

L'obligation de minimiser le dommage dans la
jurisprudence arbitrale.

Par David MALAZOUÉ

Mémoire de Master II Droit des Contrats Internes et Internationaux.

Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe SERAGLINI.

Droit de l'arbitrage international,

2013-2014

UNIVERSITÉ PARIS SUD

Faculté Jean MONNET

David MALAZOUE

L'obligation de minimiser le dommage dans la
jurisprudence arbitrale.

Mémoire de Master II Droit des Contrats Internes et Internationaux.

Sous la direction de Monsieur le Professeur Christophe SERAGLINI.

Droit de l'arbitrage international,

2013-2014

Remerciements.

Je tiens à remercier tout d'abord Monsieur le Professeur Christophe SERAGLINI pour m'avoir fait découvrir et aimer le droit français de l'arbitrage international, et pour avoir accepté de diriger ce mémoire autour du sujet de mon choix.

Je tiens également à remercier tous ceux, amis, famille, camarades, qui m'ont soutenu dans la réalisation de ce projet et m'ont permis de le mener à bien dans les meilleures conditions possibles.

SOMMAIRE

(La table des matières figure à la fin du mémoire)

INTRODUCTION	1
SECTION I. SUJETS ET OBJET DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LE PREJUDICE.	9
§1. Les sujets de l'obligation de minimiser le préjudice.	10
§2. L'objet de l'obligation de minimiser le dommage.	17
SECTION II. SANCTIONS ET PORTEE DE L'OBLIGATION DE MINIMISER LE DOMMAGE DANS LA	
JURISPRUDENCE ARBITRALE.	25
§1. Les sanctions des manquements à l'obligation de minimiser le dommage.	26
§2. La portée de l'obligation de minimiser le préjudice.	30
CONCLUSION	35
BIBLIOGRAPHIE	36

INTRODUCTION

1. « *If you invite someone to dinner, and hours after he was due he still hasn't arrived, you had better infer that he isn't coming, and start eating.*

You can't let yourself and your other guests starve merely because there is a slight chance that he will show up days later.”

Cette citation du *Circuit Judge POSNER*, dans les motifs de sa décision dans l’affaire *Dewey CATES v. MORGAN PORTABLE BUILDING CORP*¹ illustre, avec humour et tact, la nécessité et le bon sens rendant nécessaire l’existence du *duty to mitigate*.

Lorsque les étudiants que nous sommes ont pour la première fois entendu l’une de nos professeures mentionner l’existence, en droit étranger, d’un *duty to mitigate*, nous ne pûmes retenir d’échanger des regards interrogateurs : quelle surprenante idée que celle de demander à la partie « diligente », la « victime » même, de veiller aux intérêts de son cocontractant lorsque ce dernier ne tient pas ses promesses en n’exécutant pas le contrat !

¹ 780 F. 2d 683 - Cates US v. Morgan Portable Building Corp

2. Cette idée se place, à première vue, en opposition totale avec la conception française de force obligatoire du contrat et de réparation du préjudice :

- De la force obligatoire des contrats d'abord, parce que les liens unissant les parties ont force de loi, ainsi qu'en dispose l'article 1101 du Code Civil, et que seule une décision de justice, ou la volonté commune des parties, pourrait remettre en cause l'existence et l'exécution du contrat.

Or voici qu'apparaît l'idée que le cocontractant lésé pourrait aller trouver satisfaction auprès d'un tiers.

- De la réparation du préjudice, parce que le droit français s'attache de manière rigoureuse à réparer le dommage, rien que le dommage, tout le dommage.

Et voici qu'une partie de la réparation d'un dommage pourrait être écartée, à l'issue d'un régime apparaissant de premier abord comme très favorable à la partie qui ne s'exécute pas.

3. Nous étudierons donc l'obligation de minimiser le dommage (dans la jurisprudence arbitrale),

Notre intérêt pour ce sujet résulte de la recherche d'une solution à un problème spécifique : comment un acteur du commerce international auteur d'un dommage peut-il s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité, lorsque rien n'est en mesure de justifier les inexécutions contractuelles ?

Le *duty to mitigate* nous était alors apparu comme un formidable instrument de défense.

4. Pour explorer ce sujet, il faut tout d'abord en définir les termes:

En premier lieu, la notion d'*obligation* : une obligation est « un lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers, en vertu soit d'un contrat, soit d'un quasi-contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit, soit de la loi »².

Le droit français opère une distinction entre les obligations de moyen et les obligations de résultat, selon que le débiteur s'est engagé à parvenir à un résultat déterminé (il s'agit alors d'une obligation de résultat) ou simplement à employer les moyens appropriés, à faire de son mieux pour parvenir au résultat escompté (on parle alors d'une obligation de moyens).

² G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Obligation, 2), p.695, PUF, 2011.

En second lieu, le terme *minimiser* signifie « accorder à quelque chose une moindre importance, le présenter de manière à réduire son importance »³

Dans le cadre de notre propos, ce verbe doit être entendu comme synonyme du verbe *mitiger*, issu du latin *mitigare*, signifiant « *Édulcorer quelque chose, l'adoucir en y mêlant quelque chose d'autre* ». Ce terme est la traduction de celui employé en droit de *Common Law*, *to mitigate*, que le *Oxford Dictionaries* définit comme « *Make (something bad) less severe, serious, or painful* » ou encore « *Lessen the gravity of (an offence or mistake)* ».

La définition anglaise du mot est celle que nous retiendrons pour notre propos : il s'agit de la diminution, de l'atténuation d'une chose ou de ses conséquences. Sur ce point, Bernard HANOTIAU prenait position pour l'usage de l'expression « obligation de modérer le dommage »⁴, qui nous semble également être l'expression la plus fidèle à ce que recouvre cette obligation.

Ensuite, vient le dommage, synonyme de préjudice, qui représente l'atteinte subie par une personne dans son corps (dommage corporel), dans son patrimoine (dommage matériel ou économique) ou dans ses droits extrapatrimoniaux qui ouvre à la victime un droit à réparation lorsqu'il résulte soit de l'inexécution d'un contrat, soit d'un délit ou quasi-délit, soit d'un fait dont la loi ou les tribunaux imposent à une personne la charge.

Dans le cadre de notre propos, nous retiendrons le préjudice en tant qu'atteinte causée au patrimoine des parties, c'est-à-dire le dommage économique, résultant d'inexécution contractuelles.

Enfin, s'agissant de la jurisprudence arbitrale, ce terme apparaît à première vue comme impropre, puisque la notion de jurisprudence renvoie à l'idée d'un ensemble cohérent de décisions rendues par un tribunal (fut-il privé) en application de règles de droit, système dans lequel le juge (ou, en l'espèce l'arbitre) est lié par les décisions rendues dans une situation similaire. L'arbitrage international met en jeu des juges privés, désignés par les parties afin de trancher leurs litiges, selon les règles de droit dont elles ont convenu, ou, à défaut, que le ou les arbitres jugent appropriées.

Il en résulte que les arbitres ne sont, d'un point de vue purement juridique, pas liés par les décisions prises antérieurement par leurs pairs. En revanche on peut constater que les arbitres

³ Dictionnaire de français Larousse, ed. 2014

⁴B. HANOTIAU, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI, 1987, p. 393, sp.n°11, p. 395.

tendent à s'inspirer des motifs des sentences antérieures, ainsi que des décisions des juges étatiques, pour motiver leurs propres décisions, même en l'absence de contrainte juridique.

On peut dès lors observer la mise en place d'une certaine continuité dans les sentences rendues, notamment lorsqu'il s'agit de trancher le litige à l'aide de règles transnationales, qui permet de parler de jurisprudence arbitrale.

Une appréhension globale des termes de notre sujet nous permet donc d'affirmer que l'objet de notre propos sera l'étude du lien de droit, issu d'un contrat, en vertu duquel l'une des parties sera tenue d'atténuer ou de diminuer l'atteinte causée à ses intérêts économiques par son cocontractant lorsque ce dernier ne s'exécute pas.

5. S'agissant de discerner les limites de notre propos, il convient dès à présent de préciser l'un des termes du sujet : en effet, la notion de jurisprudence arbitrale peut s'entendre s'agissant de l'arbitrage en droit interne, entre deux parties relevant toutes deux du droit français, lorsque le litige est tranché par un arbitre plutôt que par les juridictions étatiques.

Une telle étude présenterait, selon nous, un intérêt limité : en effet, l'arbitrage interne demeure soumis au droit français, et donc à certaines règles d'ordre public interne ayant pour conséquence une relative absence de différence de solutions entre celles rendues par les juridictions étatiques et les juridictions arbitrales.

A l'inverse, l'arbitrage international, c'est-à-dire lorsque le litige met en jeu les intérêts du commerce international, lorsqu'il présente un élément d'extranéité, va pouvoir s'affranchir des règles d'ordre public du droit interne (tout en restant limité par les règles d'ordre public international du droit français).

Ainsi que cela sera étudié par la suite, le droit français a adopté, de manière constante, une hostilité manifeste à l'idée d'une obligation générale de minimiser le dommage. Pour étudier cette obligation, il est donc absolument nécessaire de s'orienter vers un terrain sur lequel elle s'exerce pleinement, et il s'avère que le droit de l'arbitrage international permet une telle étude, en ce que cette obligation y est reconnue, et sa violation sanctionnée.

6. La première interrogation de notre propos porte sur l'origine du *duty to mitigate*.

Selon Bernard HANOTIAU, citant E. Allan FARNSWORTH, la plus ancienne trace de l'obligation de minimiser le préjudice en droit date d'une décision de la *King's Bench Court* en

1677⁵ : « Le défendeur restant en défaut de prendre livraison des marchandises, le demandeur avait dû laisser ses chevaux en attente à l'extérieur, alors qu'ils étaient ruisselants de sueur.

Ils en étaient finalement morts, mais la Cour refusa néanmoins d'accorder au demandeur la contre-valeur des chevaux, faisant valoir qu'il aurait pu les détacher du charroi et laisser les marchandises en quelque endroit au lieu de destination »⁶.

Par la suite, l'obligation de minimiser le préjudice s'est imposée aussi bien dans les pays de droit civil que dans les pays de Common Law⁷.

Si la jurisprudence française ne s'est longtemps pas prononcée de manière claire⁸, plusieurs décisions ont rejeté l'admission en droit interne d'une obligation pour le créancier lésé de minimiser son préjudice, notamment par un arrêt de la 2^{ème} Chambre Civile de la Cour de Cassation en date du 29 juin 2003⁹, dans lequel elle affirme que (en matière extracontractuelle) « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable » solution confirmée (en matière contractuelle) dans un arrêt de la 3^{ème} Chambre Civile du 10 juillet 2013¹⁰, en dépit de la prise de position quasi-unanime de la doctrine française en faveur de l'introduction de l'obligation de modérer le préjudice en droit français, notamment à l'occasion de l'élaboration de divers projets de réforme du droit des obligations.

A l'inverse, la jurisprudence arbitrale reconnaît et sanctionne le non-respect de cette obligation de manière constante¹¹

7. Notre étude portant sur la jurisprudence arbitrale internationale, il n'y aurait pas de sens à vouloir affirmer que l'obligation de modérer le dommage s'appuie sur un ou plusieurs fondements textuels précis ; au contraire, les usages du commerce international sont des règles de droit non-écrites, certains ayant même qualifié l'obligation de modérer le préjudice de « règle matérielle du droit du commerce international ».

Cependant, en raison de la présence de cette obligation dans de nombreux systèmes juridiques, celle-ci s'est trouvée insérée dans de nombreux traités internationaux et ouvrages

⁵ E. Allan. FARNSWORTH, *Contracts*, Boston, 1982, §12.12.

⁶ B. HANOTIAU, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, préc. note 4.

⁷ V. notamment J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, 2001, p. 102.

⁸ J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, préc. Note 7, p. 105.

⁹ Civ. 2^e, 29 juin 2003, (1) RJDA 2004, n° 496, D. 2004, somm. p. 1346, obs. D. MAZEAUD, JCP 2003. II. 10170, note CASTETS-RENARD, Rép. not. 2003. 1574, obs. AUBERT, RTD civ. 2003. 716, obs. P. JOURDAIN.

¹⁰ Civ. 3^e, 10 juil. 2013, n°12-13851, D. 2013. p. 2658, obs. M. BACACHE, RDI 2013, p.470, obs. B. BOUBLI.

¹¹ Pour une liste de l'ensemble des sentences CCI ayant reconnu cette obligation, v. obs. de E. SILVA ROMERO sous la sentence CCI n°12193, 2004, JDI 2007, p.1285

d'harmonisation du droit : la Convention portant loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels de La Haye, signée en 1964 est le premier texte international à faire mention de cette obligation, à son article 88, qui dispose que « *La partie qui invoque la contravention au contrat est tenue de prendre toutes les mesures raisonnables afin de diminuer la perte subie. Si elle néglige de le faire, l'autre partie peut demander la réduction des dommages-intérêts* ».

Par la suite, l'obligation de modérer le dommage s'est également retrouvée à l'article 77 de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, dite « Convention de Vienne » ou « CVIM » de 1980, lequel prévoit « *La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée* ».

S'agissant des ouvrages d'harmonisation du droit (parfois appelés « *codifications savantes* »), cette obligation avait été mise en lumière dans le droit de différents Etats de l'Union Européenne par la Commission sur le droit européen des contrats, sous la direction du Professeur Christian VON BAR (s'agissant du projet de Code Civil Européen), puis sous la direction du Professeur Ole LANDØ (s'agissant de l'élaboration des *Principes du Droit Européen des contrats*)¹².

S'inspirant de ces travaux, L'Institut international pour l'unification du droit privé a tenté d'opérer une « codification à droit constant » des usages du commerce international dans un ouvrage intitulé *Principes d'UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international*, publié en 1994, réédité et actualisé en 2004 et 2010.

Cet ouvrage mentionne, à son article 7.4.8 intitulé « Atténuation du préjudice », que :

« 1) *Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables.*

2) *Le créancier peut recouvrer les dépenses raisonnablement occasionnées en vue d'atténuer le préjudice. »*

Ces principes méritent d'être mentionnés en ce qu'en matière d'arbitrage international, les parties ont la possibilité de ne pas choisir, voir même d'exclure de soumettre tout ou partie de

¹² O. LANDØ et H. BEALE, *The Principles of European Contract Law, Part I, Non-Performance and Remedies*, Martinus Nijhoff, 1995.

leurs litiges à leur droit étatique. Un tel corpus privé peut valablement être désigné par les parties pour trancher le litige : la Cour d'Appel de Paris, dans une affaire *Compania Valenciana*, avait rejeté les prétentions des parties tenant à caractériser le dépassement par l'arbitre des termes de sa mission (afin de s'opposer à l'exéquatur de la sentence).

Selon la Cour d'Appel de Paris, la *lex mercatoria* peut, à défaut de choix de loi applicable par les parties, être utilisée par l'arbitre, celui-ci appliquant les règles de droit qu'il juge appropriées¹³.

Il faut par ailleurs remarquer que la Cour de Cassation a entériné cette solution, puisque par une décision de la première Chambre Civile du 22 octobre 1991, le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 13 juin 1989 fut rejeté, la Cour de Cassation précisant à cette occasion que l'arbitre doit être « considéré comme statuant en droit lorsque, le droit applicable n'ayant pas été déterminé par les parties, il se réfère à l'ensemble des règles du commerce international »¹⁴.

A la lecture de ces solutions, il apparaît que l'efficacité de l'obligation de modérer le dommage est largement assurée (nonobstant les résistances du droit interne français). Il nous semble que le moyen le plus original pour aborder l'étude de cette obligation est de s'interroger sur l'apparente simplicité des situations qu'elle recouvre : à première vue, peu de développements semblent nécessaire pour comprendre qu'un professionnel du commerce international doit veiller à ne pas aggraver les dommages qu'il subit dans le cadre des contrats qu'il conclut.

Selon nous, cette vision est erronée à 4 niveaux :

- D'abord, quant à la personne qu'elle concerne, qui excède désormais largement le professionnel du commerce international ;
- Ensuite, quant à ce qui est attendu du créancier lésé ;
- Puis, en ce qui surviendra s'il faillit à ce qui est attendu de lui ;
- Enfin, quant à la portée de cette obligation.

Chacune de ces incidences découlant de celle qui précède, nous sommes persuadés qu'en apportant des éclaircissements à ces différents points, nous parviendront à mettre en lumière l'enjeu majeur que constitue une bonne appréhension de l'obligation de modérer le dommage.

¹³ CA Paris, 13 juin 1989, *Compania Valenciana*, Rev. Arb. 1990, p663, note P.LAGARDE

¹⁴ Civ. 1^{re}, 22 oct. 1991, n°89-21.528.

8. C'est pourquoi notre propos tentera d'apporter des réponses à la problématique suivante :

Dans quelle mesure peut-on affirmer que l'obligation de modérer le dommage ne doit plus être envisagée comme la simple non-aggravation du préjudice économique souffert par un professionnel du commerce international ?

9. Pour répondre à cette interrogation, il est nécessaire de se poser plusieurs questions, rejoignant chacun des points évoqués auparavant : tout d'abord, il faudra s'attacher à tenter d'identifier le plus précisément possible les sujets de l'obligation, cette recherche nous conduisant à réfléchir sur l'existence de corrélations entre le champ d'application *ratione personae* de la clause compromissaire et celui de l'obligation de minimiser le dommage. Ensuite, une fois les potentiels titulaires de la qualité de créancier lésé mieux identifiés, il faudra s'attacher à comprendre ce que les juridictions arbitrales attendent, ce qui implique de disséquer les différentes composantes de l'obligation de modérer le préjudice.

Mais la connaissance de la teneur de l'obligation ne suffirait pas à se satisfaire : pour qu'une obligation soit efficace, il est nécessaire que sa violation soit sanctionnée, et la diversité des situations juridiques exige que soient mis en lumière les différents niveaux de sanctions prononcées s'agissant des manquements à l'obligation de modérer le dommage.

Enfin, pour parachever notre étude, nous tenterons d'envisager le devenir de cette obligation, au regard des raisons qui ont poussé à son apparition, celles qui ont permis sa persistance, et celles qui, en raison du renouvellement des sources du droit des obligations, permettront son maintien.

Section I. Sujets et objets de l'obligation de minimiser le préjudice.

Section II. Sanctions et portée de l'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale.

Section I. Sujets et objet de l'obligation de minimiser le préjudice.

10. Pour étudier l'obligation de minimiser le préjudice, il est inévitable de procéder en deux temps : d'abord, il faut identifier les sujets de cette obligation, et, ensuite, comprendre ce qui est attendu d'eux.

Cette démarche est rendue nécessaire par l'internationalisation grandissante des échanges, la rapidité des transferts des contrats et obligations, et la diversification des acteurs du commerce international, qui peuvent amener devant les juridictions arbitrales des personnes qui ne sont pas nécessairement rompues aux usages du commerce international, et qui peuvent n'avoir pas conscience de se trouver soumises à un certain nombre d'obligations pourtant matériellement absentes du contrat (§1). Une fois que nous aurons tenté d'identifier ces sujets, il faudra se demander ce qu'implique, de manière concrète, l'obligation de minimiser le préjudice, ce qui rend nécessaire l'étude de ses composantes (§2).

§1. Les sujets de l'obligation de minimiser le préjudice.

11. Instinctivement, lorsque l'on s'interroge sur l'obligation de minimiser le préjudice dans l'arbitrage commercial international, on pense immédiatement au commerçant lésé par son cocontractant, qui met en œuvre la clause compromissoire insérée dans le contrat conclu avec ce dernier. On peut également penser à l'une des parties à un contrat, lésée par une inexécution de son cocontractant, qui agirait pour se conformer à une clause stipulant expressément l'obligation de minimiser le préjudice, en cas de dommage causé par une inexécution contractuelle.

Les situations sont cependant plus vastes, et quelque peu plus complexes : indiscutablement, les professionnels du commerce international qui stipulent des clauses compromissoires dans leurs rapports avec leurs pairs, ainsi que ceux qui s'impliquent dans l'exécution de tels contrats, sont tenus de respecter cette obligation (A.). Cela ne doit cependant pas faire oublier que les professionnels ne sont plus les seuls acteurs du commerce international, et que la volonté d'assurer l'effectivité du principe de validité de la clause compromissoire devrait vraisemblablement conduire à étendre l'obligation de minimiser le préjudice à des non-professionnels, voir à des « parties faibles » (B.).

A. L'obligation de minimiser le préjudice s'impose aux professionnels signataires d'un contrat international, et aux professionnels impliqués dans l'exécution d'une opération économique internationale contenant une clause compromissoire.

12. Si l'on peut affirmer que l'obligation de minimiser le préjudice s'applique à tout professionnel dans le cadre d'une procédure d'arbitrage international, il apparaît nécessaire de réserver quelques développements pour distinguer selon que le professionnel est lié par une clause compromissoire insérée ou acceptée par lui (1.), ou que la clause compromissoire signée par un autre lui est étendue en raison de son implication dans l'exécution du contrat contenant cette clause (2.).

1. Le professionnel proposant ou acceptant l'insertion de la clause compromissoire est le sujet de plein droit de l'obligation de minimiser le préjudice.

13. Dans cette situation, il est appliqué au professionnel une présomption de compétence : si ce dernier a proposé ou accepté la présence d'une clause compromissoire dans le contrat, ce dernier est réputé avoir connaissance des conséquences que cela implique : en premier lieu, le double effet positif-négatif s'agissant de l'incompétence de la juridiction étatique et de la compétence de la juridiction arbitrale. En second lieu, l'obligation pour l'une ou l'autre des parties, en cas d'inexécutions contractuelles source d'un dommage, de minimiser celui-ci.

S'agissant ici de parties ayant participé directement à la conclusion de la convention d'arbitrage, elles ne sauraient s'abriter derrière leur ignorance pour échapper à cette obligation, au risque de vider celle-ci de sa substance.

La question est toutefois plus délicate dès lors que l'arbitrage international s'impose à un professionnel qui, sans y avoir consenti, s'est trouvé impliqué dans l'opération économique internationale concernée par la convention d'arbitrage international.

2. L'extension de l'obligation de minimiser le préjudice symétriquement à l'extension du champ d'application *ratione personae* de la convention d'arbitrage.

14. En raison du principe d'effet relatif des conventions, la convention d'arbitrage ne devrait pas avoir d'effet sur les tiers au contrat.

Ainsi, il aurait été légitime de penser que le professionnel n'ayant ni proposé, ni accepté un contrat contenant une clause compromissoire ne puisse pas être contraint à avoir recours à une procédure d'arbitrage international, et, à plus forte raison, ne puisse se voir opposer l'obligation de minimiser son préjudice résultant de celle-ci.

Le droit français de l'arbitrage a pourtant développé, dans le cadre de la jurisprudence favorable au principe de validité de la clause compromissoire, une « règle matérielle retenant un principe général d'extension de la convention d'arbitrage au tiers non signataire [...] simplement fondé sur l'implication volontaire du tiers dans l'exécution du contrat pour lequel la convention d'arbitrage a été stipulée »¹⁵

¹⁵ C. SERAGLINI et J.ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, p. 641, Monstchrestien, 2013.

Cette règle matérielle s'est notamment illustrée dans un arrêt *Alcatel Business Systems*¹⁶, s'agissant d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, ainsi que dans un arrêt *Société des Ciments d'Abidjan*¹⁷, s'agissant d'une cession de contrat.

Les acquéreurs successifs (ou le cessionnaire) ne sont pas nécessairement au courant de l'existence d'une clause compromissoire.

Or, lorsque l'un d'eux voyant ses intérêts lésés par une inexécution contractuelle agira aux fins de voir ce dernier réparé, l'auteur du dommage lui opposera l'incompétence de la juridiction saisie au profit de la juridiction arbitrale, qui risque de relever, le cas échéant, des manquements par la partie lésée à son obligation de minimiser.

Dans son commentaire de l'arrêt *Alcatel Business Systems*, Eric LOQUIN écrivait très justement que « la transmission de la clause compromissoire est la conséquence d'un double rapport d'accessoire à principal »¹⁸.

Il apparaît qu'en raison du lien entre clause compromissoire et sujétion à l'obligation de minimiser son préjudice, il est possible d'affirmer que l'extension et la transmission de l'obligation de minimiser le préjudice sont les conséquences d'un rapport d'accessoire à principal, au troisième degré, l'obligation suivant la clause compromissoire, laquelle suit le droit d'action attaché au droit transmis.

15. Si la solution adoptée en matière d'extension de la clause compromissoire ne faisait pas l'unanimité au sein de la doctrine¹⁹, elle suscite d'autant plus de circonspection s'agissant de ses conséquences sur l'obligation de minimiser le dommage : s'il est possible de se rallier très largement à la position de la Cour de Cassation s'agissant de veiller au plein exercice du principe de validité de la clause compromissoire, il paraîtrait excessif de faire courir le risque à l'une des parties de voir la réparation de son préjudice diminuée voire écartée²⁰ en raison de son implication dans l'exécution du contrat, d'autant que ce créancier lésé peut, malgré sa qualité de professionnel, manquer d'expérience s'agissant des usages du commerce

¹⁶ Civ. 1re, 27 mars 2007, *Sté Alcatel Business Systems et autre c/ Sté Amkor Technology et autres*, Rev. arb. 2007. 247 ; D. 2007. Jur. 2077, note S. BOLLÉE

¹⁷ Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, *Sté Burkinabe des ciments et matériaux c/ Sté Des ciments d'Abidjan*, Rev. Arb. 2003, p. 397, note D ; COHEN ; RCDIP 2002, p. 758, note N. COIPEL-CORDONNIER ; RTD Com. 2002, p. 667, obs. E. LOQUIN ; D. 2003, som. P.2471, obs. Th. CLAY ; JCP G 2003, I, 105, n°10, obs. Ch. SERAGLINI

¹⁸ E. LOQUIN, *De la transmission et de l'extension de la clause compromissoire : un « grand arrêt » de la première chambre civile de la Cour de cassation*, RTD Com. 2007 p. 677

¹⁹ Pour une appréciation critique, v. notamment les obs de M-L. NIBOYET, ainsi que les remarques de N. COIPEL-CORDONNIER, Rev. crit. DIP 2002. 758.

²⁰ V. infra n°44.

international (en effet, la seule connaissance de sa propre loi, s'il s'agit de la loi française, exclue cette obligation).

Il nous semblerait donc important que les législateurs nationaux, et particulièrement le législateur français, prenne compte de cette situation afin d'infléchir la position du droit interne, pour ne pas faire perdurer une dualité de régime préjudiciable au premier chef aux professionnels qui sont les sujets naturels de cette obligation, mais aussi aux non-professionnels, nouveaux sujets originaux de l'obligation.

B. Vers une extension de l'obligation de minimiser le dommage aux acteurs du commerce international agissant en dehors de la sphère professionnelle ?

16. Ainsi que cela a été rappelé auparavant, le droit français exclue par principe toute obligation de minimiser le dommage²¹.

Par ailleurs, le droit français a organisé une protection particulière de la « partie faible », dans de nombreux domaines du droit, dont l'arbitrage : ainsi les articles 2059 et 2061 du Code Civil, prévoient l'interdiction de recourir à l'arbitrage lorsque les parties n'ont pas la libre disposition de leurs droits (ces articles ne faisant pas obstacle au recours à l'arbitrage une fois le litige né)²². L'idée derrière pareil dispositif est qu'il existe parfois entre les parties des déséquilibres, qu'ils soient économiques, informationnel, etc.

En revanche, s'agissant de l'arbitrage international, la protection des articles 2050 et 2061 du Code Civil est écartée : la Cour de Cassation a affirmé sans ambiguïté «qu'il résulte du principe de validité de la clause d'arbitrage international, sans condition de commercialité [...] que l'article 2061 du Code Civil est sans application dans l'ordre international »²³.

Fort de cette position très favorable au recours à l'arbitrage international, la Cour de Cassation, a admis l'arbitrabilité (et, de fait, la sujétion à l'obligation de minimiser le dommage) des litiges de consommation (1.) et des litiges relatifs aux contrats de travail internationaux (2.).

²¹ V. supra n°6.

²² Sur ce sujet, v. C. SERAGLINI et J.ORTSCHEIDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, prec. note n°14, et M. DE FONTMICHEL, *Le faible et l'arbitrage*, thèse Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011.

²³ Civ. 1^{re}, 5 janv. 1999, *Zanzi*, Rev. Arb. 1999, p. 260, note Ph. FOUCHARD ; RTD com. 1999, p. 380, obs. E. LOQUIN.

1. Le risque de pénétration de l'obligation de minimiser le préjudice dans les litiges de consommation en raison de leur arbitrabilité.

17. En la matière, l'affaire la plus mentionnée s'agissant d'illustrer l'arbitrabilité des litiges de consommation est l'affaire *Rado*, dans laquelle un particulier non-professionnel (et, en l'occurrence, d'un certain âge) avait été démarché à son domicile pour se voir proposer des placements financiers (risqués, ce qui ne lui avait pas été exposé de manière intelligible compte tenu de ses connaissances et de ses facultés), le contrat comportant une clause compromissoire prévoyant un arbitrage devant un tribunal arbitral dont le siège était situé à New York. Informé par la suite du fait que le compte était devenu débiteur, le particulier démarché avait agi en nullité de la convention d'ouverture du compte, la société défenderesse lui opposant la clause compromissoire.

La Cour de Cassation avait alors confirmé la solution de la Cour d'Appel, retenant la compétence de la juridiction arbitrale, aux motifs que « la Cour d'Appel a retenu le caractère international de l'opération économique litigieuse [...] peu important, dans ces conditions que l'une des parties ne soit pas commerçantes »²⁴.

18. Une telle formulation est ennuyeuse s'agissant de l'obligation de minimiser le dommage : en effet, celle-ci découle de la qualité d'acteur du commerce international, ainsi que du constat de l'existence d'une opération économique qui « met en jeu les intérêts du commerce international »²⁵.

Ce faisant, il y a lieu de soumettre les deux parties à cette obligation, sans égard à leur qualités respectives (et donc sans égard particulier pour le non-professionnel profane).

Cette solution pose un problème d'équité majeur : la demanderesse, si elle dispose des moyens (financiers principalement) pour assurer la défense de ses intérêts devant la juridiction arbitrale, devient alors un sujet potentiel de l'obligation de minimiser le dommage, alors qu'il s'agit d'une règle de la *lex mercatoria*, qu'un consommateur est précisément censé ignorer en sa qualité de profane.

19. On peut légitimement craindre que cette solution n'incite les acteurs du commerce international à stipuler de manière systématique (clauses de style) des clauses compromissoire

²⁴ Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, *Rado*, RTD Com. 2004, p. 447, obs. E. LOQUIN ; JCP G 2004, I, 134, n°3, obs. C. SERAGLINI ; Rev. Arb. 2005, p.125 (1^{re} esp.), note X. BOUBOBZA ; D. 2004, p. 2458, note I. NAJJAR ; D. 2005, p. 3050, II-C-1, obs. Th. CLAY.

²⁵ Civ. 1^{re}, 21 mai 1997, *Jaguar*, Rev. Arb. 1997, p. 537, note E. GAILLARD ; RCDIP 1998, p. 87, note V. HEUZÉ ; RTD com. 1998, p. 330, note E. LOQUIN.

devant des tribunaux arbitraux situés dans des endroits difficiles d'accès pour les consommateurs, les rares d'entre eux parvenant à aller faire valoir leurs droits risquant de voir, en tout état de cause, leur indemnisation réduite ou écartée sur le fondement du non-respect de l'obligation de minimiser leur dommage, d'autant que ce type de stipulation tend à se retrouver dans les conditions générales de vente, volumineuses et indigestes même pour un professionnel du droit, et totalement inintelligible pour le profane. La situation n'en est que pire lorsqu'il s'agit de conditions générales de vente que le consommateur a acceptées en cochant d'un clic une case « *J'accepte sans réserve les conditions générales de vente* » sur un site marchand, un clic supplémentaire étant requis pour consulter lesdites conditions générales de vente, le plus souvent présentées de manière aussi peu accessible pour le profane que leur version papier, avec tous les inconvénients en plus que présente la lecture sur écran (certaines études concluant que le contenu des pages tend à être alors moins bien appréhendé par le lecteur).

20. Il est délicat d'apporter un remède à ce problème : en effet, le recours à des mécanismes de prohibition générale de recours à l'arbitrage (par exemple, à l'aide de l'inscription de ses clauses sur la liste dite « noire » des clauses irréfragablement abusives prévues par le décret n°2009-302 du 18 mars 2009 « portant application de l'article L.132-1 du code de la consommation ») s'agissant des litiges de consommation ne serait pas une solution satisfaisante, parce qu'il constituerait un retour en arrière en direction de la jurisprudence antérieure à l'affaire *Rado*.

Le principe de validité de la convention d'arbitrage souffrirait alors un affaiblissement considérable.

Sans doute faudrait-il envisager une atténuation de l'obligation lorsque son sujet ne présente pas les compétences requises pour avoir connaissance et pour pouvoir mettre en œuvre une telle obligation. Dans un sens similaire, les juridictions étatiques et les arbitres pourraient sanctionner le fait pour le professionnel averti d'avoir agi avec déloyauté en n'informant pas son cocontractant de l'existence d'une telle obligation. Il revient cependant aux législateurs (et notamment lors de projets d'harmonisation entre les Etats) d'inciter les acteurs du commerce international à faire figurer cette obligation de manière claire et intelligible, ce qui serait souhaitable également s'agissant de la clause compromissoire elle-même.

Il serait également possible de s'inspirer de la solution rendue en matière d'arbitrabilité des litiges relatifs aux contrats de travail internationaux

2. Le droit d'option du salarié en matière d'arbitrage internationale légitimant l'existence de l'obligation de minimiser le préjudice.

21. Dans deux arrêts rendus en date du 16 février 1999 et 4 mai 1999, la Chambre Sociale de la Cour de Cassation a estimé que la clause insérée dans un contrat de travail international n'est pas opposable au salarié qui a saisi régulièrement la juridiction compétente en vertu des règles applicables, peu important la loi régissant le contrat de travail ». Cette solution institue un régime mixte, en ce qu'il préserve la protection de la partie faible (qui bénéficie d'une option entre la juridiction arbitrale et la juridiction étatique) tout en maintenant ouverte la voie de l'arbitrage.

S'agissant de l'obligation de minimiser le préjudice, il y a fort à parier que si le salarié prend l'initiative de s'engager dans la procédure arbitrale, il s'expose alors à l'obligation de minimiser le préjudice qui y est inhérente.

Une telle solution n'aurait pas pour inconvénient d'empêcher tout recours à l'arbitrage, et semblerait aisément transposable aux litiges de consommation : puisque le consommateur aurait toujours la possibilité de s'engager devant la juridiction étatique, les professionnels seraient ainsi incités à faire des concessions, notamment s'agissant du choix du siège du tribunal arbitral, qui ne serait pas choisi délibérément loin du domicile du défendeur en vue de dissuader ce dernier d'aller défendre ses droits.

Une telle solution pourrait même avoir un effet bénéfique sur le développement de l'arbitrage comme mode alternatif de règlement des litiges, et contribuer au désengorgement des tribunaux. En revanche, nous considérons qu'il reviendra aux professionnels d'informer les consommateurs de l'existence de cette obligation, à nouveau dans de manière claire, et simple à appréhender, lorsque le contrat comporte une clause compromissoire internationale.

Il ressort de nos développements que s'agissant du droit français de l'arbitrage international, il faut considérer que tous les acteurs du commerce international, qu'ils soient professionnels ou non, peuvent avoir à minimiser leur dommage en exécution d'une convention d'arbitrage.

Après avoir tenté d'identifier les sujets de l'obligation, c'est tout naturellement que nous allons nous intéresser au contenu de l'obligation de minimiser le préjudice.

§2. L'objet de l'obligation de minimiser le dommage.

22. Dès l'introduction de notre propos, nous avons proposé une définition de ce qu'est l'obligation de minimiser le préjudice. Toutefois, comprendre ce que signifie la notion invite à tenter de comprendre son régime, c'est-à-dire la façon dont elle est mise en œuvre.

Pour étudier le régime de l'obligation de minimiser le préjudice, il faudra dans un premier temps étudier ce que le créancier lésé doit matériellement effectuer pour satisfaire à son obligation de modérer son préjudice (A.), puis s'intéresser à la présence d'une exigence supplémentaire des juridictions arbitrales s'agissant de sa mise en œuvre, quant au délai dans lequel l'obligation doit être exécutée (B.).

A. Le créancier lésé est tenu d'un devoir de substitution.

23. Lorsque l'une des parties au contrat voit son cocontractant mal exécuter l'une de ses obligations, voir même ne pas l'exécuter du tout, ce créancier lésé doit trouver une solution.

Selon une conception similaire à celle adoptée par le droit de Common Law (pour lequel l'exécution du contrat par un tiers est la forme la plus naturelle d'exécution forcée du contrat, le créancier lésé a « l'obligation de trouver un marché de substitution »²⁶, c'est-à-dire de s'adresser à un tiers pour faire exécuter le contrat en lieu et place du cocontractant (1.). La jurisprudence arbitrale a également mis en lumière la possibilité de trouver ce « marché de substitution » entre les mains de l'auteur du dommage, selon des conditions contractuelles différentes (2.).

1. L'exécution du contrat par un tiers au contrat initial.

24. Il s'agit de la forme la plus élémentaire d'exécution de l'obligation de minimiser le préjudice : le créancier lésé contracte avec un tiers pour faire exécuter le contrat, puis se retourne contre son cocontractant initial afin de lui faire supporter les frais engagés, et les éventuelles pertes de profit : ainsi, dans la sentence de la Chambre de Commerce Internationale n°2216²⁷, le tribunal arbitral constate que l'acquéreur (de pétrole) n'ayant pas pris livraison des

²⁶ B. HANOTIAU, *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, préc. note 4.

²⁷ C.C.I. n°2216 de 1974, JDI 1975, p. 917, obs. Y. DERAÏNS.

marchandises, ce qui constituait une inexécution contractuelle, il appartenait à la partie vendeuse « de déployer tous ses efforts pour vendre ce pétrole à des tiers le plus rapidement possible afin de réduire l'ampleur du préjudice »²⁸, s'agissant d'un type de marchandise dont la revente est particulièrement aisée en raison de nombreux marchés à l'international.

25. De la même manière, dans la sentence rendue par la *Society of Maritime Arbitrators* n°2561, est sanctionné le fait pour l'affréteur d'un navire de n'avoir pas conclu de contrat avec un fréteur de substitution pour assurer le contrat de transport : le dommage lié à la non-livraison des marchandises au lieu de destination aurait été évité si l'affréteur avait fait acheminer celles-ci par un navire autre que celui prévu initialement.

Pareillement, s'agissant d'un contrat de licence de marque²⁹.

26. En matière de contrat de construction, les tribunaux arbitraux ont pareillement considéré que l'entrepreneur principal fasse exécuter les travaux par un tiers en cas d'inexécution du constructeur. En la matière, la jurisprudence arbitrale a même parfois considéré qu'eût égard aux délais occasionnés par la recherche d'un nouveau cocontractant, le temps nécessaire pour l'établissement d'un cahier des charges, et le retard déjà accumulé, il était possible d'attendre de l'entrepreneur principal lésé que celui-ci exécute lui-même les travaux afin de modérer son préjudice.³⁰

27. S'agissant d'un contrat de distribution, la CCI a estimé, dans une affaire n°12193 de 2004 « qu'en procédant à la destruction du stock, le demandeur a failli à son obligation de minimiser le dommage »³¹. Ainsi que le remarque très justement Eduardo SILVA ROMERO, l'obligation de minimiser le préjudice « implique donc que le distributeur mette en œuvre des moyens raisonnables pour revendre les stocks restants à la suite de la résiliation du contrat de distribution ». Il convient de remarquer, à l'occasion de cette sentence, que le tribunal arbitral avait exclu de trancher le litige à l'aide des principes généraux de la *lex mercatoria*, ni de la loi qu'il avait jugé la plus appropriée (en l'espèce, la loi libanaise), ce qui semble aller dans le sens d'une consécration de cette obligation indépendamment de toute référence à un droit étatique ou à des principes généraux du commerce international.

28. La limite à cette solution réside dans l'impossibilité pour le créancier lésé de conclure le contrat auprès d'un tiers, notamment en l'absence d'un marché (par exemple,

²⁸ C.C.I., n°2216, 1974 ; v. également C.C.I. n° 2142

²⁹ C.C.I. n°2103, JDI 1974, p. 902, obs. Y.DERAINS.

³⁰ C.C.I. n° 5721, JDI 1990, p. 1020, obs. J.-J. ARNALDEZ.

³¹ CCI n°12193, 2004, JDI 2007, p.1285, obs. E. SILVA ROMERO

lorsque le contrat porte sur des biens faisant l'objet d'une réglementation particulière, ou en présence d'un monopole d'un Etat ou d'une entreprise sur le secteur d'activité concerné par le contrat).

Certains auteurs³² ont cependant souligné la nécessité pour l'entrepreneur principal de solliciter d'abord du constructeur qu'il mette les travaux en conformité avec les stipulations contractuelles avant de procéder lui-même à cette réfaction, et ce dans le but d'éviter que le créancier ne sollicite ensuite le remboursement des sommes dont le montant aurait été établi par lui seul : ainsi, les tribunaux arbitraux ont entendu protéger l'auteur du dommage contre une éventuelle fixation discrétionnaire du prix de la prestation par l'entrepreneur principal.

29. Le fait de ne pas exclure totalement l'auteur du dommage de la participation à l'obligation de minimiser le préjudice se retrouve également dans la possibilité, voir l'obligation, consacrée par la jurisprudence arbitrale, d'accepter une offre ultérieure du débiteur, dans des conditions différentes de celles stipulées au contrat initial.

2. L'exécution du contrat par le cocontractant initial aux conditions contractuelles révisées.

30. Une sentence CCI n°2478 datée de 1974 a en effet sanctionné le créancier lésé pour manquement à son obligation de minimiser son préjudice en constatant que ce dernier n'avait pas accepté une offre de révision du prix contractuel proposée par l'auteur du dommage.

Cette solution s'explique en ce que l'acceptation par le créancier lésé de l'exécution du contrat dans des conditions différentes ne fait pas obstacle à son droit de demander ensuite la réparation du préjudice né de la non-exécution du contrat tel que prévus initialement (ce qui permet de mettre en échec les affirmations selon lesquelles cette solution constituerait une admission de la possibilité pour l'arbitre de réviser le contrat³³).

31. Cette solution a été confirmée par plusieurs affaires tranchées devant la CCI,³⁴ qui ont notamment posé des limites à cette obligation, tenant au caractère raisonnable de l'offre : la CCI parle en 1986 d'offre « raisonnable et faite de bonne foi », s'agissant en l'espèce pour le créancier lésé d'acquiescer des marchandises plus cher que le contrat ne le prévoyait, tout en

³² M. E. SHNEIDER, *Résumé de la discussion sur l'obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction le 1^{er} décembre 1986 à Paris*, RDAI 1987, p.387

³³ En ce sens, les commentaires de B.GOLDMAN sur C.C.I. n°2478 ; Contra, J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, prec. note n°7, p149-152.

³⁴ V. notamment l'affaire CCI n° 5073 de 1986, YCA XVI (1991) ; p.91

demeurant moins onéreux que le cours du marché, ce qui aurait rendu l'approvisionnement auprès d'un tiers plus cher, et donc limité la modération du préjudice.

Ce caractère raisonnable tient également à l'économie du contrat, qui ne doit pas être bouleversée par la modification des stipulations contractuelles³⁵, ainsi qu'à la nécessité, évidente, que la proposition faite par l'auteur du dommage ne constitue pas une aggravation du préjudice du créancier (puisque l'acceptation d'une telle offre constituerait, en soi, la violation de l'obligation de minimiser le préjudice).

32. De ces développements, il nous semble qu'il ressort que l'obligation pour le créancier de minimiser son préjudice a pour substance de contraindre le créancier à mettre ses capacités d'adaptation à l'épreuve : au créancier lésé d'entreprendre les démarches pour trouver satisfaction auprès d'un tiers, ou de faire preuve de souplesse s'agissant d'accepter des modifications du contrat par l'auteur du dommage, tout en voyant ses intérêts protégés par la possibilité de saisir la juridiction arbitrale par la suite pour obtenir le remboursement de ses frais.

Mais les tribunaux arbitraux ne se sont pas contentés de contraindre le créancier lésé à l'action : en plus de lui indiquer ce qu'il devait faire, la jurisprudence arbitrale est venue préciser au créancier comment il devait faire, à savoir « au plus vite ».

B. Le créancier lésé est tenu d'un devoir de célérité.

33. Lorsque le créancier lésé constate l'inexécution contractuelle, et donc la naissance de son préjudice, débute alors pour lui une « course contre la montre » : plus le temps s'écoule, plus le préjudice est susceptible de s'aggraver.

Cela s'explique, dans l'hypothèse la plus simple, par la déperdition de la marchandise ou la dépréciation des matériaux.

Par ailleurs, le créancier lésé est rarement le seul à être impacté par les inexécutions contractuelles : en effet, celui-ci est potentiellement lié à d'autres personnes, professionnels ou non.

³⁵ J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, prec. Note 7, sur l'affaire CCI n°2508 de 1976, JDI 1977, p. 939, obs. Y. DERAÏNS

Les inexécutions contractuelles dont il souffre peuvent le placer en situation de ne pas exécuter ses obligations envers ses cocontractants : il en résulte pour lui des pertes de profit, et peut exposer ce dernier à l'engagement de sa responsabilité contractuelle, occasionnant des coûts supplémentaires (notamment d'assurance).

Enfin, en raison du phénomène permanent d'inflation, le cours du temps ne peut avoir pour effet que d'augmenter le montant établi lors de l'évaluation du préjudice.

C'est pourquoi il est apparu absolument nécessaire de contraindre le créancier lésé à faire preuve de célérité, en exigeant de celui-ci qu'il exécute l'obligation de minimiser le dommage dans les meilleurs délais. A cette fin, les tribunaux arbitraux exigent des créanciers lésés qu'ils agissent immédiatement en vue de minimiser leur préjudice (1.), ou, lorsqu'une réaction immédiate n'est pas possible, que l'exécution de l'obligation de minimiser le dommage soit entreprise dans un délai raisonnable (2.)

1. Le principe : la réaction doit être immédiate.

34. A l'occasion de la résolution d'un litige par la Chambre de Commerce Internationale, dans l'affaire n°3344, Yves DERAÏNS écrivait au Journal du Droit International que « « toute action ou omission d'un cocontractant qui constitue un fait nouveau par rapport à une stricte application des stipulations contractuelles appelle une réaction immédiate de l'autre cocontractant »³⁶.

Une telle affirmation implique deux conséquences : d'abord qu'il n'est pas nécessaire que le dommage soit survenu pour que la diligence du créancier soit exigée. Cependant, il ne s'agit pas de l'expression de l'obligation de minimiser le préjudice, celui-ci n'étant pas encore né. A cette étape, il ne s'agit que de prendre des mesures pour éviter sa survenance.

Cela implique également qu'une fois le préjudice né, il appartient au créancier lésé, constatant que le contrat n'est pas exécuté comme convenu, de dénoncer ces manquements à l'auteur du dommage par exemple en mettant ce dernier en demeure d'exécuter comme convenu ses obligations, et de proposer une réparation adéquate. Cela implique également de ne pas se contenter d'une telle dénonciation, et de prendre immédiatement les mesures pour qu'à défaut d'action de l'auteur du dommage, le préjudice ne puisse s'aggraver.

³⁶ CCI n°3344 de1981, JDI 1984, p. 978

35. Dans le sens de l'exigence d'une réaction immédiate au constat d'une inexécution contractuelle, il est possible de mentionner la sentence rendue par la Chambre arbitrale pour les fruits, légumes et primeurs frais et comestible CEE de Strasbourg en date du 23 janvier 1980, dans laquelle le tribunal arbitral sanctionne le manquement à l'obligation de minimiser le préjudice (sans toutefois la viser expressément), s'agissant de marchandises (en l'espèce, des pommes de terre « primeur ») dont la commercialisation devait intervenir très rapidement selon les termes même du contrat³⁷.

36. Ce principe de réaction immédiate souffre cependant plusieurs limites : il n'est en effet pas toujours possible de réagir de manière immédiate, et, à plus forte raison, pas toujours possible de limiter de manière effective le préjudice à peine ce dernier survenu. De plus, le fait de s'orienter systématiquement vers une réaction immédiate contribue paradoxalement à une hausse du coût de la responsabilité : en effet, pour agir au plus vite, le créancier lésé doit renoncer à contracter avec tout tiers si la conclusion du contrat ne peut être immédiate, ce qui exclue de facto la possibilité de négocier en des termes plus avantageux, de demander des devis, etc.

C'est pourquoi les tribunaux arbitraux font preuve d'une relative clémence envers le créancier lésé, n'exigeant plus de ce dernier qu'il agisse immédiatement, tout en maintenant l'exigence d'une action dans délai « raisonnable ».

2. Tempérament : la réaction doit avoir lieu dans un délai raisonnable.

37. La première illustration de ce tempérament tient aux hypothèses dans lesquelles le créancier lésé n'agit pas immédiatement pour minimiser le dommage parce qu'il s'attend à ce que l'auteur du dommage s'exécute (même s'il y a eu retard dans l'exécution).

Il ne saurait pas être systématiquement reproché au créancier d'avoir immédiatement cherché à contracter avec un tiers pour obtenir satisfaction : en effet, une telle solution ignorerait purement et simplement l'existence de relations contractuelles établies entre les parties.

C'est pourquoi il peut être nécessaire de laisser, en de telles circonstances, la possibilité pour le créancier lésé d'attendre, sans exagération, que son partenaire commercial se conforme à ce qui avait été stipulé au contrat.

³⁷ Chambre arbitrale pour les fruits, légumes et primeurs frais et comestibles CEE de Strasbourg, 23 janvier 1980, Yearbook of Commercial Arbitration, VIII, p. 118, 1983.

Pour caractériser cette situation, les tribunaux arbitraux vont rechercher l'existence de discussions, ou de négociations entre le créancier lésé et l'auteur du dommage. Dans sa thèse, Jérôme ORTSCHIEDT, mentionnant la sentence CCI n°2103 de 1972, explique que « *c'est à partir du moment où les perspectives de négociations et de discussions paraissent être définitivement exclues que la partie lésée aurait dû s'efforcer de nouer de nouvelles relations pour modérer son dommage* »³⁸.

M. ORTSCHIEDT va même plus loin en affirmant que le créancier lésé, en « *entreprenant des négociations pour permettre l'exécution du contrat [...] n'essaye pas simplement de préserver les relations contractuelles, mais tente déjà de modérer son dommage* ».

Cette affirmation nous semble particulièrement pertinente, en ce qu'elle met en lumière une situation qui, selon nous, serait vraisemblablement confirmée par la jurisprudence arbitrale : il conviendrait d'admettre de façon large que le créancier lésé qui entre en discussions avec l'auteur du dommage puisse être considéré comme exécutant son obligation de modérer son préjudice.

Toutefois, il conviendrait, pour assurer l'efficacité de l'obligation, de contrôler la teneur des négociations intervenues entre les parties : en effet, le créancier lésé ne devrait pas pouvoir s'exonérer de son obligation de minimiser le préjudice lorsque, restant passif, il se contente d'adresser à l'auteur du dommage des propositions que ce dernier n'est pas en mesure d'accepter ou d'exécuter, dans le seul et unique but de verser ensuite au débat ces propositions pour prétendre avoir tenté de minimiser son préjudice. A l'inverse, on ne saurait pas non plus exiger du créancier qu'il remette en question l'équilibre du contrat pour admettre la présence de réelles négociations.

Une solution intermédiaire devra donc être élaborée par la jurisprudence arbitrale pour déterminer dans quels cas des négociations sont intervenues, permettant au créancier lésé de satisfaire à son obligation de minimiser son préjudice.

38. Il apparaît que l'obligation de minimiser le préjudice s'applique au plus grand nombre des acteurs du commerce international. Pour ces différents créanciers lésés, les tribunaux arbitraux attendent qu'ils agissent, faisant preuve d'adaptabilité dans la substitution, mais, surtout, les tribunaux arbitraux attendent des créanciers lésés qu'ils agissent rapidement.

³⁸ J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, prec. note n°7, p. 143

Comme toute obligation, l'efficacité de l'obligation de minimiser le préjudice est conditionné à l'existence de sanctions, qui viennent assurer le respect d'intérêts supérieurs aux intérêts individuels des créanciers lésés, à l'étude desquelles nous allons nous attacher.

Section II. Sanctions et portée de l'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale.

39. Pour juger de l'utilité de l'obligation de minimiser le dommage, il est inévitable de s'attacher à l'étude des sanctions prononcées par les juridictions arbitrales contre les créanciers lésés qui auraient failli à cette obligation.

La nature même de ces sanctions n'appelle de pas de développements particuliers, puisqu'il s'agit dans tous les cas de la diminution de la réparation demandée par le créancier lésé à la juridiction arbitrale. En revanche, selon les situations, l'ampleur de cette sanction est susceptible de fortes variations (§1). A l'issue de l'étude des sanctions, il conviendra de s'interroger sur la portée de l'obligation, en vue de comprendre ses incidences sur le commerce international mais aussi sur le déroulement procédural de l'instance arbitrale (§2).

§1. Les sanctions des manquements à l'obligation de minimiser le dommage.

40. L'existence d'une sanction en cas de non-respect d'une norme est une condition *sine qua none* de la qualification d'obligation.

A défaut de sanction, il ne s'agirait pas d'une obligation mais d'un simple « devoir moral »³⁹

Dans le commentaire de la sentence CCI n°2103 de 1972, Yves DERAÏNS écrivait que « une réduction des dommages-intérêts escomptés apparaît comme une sanction de nature à dissuader les praticiens du commerce international de se réfugier dans cette passivité aux conséquences économiques malthusiennes »⁴⁰.

Puisque c'est la recherche de réparation, et donc l'octroi de dommages-intérêts qui est recherché par le créancier lésé, le moyen le plus efficace de manipuler le comportement du créancier lésé est d'agir sur les sommes qu'il entend obtenir, de manière générale en les réduisant (A.), ou, de façon plus exceptionnelle, en les écartant purement et simplement (B.).

A) La sanction de droit commun : la réduction des dommages-intérêts dus par l'auteur du dommage au créancier lésé.

41. Pour sanctionner la violation par le créancier lésé de son obligation de modérer son préjudice, les tribunaux arbitraux procèdent en premier lieu à l'évaluation du préjudice allégué par le créancier lésé.

En second lieu, la juridiction arbitrale procède à l'examen de la fraction du préjudice qui, bien qu'étant imputable à l'auteur du dommage (puisqu'elle est une conséquence de son inexécution), aurait été évitée si le créancier avait entrepris, immédiatement ou dans un délai raisonnable, de trouver une solution de substitution.

Cette fraction de préjudice sera déduite de l'évaluation totale du préjudice : c'est le montant obtenu à l'aide de cette soustraction qui sera attribué au créancier lésé.

Dans l'hypothèse où le créancier lésé, bien qu'ayant agi et ayant agi dans les délais exigés, a mis en œuvre des moyens déraisonnables pour minimiser son préjudice, voire a aggravé celui-

³⁹ F. TERRÉ, *Les obligations*, p. 1, Dalloz, 2013.

⁴⁰ CCI n°2103 de 1972, JDI 1974, p. 903, obs. Y. DERAÏNS.

ci, la juridiction arbitrale ne devrait pas lui permettre de récupérer ces sommes auprès de l'auteur du dommage.

42. Ainsi qu'évoqué en introduction, l'obligation de minimiser le dommage ne saurait être qu'une obligation de moyens : le créancier qui a mis en œuvre des moyens raisonnables pour prévenir l'aggravation du dommage, mais qui n'y est pas parvenu, ne devrait pas être sanctionné pour manquement à son obligation de minimiser le préjudice, et devrait être indemnisé de la totalité du préjudice.

Cette hypothèse recouvre par exemple les situations dans lesquelles le créancier a entrepris d'obtenir satisfaction auprès de tiers au contrat initial proposant les mêmes biens ou services, mais que cette démarche n'a pu aboutir en raison d'un coût excessif. La solution serait d'ailleurs identique si le coût du contrat passé avec le tiers n'était pas disproportionné, mais que le créancier lésé est en mesure d'apporter la preuve que ses facultés financières ne lui permettent pas de conclure de tels contrats.

De la même manière, lorsque le créancier lésé était dans l'impossibilité d'agir, par exemple en raison de l'absence de marché, d'une situation de force majeure, ou encore lorsque l'exécution du contrat ne pouvait être assurée que par le débiteur (pour illustrer cette exception, Pauline RÉMY-CORLAY fait référence à l'hypothèse d'une commande passée auprès d'un artiste, l'œuvre demandée ne pouvant irrémédiablement ni être exécutée par un tiers, ni exécutée de force par celui qui devait la réaliser), son droit à réparation ne doit pas être limité.

43. L'attitude de l'auteur du dommage postérieurement à la réalisation du dommage peut également avoir des conséquences sur l'indemnisation du créancier lésé : en effet, si l'auteur du dommage se comporte de telle manière qu'il laisse penser au créancier qu'il va s'exécuter (par exemple lorsqu'il adresse au créancier lésé des demandes de délais), l'auteur du dommage ne pourra ensuite pas opposer au créancier lésé sa passivité, ainsi que l'a estimé le tribunal arbitral dans une sentence CCI n°6840 de 1991⁴¹. En pareille hypothèse, le tribunal arbitral devra toutefois contrôler dans quelle mesure le créancier lésé pouvait raisonnablement espérer que le débiteur s'exécute. En ce sens, la sentence CCI n°2103 de 1972 constate par exemple que « telle perspective de négociations et de discussions avec (le défendeur) paraît avoir été exclue définitivement à la date du ... »

⁴¹ C.C.I n°6840 de 1991, JDI 1992, p. 1031, obs. Y. DERAÏNS.

Si le créancier qui manque à son obligation de modérer son préjudice s'expose à voir son droit à réparation diminué, il ne faut pas occulter l'hypothèse dans laquelle, notamment en raison de son comportement, la réparation du préjudice du créancier lésé sera purement et simplement écartée.

B) La sanction d'exception : l'écartement de la réparation du préjudice.

44. L'idée même de cette sanction est de nature à faire frémir toute personne qui pourrait s'engager à l'arbitrage.

Dans cette situation, le manquement à l'obligation de minimiser le préjudice est tel que la limitation de la réparation atteint le montant du préjudice, ce qui prive intégralement le créancier de son droit à réparation.

En raison de sa gravité, cette sanction n'est naturellement réservée qu'à un nombre restreint d'hypothèses caractérisées par le comportement fautif du créancier lésé.

45. La *Society of Maritime Arbitrators*, en 1987, a rendu une sentence n°2373, dans laquelle elle exclut intégralement la réparation du préjudice subi par l'affrèteur d'un navire du fait de la défaillance du fréteur. Dans cette espèce, le tribunal arbitral souligne le fait que si l'affrèteur avait entrepris de trouver un fréteur pour remplacer son cocontractant défaillant, il aurait purement et simplement évité la survenance du dommage, cette circonstance ne l'empêchant pas, en tout état de cause de saisir la juridiction arbitrale pour faire condamner le fréteur à des dommages-intérêts en raison des frais engagés et du non-respect des stipulations contractuelles.

Il faut observer que dans cette hypothèse, l'obligation de minimiser le dommage est poussée à son paroxysme, puisque l'on exige du créancier non pas qu'il modère le préjudice, mais qu'il le prévienne purement et simplement.

46. Il faut toutefois limiter cette affirmation au regard de de deux considérations :

- D'abord, il faut conserver à l'esprit que l'obligation de modérer le dommage n'est qu'une obligation de moyen. Le tribunal arbitral ne sanctionne donc pas le créancier pour n'avoir pas évité le dommage, mais pour n'avoir pas tenté de l'éviter.
- Ensuite, il faut garder en mémoire le fait que la non-survenance du préjudice du fait du créancier, lorsque celui-ci trouve une solution alternative dans les délais, ne fait pas obstacle à ce que ce dernier puisse quand même agir à l'encontre de son cocontractant. Le dommage ne

résulte cependant plus des conséquences de l'inexécution contractuelle, mais du non-respect par le cocontractant de ses engagements.

47. L'aspect exceptionnel de cette sanction est soulevé par Jérôme ORTSCHEIDT dans sa thèse, qui remarque à juste titre « l'indulgence dont font preuve les arbitres vis-à-vis de la partie lésée »⁴².

En effet, la vindicte des juridictions arbitrales à l'encontre du comportement passif du créancier lésé doit demeurer ciblée sur ceux qui tentent de profiter d'une situation de force qui leur confère des droits. Elle ne doit à l'inverse pas faire oublier que, dans la majeure partie des situations, les inexécutions contractuelles sont source de difficultés pour le créancier lésé, qui doit s'adapter à une situation qu'il n'a pu prévoir, et doit engager des frais importants.

Si le fait qu'il puisse ensuite se retourner contre l'auteur de son préjudice va de soi, c'est un faible réconfort pour le créancier au moment où il met en œuvre, de manière concrète, l'obligation de modérer son dommage, situation d'autant plus délicate pour lui que ses ressources financières sont limitées.

48. L'évocation de l'état de difficulté du créancier lésé est l'occasion d'évoquer la situation particulière dans laquelle pourraient se trouver les « nouveaux sujets » de l'obligation de modérer le dommage, à savoir les non-professionnels⁴³.

En effet, il apparaît de prime abord particulièrement inéquitable que la réparation de consommateurs, voir salariés titulaires de contrats de travail internationaux, soit écartée aux motifs que ces derniers ont manqué à une obligation dont ils ne connaissent pour quasi-unanimement pas l'existence.

Il y aurait même à craindre que des acteurs professionnels du commerce international ne profitent de ce type de situation : ainsi, il n'est pas inutile de s'interroger sur la façon dont un consommateur doit réagir lorsque son cocontractant professionnel ne s'exécute pas.

En effet, on constate que les victimes d'inexécutions contractuelles n'osent que de manière résiduelle aller défendre leurs droits devant les tribunaux de droit interne. La situation ne pourrait qu'être plus défavorable s'agissant de les contraindre à défendre leurs intérêts devant des juridictions arbitrales, financièrement moins accessibles que la justice étatique.

⁴² J. ORTSCHEIDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, prec. Note n°7.

⁴³ V. supra n°17.

49. Par ailleurs, les facultés de négociation étant différentes, il est possible de se demander dans quelle mesure il sera attendu du consommateur qu'il contracte auprès d'un tiers, alors qu'il est déjà engagé auprès d'un cocontractant. Pire encore, il est légitime d'entretenir des craintes sur la transposition de l'obligation d'accepter une offre modifiée émanant du cocontractant, à charge pour le consommateur d'agir ensuite devant les juridictions arbitrales pour obtenir réparation du préjudice résultant de la non-exécution du contrat dans les termes initiaux, pour des montants parfois dérisoires compte tenu du coût de la procédure, avec le risque de voir l'indemnisation écartée.

C'est pourquoi nous espérons que les juridictions arbitrales sauront tenir compte du déséquilibre existant entre les parties au contrat de consommation, afin de se prémunir contre le développement des « fautes lucratives » dans ces contrats lorsqu'ils sont assortis de clauses compromissaires internationales, une solution étant rendue particulièrement nécessaire pour tous les droits qui ne prévoient pas de dommages-intérêts punitifs, notamment le droit français.

La sanction des manquements à l'obligation de modérer le dommage étant identifiée, il convient à présent de s'interroger sur les conséquences de l'obligation, entendues de manière large, sur le déroulement de l'instance arbitrale et sur les acteurs du commerce international.

§2. La portée de l'obligation de minimiser le préjudice.

50. L'existence de l'obligation de minimiser le préjudice entraîne un certain nombre de conséquences qui excèdent la seule limitation/exclusion de la réparation du préjudice subi par le créancier lésé.

En effet, cette obligation va emporter des conséquences sur le plan procédural : la charge de la preuve de sa mise à exécution n'est pas sans soulever plusieurs interrogations, même s'il est possible d'affirmer dès à présent que la charge de la preuve de l'exécution de l'obligation de modérer le préjudice pèse sur le créancier lésé (A.). De plus, l'existence de cette obligation est de nature à affecter le comportement d'une multitude d'autres acteurs du commerce international, distincts des parties à l'instance arbitrale (B.).

A. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation de modérer le préjudice.

51. Cet aspect de l'obligation de minimiser le dommage est loin d'être sans intérêt, puisque le choix en faveur de l'une ou l'autre des parties a des conséquences importantes : la preuve de l'accomplissement ou non de diligences, de même que l'éventuel établissement de présomptions peuvent faciliter ou au contraire rendre plus difficile la preuve de l'exécution ou de l'inexécution de l'obligation.

Ainsi que nous l'avons mentionné auparavant, le tribunal arbitral tient compte, pour déterminer si le créancier a tenté de modérer son préjudice ou non, de la recherche et de la mise en œuvre dans le délai de solutions de substitution, cette recherche ayant pour limite le caractère déraisonnable des mesures employées par le créancier lésé.

C'est donc tout naturellement que la jurisprudence arbitrale a réparti la charge de la preuve autour de ces deux aspects, s'agissant pour le créancier lésé de prouver ses tentatives de modérer son préjudice (1.), et pour l'auteur du dommage, d'apporter la preuve du caractère déraisonnable des mesures mises en œuvre par le créancier lésé (2.).

1. La charge de la preuve de la tentative de modérer le préjudice incombe au créancier lésé.

52. Il nous paraît important de mentionner dans le titre le terme « tentative ». A plusieurs reprises, il a été souligné que l'obligation de minimiser le préjudice ne constitue qu'une obligation de moyens : dès lors, il ne saurait être attendu du créancier que celui-ci apporte la preuve qu'il a effectivement modéré son préjudice. En revanche, il pourra lui être demandé de démontrer en quoi il peut justifier d'avoir essayé de modérer ce dommage.

Un très grand nombre de sentences ont été rendues en ce sens : la plus ancienne est certainement la sentence CCI n°2103 de 1974, dans laquelle le tribunal arbitral énonce sans ambiguïté qu'il appartenait au créancier de démontrer qu'il avait tenté de diminuer son préjudice

53. Dans sa thèse⁴⁴, Jérôme ORTSCHIEDT met en évidence un aspect important au regard de la charge de la preuve : à la lumière de plusieurs sentences CCI, il peut être observé

⁴⁴ J. ORTSCHIEDT, *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, prec. note n°7, p. 136.

que le créancier lésé doit être à l'initiative de la preuve de la tentative de modération de son préjudice. En effet, les juridictions arbitrales tendent à relever d'office l'absence de preuves d'action du créancier lésé aux fins de modérer son dommage.

Au-delà de la diligence requise de sa part lors de la survenance du dommage, le créancier lésé doit également faire preuve de diligence à l'occasion de la conduite de la procédure arbitrale, pour démontrer qu'il a agi en vue de modérer le dommage.

A ce sujet, Jérôme ORTSCHIEDT affirme même que « Si la jurisprudence arbitrale internationale contraint celui qui sollicite des dommages-intérêts à rapporter la preuve qu'il a pris les mesures pour minimiser le dommage, c'est que sa diligence constitue un élément générateur du droit à réparation ».

De manière générale, cette solution semble pleinement satisfaisante : en effet, le créancier lésé est celui qui dispose des documents attestant de ses éventuelles démarches, notamment auprès des tiers, permettant de démontrer qu'il a ou non agi aux fins d'obtenir une substitution à l'obligation contractuelle inexécutée.

Une solution inverse serait extrêmement défavorable à l'auteur du dommage, qui se heurterait à une sorte de présomption de modération du dommage, sauf à ce qu'il dispose des pièces en ce sens, ou que les parties aient prévu une procédure de *discovery* similaire à celle adoptée par le droit de Common Law, lui permettant d'obtenir les pièces en possession du créancier lésé.

54. La production par le créancier de preuves de tentatives de sa part de minimiser le dommage ne suffit parfois pas à tarir le contentieux relatif à l'obligation de modérer le dommage. En effet, en certaines hypothèses, l'auteur du dommage contestera non pas l'existence des mesures destinées à modérer le dommage, mais leur caractère inapproprié.

2. La charge de la preuve du caractère déraisonnable des mesures employées pour modérer le dommage incombe à l'auteur du dommage.

Puisque la jurisprudence arbitrale internationale attend du créancier qu'il prenne des mesures, qu'il les prenne vite, et qu'il soit en mesure d'en attester, il aurait été extrêmement sévère (compte tenu, notamment, du statut de « victime » du créancier au sein de la relation contractuelle) d'attendre de lui qu'il démonte de surcroît l'absence de caractère déraisonnable des mesures qu'il a mis en œuvre.

55. A l'inverse, lorsque le caractère déraisonnable des mesures est caractérisé, l'auteur du dommage sera de facto exonéré d'une partie (voir de la totalité) de sa responsabilité : puisqu'il bénéficie de ce régime, il apparaît équitable que la charge de ce caractère déraisonnable lui incombe.

Toutefois, puisqu'à notre connaissance aucune sentence publiée n'a statué de manière claire en ce sens, il ne pourrait qu'être suggéré au créancier lésé qui tente de modérer son préjudice de faire preuve de parcimonie dans la recherche et la mise en œuvre d'une solution de substitution, étant entendu qu'il ne lui sera qu'exceptionnellement demandé une réaction immédiate.⁴⁵

Indéniablement, l'obligation de modérer le dommage emporte des effets pour chacune des parties à l'instance arbitrales, effets qui se retrouvent au niveau procédural. Mais cela ne saurait occulter les conséquences de l'obligation de modérer le dommage au-delà des seules parties à l'instance arbitrale.

B. Les conséquences de l'obligation de modérer le dommage sur l'ensemble des acteurs du commerce international.

56. L'obligation de modérer le dommage emporte en effet des conséquences immédiates sur plusieurs acteurs indépendamment de leur éventuelle implication dans les liens contractuels entre le créancier lésé et l'auteur du dommage.

En premier lieu, il convient de remarquer que l'obligation de modérer le préjudice conduit le créancier lésé diligent à contracter avec des tiers : il s'agit au premier chef d'un moyen très intéressant pour relancer les échanges commerciaux entre des acteurs du commerce international sans relations contractuelles préexistantes.

En deuxième lieu, il faut également noter que l'obligation de modérer le préjudice contribue à éviter que ne surviennent des paralysies généralisées : pour approfondir cette affirmation, il faut d'abord énoncer que tous les professionnels ne sont pas les derniers maillons d'une chaîne qui lierait le producteur au consommateur : nombre de professionnels sont imbriqués dans un réseau, dont le bon fonctionnement passe par l'exécution de chacun des maillons de ses obligations, nonobstant l'exécution par le maillon précédant de ses obligations. En l'absence d'obligation de minimiser le dommage : le créancier lésé cesserait totalement son activité, dans

⁴⁵ V. supra, n°33.

l'attente d'une indemnisation qui couvrirait, en tout état de cause, la perte de profit. Or la cessation de l'activité serait susceptible de provoquer également la cessation d'activité des cocontractants du créancier lésé.

Cette réaction en chaîne des inexécutions contractuelles conduirait l'auteur du dommage à réparer à son cocontractant et à des tiers des préjudices dont le lien avec sa faute serait de plus en plus atténué, sinon inexistant.

Cela explique donc qu'en troisième lieu, l'obligation de modérer le préjudice contribue à limiter l'augmentation du coût de l'assurance, puisque l'assureur de l'auteur d'un dommage aura conscience des limites à la possibilité d'engager la responsabilité de son client.

L'obligation de modérer le dommage semble donc être un instrument de moralisation et de responsabilisation des parties dans le cadre de contrats du commerce international, mais aussi un instrument permettant d'assurer fluidité et économie de dépenses inutiles pour l'ensemble des acteurs du commerce international.

CONCLUSION

Depuis l'évocation, lors de l'introduction, de l'origine de l'obligation de minimiser le préjudice, sa pertinence n'a pas été contestée, tant elle est justifiée par la nécessité de moraliser et de rationaliser les relations entre les acteurs du commerce international.

S'il s'avérait que les propos relatifs aux les sujets de l'obligation de modérer le dommage parvenaient à dresser un portrait réaliste de l'avenir de la jurisprudence arbitrale, sans doute faudrait-il s'en réjouir car cela confirmerait le développement de l'arbitrage international comme mode alternatif de règlement des litiges, avec tous ses avantages en terme d'efficacité et de célérité.

Sans doute faudrait-il également se satisfaire de savoir qu'un régime précis existe d'ores et déjà pour l'obligation de minimiser le dommage, mettant à l'abri les sujets potentiels de l'obligation contre les tâtonnements et hésitations de la jurisprudence.

Mais sans doute faudrait-il, dans une certaine mesure, s'inquiéter de l'illusion entretenue par le droit français de l'arbitrage international quant à l'égalité entre les différents acteurs du commerce international, notamment au regard de leur qualité de professionnel ou de non-professionnel.

Puisque les pouvoirs des législateurs sont minimes s'agissant d'agir sur une règle matérielle transétatique, c'est aux arbitres, ainsi qu'aux institutions arbitrales qu'il convient d'adresser des vœux les invitant à tenir compte de la diversité des acteurs du commerce international, non pas en vue d'infantiliser certaines personnes mais seulement en vue d'établir des garde-fous, pour que l'obligation de minimiser le préjudice demeure une illustration des devoirs de bonne foi, de coopération loyale, indépendamment de toute référence à des droits nationaux.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

CORNU (G.) (sous la direction de), *Vocabulaire juridique*, Association H. CAPITAN, PUF, 2011.

TERRÉ (F), SIMLER (Ph), LEQUETTE (Y.), *Les obligations*, Dalloz, 11^e ed., 2013

II. Ouvrages spéciaux – Monographies – Thèses – Cours – Travaux collectifs

DE FONTMICHEL (M.), *Le faible et l'arbitrage*, thèse Université Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, 2011.

SERAGLINI (C.), ORTSCHIEDT (J.), *Droit de l'arbitrage interne et international*, Domat droit privé, Montchrestien, 2013.

ORTSCHIEDT (J.), *La réparation du dommage dans l'arbitrage commercial international*, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, Dalloz, 2001.

III. Articles – Communications – Chroniques

BÉGUIN (J.), ORTSCHIEDT (J.), SERAGLINI (C.), *Droit de l'Arbitrage*, JCP G 2005, I, 179.

BERNHEIM-DESVAUX (S.), *Les clauses de recours à un mode alternatif de règlement des litiges de consommation (2) : la clause compromissoire*, CCC n°11, Novembre 2011, form. 4.

DERAINS (Y.), *L'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale*, RDAI, 1987, p. 375

DESHAIES (O.), *Existe-t-il un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle ? – Une question mal posée*, RDC, mars 2014, n°1, p. 27.

ELLAND-GOLDSMITH (M.), Note sur la « mitigation of damages » en droit américain, RDAI, 1987, p. 359.

ELLIOT (D.), «Mitigation of Damages dans le droit de la construction, RDAI, 1987, p. 383.

HANOTIAU (B.), *Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans les ordres juridiques nationaux et le droit du commerce international*, RDAI, 1987, p. 393, sp.n°11, p. 395.

LARROUMET (C.), *Obligation de modérer le dommage et arbitrage du point de vue du droit français*, Gaz. Pal., 2008, n°290, p. 5

NUSSENBAUM (M.), *L'appréciation du préjudice*, Petites affiches, mai 2005, n°99, p. 78.

SHNEIDER (M.-E.), *Résumé de la discussion sur l'obligation de minimiser les pertes dans la pratique du contrat international de construction le 1^{er} décembre 1986 à Paris*, RDAI 1987, p.387

USUNIER (L.), *Mitigation of damages v. estoppel : la circulation des modèles anglo-américains à la Cour de cassation*, RDC, avril 2013, n°2, p.701.

VINEY (G.), *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage* (Rapport de synthèse), Petites affiches, novembre 2002, n°232, p.66.

IV. Notes – Observations – Conclusions – Rapports.

ARNALDEZ (J.-J.), obs. sous C.C.I. n° 5721, JDI 1990, p. 1020

DERAINS (Y.), obs. sous C.C.I. n°2216 de 1974, JDI 1975, p. 917 ; obs. sous C.C.I. n°2103 de 1972, JDI 1974, p. 903 ; obs. sous C.C.I. n°2216 de 1974, JDI 1975, p. 917 ; obs. sous C.C.I. n°2478 de 1974, JDI 1975, p. 925 ; obs. sous C.C.I. n°2508 de 1976, JDI 1977, p. 939 ; obs. sous C.C.I. n°3344 de 1981, JDI 1984, p. 978 ; obs. sous C.C.I. n°6840 de 1991, JDI 1992, p. 1031.

GAILLARD (E.), obs. sous Civ. 1^{re}, 27 mai 1997, Rev. Arb. 1997, p.537.

GOLHEN (C.), obs. sous Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, JCP n°27, 27 juin 2007, II 10118.

LATINA (M.), Obs. sous Civ. 3^e, 10 juill. 2013, L'ESSENTIEL Droit des contrats, octobre 2013, n°9, p. 4.

LEVENEUR (L.), Obs. sous Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, CCC N°7, juillet 2007, comm. 166

LOQUIN (E.), obs. sous Civ. 1^{re}, 27 mars 2007, RTD Com. 2007, p.677 ; obs. sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, RTD Com. 2004, p. 447 ; obs. sous Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, RTD Com. 2002, p. 667.

NAJJAR (I), obs. sous Civ. 1^{re}, 30 mars 2004, D. 2004, p. 2458.

NIBOYET (M.-L.), obs. sous Civ. 1^{re}, 28 mai 2002, Gaz. Pal, 19-20 février 2003.

SILVA ROMERO (E.), obs. sous sentence CCI n°12193, 2004, JDI 2007, p.1285

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
Section I. Sujets et objet de l'obligation de minimiser le préjudice.	9
§1. Les sujets de l'obligation de minimiser le préjudice.	10
A. L'obligation de minimiser le préjudice s'impose aux professionnels signataires d'un contrat international, et aux professionnels impliqués dans l'exécution d'une opération économique internationale contenant une clause compromissoire.	10
1. Le professionnel proposant ou acceptant l'insertion de la clause compromissoire est le sujet de plein droit de l'obligation de minimiser le préjudice.	11
2. L'extension de l'obligation de minimiser le préjudice symétriquement à l'extension du champ d'application <i>ratione personae</i> de la convention d'arbitrage.	11
B. Vers une extension de l'obligation de minimiser le dommage aux acteurs du commerce international agissant en dehors de la sphère professionnelle ?	13
1. Le risque de pénétration de l'obligation de minimiser le préjudice dans les litiges de consommation en raison de leur arbitrabilité.	14
2. Le droit d'option du salarié en matière d'arbitrage internationale légitimant l'existence de l'obligation de minimiser le préjudice.	16
§2. L'objet de l'obligation de minimiser le dommage.	17
A. Le créancier lésé est tenu d'un devoir de substitution.	17
1. L'exécution du contrat par un tiers au contrat initial.	17
2. L'exécution du contrat par le cocontractant initial aux conditions contractuelles révisées.	19
B. Le créancier lésé est tenu d'un devoir de célérité.	20
1. Le principe : la réaction doit être immédiate.	21
2. Tempérament : la réaction doit avoir lieu dans un délai raisonnable.	22
Section II. Sanctions et portée de l'obligation de minimiser le dommage dans la jurisprudence arbitrale.	25
§1. Les sanctions des manquements à l'obligation de minimiser le dommage.	26
A) La sanction de droit commun : la réduction des dommages-intérêts dus par l'auteur du dommage au créancier lésé.	26
B) La sanction d'exception : l'écartement de la réparation du préjudice.	28
§2. La portée de l'obligation de minimiser le préjudice.	30
A. La charge de la preuve de l'exécution de l'obligation de modérer le préjudice.	31
1. La charge de la preuve de la tentative de modérer le préjudice incombe au créancier lésé.	31
2. La charge de la preuve du caractère déraisonnable des mesures employées pour modérer le dommage incombe à l'auteur du dommage.	32
B. Les conséquences de l'obligation de modérer le dommage sur l'ensemble des acteurs du commerce international.	33
CONCLUSION	35
BIBLIOGRAPHIE	36

L'obligation de minimiser le préjudice est fréquemment présentée comme la plus représentative de la lex mercatoria, ces usages du commerce international qui transcendent les frontières et les lois nationales.

Alors que le droit interne français refuse toujours de l'embrasser, le droit français de l'arbitrage international, par l'intermédiaire de ses arbitres, reconnaît largement cette obligation.

Ce mémoire s'attachera à la recherche de réponses à plusieurs questions : D'où vient cette obligation ? Sur qui pèse cette obligation ? En quoi consiste-t-elle ? A qui incombe la charge de la preuve ? Que se passe-t-il en cas de non-respect ?