

[Le point sur...] Devoir de minimiser son préjudice de perte d'exploitation - perspectives de consécration

N2997BYN



par Julien Gasbaoui, avocat au Barreau de Paris et Jean-Noël Stoffel, Maître de conférences à l'Université Aix-Marseille, Membre du Centre de droit économique

Le 22-04-2020

Le droit français reste encore fermé à la consécration d'un devoir de minimiser son préjudice. La Cour de cassation n'a pas manqué de le rappeler explicitement ces dernières années [1], tout comme le législateur, en creux, qui a totalement ignoré cette notion à l'occasion de la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations [2]. Pour autant, nous ne pouvons nier que la France fait, de plus en plus, figure d'exception sur cette question. D'abord, c'est outre-Manche que l'idée d'un devoir de minimiser son dommage a fait son chemin avec la consécration d'un « *duty to mitigate* » dès la fin du XIX^{ème} siècle [3]. Ensuite, c'est dans d'autres États comme l'Allemagne (BGB, § 249 et 254, al.), l'Italie (C. civ. italien, art. 1227) ou le Portugal (C. civ. portugais, art. 570) que l'idée a fait florès à l'aune du modèle anglais. Par ailleurs, il faut relever que, dans le même temps, un devoir de minimiser son dommage a également fait son apparition dans différents instruments internationaux de portée plus ou moins contraignante [4]. Face à ce mouvement, et dans une époque où la question de l'attractivité du droit français se pose de manière accrue [5], il n'est alors pas étonnant que des perspectives de consécration d'un devoir de minimiser son dommage voient le jour malgré les réticences de façade. Ces perspectives, nous pouvons les déceler au gré de quelques arrêts isolés [6]. On pense notamment à l'article 1263 issu de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité dans sa dernière version en date de mars 2017, qui vise expressément l'obligation de minimiser son dommage : « *Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice* ».

Si à l'instar de cette disposition, une distinction selon la nature du préjudice ne paraît pas inappropriée, un devoir de minimiser son préjudice pourrait, ainsi, être consacré prochainement pour les préjudices matériels et économiques.

Parmi ceux-ci nous retrouverions notamment le préjudice de perte d'exploitation qui, bien que couramment invoqué, n'en reste pas moins particulièrement complexe à appréhender [7]. Ces quelques lignes sont, alors, l'occasion de confronter les perspectives de consécration du devoir de minimiser son préjudice au préjudice de perte d'exploitation à travers la définition de l'objet de cette consécration (I), la précision de ses fondements (II) et l'appréhension de ses modalités d'encadrement (III).

I - L'objet de la consécration

Un devoir de minimiser. Si on comprend instinctivement le sens d'une telle obligation, lui donner un contour précis est plus difficile. Dans un sens courant, « minimiser » c'est « réduire jusqu'au seuil

minimal » [8] et qui dit « réduire » dit « ramener à une dimension, à une quantité moindre » [9]. Juridiquement, il s'agirait donc de réduire un préjudice jusqu'à son seuil minimal ou le ramener à une dimension ou quantité moindre. Cela voudrait dire que minimiser le préjudice reviendrait à le faire passer d'une dimension supérieure déjà atteinte à une dimension inférieure. On en déduit alors, dans le cadre d'un devoir de minimiser son préjudice, qu'il en résulterait une nécessité, pour la victime, d'intervenir d'une manière ou d'une autre pour en réduire le *quantum*. Cette approche paraît excessive et donc difficilement concevable.

Du devoir de minimiser au devoir de ne pas aggraver. À travers l'idée de minimisation du préjudice, il est surtout attendu que la victime n'accroisse pas le préjudice, c'est-à-dire qu'elle ne le fasse pas passer d'une dimension inférieure à une dimension supérieure. Aussi, davantage qu'un devoir de réduire son préjudice, le devoir de minimiser son préjudice est un devoir de ne pas le maximiser, ou, autrement dit, de ne pas l'aggraver. L'aggravation dont il est question peut alors intervenir de deux manières. Soit par le biais d'une abstention : on n'a rien fait pour empêcher l'aggravation du dommage ou on n'a pas fait assez. Soit par le biais d'une action : on a agi au-delà de ce qui était nécessaire pour limiter l'aggravation du dommage et le résultat obtenu est, dès lors, l'inverse de celui qui était recherché (ou du moins qui aurait dû être atteint). Si la victime franchit, toutefois, le Rubicon en aggravant son préjudice, le juge est censé adapter les dommages et intérêts octroyés à la juste mesure du préjudice, c'est-à-dire en écartant la fraction aggravée du fait de l'attitude de la victime. C'est en ce sens qu'est d'ailleurs libellé l'article 1263 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité.

La minimisation d'une perte d'exploitation. La perte d'exploitation est le préjudice subi par une entreprise quand son activité est perturbée, voire stoppée à la suite d'événements. En pratique, on s'aperçoit que cette dernière n'est, toutefois, qu'un agrégat comptable, autrement dit un construit dont les contours varient d'un expert à l'autre. Aussi, nous pouvons tout à fait prendre le parti d'en préconiser une certaine approche qui nous semble devoir être promue. A ce titre, l'on peut retenir que la perte d'exploitation n'est rien d'autre que la perte d'un chiffre d'affaires sur une période donnée après déduction de charges économisées, que celles-ci soient variables ou fixes [10]. L'idée est, en effet, qu'une entreprise génère un chiffre d'affaires qui doit lui permettre de faire face à des charges fixes et des charges variables et, dans l'idéal, de réaliser un bénéfice. Lorsque l'entreprise subit un fait dommageable qui engendre une perte d'exploitation, elle perd au moins une partie de ce chiffre d'affaires qui lui permettait de supporter ces charges. Mais dans le même temps, avec la baisse ou l'arrêt de l'activité, certaines charges, notamment celles qui sont inhérentes à l'activité, ne sont plus assumées. L'entreprise en fait donc l'économie.

Dépassé le stade de l'énonciation de ce schéma, la mise en pratique à travers la détermination du *quantum* du préjudice devant être réparé n'est pourtant pas chose aisée. D'une part, l'identification d'une économie de charge ne va pas de soi. Mais, outre des difficultés de catégorisation, surgit parfois l'idée que certaines charges non économisées auraient méritées de l'être. Il en résulte alors le constat qu'en s'abstenant d'économiser certaines charges qui devaient l'être, l'entreprise aggrave son préjudice. D'autre part, s'il est occasionné une perte de chiffre d'affaires, il paraît tout à fait légitime de se demander si toute perte de chiffre d'affaires doit nécessairement être prise en compte pour déterminer l'ampleur de la perte d'exploitation. L'entreprise peut, effectivement, avoir contribué à l'aggravation de la perte de chiffre d'affaires. Ces deux aspects, dont la fixation du préjudice d'exploitation dépend, sont eux-mêmes, en partie, tributaires de l'attitude de l'entreprise confrontée à une situation de crise. Cette attitude qui peut donc être facteur d'aggravation du préjudice aurait alors vocation à être soumise à l'appréciation d'un juge en cas de consécration d'un devoir de minimisation du préjudice.

L'objet de la consécration d'un devoir de minimiser son préjudice étant ainsi défini, encore faut-il préciser quel en serait le fondement.

II - Le fondement de la consécration

En matière délictuelle. La jurisprudence se montre, classiquement, réticente quant à la reconnaissance d'un devoir de minimiser son préjudice en matière délictuelle. Pour apprécier le bien-fondé de cette doctrine, il ne faut, sans doute, pas raisonner à l'échelle de cette catégorie de responsabilité, mais plutôt opérer des distinctions selon le type de préjudice susceptible d'être réparé dans ce cadre [11]. C'est ainsi que cette

réticence se révèle parfaitement compréhensible en matière de préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel. Dans ce cadre, tout devoir de minimiser son préjudice doit être rejeté puisqu'il existe un principe insurmontable qui est celui du respect de l'intégrité corporelle et un droit de chacun à refuser des traitements. Ce principe n'existe toutefois pas pour d'autres types de préjudices, comme le préjudice de perte d'exploitation, pour lequel nous ne trouvons d'ailleurs pas d'obstacle qui pourrait avoir les mêmes conséquences. À tout le moins, pourrions-nous penser à la liberté d'entreprendre, mais nous aurions alors vite fait de rapprocher l'hypothèse de l'aggravation du préjudice d'une forme d'abus de cette liberté.

C'est dire que, dans le cadre d'une responsabilité délictuelle, la consécration de cette notion ne devrait pas poser difficulté. Il n'est, d'ailleurs, pas étonnant que l'article 1263 de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité retienne une distinction de ce type, en excluant le devoir de minimiser son dommage seulement pour les préjudices corporels.

Mais, s'il est une chose de dire que pour certains types de préjudices, il n'existe pas d'obstacle insurmontable quant à la possibilité de consacrer un devoir de minimiser son préjudice, peut-on, à tout le moins, identifier une justification technique ? Il y a sans doute une exigence comportementale qui existe en toile de fond du devoir de minimiser son préjudice [12]. Mais, sans aller jusqu'à convoquer la bonne foi en tant que fondement de ce devoir, il faut commencer par rappeler, qu'en matière délictuelle, le principe est celui de la réparation intégrale du dommage. Il en résulte que le responsable est tenu de compenser l'intégralité du préjudice causé à la victime. Comme la Cour de cassation l'énonce d'ailleurs régulièrement, « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était point produit* » [13]. Cette réparation intégrale du préjudice s'effectue toutefois sous réserve que le dommage soit directement rattachable au fait dommageable. En d'autres termes, le principe de réparation intégrale du préjudice coïncide avec l'identification du lien de causalité, puisque c'est normalement le préjudice causé par le fait dommageable qui est réparé intégralement [14]. Dès lors, si la victime contribue à aggraver son préjudice, on comprend que le lien de causalité est rompu avec une partie du préjudice. Les conditions de réparation de cette dernière ne sont donc pas réunies, d'où une justification technique quant à l'exigence de minimiser son préjudice [15].

En matière contractuelle. Les perspectives de consécration d'un devoir de minimiser son dommage en matière contractuelle semblent encore plus favorables, même si l'ordonnance du 10 février 2016 et la loi de ratification du 20 avril 2018 n'ont, de manière paradoxale, rien retenu en ce sens. Dans ce cadre, le raisonnement reste fondé sur l'existence d'un lien de causalité entre la faute contractuelle et le préjudice. Les arguments développés en amont sont donc parfaitement valables. En outre, c'est ici la prévisibilité du dommage qui gouverne sa réparation. De fait, il en résulte une minimisation du préjudice réparable. Par ailleurs, depuis longtemps, la pratique a recours aux clauses limitatives de responsabilité qui viennent, elles aussi, fixer un plafond à la réparation et instaurent, de fait, une minimisation du préjudice. Nous pouvons même penser que les clauses de minimisation de son dommage sont parfaitement valables [16]. Par conséquent, si le fondement technique demeure, le domaine est des plus accueillants pour un devoir de minimiser son préjudice.

Pour autant, alors que la consécration d'un tel devoir paraît donc fondée, celle-ci ne saurait intervenir sans celle d'un encadrement dont nous pouvons également saisir les perspectives.

III - L'encadrement de la consécration

La nécessité d'identifier un critère d'action sur les facteurs d'aggravation. L'aggravation du préjudice de perte d'exploitation est due soit à un accroissement de l'ampleur du chiffre d'affaires perdu, soit à l'engagement de charges qui auraient dû être économisées. Aussi, dans le cadre d'un devoir de minimiser son préjudice, c'est sur l'un de ces deux facteurs que l'on attendrait que l'entreprise agisse et c'est le fait de ne pas avoir agi convenablement quant à l'un de ces facteurs qui devrait être stigmatisé. Dans un cas, l'entreprise n'enraye pas la perte de chiffre d'affaires, dans l'autre elle n'économise pas certaines charges. Par exemple, voici une entreprise dont une partie des véhicules de livraison a été détruite par un incendie. Cette entreprise perd une partie de son chiffre d'affaires du fait des livraisons qu'elle n'est plus en mesure

d'assurer. Tant que l'entreprise ne fait rien pour pallier son incapacité à effectuer des livraisons, elle va continuer à perdre du chiffre d'affaires. Mais encore, si elle continue à acheter des marchandises qu'elle ne peut plus livrer, elle s'impose des charges qu'elle devrait normalement économiser. Ce constat est valable pour des charges variables, mais également pour des charges fixes. En ce qui concerne, par exemple, les salariés concernés par la réduction de l'activité, il peut paraître opportun de recourir à un dispositif d'activité partielle et d'économiser là aussi certaines charges.

Une fois ce schéma décrit, l'approche pratique de cette hypothèse s'avère des plus délicates. Il en est notamment ainsi, car on ne saurait exiger d'une entreprise qu'elle agisse nécessairement sur sa perte de chiffre d'affaires et économise ses charges. Par ailleurs, il ne peut pas être attendu que toute entreprise agisse de la même manière sur ces facteurs d'aggravation. Voilà pourquoi il s'avère indispensable d'identifier un critère à l'aune duquel le juge devrait apprécier l'attitude de l'entreprise face à cette situation de crise.

L'identification d'un critère d'action sur les facteurs d'aggravation. D'une part, quel critère devrait permettre de considérer que la perte d'un chiffre d'affaires aurait dû être enrayerée ? D'autre part, quel critère permettrait de dire qu'une charge aurait dû être économisée ? Telles sont les deux questions auxquelles il convient de répondre, sachant qu'il ne peut s'agir ici que d'un critère souple, modulable en fonction de la situation concrète dans laquelle se trouve l'entreprise victime. Pour ce faire, il convient de prendre pour point de départ la référence qui est généralement faite à un comportement raisonnable attendu de la victime. Cette référence apparaît d'ailleurs dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité. Elle commande qu'une appréciation *in concreto* soit menée afin de déterminer si l'attitude de la victime était adaptée ou non. Mais, comme l'indique l'avant-projet, les facultés contributives de la victime constituent également un marqueur permettant d'apprécier son comportement. Ces éléments ont le mérite de tracer un cadre d'analyse que nous devons alors éprouver et préciser en considération du préjudice de perte d'exploitation.

En ce qui concerne le premier facteur d'aggravation de la perte d'exploitation, c'est-à-dire la perte de chiffre d'affaires, l'enjeu est d'enrayer cette dernière afin d'éviter d'accroître l'ampleur du préjudice. Par conséquent, la question sera de savoir si l'entreprise a, par des mesures raisonnables, mis tout en œuvre afin d'enrayer la perte de chiffre d'affaires. Il en résulte, donc, que cette obligation mise à la charge de l'entreprise n'est que de moyens et non de résultat. Ces mesures devront être de nature à permettre à l'entreprise de redémarrer son activité pour recouvrer son niveau de chiffre d'affaires. Si l'on en revient à notre exemple, l'entreprise devra faire en sorte d'investir dans de nouveaux véhicules, d'en louer ou de faire appel aux services d'un tiers afin de remplacer les véhicules détruits et de reprendre son activité. Mais, il convient aussitôt de percevoir que cette capacité de l'entreprise à enrayer une perte de chiffre d'affaires va généralement dépendre de ses capacités contributives et, plus précisément, de ses capacités à assumer des coûts induits par la survenance du fait dommageable et du préjudice de perte d'exploitation. En pratique, le niveau de ces coûts ne sera pas sans lien avec la couverture assurancielle de l'entreprise et une donnée temporelle entrera nécessairement en ligne de compte. Eu égard à son type de couverture et ses capacités d'investissement, l'entreprise a-t-elle pris les bonnes mesures au bon moment ? Mais encore, nous pouvons penser que pourra entrer en ligne de compte la question de l'opportunité d'assumer certains coûts plutôt que d'autres. Compte tenu de la situation de l'entreprise, était-il plus opportun de louer un véhicule ou de faire appel à un transporteur plutôt que d'emprunter auprès d'une banque et d'acquérir de nouveaux véhicules ? C'est en ces termes que le débat sur ce premier facteur d'aggravation du préjudice de perte d'exploitation est susceptible de voir le jour.

En ce qui concerne le second facteur d'aggravation du préjudice, à savoir les charges économisées, il faudra vérifier si l'entreprise a, par des mesures raisonnables, mis tout en œuvre pour économiser des charges qu'il fallait économiser. *A priori*, la problématique ne se pose, alors, pas dans les mêmes termes que précédemment. L'enjeu pour l'entreprise victime sera de justifier ses choix d'assumer certaines charges qui demeuraient nécessaires pour mener son activité. Cela implique, donc, pour l'entreprise de faire le nécessaire pour cibler des charges qui restent utiles et celles qui ne le sont plus. Mais, il ne faut pas croire que la question des capacités contributives reste totalement étrangère à l'appréciation de ce facteur. Si cette idée doit, en effet, être écartée, c'est à tout le moins parce que l'appréciation de ce facteur peut être liée à celle de la perte du chiffre d'affaires. Nous pouvons ainsi concevoir que des charges n'aient pas à être

économisées dès lors que, du fait de ses capacités contributives, l'entreprise démontre qu'elle pouvait rapidement redémarrer son activité. Par exemple, il n'y a pas lieu pour l'entreprise d'arrêter ses achats de marchandises, dès lors qu'elle est en mesure de trouver une solution à court terme pour assurer ses livraisons.

En définitive, alors que les perspectives de consécration d'un devoir de minimiser son préjudice semblent se préciser au fil du temps, c'est également le moment de nous confronter à une multitude de questions sous-jacentes qui se rapproche. Si, pour certains, il en résultera une évolution positive de notre droit, il ne faut, sans doute, pas négliger les divers débats techniques qui l'accompagneront et auxquels il convient d'être sensibilisé.

[1] Cass. civ. 2, 19 mars 1997, n° 93-10.914, publié ([N° Lexbase : A9338ABH](#)), Bull. civ. II, n° 86 ; RTDCiv., 1997, p. 632, obs. J. Hauser, p. 675, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 2, 19 juin 2003, n° 00-22.302, FS-P+B+R+I ([N° Lexbase : A8749C8K](#)), Bull. civ. II, n° 203 et Cass. civ. 2, 19 juin 2003, n° 01-13.289, FS-P+B+R+I ([N° Lexbase : A8763C83](#)), Bull. civ. II, n° 203 ; D., 2003, p. 2326, note J.-P. Chazal, p. 1346, obs. D. Mazeaud ; RTDCiv., 2003, p. 716, obs. P. Jourdain ; JCP éd. G, 2003, I, 101, n° 9, obs. G. Viney ; Defrénois, 2003, p. 1574, obs. J.-L. Aubert ; Cass. civ. 2, 25 octobre 2012, n° 11-25.511, F-D ([N° Lexbase : A0519IW7](#)) ; D., 2013, p. 415, note A. Guégan-Lécuyer ; JCP éd. G, 2013, 838 obs. Ph. Stoffel-Munck ; Cass. civ. 1, 15 janvier 2015, n° 13-21.180, FS-P+B+I ([N° Lexbase : A3900M9C](#)) ; RCA, 2015, comm. 134, obs. S. Hocquet-Berg ; D., 2015, p. 1075, note Th. Gisolard ; Cass. civ. 2, 26 mars 2015, n° 14-16.011, F-P+B ([N° Lexbase : A6799NEK](#)) ; D. actu., 17 avril 2015, obs. A. Cayol.

[2] Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ([N° Lexbase : L4857KYK](#)), puis loi n° 2018-287 du 20 avril 2018, ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations ([N° Lexbase : L0250LKH](#)).

[3] *Dunkirk Colliery Co. V. Lever* (1878) 9 Ch. D. 20 – *British Westinghouse Electric Co. Ltd. v. Underground Electricity Rys* [1912] AC 673 – Art. 50 et 51 du Sale of Goods Act de 1979.

[4] Convention de La Haye, 1^{er} juillet 1964 portant loi uniforme sur la vente internationale d'objets mobiliers ; Convention de Vienne, 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, art. 77 ; Principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international, art. 7.4.8 ; Principes du droit européen du contrat, art. 9 : 55.

[5] V. rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

[6] V. par ex. : Cass. civ. 2, 22 janvier 2009, n° 07-20.878 et 08-10.392, FS-P+B ([N° Lexbase : A6410ECE](#)), Bull. civ. II, n° 26 ; D., 2009, p. 1114, note R. Loir ; RTDCiv., 2009, p. 334, obs. P. Jourdain ; Cass. civ. 2, 24 novembre 2011, n° 10-25.635, FS-P+B ([N° Lexbase : A0184H39](#)), Bull. civ. II, n° 217 ; RCA, 2012, comm. 34, S. Hocquet-Berg ; JCP éd. G, 2012, 170, V. Rebeyrol ; JCP, éd. G, 2012, doct. 530, Ph. Stoffel-Munck ; D., 2012, p. 141, note H. Adida-Canac ; RDC, 2012, note S. Carval ; Gaz. Pal., 2012, n° 120-124, p. 11, obs. M. Mekki ; RLDC, 2012, p. 20, note G. Le Nestour-Delo ; Cass. civ. 3, 25 novembre 2014, n° 13-13.466, F-D ([N° Lexbase : A5227M4D](#)). Voir aussi, et surtout, dans des avant-projets de réforme (P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, 2004, art. 1373 ; F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz 2009, art. 121 ; F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz 2011, art. 53.

[7] V. à ce sujet : J. Gasbaoui, *Les fondamentaux du préjudice économique*, Lexbase, éd. priv. n° 812, 6 février 2020 ([N° Lexbase : N2075BYI](#)).

[8] Dictionnaire Larousse, 2008, voir la définition de « Minimiser ».

[9] *Op. cit.*, voir la définition de « Réduire ».

[10] V. en ce sens : J. Gasbaoui, art. préc. et surtout I. Dussart, J. Gasbaoui, *L'évaluation du préjudice économique*, LexisNexis, 2019.

[11] V. égal. en ce sens : S Tisseyre, *Le devoir de minimiser son dommage - L'hostilité du droit français est-elle toujours opportune ?*, RCA, 2016, n° 1, ét. 1.

[12] V. not. S. Reifengerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt, PUAM, 2004, nos 160 et s.) qui propose la bonne foi comme fondement.

[13] Cass. civ. 2, 4 février 1982, n° 80-17.139 (**N° Lexbase : A7003CKL**), JCP éd. G, 1982, II, 19984, note J. - F. Barbière.

[14] F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil - Les obligations*, 12^{ème} éd., « Précis », Dalloz, 2018, n° 926, n° 1089 et s..

[15] En ce sens : J-P. Chazal, note préc. ; S. Hocquet-Berg, RCA, 2015, comm. préc. ; S. Tisseyre, *Le rôle de la bonne foi en droit des contrats, essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen*, préf. M. Fabre-Magnan, PUAM, 2012, pp. 124 et s.. *Contra* : L. Thibierge, *La mesure des dommages-intérêts : question de fait ou question de droit? Libres réflexions au travers du prisme de la minimisation du préjudice*, RDC, 2019, p. 193.

[16] S. Reifengerste, *op. cit.*, n° 416 et s..

© Reproduction interdite, sauf autorisation écrite préalable