par le débiteur».

Tout bien peut être recherché pour son utilité d'utilisation (comme par exemple, la matière première ou une machine pour un industriel), ou pour sa valeur d'échange (comme la marchandise pour le commerçant habitué à agir sur les différences de prix). Ainsi, le dommage de l'industriel ne sera pas limité à la perte ou au gain manqué concernant la valeur d'échange de ce bien, mais il s'étendra aux conséquences normales du défaut d'utilisation de ce bien dans le processus de fabrication de cette industrie. Inversement, le dommage du commerçant concernera principalement les variations entre le prix négocié des marchandises, et celui dû au moment de l'inexécution.

Le bien peut être aussi constitué d'une *species* (c'est-à-dire de non fongible) ou d'un *genus* (c'est-à-dire remplaçable). Ceci a beaucoup d'importance pour l'accomplissement du devoir d'éviter une aggravation du dommage prévu à l'art. 1227, alinéa 2.

En définitive, l'impossibilité de remplacer une *species* ou, au contraire, le non remplacement, même possible, d'un bien fongible, ou le remplacement tardif et le prix y afférent, auront des conséquences différentes sur les dimensions du dommage de cet industriel ou de ce commerçant et sur son indemnisation. Dans le cas d'espèce, on objectait que le vendeur avait aliéné à un tiers le bien non retiré par l'acheteur, à un prix inférieur, de manière à réclamer un dédommagement retenu imprévisible.

Le dommage dont on a parlé ci-dessus correspond aux conséquences normales, et non à des conséquences lointaines de l'inexécution. Dans les exemples de l'industriel ou du commerçant, la prévisibilité concerne avant tout le comportement économique de la victime, l'emploi qu'il aurait fait de ce bien et celui que l'on peut déduire de son exploitation, du type d'activité professionnelle de l'autre contractant et, de façon générale, des informations détenues au moment du contrat. Elle s'étend aussi aux différents événements qui peuvent interagir et avoir ainsi une incidence sur le dommage et sur ses dimensions comme, par exemple, la hausse probable des prix suite à des événements naturels pour lesquels il existe des signes (la sécheresse), ou à des événements sociaux (tensions internationales), ou à une préférence du public et ainsi de suite.

La prévisibilité s'étendra aux conséquences normales nuisibles proches de l'inexécution. Elle s'étendra au jour du dommage et ne parviendra pas au *tempus rei iudicanda*, qui est totalement imprévisible.

7. – Passons enfin à la discussion séculaire qui s'est développée autour de l'objet de la prévisibilité : si elle concerne l'évènement, ou le dommage, un dommage abstrait ou, au contraire, concret, la cause ou la «quantité de dommage».

Commençons par dire que l'objet du prévisible ne peut être l'«évènement», dans son acception naturaliste mais le «dommage».

La teneur littérale en elle-même de la norme est ici décisive. Il a été, du reste, correctement retenu en doctrine que dans le délit est «essentiel le dommage», c'est-à-dire la lésion ou la mise en danger de l'intérêt protégé, alors que l'effet naturel est seulement un «indice» ou une manière d'être de cette lésion ⁽²⁴⁾, ou encore que le dommage est une «conséquence de l'évènement» et ne s'identifie pas à ce dernier ⁽²⁵⁾. Dans ce sens, la Cour Suprême (arrêt du 18 juillet 1989, n° 3352) a récemment affirmé de façon incisive que le «dommage n'est pas la destruction d'une chose ou la perte d'utilité ou de jouissance de cette chose», mais le «préjudice économique», c'est à dire la diminution du patrimoine sur la base du principe de la *Differenztheorie* ⁽²⁶⁾.

Examinons maintenant la discussion de fond qui a fait l'objet d'une longue confrontation d'opinions contrastantes ans la doctrine et la jurisprudence italienne et française. Elle concerne, le problème de savoir s'il faut entendre par objet de la prévisibilité le dommage abstrait ou le dommage concret, la cause ou la série causale du dommage ou, à l'opposé, la «quantité de dommage».

L'opinion qui a longtemps dominé, a été celle proposée par Chironi, Demolombe et bien d'autres ⁽²⁷⁾, selon laquelle il suffit que

(24) G. DELITALA, *Il concetto di evento*, in *Scritti di diritto penale*, Milan, 1976, p. 121 et suivantes. Dans le sens que la prévisibilité de l'évènement est compatible avec l'imprévisibilité du dommage, par e. dans le délit extra-contractuel : Cass. 28 avril 1979, n° 2488, *Foro it.*, Rép. 1979, rubrique *Responsabilità civile*, n° 70.

(25) BELLINI, *op. cit.*, p. 369.

(26) Cass. 18 juillet 1989, n° 3352, *Foro it.*, Mass. p. 492.

(27) CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Turin, 1987, p. 581 et suivantes ; BARASSI, *Teoria gnerale delle obbligazioni*, Milan, 1948, III, p. 1213 ; L. COVIELLO, *L'obbligazione negativa*, Naples, 1934, II, p. 96. En jurisprudence parmi de nombreuses : Cass. 7 décembre 1978,

le défaillant puisse prévoir la «cause du dommage» pour devoir répondre du préjudice subi. Plus récemment, une variante a été proposée par Bellini, dans une vaste et prestigieuse étude ⁽²⁸⁾, selon laquelle il suffit que le défaillant puisse prévoir «la série causale» pour devoir répondre entièrement du dommage, en tant qu'évènement faisant partie de la série.

Aux antipodes de cette théorie, se situe l'opinion contraire soutenue par Giorgi, Messineo, Bianca et bien d'autres ⁽²⁹⁾, selon laquelle la prévisibilité concerne aussi la «quantité de dommage» et on en répond dans la limite dans laquelle le dommage était prévisible.

Ce dernier parti a été accueilli par la décision en examen. Il semble préférable à l'auteur de ces lignes pour les considérations présentement indiquées.

Il faut partir de l'examen du fondement commun des opinions qui réduisent la prévisibilité à la cause ou à la série causale d'un dommage, sans dimension quantitative. Il est clair que nous sommes en présence d'une interprétation restrictive de l'art. 1225 qui veut rendre la prévisibilité compatible avec le principe d'indemnisation intégrale du dommage, par rapport auquel elle constituerait une exception.

Cette opinion se résout substantiellement dans l'inapplication de l'art. 1225 au profit du dogme de l'indemnisation intégrale du dommage. Il faut ici rappeler l'importance donnée par Chironi au rejet par le législateur le plus ancien d'un texte favorable à la modération, pour en déduire la conséquence que le

n° 5811, *Foro it.*, Rép. 1978, rubrique *Danni civili*, n° 28 ; 21 octobre 1969, n° 3438, *id.*, Rép. 1969, rubrique *Danni per inadempimento di contratto*, n° 5 ; 14 septembre 1963, n° 2510, *id.*, 1963, I, p. 2099.

(28) BELLINI, *op. cit.*, p. 362 et suivantes ; PERLINGIERI, *Commento al codice civile*, Turin, 1980, IV, p. 64 et suivantes ; DELL'UTRI, cité, en jurisprudence : Cass. 23 mai 1972, n° 1600, *Foro it.*, Rép. 1972, rubrique *Danni civili*, n° 47.

(29) GIORGI, *Teoria delle obbligazioni*, Florence, 1903, II, p. 187 et suivantes ; MESSINEO, *Manuale di diritto civile commerciale*, Milan, 1954, III, § 115, p. 338 et suivantes ; BIANCA, *op. cit.* p. 318 et suivantes ; parmi d'autres, dans la doctrine française : AUBRY RAU, *Cours de droit civil français*, Paris, 1871, IV, p. 105 ; PLANIOL-RIPERT, *Traité élémentaire*, Paris, 1949, p. 492 et suivantes ; H. et L. MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Paris, 1950, III, p. 492 et suivantes.

En jurisprudence, Cass. 28 avril 1979, n° 2488, cité ; C. Appel Bologne 30 mars 1950, *Foro it.*, Rép. 1950, rubrique *Responsabilità civile*, n° 216 ; Cass. 17 mai 1939, n° 1678, *id.*, 1939, I, p. 1449.

dommage doit être liquidé dans sa totalité. De manière encore plus explicite, Bellini, pour sa part, confirmait «l'exigence de limiter au maximum le caractère d'exception de la règle contenue dans l'art. 1225», par rapport «au principe général du Droit (art. 1218, 2043 du CC, art. 40, 185 du Code Pénal), stipulant que toute personne causant un dommage doit fournir une indemnisation intégrale» indépendamment de toute considération de l'élément psychologique du dol ou de la faute ⁽³⁰⁾. Sur ces bases, il a été exclu que la prévisibilité puisse s'étendre à la quantité du dommage.

Il semblerait que ces propositions ne puissent pas convenir car – comme nous l'avons dit – le dogme du dédommagement intégral n'a pas de bases positives et se heurte, au contraire, au système approuvé par notre législateur, selon lequel le dommage doit être indemnisé dans certaines limites et non de manière intégrale (art. 1223, 1227, alinéa 2, 2056, alinéa 2). Et ceci également dans la faute extra-contractuelle ou contractuelle dolosive.

D'autre part, l'art. 1225 peut, dans ce sens, se comprendre uniquement comme exception qui confirme la règle et il se distingue du dommage contractuel par rapport à celui extracontractuel.

Il faut, de plus, ajouter qu'il n'est pas possible d'envisager, même en théorie, l'existence d'un dommage abstrait, vide de dimensions quantitatives. Le dommage – nous l'avons déjà dit – est une lésion d'intérêt, c'est-à-dire un événement économique et en tant que tel il possède une dimension quantitative. En d'autres termes, le dommage est par définition concret et la *Differenztheorie* sollicite la nécessité d'une «quantité de dommage». Va du reste, dans ce sens l'orientation incontestable de la jurisprudence selon laquelle on ne peut pas considérer qu'un dommage existe en lui-même et pour lui-même même s'il a fait l'objet d'une condamnation générale à l'indemnisation du dommage. Il est, en effet, communément admis que le contrôle de l'existence effective du dommage en soi, n'est pas séparable de celle de son étendue et que la condamnation générale n'équivaut pas au contrôle de l'existence d'un dommage quelle que soit son étendue ⁽³¹⁾. En dernière analyse, la prévisibilité d'un dommage abstrait et non concret, d'un dommage en tant que tel, sans la «quantité de dommage», n'est pas envisageable.

(30) BELLINI, *op. cit.*, p. 372, 377 et suivantes

(31) Cass. 23 janvier 1987, n° 645, *Foro it.*, Rép. 1987, rubrique *Sentenza civile*, n° 64 ; 26 avril 1977, n° 1556 et 5 mai 1977, n° 1702, *id.*, Rép. 1977, rubrique citée numéros 66, 64. Dans le sens de l'impossibilité de fractionner légalement le dommage, Cass. 20 mars 1972, n° 839, *id.*, 1972, I, p. 2878.

L'argument selon lequel l'art. 1225 parle du «dommage» en général et non également de la «quantité de dommage» apparaît sans importance. La thèse qui limite la prévisibilité à la cause du dommage ne semble en aucune manière acceptable. On ne peut, en effet, sérieusement dire que l'identification d'une cause signifie celle de la «quantité de dommage», comme cela est démontré par le fait que la causalité dans le jugement sur l'*an debeat* est reléguée à un niveau de simple aptitude causale⁽³²⁾. Les séries causales d'un dommage sans dimension quantitative se réduisent, du reste, substantiellement à cela.

Il faut répéter, à ce sujet, que la cause du dommage est constituée par l'inexécution en elle-même, qui doit être distinguée des facteurs interagissant dont nous avons parlé au début et qui sont les causes concomitantes de la dimension du dommage.

Il est communément affirmé par la jurisprudence que «l'existence d'une cause concurrente dans la production de l'évènement dommageable est, par définition, un problème relatif au *quantum et*, en tant que tel, il n'est pas important dans le jugement sur l'*an debeat*, parce qu'il influe exclusivement sur l'étendue du dédommagement⁽³³⁾.».

Il faut ajouter que la théorie des «séries causales» n'est pas acceptable étant donné qu'elle postule l'indemnisation des conséquences lointaines en opposition avec le critère de la normalité qui est à la base de celui de causalité. Les «séries causales», prises pour modèle par leurs adeptes, sont des chaînes de conséquences lointaines et intermédiaires⁽³⁴⁾.

8. – Sur la base de ce que nous avons déjà dit, à propos de l'inséparabilité du dommage et de sa quantité, nous concluons que la prévisibilité selon les termes de l'art. 1225 s'étend à la dimension quantitative du dommage lui-même.

La circonstance que la possibilité de prévoir les conséquences normales de l'inexécution se réfère au moment de la réalisation du contrat équivaut, à la possibilité de le reconduire au risque normal. La prévisibilité des conséquences normales de l'inexécution

(32) Cass. 29 avril 1983, n° 2965, *Foro it.*, Rép. 1983, rubrique *Sentenza civile*, n°72 ; Cass. 1556/77, cité

(33) Cass. 6 janvier 1983, n° 75, *Foro it.*, Rép. 1983, rubrique *Sentenza civile*, n° 75.

(34) BELLINI le reconnaît, *op. cit.*, p. 379, 380; voir aussi Cass. 19 juillet 1982, n° 4236, *Foro it.*, Rép. 1982, rubrique *Previdenza sociale*, n° 121.

constitue une expression du risque normal, que le contractant prend à sa charge, dans l'hypothèse de sa propre inexécution. Il reste, en dernier lieu, à traiter l'objection qu'il n'est pas possible de prévoir avec précision la «quantité de dommage»⁽³⁵⁾.

Cet important sujet est surmontable si on pense que la prévisibilité concerne un «ensemble de valeurs quantitatives» et non un montant précis. C'est dans ce sens que, du reste, s'orientait le principal défenseur de la condition de la prévisibilité, à savoir Pothier, qui revendiquait le principe «en vertu duquel on ne peut pas considérer un débiteur non dolosif comme redevable d'une l'indemnisation pour inexécution supérieure à la somme la plus élevée à laquelle il a pu penser et que les dommages fussent augmentés» car il s'agit d'un principe fondé sur la raison et sur l'équité naturelle⁽³⁶⁾.

En d'autres termes, la portée du précepte de l'art. 1225 ne se traduit pas dans le fait qu'est indemnisable la «quantité de dommage» prévisible pour un montant précis, mais plutôt, l'inverse, c'est-à-dire que n'est pas indemnisable la «quantité de dommage» imprévisible au moment de la formation du contrat. Il avait déjà été souligné à l'époque, qu'il s'agissait d'un jugement pronostic tardif dans lequel le juge évalue les conséquences normales de l'inexécution, transférées idéalement au jour du contrat.

Ce jugement est éminemment empirique et se fonde sur les bases de l'expériences de qui est amené à juger *a posteriori*. Le meilleur indice d'imprévisibilité de la «quantité de dommage» est constitué par le caractère «surprenant» de la dimension quantitative du dommage pour qui est amené à juger. Ainsi, par exemple, dans le cas déjà évoqué d'une fourniture manquée de matière première pour un industriel, le dommage de résiliation contractuelle ne tiendra pas compte de l'arrêt de la production, qui aura duré plus longtemps que prévu. De la même manière, le dommage d'inexécution de l'acheteur de titres ou de marchandises ne pourra inclure le dommage supplémentaire dû un effondrement imprévisible des prix. En dernière analyse, la prévisibilité concernera le comportement d'autrui, les événements incidents et, parmi eux, le cours normal des prix, c'est pourquoi il ne sera pas possible de retenir comme prévisible leur envol ou leur chute exceptionnelle du point de vue de la dimension et/ou de la durée, le cours

(35) Entre autres, Cass. 14 septembre 1963, n°2510, *Foro it.*, 1963, I, p. 2099.

(36) POTHIER, *Traité des obligations*, Paris, 1805, I, p. 88, 107.

des taux d'intérêt et d'inflation, à propos des prétendues montées vertigineuses inflationnistes, et ainsi de suite.

La condition de prévisibilité nécessite une solution compatible du problème de la détermination du moment de référence dans l'estimation du dommage. Ce moment de référence est représenté par la vérification du dommage, alors que celui postérieur, pour le retard avec lequel l'indemnisation a été acquittée, est indemnisable en termes d'intérêts moratoires. L'adoption d'autres critères, comme ceux du *tempus rei iudicandae*, ou la théorie de la créance en valeur, constituent la négation de la condition de prévisibilité – comme je l'ai déjà écrit ailleurs – à cause de leur automatisme ⁽³⁷⁾.

Il est, d'ailleurs, possible que la condition de l'art. 1225 conduise à des abus et à des résultats non-conformes à l'équité. Le juge accordera ici la plus grande attention à vérifier que le retard qui s'accumule de jour en jour ne se soit pas entre-temps transformé de fautif en dolosif.

Enfin, la prévisibilité constituant un principe ou une condition de l'indemnisation du dommage, elle donnera lieu à une contestation et non à une exception, au sens propre, pour la personne qui est appelée à dédommager.

La charge de la preuve de la prévisibilité, en cas de contestation, incombera au créancier du dédommagement ⁽³⁸⁾. Cette charge n'est, par ailleurs, pas destinée à revêtir une importance rigoureuse car les preuves seront constituées, le plus souvent, par des circonstances notoires et des présomptions simples basées sur des règles d'expérience commune. Toutefois, le juge – et c'est cela qui compte – devra motiver sa décision de manière adéquate en règle sur l'existence de la prévisibilité car cela constitue – comme le dit cette décision – une limite importante à l'indemnisation du dommage.

Cet écrit a été cité par :

U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milan, 1991, p. 647, 658, 661.

(37) VALCAVI, *Il tempo di riferimento*, cit.; Id., *Indennizzo e lucro nel risarcimento del danno*, cit.

(38) BIANCA, *op. cit.*, p. 386 ; PERLINGIERI, *op. loc. cit.* ; Cass. 15 décembre 1984, n° 4480, *Foro it.*, Rép. 1954, rubrique *Danni per inadempimento di contratto*, n° 40.