

Université Panthéon-Assas

École doctorale de Droit Privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 14 septembre 2016

ÉTUDE SUR LES CLAUSES LIMITATIVES OU EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Marie LEVENEUR-AZÉMAR

Directeur de thèse :

Monsieur Yves LEQUETTE

Professeur émérite de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury :

Monsieur Thomas GENICON

Professeur à l'Université de Rennes I

Monsieur Yves-Marie LAITHIER

Professeur à l'École de Droit de la Sorbonne (Paris I Panthéon-Sorbonne)

Monsieur Hervé LÉCUYER

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Monsieur Yves-Marie SERINET

Professeur à l'Université Paris-Sud (Paris XI)

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

*Mes remerciements vont tout d'abord à Monsieur le Professeur Yves Lequette, pour ses précieux conseils et sa disponibilité sans faille.
Qu'il veuille bien trouver ici l'expression de ma plus respectueuse reconnaissance.*

*Mes remerciements vont ensuite à ma famille :
à mes parents, pour m'avoir toujours soutenue,
à ma grand-mère paternelle et à mes sœurs, pour avoir relu mon travail avec patience et bienveillance.*

Je tiens également à remercier mes amis nombreux et fidèles, et notamment les membres du Laboratoire de droit civil, pour leurs encouragements et leurs conseils attentionnés.

Enfin, je voudrais remercier Benjamin, pour son écoute et son soutien de chaque heure, indéfectible, qui m'ont permis de garder le cap ; et Marin, dont la joie communicative a empli mes deux dernières années de thèse.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

<i>adde</i>	également
al.	alinéa
anc.	ancien
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Avant-Projet Catala	<i>Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription</i> , sous la direction de P. Catala, La Documentation française, 2006
<i>Bull.</i>	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
CA	Cour d'appel
Cass. civ. 1 ^{re}	Première chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 2 ^{ème}	Deuxième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. civ. 3 ^{ème}	Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CCC	Contrats Concurrence et Consommation
CCE	Communication Commerce électronique
CE	Conseil d'État
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
<i>cf.</i>	<i>confer</i>
ch. Mixte	chambre mixte
chron.	chronique
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
coll.	collection
comm.	commentaire
comp.	comparer
concl.	conclusions
cons.	considérant
<i>contra</i>	en sens contraire
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
<i>D. aff.</i>	Dalloz Affaires
dactyl.	dactylographiée
<i>Defrénois</i>	Répertoire du notariat Defrénois
<i>DH</i>	Dalloz hebdomadaire
<i>DMF</i>	Revue de droit maritime français
<i>DP</i>	Dalloz périodique
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
éd.	édition
ét.	étude
ex.	exemple
fasc.	fascicule
<i>GAJCiv.</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i> , T. 1 et 2
<i>Gaz. Pal.</i>	La Gazette du Palais

<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
<i>in</i>	dans
<i>infra</i>	ci-dessous
IR	Informations rapides
<i>J.-Cl.</i>	Juris-Classeur (encyclopédie)
<i>JCP E</i>	Juris-Classeur périodique (Semaine juridique), édition Entreprise
<i>JCP G</i>	Juris-Classeur périodique, édition Entreprise
<i>JCP N</i>	Juris-Classeur périodique, édition Notariale
<i>JO</i>	Journal officiel
jur.	jurisprudence
L.	Loi
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)
n°	numéro
n ^{os}	numéros
not.	notamment
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opus citatum</i> (œuvre citée)
p.	page ou pages
pan.	panorama
préc.	précité
préf.	préface
Projet Terré	<i>Pour une réforme du droit des contrats</i> , sous la direction de F. Terré, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2009
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
rappr.	rapprocher
<i>RCA</i>	Responsabilité civile et assurances
<i>RDC</i>	Revue des contrats
<i>RDI</i>	Revue de droit immobilier
<i>RDT</i>	Revue de droit des transports
<i>Rép. civ.</i>	Répertoire de droit civil Dalloz
<i>Rép. com.</i>	Répertoire de droit commercial Dalloz
Req.	Chambre des Requêtes
<i>Rev. crit. DIP</i>	Revue critique de droit international privé
<i>RGDA</i>	Revue générale du droit des assurances
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	et suivants
<i>S.</i>	Recueil Sirey
somm.	sommaire
spéc.	spécialement
ss dir.	sous la direction de
<i>supra</i>	ci-dessus
T.	tome
TGI	Tribunal de grande instance
v.	<i>versus</i>
V.	voir
v°	<i>verbo</i> (mot)

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE : LA VALIDITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

Titre I : Les règles classiques de validité des clauses relatives à la responsabilité

Chapitre I : Le principe classique de validité des clauses de responsabilité en matière contractuelle

Chapitre II : Le principe classique de nullité des clauses dites contraires à l'ordre public

Titre II : La remise en cause des règles classiques de validité par l'émergence du critère du déséquilibre structurel

Chapitre I : Le recul de la validité des clauses en matière contractuelle en raison de la prise en compte du déséquilibre entre les contractants

Chapitre II : La percée de la validité des clauses supposées contraires à l'ordre public

Titre III : Le renouvellement des règles de validité par la prise en compte du critère du déséquilibre structurel

Chapitre I : Pour la restauration du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité contractuelle

Chapitre II : Pour la consécration du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle

DEUXIÈME PARTIE : L'EFFICACITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

Titre I : Les limites à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité entre les parties

Chapitre I : La suppression de l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité en raison de la gravité de la faute du responsable

Chapitre II : L'exclusion des pistes alternatives pour moduler l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité

Titre II : Le rayonnement des clauses relatives à la responsabilité à l'égard des tiers

Chapitre I : Le déclin de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité

Chapitre II : Le renouveau de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité

INTRODUCTION

1. Au cours de ces dernières décennies, le régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité a été bouleversé. La multiplication des lois spéciales prohibitives, la fameuse solution *Chronopost*, les oscillations jurisprudentielles relatives à la faute lourde ou à l'opposabilité des clauses dans les groupes de contrats, ou encore la validation de certaines stipulations portant sur la réparation du dommage corporel, ont constitué autant de remises en cause du régime des clauses relatives à la responsabilité. Auparavant, ces stipulations bénéficiaient d'un régime clair et simple. Ce régime était d'ailleurs relativement récent : il avait été institué par la jurisprudence à la fin du XIX^{ème} siècle. La pratique des clauses relatives à la responsabilité était en effet inconnue avant que la révolution industrielle ne déclenche le développement exponentiel de la responsabilité civile.

2. ***Absence des clauses dans le droit romain et l'ancien droit français.*** Autrefois, les responsables n'éprouvaient pas le besoin de se prémunir contre une condamnation en réparation qui aurait été trop lourde à supporter, car la mise en jeu de la responsabilité était peu fréquente. En droit romain comme dans l'ancien droit français, il existait certes des clauses relatives aux dommages-intérêts, mais qui prenaient le plus souvent la forme très particulière de clauses pénales stipulées dans le but de garantir l'exécution du contrat conclu¹. À l'inverse les clauses limitatives ou exonératoires de réparation n'apparaissaient pas comme une pratique nécessaire.

3. ***Naissance de la pratique des clauses.*** Ce n'est qu'au XIX^{ème} siècle que la pratique des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité s'est réellement développée, en réponse à l'essor fulgurant de la responsabilité civile. Celui-ci tient à plusieurs raisons. La

¹ J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2010, n° 667 ; P.-F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, Réimpression de la 8^e éd. de 1929, p. 702.

première a trait à l'industrialisation rapide de la société. Les accidents provoqués par des machines ou de nouveaux moyens de transports laissent les victimes dans l'impossibilité d'apporter la preuve d'une faute, et par conséquent, sans réparation. Devant une telle injustice, la jurisprudence a fait évoluer l'interprétation des textes du Code civil – ce fut le grand arrêt *Teffaine* du 4 juin 1896¹, initiateur d'une longue série de décisions rendues en faveur de la victime.

4. En même temps, on assiste à une modification de l'état d'esprit des victimes, deuxième raison de l'augmentation des procès en réparation. Les victimes demandent désormais une indemnisation pour tout dommage qu'elles subissent. Le doyen Ripert relève ce changement de mentalité au début du XX^{ème} siècle : « là où autrefois on supportait le dommage causé en s'inclinant devant le hasard néfaste, on tente aujourd'hui de trouver l'auteur du dommage »². Henri et Léon Mazeaud soulignent également cette idée : « on veut à toute force se faire indemniser, on prétend ne plus rien supporter, on ne recule pas devant les ennuis et les frais d'un procès, on crie à l'injustice si l'on n'obtient pas réparation »³. Par conséquent, le mouvement de multiplication des procès en réparation s'auto-alimente. Par un effet « boule de neige »⁴, les victimes d'un dommage, apprenant qu'un préjudice similaire a fait l'objet d'une indemnisation devant les tribunaux, n'hésitent plus à intenter une action pour obtenir, elles aussi, gain de cause.

Ce nouvel état d'esprit se propage rapidement à la responsabilité contractuelle. D'éminents auteurs relèvent que le développement de la civilisation entraîne une multiplication des liens, des relations, qui peuvent être à l'origine de dommages. En effet, lorsqu'un rapport contractuel est établi entre deux personnes, si l'une d'elles n'exécute pas l'obligation qui lui incombe, « l'harmonie qui règne entre elles est rompue » et risque de causer un préjudice à l'autre partie⁵. À partir du XX^{ème} siècle, il devient tout à fait acceptable aux yeux de la société de poursuivre en justice son contractant, quel que soit le domaine dans lequel il intervient. C'est ainsi qu'un jugement a admis l'action en réparation d'une comédienne qui, s'étant rendue chez le coiffeur pour obtenir « un effilage des pointes » de sa natte longue de 80 centimètres, avait quitté le salon de coiffure avec une

¹ Cass. civ., 16 juin 1896, *DP* 1897, I, p. 433 : la Cour de cassation admet pour la première fois de retenir la responsabilité sans faute prouvée du responsable, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil.

² G. Ripert, préface à l'ouvrage de L. Gardenat et M^e Salmon-Ricci, *De la responsabilité civile (délits et quasi-délits)*, L.G.D.J., 1927 ; Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2011, n^o 19 : « de nos jours, toute victime tente de trouver un bouc émissaire responsable des malheurs dont elle eut jadis accusé la seule fatalité ».

³ H. et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, Librairie du Recueil Sirey, 3^e éd., 1939, n^o 14.

⁴ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, Montchrestien, 6^e éd., 1965, n^o 14.

⁵ H. et L. Mazeaud, traité préc., T. I, n^o 13.

coupe « à la garçonne »¹. L'action en responsabilité se banalise même envers des professions que l'on n'aurait jamais songé auparavant à attaquer : le particulier n'hésite plus à agir contre son médecin, notaire, banquier, lorsque celui-ci n'a pas donné pleine satisfaction².

5. Un troisième facteur a achevé de transformer le visage de la responsabilité tel que l'avaient façonné les rédacteurs du Code civil. Afin de faire face à l'augmentation des condamnations en responsabilité, la pratique a développé l'assurance de responsabilité civile. D'abord douteuse³, la validité de principe des conventions d'assurance de responsabilité a rapidement été affirmée et n'est désormais plus contestée⁴. En effet, elle est considérée comme un « acte de sage prévoyance », car le responsable potentiel garantit ses créanciers éventuels⁵. L'assurance s'est d'ailleurs considérablement étendue, jusqu'à devenir obligatoire dans des domaines de plus en plus nombreux et à l'égard de personnes aussi variées que des propriétaires de véhicules terrestres à moteur, des professionnels de santé, des professions réglementées du droit, mais aussi des exploitants de remontées mécaniques ou des propriétaires de chiens dangereux⁶... Au total près d'une centaine d'obligations d'assurance de responsabilité sont aujourd'hui répertoriées⁷.

Or, le développement de l'assurance de responsabilité civile a modifié l'approche des victimes et des tribunaux dans les procès en réparation⁸. D'un côté, les victimes pouvaient auparavant avoir quelques scrupules à agir contre une personne peu fortunée, ou bien contre un proche ; désormais, l'assurance efface toutes ces réserves. De l'autre côté, les tribunaux, sachant que les dommages-intérêts seront versés par l'assurance, n'hésitent plus à étendre la catégorie des dommages réparables, et à donner pleine mesure au principe de réparation intégrale⁹. Ainsi, le développement de l'assurance, qui s'est d'abord présenté comme une réaction à la multiplication des procès, a finalement largement contribué au mouvement¹.

¹ Trib. Seine, 17 juin 1931, *Gaz. Pal.* 1931, 2^e semestre, p. 429. L'actrice, ne pouvant plus prétendre à certains rôles au cinéma, avait obtenu une indemnisation à hauteur de 10 000 francs.

² H. et L. Mazeaud, traité préc., n° 14.

³ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 9.

⁴ L'assurance de responsabilité a été légalisée par la loi du 13 juillet 1930, et codifiée depuis aux articles L. 124-1 et s. du Code des assurances. Cf. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, Montchrestien, 6^e éd. refondue, 1983, n° 2649.

⁵ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *op. cit. loc. cit.*

⁶ M. Chagny, L. Perdrix, *Droit des assurances*, L.G.D.J., coll. Manuel, 3^e éd., 2014, n° 172 ; B. Beignier, S. Ben Hadj Yahia, *Droit des assurances*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2015, n° 325.

⁷ Annexe 6 Code des assurances 2015, LexisNexis.

⁸ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 3^e éd., 2008, n° 20.

⁹ *Ibid.*

6. Ainsi, à partir du milieu du XIX^{ème} siècle et tout au long du XX^{ème} siècle, la responsabilité civile n'a cessé d'évoluer et de s'accroître². En parallèle, l'assurance de responsabilité est devenue omniprésente, pour se prémunir contre des condamnations en dommages-intérêts de plus en plus fréquentes. Cependant, si l'assurance représente un réel avantage du point de vue des victimes, car elle augmente leurs chances de réparation³, elle ne constitue pas une solution totalement satisfaisante pour les responsables potentiels. Elle a nécessairement un coût, qui est d'autant plus élevé que le montant de la couverture demandée à l'assureur est important. Or, pendant plusieurs décennies, l'assurance de responsabilité illimitée était de principe en France, afin de répondre à la flambée des procès en réparation ; en réponse, les primes demandées aux assurés devenaient considérables. Cette hausse des coûts pouvait avoir un impact sur la société toute entière, dans la mesure où elle risquait d'entraver le développement de certaines activités, voire de les mettre en péril.

Une solution alternative a donc été rapidement développée : il s'agit des clauses limitatives et des clauses exonératoires de responsabilité. Elles offrent alors aux responsables potentiels la possibilité de prévoir à l'avance le montant des dommages-intérêts qui seront dus en cas d'inexécution contractuelle, et ainsi, souscrire une assurance limitée.

Toutefois, à la suite des attentats du 11 septembre 2001 à New York, le paysage de l'assurance a été modifié⁴. La pratique de l'assurance illimitée a été remplacée par la généralisation de plafonds de garantie⁵. Désormais, seuls quelques dommages, comme le préjudice corporel causé à l'occasion d'un accident de la circulation, font l'objet d'une couverture illimitée, imposée par la loi⁶ ; en dehors de ces exceptions, les contrats d'assurance de responsabilité prévoient toujours un plafond (dont le montant minimal peut, le cas échéant, être fixé par décret⁷).

¹ En ce sens, Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 19.

² Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 9

³ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., n° 2514 et 2646.

⁴ Les attentats du 11 septembre 2001 à New York ont coûté près de 40 milliards de dollars US aux compagnies d'assurance. J.-L. Lamère, « Le 11 septembre tourne une nouvelle page de l'histoire du risque et de l'assurance », *Risques*, 2001, n° 48, p. 29, spéc. p. 32.

⁵ Art. L. 121-1 Code des assurances. Sur le plafond de garantie, V. H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, n°s 1771 et s.. Les plafonds de garantie sont en réalité dictés par les sociétés de réassurance, qui refusent désormais de réassurer les assurances illimitées. Cf. J.-L. Lamère, *op. cit. loc. cit.* ; Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 562.

⁶ J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, T. 3, L.G.D.J., 2^e éd., 2014, n° 1898.

⁷ Par exemple, en matière médicale, le plafond minimal d'assurance des professionnels de santé exerçant en libéral est fixé par un décret en conseil d'État : art. R. 1142-4 du Code de la santé publique : « Les plafonds mentionnés à l'article L. 1142-2 ne peuvent être inférieurs à 8 millions d'euros par sinistre et à 15 millions d'euros par année d'assurance ».

Néanmoins, la stipulation d'une clause limitative de responsabilité conserve tout son intérêt. Elle permet au responsable éventuel de se couvrir totalement par une assurance limitée au même montant ; et plus le chiffre de la limite de réparation diminue, moins la prime d'assurance est élevée. Cette diminution pourra rejaillir sur le prix du contrat, et ainsi bénéficier au cocontractant. Les atténuations de responsabilité contractuelle ont donc trouvé une place distincte et complémentaire aux côtés de l'assurance de responsabilité. En revanche, les limites de réparation en matière délictuelle n'ont pas connu cette même expansion.

7. Les clauses relatives à la responsabilité délictuelle en question. Ces stipulations sont à première vue difficilement concevables : comment le responsable potentiel pourrait-il connaître à l'avance la victime éventuelle ? De plus, si une telle convention était conclue, la responsabilité encourue ne deviendrait-elle pas contractuelle ? La réponse à cette seconde question est apportée par une analyse attentive de la situation. Les parties à la convention ne se sont pas accordées sur leur comportement, mais seulement sur les conséquences d'un éventuel dommage. Par conséquent, l'absence de contrat réglementant l'attitude des parties entre elles impose la nature délictuelle de la responsabilité qu'encourt l'auteur potentiel d'un dommage ; l'accord relatif à la réparation versée en cas de préjudice est bien une convention limitative ou exonératoire de responsabilité en matière délictuelle. Ces conventions sont en pratique envisageables dans certaines situations. Par exemple, deux voisins s'accordent sur la réparation d'un dommage causé par une potentielle nuisance. Il n'est dès lors pas question d'inexécution contractuelle dommageable ici, dont la clause viendrait limiter la réparation. Seul l'aménagement des conséquences de la nuisance éventuelle est entré dans le champ contractuel. Une telle convention peut également se présenter entre plusieurs professionnels œuvrant sur un même chantier, dans une situation de co-traitance. Chaque corps de métier est contractuellement lié au maître d'ouvrage, mais non aux autres intervenants. Ils pourraient donc envisager de régler à l'avance les modalités de la réparation du préjudice que l'un des ouvriers causerait aux employés ou à l'ouvrage d'un autre cotraitant.

Cependant, il faut souligner que le champ pratique de telles conventions est nécessairement restreint par le fait que dans la majorité des cas, le responsable ne connaîtra pas l'identité de la victime avant de lui avoir causé un dommage. En outre, alors qu'elle développait considérablement la responsabilité délictuelle, la jurisprudence a refusé d'admettre la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans ce domaine. Par conséquent, les occurrences pratiques et les arrêts portant sur ces stipulations sont peu nombreux, entraînant une faible visibilité de la question par rapport à la matière

contractuelle. Ce constat ne doit pas pour autant faire douter de l'intérêt pratique réel de ces conventions.

8. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, issues du développement de la responsabilité civile, ont connu un développement très important dans des domaines divers. Dès lors, il est devenu nécessaire de les définir, et de préciser leur régime. Si la notion est aujourd'hui bien établie (I), en revanche, le régime des clauses relatives à la responsabilité présente de nombreuses incertitudes, rendant nécessaire son renouvellement (II).

I. Une notion bien établie

9. Subtile, la définition des clauses relatives à la responsabilité a fait l'objet de plusieurs études au début des années 1980¹ ; elle est aujourd'hui bien établie.

La définition approfondie de la notion va nous permettre de délimiter le champ de l'étude qui sera menée. En effet, si les définitions de clause limitative et de clause exonératoire de responsabilité sont relativement simples à déterminer, il faut les distinguer avec précision des clauses voisines.

10. *Clauses et conventions.* S'agissant des atténuations conventionnelles de responsabilité, il est fait référence tantôt aux clauses, tantôt aux conventions relatives à la responsabilité. La distinction entre les deux notions, soulignée par la jurisprudence², se dessine aisément au regard de leurs définitions respectives. Alors que la convention désigne l'accord de volonté entre deux personnes destiné à produire des effets de droit³, la clause n'est qu'une disposition particulière de l'acte en question⁴. En pratique, les atténuations de responsabilité peuvent revêtir l'une ou l'autre forme.

En matière contractuelle, les limites et exonérations de responsabilité tempèrent la sanction de l'inexécution d'une obligation prévue au contrat ; par conséquent, elles prennent le plus souvent place au sein d'un contrat, et revêtent donc la qualification de

¹ Ph. Delebecque, *Les clauses allégeant les obligations*, thèse dactyl., 1981 ; J. Pellerin, *Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre contractants*, thèse dactyl., 1977 ; M. S. Al Jondi, *Le juge et les clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle*, thèse dactyl., 1979.

² Cass. civ. 1^{re}, 25 février 2010, pourvoi n° 09-12126, *Bull.* I n° 49, *JCP G* 2010, 659, note A. Péliissier.

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. *Quadrige*, 11^e éd. mise à jour, 2016, V° Convention, sens I. 1.

⁴ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, *Economica*, 2006, n° 8.

clauses. Elles peuvent toutefois être adoptées ultérieurement grâce à un avenant au contrat, qui constitue une convention à part entière. La matière délictuelle présente, elle aussi, des hypothèses diversifiées. Des contractants peuvent prévoir une stipulation particulière relative à leur éventuelle responsabilité délictuelle. Tel est le cas d'une clause atténuant la responsabilité du fait des produits défectueux insérée dans un contrat entre professionnels, cette responsabilité étant extracontractuelle. Par ailleurs, deux personnes peuvent décider de régler à l'avance les modalités de leur responsabilité extracontractuelle au cas où un dommage qui leur est imputable surviendrait. Il en va ainsi d'un accord qui supprimerait la responsabilité du propriétaire d'une usine à l'égard de ses voisins en cas de pollution. Dans cette hypothèse, l'accord sera tout entier consacré à l'atténuation de la réparation ; la limite ou l'exonération de responsabilité prendra donc la forme d'une convention.

Cependant, ces deux formes d'atténuation de la responsabilité ne diffèrent véritablement que sur un point : celui de leur invalidation. Alors que la clause est réputée non écrite en cas d'invalidité, c'est-à-dire, rayée du contrat qui lui subsistera, la convention encourt la nullité totale. En effet, comme elle ne contient que la limitation de responsabilité et sa contrepartie (qui peut prendre la forme d'un prix forfaitaire ou d'un avantage en nature), le contrat ne peut survivre à son élimination. Une précision terminologique doit être apportée à ce stade. Bien que la sanction du réputé non écrit se distingue techniquement de la nullité, l'expression de « clause nulle » est souvent employée en lieu et place de « clause réputée non écrite »¹. Cette convention de langage procède d'une acception large de la notion de nullité ; très courante, elle sera employée au cours de l'étude.

En pratique, les limitations et exonérations de responsabilité revêtent essentiellement la forme d'une clause au sein d'un contrat. Néanmoins, comme les conventions autonomes jouent exactement le même rôle que les clauses relatives à la responsabilité, et suivent un régime très similaire, elles seront également étudiées.

Afin de déterminer plus clairement ce rôle, nous préciserons tout d'abord la définition des clauses limitatives de réparation (ou clauses limitatives de responsabilité) (A), puis celle des clauses exonératoires de responsabilité (B).

¹ Sur les relations entre les deux notions, V. S. Gaudemet, thèse préc., n^{os} 96 et s. ; J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, T. II, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 4^e éd., 2013, n^o 2631, par Y.-M. Serinet.

A. Définition des clauses limitatives de réparation

11. Définition de la clause limitative de réparation. La clause limitative de réparation a pour objet de limiter à l'avance la réparation due par le débiteur en cas d'inexécution de son obligation contractuelle ou, en matière extracontractuelle, en cas de fait dommageable. Le plus souvent, la limitation est de nature quantitative : concrètement, elle prend la forme d'un plafond de dommages-intérêts. Dans ce cas, il ne s'agit pas d'un forfait, contrairement à la clause pénale, mais bien d'un seuil maximal que le juge doit respecter lors de la fixation des dommages-intérêts. La clause limitative de réparation peut également se révéler sous la forme qualitative, en écartant certains chefs de préjudice du champ de la responsabilité du débiteur. Enfin, les deux hypothèses peuvent se conjuguer lorsque les parties ne prévoient une limite chiffrée que pour un certain type de dommage.

Lorsque le plafond chiffré représente un seuil particulièrement bas, jusqu'à apparaître totalement dérisoire, la clause limitative de réparation supprime dans les faits toute réparation pour la victime. Elle se confond alors avec une clause de non-responsabilité, et le juge pourra par conséquent opérer une requalification¹.

12. Précisions relatives aux clauses limitatives de réparation qualitatives. La question de la limitation conventionnelle des chefs de préjudice réparables ne fait guère l'objet de dispositions législatives particulières, ni de grands arrêts de la Cour de cassation. Pour autant, la pratique utilise très fréquemment ces clauses qui peuvent être qualifiées de clauses limitatives de réparation qualitatives. Techniquement, l'exclusion de certains types de dommages matériels prendra le plus souvent la forme d'une liste de préjudices qualifiés d'indirects². Par exemple, les conditions générales de la *Fnac* prévoient qu' « *en cas d'achats à titre professionnel, Fnac Direct n'encourra aucune responsabilité pour tous dommages indirects du fait des présentes, perte d'exploitation, perte de profit, perte de chance, dommages ou frais, qui pourraient survenir du fait de l'achat des produits* » (Article 12). Cette rédaction s'explique simplement par le fait qu'en application de l'article 1151 du Code civil³, seul le dommage direct est réparable ; le dommage indirect reste à la charge du créancier. Seulement, ni la loi, ni la jurisprudence ne donnent de définition concrète du dommage indirect. En l'absence de précision des parties, c'est au juge de déterminer si tel dommage peut être considéré comme directement causé par la défaillance

¹ Cette solution a été établie à l'occasion de l'interprétation de la loi Rabier du 17 mars 1905 : Cass. civ., 14 avril 1924, *DH* 1924, p. 393.

² En ce sens, M. Vivant, *Le Lamy droit du numérique*, Wolters Kluwer France, 2015, n° 832.

³ Futur art. 1231-4 du Code civil (à partir du 1^{er} octobre 2016).

du débiteur. Cette source d'imprévisibilité est tarie par les parties dès la conclusion du contrat lorsqu'elles définissent, au moyen d'une clause, les dommages qui seront qualifiés d'indirects. Il leur est tout à fait possible de placer dans cette catégorie des préjudices qui auraient très certainement été reconnus directs par le juge. Ce faisant, les parties insèrent des clauses limitatives de réparation dans leur convention.

Les exemples de dommages indirects qui peuvent être conventionnellement exclus sont nombreux¹ : les pertes économiques telles que des pertes de production, de clientèle ou de profits à la suite d'un retard de livraison, de la perte ou détérioration de la marchandise, d'un vice de la chose, ou encore d'une interruption de service, mais aussi les dommages matériels indirects. La diversité des contrats concernés est aussi très importante : ces clauses se retrouvent tant dans les contrats de transport de tous types², de prestation de service³, d'utilisation d'un site internet ou d'un logiciel⁴, que de vente de biens⁵ ou d'acquisition d'entreprise⁶. Ainsi, les clauses limitatives de réparation qualitatives bénéficient-elles en pratique d'une réelle vitalité.

Cependant, du fait de leur faible présence dans les textes spéciaux et en jurisprudence, leur visibilité est négligeable en comparaison des clauses limitatives de réparation quantitatives. C'est pourquoi cette étude se concentrera davantage sur le régime des clauses fixant un plafond de réparation. Des développements spécifiques seront néanmoins consacrés aux clauses limitant la réparation à certains préjudices, notamment pour l'importante hypothèse de la clause relative à la réparation du dommage corporel, qui se rencontre encore aujourd'hui dans certains contrats. Ainsi peut-on lire dans les conditions d'utilisation d'*Uber* (plateforme de mise en relation de particuliers avec des chauffeurs) qu'« *Uber ne sera pas responsable des dommages indirects, accessoires, particuliers, exemplaires, punitifs ou consécutifs, incluant en cela la perte de profits, la*

¹ H. Dubout, « L'exclusion des dommages consécutifs ou indirects dans les contrats d'acquisition d'entreprises », *Bulletin Joly Sociétés* 2002, p. 769.

² Pour le transport maritime, Y. Tassel, « *Dura Lex Sed Lex* : la responsabilité de l'entrepreneur de manutention maritime et sa limitation », *DMF* 2011, p. 721. V. par ex., pour le transport autre que maritime, article 9.5 des Conditions générales de transport d'UPS : « (...) UPS décline toute responsabilité pour des pertes purement économiques telles que coûts de tout moyen de transport de substitution, manque à gagner, pertes d'opportunités commerciales ou pertes de revenus résultant d'une perte d'usage, découlant de toute perte, tout dommage ou tout retard d'un envoi (...) ».

³ Ph. Malinvaud, B. Boubli, « Architectes, entrepreneurs et techniciens », *RDI* 1979, p. 216, col. 1.

⁴ H. Bitan, « Les clauses limitatives de responsabilité dans les contrats informatiques », *CCE* 2004, chron. 2. V. par ex. : Conditions d'utilisation du logiciel Microsoft : « *Microsoft et/ou ses fournisseurs ne pourront en aucun cas être tenus pour responsables de dommages spéciaux, incidents ou indirects ou de dommages résultant d'une perte d'utilisation, de données ou de bénéfices, qui découleraient ou qui seraient liés à l'utilisation ou au fonctionnement des logiciels (...)* ».

⁵ V. par ex. : art. 7 Conditions générales de vente d'Amazon (France) : « *Dans le cadre de nos relations avec des professionnels, nous n'encourons aucune responsabilité pour les pertes de bénéfices, pertes commerciales, pertes de données ou manque à gagner ou tout autre dommage indirect* ».

⁶ H. Dubout, art. préc., *Bulletin Joly Sociétés* 2002, p. 769.

perte de données, les dommages corporels ou matériels liés ou se rapportant à toute utilisation des services ou, quoi qu'il en soit, en découlant, même si Uber a été informée de la possibilité de tels dommages »¹.

Enfin, au même titre que la clause fixant un montant dérisoire, si la stipulation évince en pratique tous les chefs de préjudice dont souffre la victime, elle a pour effet de supprimer toute réparation. Par conséquent, la clause pourra être requalifiée en clause de non-réparation.

13. Précision terminologique. Finalement, la définition de la clause limitative de réparation ne pose pas de difficulté particulière. En revanche, sa dénomination peut être source d'interrogation. En effet, cette clause est très souvent désignée sous le terme de clause limitative de responsabilité² ; il nous faut donc vérifier si les deux expressions sont synonymes.

Pour cela, la comparaison des notions de réparation et de responsabilité est instructive. Si la réparation est définie comme le « dédommagement d'un préjudice par la personne qui en est responsable civilement »³, la responsabilité est l'obligation de réparer le dommage causé⁴. Ainsi, une clause limitative de réparation modifierait *le montant* de l'indemnisation, tandis qu'une clause limitative de responsabilité viendrait jouer sur *l'obligation* même de réparer le préjudice.

Toutefois, si l'on peut effectivement limiter le dédommagement, il n'est en revanche pas possible de limiter *l'obligation de réparer* le préjudice : soit le débiteur est obligé, soit il ne l'est pas. Par conséquent, la clause limitative de *responsabilité* n'aura pas pour effet de limiter l'obligation de réparation, mais bien de supprimer totalement cette obligation de réparation, dans des cas définis. Cette clause détermine donc les hypothèses dans lesquelles le débiteur ne sera pas responsable. Si elle *limite* effectivement *les cas* dans lesquels le débiteur devra réparation au créancier, il reste que lorsque l'hypothèse visée par la clause se présente, le débiteur n'aura *aucune obligation de réparation*. Par conséquent, dans la mesure où la clause a pour objet de faire obstacle à l'engagement de la responsabilité du débiteur dans certaines hypothèses, il s'agit d'une clause exonératoire de

¹ Art. 5 Conditions Générales d'Utilisation d'Uber (février 2016). Nous soulignons. Par ailleurs, l'entreprise précise bien qu'elle n'agit pas en qualité de transporteur.

² J. Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, PUF, coll. Thémis, 22^e éd. refondue, 2000, n° 179 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013, n° 617 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e éd., 2015, n° 246 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, Contrat*, 6^e éd., 1998, n° 1869. *Contra*, A. Bénabent, *Droit des obligations*, Montchrestien, 14^e éd., 2014, n° 426, qui emploie le terme de clause limitative d'indemnisation.

³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Réparation, sens I. A/.

⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Responsabilité, sens I. A/.

responsabilité. Autrement dit, les clauses limitatives de responsabilité se confondent, dans la pureté des principes, avec les clauses d'exonération partielle de responsabilité. L'emploi, par certains auteurs¹, de l'expression de clause limitative de responsabilité pour désigner la convention qui limite les cas dans lesquels la responsabilité du débiteur pourra être recherchée est regrettable et ne sera pas retenu, car il risque d'entraîner une confusion avec les clauses limitatives de réparation. Ces dernières n'entrent pourtant en jeu qu'à un stade ultérieur, une fois la responsabilité établie.

Par ailleurs, l'expression « clause limitative de responsabilité » est le plus souvent employée pour désigner, non pas la clause qui limite l'engagement de la responsabilité à certaines hypothèses prédéfinies, mais celle qui fixe à l'avance un seuil de dommages-intérêts. Or, la distinction entre responsabilité et réparation permet d'affirmer que cette seconde utilisation, pourtant très fréquente, n'est pas exacte². Le plafond de réparation conventionnellement établi ne devrait répondre qu'à la seule qualification de clause limitative de *réparation*.

Néanmoins, si on adopte une *acception large* de la notion de responsabilité, entendue comme la *réparation due* par le débiteur, la clause qui limite à l'avance la réparation que devra verser le débiteur est bien une clause limitative de responsabilité. Autrement dit, dans ce cas, les termes de clause limitative de responsabilité et clause limitative de réparation deviennent synonymes³. Communément admise, cette synonymie sera adoptée dans la présente étude.

B. Définition des clauses exonératoires de responsabilité

14. Définition élémentaire de la clause exonératoire de responsabilité. La clause exonératoire de responsabilité, ou clause de non-responsabilité, vise à supprimer l'obligation de réparer le dommage née de l'inexécution d'une obligation ou de la commission d'un fait dommageable. Elle peut donc agir sur les conditions de naissance de la responsabilité ; elle peut également porter directement sur la réparation en la supprimant

¹ R. Rodière, *Droit des transports*, Sirey, 2^e éd., 1977, n° 600 p. 688 : les clauses limitatives de responsabilité « concerneraient proprement les conditions de la responsabilité et tendraient par exemple à limiter la responsabilité dans le temps ou à ajouter quelque cause d'exonération du débiteur ». V. aussi, W. Dross, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 2^e éd., 2011, p. 244.

² R. Rodière, *op. cit. loc. cit.* : Parler de clauses limitatives de responsabilité « relève d'une mauvaise terminologie ».

³ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 3^e éd., 2010, n° 181-2.

totalemment, alors même que les conditions relatives à l'engagement de la responsabilité sont remplies.

Les clauses exonératoires de responsabilité ne doivent pas être confondues avec des clauses de non-obligation. Ces dernières ont pour objet de déterminer les prestations auxquelles s'engage le débiteur¹, tandis que les clauses de non-responsabilité n'entrent en jeu qu'au stade de l'exécution, en paralysant la mise en œuvre de la responsabilité du débiteur, qui était tenu d'une obligation, mais est défaillant.

15. Définition élaborée de la clause exonératoire de responsabilité. Une fois les clauses de non-responsabilité définies, il n'est pas pour autant évident de les distinguer, en pratique, de clauses voisines. Si un débiteur prévoit qu'il ne sera pas responsable dans telle ou telle situation précisée dans le contrat, comment savoir s'il s'agit d'une clause de non-responsabilité ou d'une clause de non-obligation ? En effet, la rédaction des contrats par les parties manque parfois de clarté, et même si la nature de la clause est affirmée dans le document contractuel, le juge a ensuite le pouvoir de procéder à une requalification le cas échéant¹. Une classification des différentes clauses qui peuvent être rencontrées apparaît dès lors nécessaire pour clarifier la matière. Une définition négative des clauses permettra, dans un premier temps, de distinguer les clauses qui n'ont qu'un effet exonératoire *indirect* des véritables clauses de non-responsabilité. Dans un second temps, l'identification plus précise des différentes sortes de clauses de non-responsabilité permettra d'affiner leur définition.

1) Définition négative

16. Objet et effet des clauses. Afin de déterminer si une clause peut être qualifiée de clause exonératoire de responsabilité, il faut se concentrer sur son *objet* principal, qui doit viser l'éviction de la responsabilité du débiteur ou responsable potentiel. Or, certaines clauses ont pour *effet* indirect de supprimer cette responsabilité. Il en va ainsi des clauses de non-obligation et des clauses de différend, dont le jeu entraîne en pratique la disparition de toute responsabilité pour le débiteur ou l'auteur du dommage. Au regard de leur effet exonératoire, faut-il les considérer comme des clauses de non-responsabilité ? La réponse est assurément négative, en raison de leur différence d'objet. Les clauses de non-obligation permettent de supprimer une obligation à la charge du débiteur ; quant aux clauses de

¹ Ph. Delebecque, thèse préc., n° 30.

différend, elles modifient les conditions d'exercice de l'action en responsabilité. Dans les deux cas, leur objet principal n'est donc pas la suppression de la responsabilité du contractant. En raison de leur effet exonératoire seulement *indirect*, ces clauses ne peuvent être qualifiées de clauses exonératoires de responsabilité.

a) Clauses de non-obligation

17. Clause de non-responsabilité et clause de non-obligation². On l'a vu, les deux types de clauses n'ont pas le même objet. Certes, en supprimant l'obligation du débiteur, la clause de non-obligation supprime également sa responsabilité, car il ne peut être tenu responsable de l'inexécution d'une obligation qui ne lui incombait pas³ ; mais cet effet exonératoire est indirect, alors qu'il s'agit, à l'inverse, de l'objet principal de la clause de non-responsabilité.

Toutefois, si les clauses relatives à la réparation peuvent être identifiées en théorie, il est souvent avancé qu'en pratique, il n'y a pas de véritable différence entre le fait de n'être pas obligé, et le fait de ne pas réparer le dommage causé par un manquement contractuel. Supprimer la responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation reviendrait à supprimer l'obligation elle-même⁴. Il est vrai que la contrainte paraît très allégée pour le débiteur.

Cependant, nier cette distinction revient à nier la différence entre obligation et responsabilité. Or, l'inexécution d'une obligation a plusieurs conséquences ; elle entraîne certes l'engagement de la responsabilité du débiteur, mais le créancier dispose d'autres moyens d'action. Les clauses équivoques de responsabilité n'écartent que le remède le plus commun en cas d'inexécution, et laissent subsister les autres sanctions, telles que l'exception d'inexécution ou la résolution pour inexécution⁵. En outre, la différence d'objet des deux clauses justifie des régimes distincts. Ainsi, le comportement blâmable du débiteur ne pourra avoir aucune incidence sur la clause de non-obligation, car il n'est pas

¹ Art. 12 Code de procédure civile ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 444.

² V. l'étude approfondie de la distinction entre clauses exonératoires de responsabilité et clauses allégeant les obligations par M. Delebecque : Ph. Delebecque, thèse préc., nos 26 à 49.

³ Cass. civ. 3^e, 27 septembre 2006, pourvoi n° 05-15924, *Bull.* III n° 194, *JCP G* 2007, I, 115, n° 12, obs. Ph. Stoffel-Munck, *CCC* 2007, comm. 4, L. Leveneur.

⁴ M. Planiol, G. Ripert, J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, L.G.D.J., 1952, n° 783.

⁵ Th. Genicon, « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 982, n° 12.

tenu¹. À l'inverse, la faute lourde ou dolosive du débiteur paralysera la clause de non-responsabilité stipulée à son profit.

La distinction, bien que très claire dans la théorie², ne doit pas occulter la proximité qui existe entre les deux types de clauses. En effet, la responsabilité du débiteur sanctionne l'inexécution d'une obligation qu'il faut au préalable définir³. La corrélation qui existe entre obligation et responsabilité se retrouve dans les liens qu'entretiennent ces deux types de clauses. De plus, afin d'éviter que des contractants ne qualifient une clause exonératoire de clause de non-obligation dans le but de contourner le régime plus strict de la première, la jurisprudence tend à rapprocher les deux régimes⁴, et joue parfois sur les qualifications pour des raisons d'opportunité⁵.

En pratique, les clauses de non-obligation seront souvent faciles à identifier : en écartant expressément du champ contractuel une obligation qui aurait normalement été à la charge de l'un des contractants, les parties prévoient une clause de non-obligation. Mais certaines stipulations, bien qu'elles prennent l'apparence d'une clause exonératoire de responsabilité, relèvent en réalité de cette même catégorie.

Une clause en particulier illustre bien l'analyse attentive qui doit parfois être menée pour qualifier une stipulation : la clause relative à une cause extérieure au débiteur.

18. Difficulté de qualification : la clause relative à la cause extérieure au débiteur à exclure. Il est des clauses qui prévoient l'exonération de la responsabilité du débiteur lorsque le dommage provient d'une cause extérieure au débiteur, sans qu'il soit question ici

¹ Cass. com., 22 mai 1991, pourvoi n° 88-13700. Le créancier pourra cependant invoquer la mauvaise foi du débiteur s'il adopte une attitude particulièrement nocive : Ph. Delebecque, thèse préc., n°s 367 et s. ; W. Dross, *Clausier, op. cit.*, p. 240 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Action, 10^e éd., 2014-2015, n° 1105. Mais fondé sur une notion très générale, cet argument a sans doute moins de chance de succès que la faute lourde ou dolosive dans le cas des clauses relatives à la responsabilité.

² Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2008, p. 982 n° 12 : « la clause de non-responsabilité n'a rien à voir avec la clause de non-obligation », « ces deux clauses sont équipollentes dira-t-on ? Nullement (...) ».

³ Ph. Delebecque, thèse préc., n° 17 ; Ch. Larroumet, S. Bros, *Les obligations Le contrat*, Economica, coll. Corpus droit privé, 7^e éd., 2014, n° 632 p. 743.

⁴ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 181-1 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, 6^e éd., 2013, n° 988. Par exemple, la contradiction à l'obligation essentielle a d'abord été un motif de nullité partielle de la clause de non-obligation (Cass. Req., 19 janvier 1863, *DP* 1863, I, 248 : la clause qui impose au preneur de renoncer à toute action contre le bailleur est analysée comme une clause qui n'est pas seulement « modificative et restrictive des obligations imposées par la loi », mais qui « affranchit le bailleur de tout engagement » ; elle doit donc être annulée, comme contraire à l'essence du contrat de bail. Plus récemment, V. par ex. Cass. civ., 1^{re}, 23 février 1994, pourvoi n° 92-11378, *Bull.* I n° 76, *D.* 1995, p. 214, note N. Dion), avant d'être reprise pour réputer non écrite une clause limitative de réparation (Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632, *Bull.* IV n° 261, *Chronopost, cf. infra* n° 318).

⁵ Ph. Delebecque, thèse préc., n° 177. V. par ex., Cass. com., 17 février 2009, pourvoi n° 08-14188, *Bull.* IV n° 27, *D.* 2009, p. 1308, obs. critiques de Ph. Delebecque, notamment n°s 6 et 7. L'affaire concernait une clause dans un contrat de transport aérien qui permettait au transporteur de délivrer le colis à une personne autre que celle mentionnée sur la lettre de transport aérien. Il s'agissait donc bien d'une clause limitant l'obligation du transporteur de délivrer le colis à une personne déterminée. Cependant, la Cour de cassation qualifie cette clause de clause exonératoire de responsabilité, pour appliquer la Convention de Varsovie du 12 octobre 1929 et ainsi annuler la clause. Il faut toutefois souligner que le texte international est rédigé en termes particulièrement larges : il interdit « toute clause qui tend à exonérer le débiteur

de risque fortuit. Simplement, le débiteur n'est pas l'auteur du dommage et refuse donc de le réparer. Concrètement, ces clauses identifient certaines origines du dommage, pour ensuite écarter la responsabilité du débiteur dans ces hypothèses. Dans sa thèse, M. Delebecque prend l'exemple du garde-meubles qui se déclare irresponsable « *en cas de dommages dus à l'action des vers, mites et vermines* »¹. On peut aussi penser à la stipulation par laquelle le propriétaire d'un restaurant met à disposition des clients un porte-manteau, mais s'exonère à l'avance de toute responsabilité par un panneau sur lequel est annoncé : « *La maison décline toute responsabilité en cas de vol* ».

Dans ces cas-là, la clause cherche à supprimer la responsabilité du débiteur pour des hypothèses qui lui sont extérieures, et sur lesquelles il ne peut influencer, à moins d'apporter un soin particulier. C'est ici que la nature des clauses apparaît. Elles ont en réalité pour objet de définir les prestations du débiteur, et plus particulièrement de les limiter. Ainsi le dépositaire s'engage à garder les meubles, mais non à les entretenir ; le restaurateur s'engage à servir un repas à ses clients, et propose un vestiaire, mais ne supporte pas d'obligation de surveillance des vêtements déposés. Ces clauses jouent en amont de la question de responsabilité : elles déterminent les obligations à la charge du débiteur. Il s'agit donc de clauses de non-obligation².

19. Éviction des clauses de non-obligation. Une irréductible différence d'objet entre les deux stipulations subsiste, malgré une opération de qualification parfois délicate qui ne peut être niée. La clause de non-obligation intervient en amont, en évitant de faire peser une obligation sur l'un des contractants, tandis que la clause de non-responsabilité suppose l'existence d'une obligation, qui n'a pas été exécutée. En raison de cette différence indéniable, les clauses de non-obligation ne seront donc pas traitées au cours de cette étude.

b) Clauses de différend

20. Définition des clauses de différend. Les clauses relatives aux conditions d'exercice de l'action en responsabilité, dites de différend, peuvent avoir pour effet indirect de supprimer la responsabilité du débiteur. Ainsi, les clauses qui abrègent la prescription ont

de sa responsabilité » (art. 23). Nous soulignons. V. aussi, W. Dross, *Clausier, op. cit.*, p. 235.

¹ Ph. Delebecque, thèse préc., n° 48.

² *Ibid.*

un effet exonératoire pour le débiteur¹. En effet, lorsque la prescription de l'action est acquise, le débiteur est libéré ; il y a donc bien une exonération de responsabilité par rapport au jeu du délai légal de prescription. Cependant, la clause de prescription a trait à la procédure, au droit d'agir du créancier, et non directement à l'engagement de la responsabilité du débiteur. On peut dire qu'en un sens, elle joue sur le comportement du créancier : c'est à lui d'agir dans les temps s'il ne veut pas perdre son droit à réparation².

Il existe aussi des clauses relatives à la charge de la preuve. Ces clauses ont pour objet de faire peser sur la tête d'une partie la charge de la preuve, alors qu'elle devrait incomber, au regard du droit applicable, à l'autre partie. Par exemple, le contrat de mandat d'intérêt commun peut prévoir le renversement de la charge de la preuve en laissant au mandataire le soin de prouver l'absence de cause légitime justifiant la révocation du mandat (absence de faute, ou de juste motif)³. Cette clause a donc un effet exonératoire de responsabilité : si les risques de la preuve pèsent sur le créancier, il ne pourra obtenir réparation s'il ne parvient pas à prouver l'un des éléments d'engagement de la responsabilité du débiteur ; par conséquent, ce dernier sera libéré. La logique qui anime les clauses relatives à la charge de la preuve est plus proche des clauses de prescription que des clauses de non-responsabilité. En effet, il n'est pas question de la prestation des parties, ni de leur comportement, mais plutôt de la modification de la procédure lors de l'action en responsabilité. En renversant la charge de la preuve, la clause modifie les charges processuelles du créancier, qui supporte dès lors le risque de la preuve.

21. Conséquences du particularisme des clauses de différend : des régimes distincts.

Les clauses de différend ne suivent pas le même régime que les clauses de non-responsabilité. La raison provient de leur différence d'objet. En ayant trait à la procédure, les clauses de différend se distinguent des stipulations qui touchent à l'économie du contrat⁴, parmi lesquelles se trouvent les clauses relatives à l'engagement de la responsabilité. Cette différence de régime existe aussi bien pour les clauses de prescription que pour les clauses relatives à la charge de la preuve.

Ainsi, les clauses de prescription bénéficient-elles de dispositions qui leur sont propres : un principe de validité est affirmé à l'article 2254 du Code civil, et l'article L. 218-1 du Code de la consommation (L. 137-1 anc.) les prohibe dans les contrats entre

¹ Art. 2254 Code civil.

² L. Leveneur, « Une intéressante précision », *CCC* 2004, comm. 169.

³ Ph. Delebecque, thèse préc., n° 36.

⁴ Ph. Delebecque, « Nature et régime des clauses de prescription », *D.* 2004, p. 2296, n° 15 ; S. Amrani-Mekki, B. Fauvarque-Cosson, « Panorama droit des contrats », *D.* 2005, p. 2836, spéc. p. 2846.

professionnel et consommateur. Plus significatif encore, la jurisprudence consacre la différence de régime en refusant de paralyser la clause abrégant la prescription en cas de faute lourde du débiteur¹.

De même, la particularité des clauses relatives à la charge de la preuve se retrouve dans la loi. Si leur validité de principe est consacrée dans le Code civil par une disposition spécifique dans l'ordonnance de réforme du droit des contrats du 10 février 2016², elles bénéficient en outre d'un régime propre dans différents droits spéciaux. La législation des clauses abusives les interdit à l'article R. 212-1, 12° du Code de la consommation³ ; elles ne relèvent donc pas de l'article R. 212-1, 6° du Code de la consommation relatif aux clauses qui limitent ou suppriment la réparation⁴. De même, en droit maritime, les clauses relatives au renversement de la charge de la preuve font l'objet d'une interdiction particulière dans le contrat de transport maritime, distincte des clauses relatives à la responsabilité¹.

22. *Éviction des clauses de différend.* La différence de régime souligne la particularité des clauses de différend. Malgré leur rôle exonératoire, celles-ci portent avant tout sur des aspects processuels, et non de fond, de l'engagement de la responsabilité du débiteur. Leur objet principal ne porte pas sur l'atténuation de la responsabilité, qui n'est qu'une conséquence du jeu de la stipulation. Cette spécificité justifie d'exclure de l'étude les clauses de différend.

23. En définitive, ni les clauses de non-obligation, ni les clauses de différend ne répondent à la qualification de clauses de non-responsabilité. Il nous faut maintenant identifier ce qu'est, positivement et précisément, une clause exonératoire de responsabilité.

2) Définition positive

24. *Clauses relatives aux conditions de la responsabilité civile.* Les clauses qui ont pour objet principal de supprimer la responsabilité ont trait aux conditions de fond de la responsabilité. Elles peuvent modifier l'une des trois constantes de la responsabilité civile.

¹ Cass. com., 12 juillet 2004, pourvoi n° 03-10547 et 03-10891, *Bull.* IV n° 162, *D.* 2004, p. 2296, obs. Ph. Delebecque, *D.* 2005, p. 2836, pan. B. Fauvarque-Cosson, *CCC* 2004, comm. 169, note L. Leveneur.

² Futur article 1356 du Code civil.

³ Art. R. 132-1, 12° anc. Code de la consommation. Les clauses inversant la charge de la preuve avaient déjà été déclarées abusives par la jurisprudence avant l'édition de la liste noire : Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, pourvoi n° 01-16733, *Bull.* I n° 60, *RDC* 2005, p. 718, note D. Fenouillet.

⁴ Art. R. 132-1, 6° anc. Code de la consommation.

Le débiteur se dégage ainsi de sa responsabilité alors même que l'inexécution lui est imputable. Il existe ainsi des clauses relatives au fait générateur de la responsabilité, au lien de causalité, ou encore au dommage subi.

25. Clause relative au fait générateur. Le débiteur ou l'auteur de l'éventuel dommage peut prévoir que sa responsabilité ne sera pas engagée lorsque l'inexécution provient de sa faute, ou de sa négligence. Cette stipulation peut être rédigée sous la forme d'une clause de renonciation à recours : par exemple, dans un contrat de bail, la clause prévoyant « *la renonciation par le preneur de tous recours en responsabilité contre le bailleur, ses filiales et leurs assureurs, (...) pour les seuls désordres affectant les lieux loués et pour lesquels le preneur pouvait être couvert par une assurance* »², est une clause de non-responsabilité.

En réalité, si le débiteur se place sur le terrain du fait générateur, il ne peut prévoir d'écarter sa responsabilité qu'en cas de faute légère ; en effet, il ne peut s'exonérer de sa faute lourde ni de son dol, en vertu des articles 1150 et 1174 du Code civil (futurs articles 1231-3 et 1304-2) et de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*. La clause qui supprime la responsabilité du débiteur lorsqu'il a commis une faute légère ou une négligence constitue l'archétype de la clause exonératoire de responsabilité³. Le débiteur peut également écarter sa responsabilité en cas d'inexécution non fautive, lorsque l'obligation qui lui incombe est une obligation de résultat⁴. En effet, la seule absence de résultat devrait en principe engager sa responsabilité. Il peut donc paralyser cette conséquence par une clause de non-responsabilité.

En matière délictuelle, le champ de la clause est comparable : elle peut couvrir la négligence ou la faute simple, mais non la faute intentionnelle. La convention pourra également écarter une responsabilité sans faute, supprimant ainsi la réparation du dommage imputable au responsable.

Lorsque la stipulation a trait au fait générateur, on peut également employer l'expression de clause de non-réparation. Alors que les conditions d'engagement de la responsabilité de l'agent sont réunies, celui-ci n'aura à verser aucune indemnisation, quel

¹ Art. L. 5422-15, 2° Code des transports.

² Cass. civ. 3^e, 23 mai 2013, pourvoi n° 12-11652, *D.* 2013, p. 2142, note D. Mazeaud.

³ En ce sens, Ch. Larroumet, S. Bros, *Les obligations, op. cit.*, n° 638 p. 751, qui définit ainsi les clauses de non-responsabilité : « le débiteur stipule, en accord avec le créancier, des clauses en vertu desquelles sa responsabilité ne saurait être engagée en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de son obligation étant entendu que l'inexécution ou la mauvaise exécution lui est imputable ».

⁴ Ch. Larroumet, S. Bros, *op. cit. loc. cit.*

que soit le dommage subi. Il faut bien souligner qu'en matière de responsabilité contractuelle, cette clause ne saurait être confondue avec une clause de non-obligation. Ici la stipulation sera paralysée en présence d'une inexécution *volontaire* ; le débiteur n'est donc pas libéré de son obligation pour autant.

L'hypothèse se rencontre notamment lorsque les deux parties sont convenues que le débiteur ne verserait aucun dédommagement, en contrepartie d'une baisse de prix, le créancier ayant souscrit une assurance adéquate. On peut ainsi penser à une clause de non-responsabilité dans un contrat de déménagement pour un meuble déjà assuré par son propriétaire. En matière extracontractuelle, on peut envisager un voisin qui propose d'aider à l'élagage d'un arbre près d'une habitation, mais refuse toute responsabilité en cas de dommage causé par la chute d'une branche.

La situation se rencontre également lorsqu'une clause limitative de réparation fixe un montant tellement bas qu'elle n'offre aucune indemnisation réelle à la victime. On retrouve là aussi le rapprochement entre responsabilité et réparation : en supprimant la réparation due par le responsable, la clause élude du même coup l'obligation de réparer. Autrement dit, toutes les clauses exonératoires de réparation sont des clauses de non-responsabilité, la responsabilité n'étant pas engagée en raison de la stipulation qui supprime la réparation. À l'inverse, toute clause de non-responsabilité n'est pas nécessairement une clause exonératoire de réparation. La clause exonératoire de réparation est donc un type de clause exonératoire de responsabilité.

26. Clause relative au lien de causalité. Lorsque la clause porte sur les risques fortuits, c'est-à-dire qu'elle élargit la définition de la force majeure, elle permet d'exonérer plus facilement le débiteur de sa responsabilité. En ce sens, il s'agit d'une clause évasive de responsabilité¹, qui se rencontre surtout dans le domaine contractuel. La clause porte ici sur la mise en jeu même de la responsabilité. Si le débiteur prouve qu'il se situe dans le champ de la clause, sa responsabilité ne pourra pas être engagée. Le fait à l'origine du dommage n'est pas générateur de responsabilité, car il entre dans les *causes d'exonération* définies conventionnellement. Ce type de clause se rencontre fréquemment dans les contrats de

¹ P. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, préf. G. Ripert, Librairie des Juris-Classeurs, éd. Godde, 1931, n^{os} 72 et s. ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., 1998, n^o 581 ; B. Starck, « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.* 1974 chr. p. 157, n^o 17 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 4^e éd., 2013, n^o 404-2. *Contra*, G. Durry, obs. sur Cass. com., 27 janvier 1981, *RTD civ.* 1982, p. 426. Pour une position plus nuancée, identifiant ces clauses comme exonératoires de responsabilité, sauf dans certains cas rares, dans lesquels il s'agit de clauses allégeant les obligations, Ph. Delebecque, thèse préc., n^o 44, et se ralliant à cette analyse, P.-H. Antonmattei, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. Teyssié, L.G.D.J., 1992, n^o 179.

prestation de service ou d'entreprise. Par exemple, la clause qui prévoit dans un contrat de construction, que le délai de livraison « *sera le cas échéant majoré des jours d'intempéries au sens de la réglementation du travail sur les chantiers du bâtiment ; (...) le délai sera le cas échéant majoré des jours de retard consécutifs à la grève et au dépôt de bilan d'une entreprise, et de manière générale, en cas de force majeure* » est une clause de force majeure¹.

Il aurait pu être tentant de qualifier cette stipulation de clause de non-obligation ; à l'analyse néanmoins, cette qualification ne tient pas. En effet, en élargissant le domaine de la force majeure, la clause permet au débiteur de se libérer de ses obligations plus facilement. Il pensait être tenu à moins de prouver un cas de force majeure, à la fois irrésistible, imprévisible et extérieur ; il ne sera en réalité plus obligé dès lors que l'hypothèse prévue par la clause, visant des risques fortuits, se présentera. Son obligation semble donc allégée, car il en est libéré plus facilement qu'en l'absence de clause. Toutefois, ce raisonnement est fort critiquable. La clause permet en effet au débiteur défaillant d'être libéré dans certains cas ; elle ne porte pas pour autant sur l'objet même de l'obligation. Les clauses qui allègent les obligations sont, selon M. Delebecque, des stipulations modifiant la prestation du débiteur². Or, dans le cas des clauses relatives à la force majeure, l'obligation du débiteur n'est pas modifiée. Que la clause porte sur l'inexécution d'une obligation de moyens ou de résultat, le comportement ou le résultat promis ne sont pas allégés. Simplement, le débiteur ne pourra voir sa responsabilité engagée si un évènement indépendant de sa volonté et prévu par la clause l'empêche d'exécuter son obligation. La clause modifie seulement les conditions d'engagement de la responsabilité du débiteur. Il ne s'agit pas d'une clause relative aux obligations, mais bien d'une clause relative à la responsabilité.

En pratique, les contractants établissent le plus souvent une liste des hypothèses qui pourront libérer le débiteur, sous le label de force majeure. Le débiteur ne sera donc pas responsable si tel ou tel évènement survient, bien qu'il ne remplisse pas strictement les caractères de la force majeure établis par la jurisprudence. Très fréquentes, ces clauses ne font pas l'objet de dispositions particulières dans les textes spéciaux. Elles seront donc traitées avec les clauses exonératoires de réparation.

¹ Cass. civ. 3^e, 24 octobre 2012, pourvoi n° 11-17800, *Bull.* III n° 152, *JCP E* 2013, p. 1003, n° 6, obs. J.-B. Seube, *RDI* 2013, p. 93, obs. O. Tournafond.

² Ph. Delebecque, thèse préc., n° 30.

27. Clause relative au type de dommage. Moins extrême et plus fréquente que la clause qui supprimerait toute réparation, la clause peut avoir pour objet de limiter la responsabilité à certains types de dommages définis. Cette stipulation sera alors qualifiée de clause limitative de réparation qualitative, dans la mesure où elle n'a que pour effet de limiter la réparation de certains chefs de préjudice¹.

Néanmoins, lorsqu'elle supprime un chef de préjudice qui est en réalité le seul dont souffre la victime, la clause pourra être considérée comme une clause de non-responsabilité, à l'instar des clauses limitatives de réparation quantitatives fixant un montant dérisoire. Par exemple, en faisant signer au client la clause suivante : « *je décharge le tatoueur de toutes conséquences dues au tatouage, quelle qu'en soit la nature (malaise, infection, allergie, ...), et déclare en assumer l'entière responsabilité* »², le tatoueur refuse d'indemniser le client en cas de dommage corporel (au regard des préjudices énumérés par la clause). Or dans bien des cas, le dommage corporel sera le seul préjudice dont souffrira la personne tatouée³. Le jeu de la clause la privera de toute indemnisation ; par conséquent, le juge pourra requalifier la clause limitative de réparation qualitative en clause exonératoire de responsabilité.

28. Synthèse : détermination du champ de l'étude. Cette étude porte sur les clauses limitatives de réparation (usuellement dénommées clauses limitatives de responsabilité) et sur les clauses exonératoires de responsabilité, tant en matière contractuelle que délictuelle. Plusieurs types de stipulations entrent dans ces deux catégories.

D'une part, les clauses qui répondent à la définition de clauses limitatives de réparation sont les clauses qui limitent quantitativement ou qualitativement la réparation due par le débiteur défaillant ou l'auteur du dommage. D'autre part, les clauses exonératoires de responsabilité sont quant à elles les clauses qui modifient l'une des conditions de la responsabilité, entraînant la suppression de la responsabilité du débiteur ou de l'auteur du dommage lorsque l'hypothèse envisagée se présente. Celles-ci portent sur les conditions de fond d'engagement de la responsabilité, à savoir le fait générateur, le lien de causalité ou le dommage.

En revanche, les clauses qui n'ont pas pour objet principal de supprimer la responsabilité du contractant, et ne produisent cet effet que de manière indirecte, ne

¹ Cf. *supra*, n° 12.

² Contrat de tatouage, *Manutattoo Bodyart*.

³ D'autres chefs de préjudice sont cependant envisageables en cas de mauvaise exécution du contrat de tatouage : préjudice esthétique ou moral, notamment en cas de faute d'orthographe dans le message ou le nom tatoué.

rentrent pas dans la catégorie des clauses exonératoires de responsabilité. Par conséquent, il nous faut écarter de l'étude les clauses de non-obligation et les clauses de différend. Bien qu'elles entretiennent des liens forts avec les clauses de non-responsabilité, il subsiste une différence irréductible d'objet entre ces stipulations, qui justifie l'étude des clauses relatives à la responsabilité indépendamment des clauses qui leur sont voisines.

29. En définitive, les contours de la notion de clause limitative ou clause exonératoire de responsabilité ont pu être déterminés. En revanche, les difficultés et incertitudes apparaissent dès que l'on s'intéresse au régime de ces clauses.

II. Un régime à renouveler

30. *Mise en place d'un régime pour les clauses relatives à la responsabilité.* En réponse au développement rapide de ces clauses, et au silence du Code civil, la jurisprudence a établi dès la fin du XIX^{ème} siècle des règles pour les encadrer. Après quelques hésitations, dues à leur difficile acceptation morale dans un premier temps¹, un régime simple a été bâti. Ses grandes lignes peuvent être ainsi résumées : en matière contractuelle, les clauses relatives à la responsabilité sont en principe valables, en application du principe de liberté contractuelle ; elles seront néanmoins sans effet le moment venu en cas de dol ou de faute lourde du débiteur. À l'inverse, si une convention cherche à atténuer la responsabilité délictuelle de l'auteur d'un dommage, elle est frappée de nullité en raison de sa contradiction à l'ordre public.

Ces règles, malgré quelques entorses ponctuelles dans certains droits spéciaux (principalement en droit des transports), ont perduré pendant de nombreuses décennies.

31. *Remise en cause de la stabilité du régime.* Cette situation a néanmoins été perturbée à partir des années 1980. Le régime des clauses a en effet été modifié à de nombreuses reprises au cours des dernières décennies. Le législateur comme la jurisprudence, plus sensibles à la situation des victimes, ont cherché à mieux concilier les divers intérêts en présence. La recherche de ce subtil équilibre est à l'origine de nouvelles lois et d'affinements jurisprudentiels, qui ont contribué à l'éclatement du régime et laissent

¹ P. Robino, « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », *RTD civ.* 1951, p. 1, n° 1 : Il est « choquant que l'homme puisse se soustraire aux conséquences de ses actes, échapper à une responsabilité qui est toute sa dignité d'être libre et conscient, pour laisser à la victime la charge de la réparation ».

place aujourd'hui à de nombreuses incertitudes. C'est ainsi, notamment, que le droit des transports a peu à peu interdit les aménagements conventionnels de la responsabilité du transporteur ; le droit de la consommation a quant à lui totalement prohibé les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans tous les contrats conclus entre professionnels et consommateur ; les arrêts de la « saga *Chronopost* » ont largement contribué à troubler les règles de validité des clauses dans le droit commun des contrats.

Cette multiplication des atteintes à la validité des clauses relatives à la responsabilité a semé le doute quant à la survivance du principe de validité. Or, si le contrat constitue un monument de prévisions¹, les clauses aménageant la responsabilité du débiteur en sont l'un des principaux piliers. En effet, ces stipulations ont pour objet de prévoir la hauteur de la réparation due au créancier en cas d'inexécution de l'obligation contractuelle ou, en matière délictuelle, en cas de fait dommageable. Il est alors pour le moins paradoxal que l'un des outils majeurs de prévisibilité soit en réalité source d'incertitude. En outre l'instabilité du régime ne concerne pas seulement les clauses relatives à la responsabilité en matière contractuelle : elle s'étend également à la matière délictuelle.

Nettement moins fréquente que dans le domaine contractuel, la pratique de ces conventions n'est pour autant pas négligeable. Or, bien qu'en principe contraires à l'ordre public, ces conventions sont validées dans certains droits spéciaux. De plus, la porosité des frontières entre les deux ordres de responsabilité, récemment accentuée par la consécration de l'identité des fautes délictuelle et contractuelle par la jurisprudence², contribue au mouvement de rapprochement entre les clauses relatives à la responsabilité délictuelle et celles qui atténuent la responsabilité contractuelle. Le décalage entre la prohibition jurisprudentielle générale et l'admission des clauses dans certaines hypothèses participe de la confusion qui règne au sein du régime de ces stipulations.

En outre, le régime des clauses relatives à la responsabilité ne se limite pas à leur validité. Il faut ensuite se poser la question de leur efficacité. Or, là aussi, les solutions manquent de certitude. Les revirements jurisprudentiels relatifs à la faute lourde, la délicate définition de la faute intentionnelle en matière contractuelle et extracontractuelle, ou encore toutes les oscillations de la Cour de cassation relatives à l'opposabilité des clauses

¹ Cf. H. Lécuyer, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz PUF Juris-Classer 1999, p. 643.

² Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13255, *Bull. A. P. n° 9, JCP G* 2006, II, 10181, Avis A. Gariazzo, et note M. Billiau, *D.* 2006, p. 2825, note G. Viney, *CCC* 2007, comm. 63, note L. Leveneur, *RTD civ.* 2007, p. 123, obs. P. Jourdain, *RDC* 2007, p. 538, note P. Ancel, p. 556, note Ph. Delebecque, p. 558, note P.-Y. Gautier, p. 563, note C. Grimaldi, p. 569, note Ph. Jacques, p. 583, note J.-L. Sourieux, p. 587, note Ph. Stoffel-Munck, p. 593, note G. Wicker, p. 609, note R. Wintgen, p. 618, note B. Moore et J.-L. Baudouin, p. 622, note C. Popineau-Dehaullon, *GAJCiv.*, T. II, comm. 185.

lors de l'engagement de la responsabilité du débiteur défaillant par un tiers victime, notamment dans les groupes de contrats, illustrent bien les difficultés que peut rencontrer le bénéficiaire d'une clause pour s'en prévaloir.

32. *L'éclatement du régime en raison de l'ambivalence des clauses.* Les difficultés rencontrées par la loi et la jurisprudence pour fixer le régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité provient de l'ambivalence de ces clauses. En effet, elles présentent à la fois de véritables avantages pour les deux parties, et des inconvénients non négligeables qui suscitent d'importantes réserves.

33. *Avantages des clauses relatives à la responsabilité.* Rappelons tout d'abord que les clauses relatives à la responsabilité ont vu le jour en réponse au développement important de la responsabilité civile et de l'assurance de responsabilité. Ces conventions ont permis aux potentiels responsables de limiter les dommages assurables, et ainsi réduire les primes d'assurance qui pourraient sinon être colossales. L'assurance devient à la fois « possible et financièrement supportable »¹. Cette marge de manœuvre retrouvée permet aux entreprises de développer leurs innovations techniques, leurs performances, sans le spectre d'une éventuelle responsabilité dévastatrice².

La baisse des primes d'assurance pourra en outre être répercutée au sein de la convention ; la réduction du prix du contrat sera également motivée par l'idée de contrepartie offerte au créancier de la prestation, en raison de la présence d'une clause relative à la responsabilité. Un auteur le souligne clairement : « l'irresponsabilité totale ou partielle, s'achète »³. D'ailleurs, les clauses relatives à la réparation sont un atout de poids dans une négociation difficile⁴. Leur insertion dans le contrat permet d'accepter d'autres stipulations en échange. Le coût de la responsabilité illimitée est particulièrement visible lorsque le contractant propose une option entre tarif « au prix fort », avec une réparation sans plafond, et un tarif à un prix réduit, comprenant une limite de responsabilité⁵. Finalement, la présence d'une clause limitative ou exonératoire de réparation représente également un avantage pour le créancier de la prestation promise.

¹ B. Starck, chron. préc., *D.* 1974 chron. p. 157, n° 4 ; Y.-M. Laithier, « L'avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1091, spéc. p. 1093.

² H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, op. cit.*, n° 632 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Droit civil, Les obligations, Contrat, op. cit.*, n° 1847.

³ B. Starck, chron. préc., *D.* 1974 p. 157, n° 6.

⁴ Ph. Delebecque, « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008, p. 979, n° 5.

⁵ B. Starck, chron. préc., *D.* 1974 p. 157, n° 6. V. par ex., dans un contrat de transport ferroviaire : Cass. com. 4 juillet 1951, *BT* 1951 p. 559 ; ou dans un contrat de développement de pellicules photographiques : Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, pourvoi n° 87-18584, *Bull.* I n° 201.

L'analyse économique du droit conforte cette idée. Les conventions relatives à la responsabilité permettent une allocation efficiente des risques¹. Les parties se répartissent conventionnellement les risques du contrat, au regard, notamment, de leurs assurances : il est plus avantageux de faire peser les risques sur celui qui peut s'assurer à moindre coût. La stipulation d'une exonération de responsabilité permet à l'une des parties de ne pas s'assurer et par conséquent évite les assurances redondantes. Pour certains auteurs, cette gestion conventionnelle des risques est même la raison profonde de la licéité des clauses relatives à la responsabilité². Dans cet ordre d'idées, il a été souligné que la défiance de la loi et de la jurisprudence envers les clauses était due à la perspective adoptée : « elles raisonnent *ex post*, dans la perspective de la petite minorité de cas où un accident se produirait ; elles ne tiennent pas compte de l'avantage *ex ante*, qui correspond à la grande majorité des cas »³. Cette vision peut en outre être complétée par l'idée que les clauses relatives à la responsabilité présentent également un avantage économique au moment de l'inexécution contractuelle ou du dommage causé. L'allocation préventive des risques permet aussi de réduire le montant des coûts liés à un procès, qui peut ainsi être évité⁴. Ce constat est partagé par la matière délictuelle. En réglant à l'avance les conséquences d'un éventuel dommage, les conventions aménageant la responsabilité extracontractuelle permettent d'éviter le recours au juge, ce qui constitue leur principal atout. Néanmoins, il faut pour cela que la clause ne soit pas elle-même source de contentieux.

34. Inconvénients des clauses relatives à la responsabilité. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité représentent un danger non négligeable pour le créancier de la prestation ou la future victime. En connaissant à l'avance le montant dû en cas d'inexécution, le débiteur ou potentiel responsable risque d'être poussé à l'impéritie et à la négligence⁵. Toutefois, cet argument peut être relativisé par deux considérations. La première tient à la limite du dol et de la faute lourde, qui paralysent l'application de la clause. Le jeu du débiteur deviendrait particulièrement périlleux s'il se risquait à négliger sciemment ses obligations. Quant au responsable potentiel, s'il en venait à commettre volontairement le dommage, il ne pourrait se prévaloir de la convention conclue avec la victime. La seconde considération est d'ordre économique. Les sanctions du marché, telle

¹ A. Ogus, M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, Avant-propos L. Vogel, Panthéon-Assas, coll. Droit comparé, 2002, p. 97 et s. et p. 120.

² O. Deshayes, « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC* 2008, p. 1008, spéc. n° 6.

³ A. Ogus, M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, *op. cit.*, p. 98.

⁴ E. McKendrick, *Contract Law*, Palgrave Macmillan Law Masters, 7th ed., 2007, n° 11.2.

⁵ B. Starck, *chron. préc.*, *D.* 1974 p. 157, n° 7 ; P. Robino, *art. préc.*, *RTD civ.* 1951, p. 1, n° 13 ; P. Durand, *thèse préc.*, n° 1, p. 24 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*, *op. cit.*, n° 632.

que les « pertes de clientèle, mauvaise réputation, "listes noires", boycottage » tempèrent la tentation du débiteur de manquer de diligence dans l'exécution de ses obligations¹. Pour autant, le danger existe et entraînera des séquelles pour le créancier pris individuellement.

Un autre inconvénient d'ordre moral a pu être soulevé par un auteur : il serait choquant que l'homme puisse s'exonérer des conséquences de ses actes dommageables, en les laissant à la charge de la victime². Néanmoins, ce même auteur relève ensuite que cet argument n'est plus source de difficulté, en raison de l'évolution de la responsabilité civile. En effet, le développement de la responsabilité sans faute, accompagné par le rapprochement de la faute légère et du cas fortuit (la faute légère recouvre souvent un simple « risque de l'acte humain »), font des clauses relatives à la responsabilité contractuelle ou délictuelle des clauses de gestion des risques³. À l'heure où la sécurité est de plus en plus recherchée et même revendiquée par la victime, le débiteur ou responsable potentiel est également en droit d'attendre quelque sécurité du contrat, conférée par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité⁴.

Enfin, les stipulations atténuant les dommages-intérêts revêtent une dimension particulièrement dangereuse pour le créancier lorsqu'elles lui sont imposées. Cette hypothèse se retrouve dans les contrats d'adhésion, conventions rédigées unilatéralement et à l'avance par l'autre partie. Dès lors, ces clauses représentent moins une allocation des risques réfléchie par les contractants qu'une stipulation prévue au détriment de la partie faible, qui n'aura pas nécessairement compris, si ce n'est connu, la portée d'une telle clause.

35. Bilan. Finalement, limiter ou supprimer la réparation due alors que le débiteur ou l'auteur du dommage est reconnu responsable est à la fois un véritable atout sur le plan économique, et une pratique qui peut se révéler dangereuse pour le cocontractant. Le régime nécessite donc un équilibre subtil, que le législateur et la jurisprudence ont cherché à atteindre par touches ponctuelles et dispersées. Le bilan étant légèrement positif en faveur des clauses relatives à la responsabilité, la jurisprudence a établi un principe de validité en matière contractuelle, qu'elle n'a cependant pu étendre à la responsabilité délictuelle, considérée d'ordre public. Toutefois, tenant compte du risque qu'elles représentent pour la partie faible au contrat, le législateur a réglementé ces clauses dans plusieurs contrats spéciaux, puis dans des pans entiers du droit privé, afin d'y limiter la

¹ E. Mackaay, S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2008, n° 1560.

² P. Robino, art. préc., *RTD civ.* 1951, p. 1, n° 1.

³ P. Robino, art. préc., *RTD civ.* 1951, p. 1, n° 13.

⁴ P. Robino, art. préc., *RTD civ.* 1951, p. 1, n° 1.

liberté contractuelle. À l'inverse, la nécessité pratique de conventions modifiant la responsabilité délictuelle s'est fait ressentir dans certains droits spéciaux, qui, tel le droit des transports, ont validé les limites de réparation à l'égard des victimes non contractantes.

36. Enjeux pratiques. La modification progressive et en ordre dispersé des règles relatives aux clauses relatives à la responsabilité aboutit aujourd'hui à un régime confus et difficilement praticable. La consécration imminente d'un outil de lutte contre les clauses abusives dans le droit commun des contrats ne fait que renforcer les doutes concernant la validité des clauses relatives à la responsabilité. Or, nombre de praticiens cherchent à savoir si la clause qu'ils envisagent d'insérer dans un contrat sera applicable en cas d'inexécution. Les domaines dans lesquels se rencontrent des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont innombrables. Quelques exemples illustrent cette variété :

« Conformément à l'article 33 de l'annexe I du règlement européen 1371/2007, SNCF n'assume aucune responsabilité en ce qui concerne les bagages à main, qui demeurent sous la garde exclusive du voyageur même lorsqu'ils sont placés dans des emplacements prévus à cet effet, en bout ou en milieu de voiture, sauf à rapporter la preuve d'une faute de celle-ci. Si une telle preuve est rapportée le montant de l'indemnité à verser par SNCF ne pourra pas excéder 360 €. » (Conditions générales de transport, SNCF, art. 4.10.1)¹.

« Par suite de la remise du dossier de diagnostic technique (DDT), les Parties conviennent que la Vente est conclue sans garantie des vices cachés quant à l'état sanitaire du Bien. » (Contrat de vente d'un bien immobilier).

« La pension décline toute responsabilité en cas de décès de l'animal. » (Contrat de gardiennage canin, La Toutounière).

« Dans le cas où la Sarl Domaine du Château se trouverait dans l'obligation d'annuler la location pour des raisons de force majeure telles que sinistre sur les locaux, injonctions administratives, conditions météorologiques extrêmes, elle restituera l'intégralité des sommes versées par le Locataire (...) ». (Contrat de location de salle).

¹ Il faut donc comprendre par cette clause que la SNCF s'exonère de son obligation de surveillance des bagages à main en faisant peser cette obligation sur le voyageur (clause de non-obligation) ; néanmoins, si elle commet une faute, indépendamment de la surveillance des bagages, qui peut être à l'origine du vol, le voyageur pourra engager sa responsabilité, et obtenir une réparation limitée (clause limitative de réparation). Un arrêt récent (CA Nîmes, 26 février 2015, n° de RG: 13/04633) nous donne un exemple de faute de la SNCF invocable dans cette hypothèse : un voyageur de 94 ans, mutilé de guerre, pouvait prétendre à une prestation d'accompagnement gratuite par le transporteur. Or, en gare de Nîmes, les agents de la SNCF n'avaient pas assuré ce service. Le voyageur avait donc demandé l'aide de celle qui l'accompagnait, âgée elle-même de 83 ans, pour descendre du train ; durant cette opération, le sac contenant tous les papiers personnels du voyageur, avait été dérobé. Il a donc pu être établi que la défaillance de la SNCF d'assurer la prestation d'accompagnement promise avait empêché l'amie de surveiller le sac et donc le transporteur ferroviaire pouvait être tenu responsable de ce vol.

« Attention, animaux dangereux, ne pas approcher. Le propriétaire décline toute responsabilité en cas d'accident ». (Affiche apposée sur un enclos où se trouvent des chevaux)¹.

Ces clauses, insérées souvent à dessein par des contractants aguerris, mais parfois aussi naïvement par des non-spécialistes du droit qui les auront glanées sur des sites internet prodiguant des conseils vaguement juridiques, sont-elles valables et efficaces, ou en un mot, applicables à l'autre partie ou à des tiers ? Pour les plus grosses entreprises comme pour le simple particulier, le régime des clauses doit être certain pour assurer une pratique sereine du droit des contrats. L'enjeu pratique de l'instauration d'un régime clair et accessible est considérable.

37. La concurrence des droits, un argument relatif. La clarification du régime, ainsi que la réaffirmation de la liberté contractuelle, pourrait aussi être motivée par l'idée de concurrence des droits. Un droit prohibitif est peu attirant pour les entreprises qui, on l'imagine, chercheraient à l'éviter lorsqu'elles en auraient l'opportunité. Néanmoins, un sondage très instructif a été mené, il y a maintenant quelques années, auprès de cent grandes entreprises européennes basées dans différents pays². Tout d'abord, cette étude confirme la mauvaise opinion qu'ont les juristes européens du droit français : à la question « dans l'ensemble, quel droit des contrats est, à votre avis, le plus utilisé par ceux qui concluent des transactions transfrontalières ? », le droit français n'a obtenu qu'1% des voix !³ Cependant, la réalité est tout autre. Le droit des contrats français est préféré dans 14% des cas, ce qui représente un score tout à fait correct, car il place notre droit national en troisième position, derrière les droits de la Grande-Bretagne (21%) et de l'Allemagne (16%), et ex-aequo avec le droit suisse⁴. Les résultats sont moins bons si l'on exclut les entreprises relevant des juridictions françaises (7%), mais nous sommes loin du rejet massif qui a pu être imaginé⁵.

¹ Pour l'analyse de ce type de clause, *cf infra* n°s 492 et s..

² S. Vogenauer, « Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law, A Business Survey », 2008. 95% des entreprises interrogées emploient plus de 250 salariés. Le sondage est disponible sur le site internet de la faculté de droit de l'Université d'Oxford : <https://www3.law.ox.ac.uk/themes/iecl/pdfs/Oxford%20Civil%20Justice%20Survey%20-%20Summary%20Of%20Results,%20Final.pdf>.

³ Question 18 du sondage.

⁴ Question 17 du sondage.

⁵ Selon une autre étude, qui tient compte cette fois de la loi choisie par les parties dans le cadre d'un arbitrage international, le droit français est régulièrement choisi comme loi tierce (c'est-à-dire un droit autre que celui d'origine des parties au contrat). Certes, il n'est retenu, selon ces statistiques que dans 3% des cas, loin derrière le droit anglais et le droit suisse (11,2% et 9,9%). Néanmoins, il présente le mérite d'appartenir au groupe des cinq droits choisis régulièrement. Pour une vision plus critique de la situation, établie à partir de statistiques rassemblées par la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, V. G. Cuniberti, « La faible attractivité internationale du droit français », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 253.

Le sondage ne pose pas la question particulière de l'incidence du régime des clauses relatives à la responsabilité sur le choix de la loi contractuelle. Nous pouvons cependant en déduire que les changements législatifs et jurisprudentiels n'ont pas constitué un repoussoir manifeste pour les entreprises.

D'ailleurs le droit anglais, souvent retenu, régit les clauses relatives à la responsabilité au sein d'un texte, l'*Unfair Contract Terms Act 1977*. Cette loi leur réserve un traitement en demi-teinte : dans les conditions générales¹, ainsi que dans certains types de convention, comme le contrat de vente², les clauses peuvent être, selon les cas, prohibées, ou contrôlées par le juge grâce au *reasonable test*³. En dehors du champ d'application de ce texte, la jurisprudence n'hésite pas à interpréter strictement les clauses relatives à la responsabilité⁴. Le contrôle des clauses abusives dans les contrats de consommation, aujourd'hui réglementé par le *Consumer Rights Act 2015*⁵, confirme ce mouvement de restriction de la validité des clauses relatives à la responsabilité. Il n'est donc pas question de liberté contractuelle absolue.

Les autres pays voisins de la France adoptent une position comparable. Ainsi, bien que le droit allemand prévoie une validité de principe des clauses dans le *BGB*⁶, le contrôle des conditions générales des contrats, entendues comme toutes les clauses qui n'ont pas été négociées, diminue sensiblement la portée du principe⁷. En effet, une clause est susceptible d'être annulée si elle emporte un « désavantage injuste » pour le défendeur. Concernant les clauses limitatives de réparation, la jurisprudence allemande refuse que la stipulation fixe un montant inférieur au dommage prévisible lorsqu'elle a trait à une obligation essentielle⁸. La doctrine allemande déplore d'ailleurs cette sévérité, qui placerait le droit allemand au rang des droits les plus stricts sur cette question, par rapport aux droits de ses pays voisins⁹.

Enfin, le droit suisse confirme cette attitude méfiante envers les clauses. Bien que la validité de principe soit, là encore, adoptée en matière contractuelle¹, la jurisprudence a développé la règle de l'insolite, qui consiste à annuler des clauses « insolites » non négociées lorsqu'elles sont contraires aux principes et usages habituellement appliqués,

¹ Art. 3 *UCTA 1977*. Jusqu'à l'entrée en vigueur du *Consumer Right Act 2015 (CRA)*, la disposition s'appliquait également aux contrats conclus par un consommateur.

² Art. 5 *UCTA 1977*.

³ Art. 11 *UCTA 1977*.

⁴ G. H. Treitel, E. Peel, *The law of contract*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 14th ed., 2015, n^{os} 7-002 et s..

⁵ Art. 61 et s., et Schedule 2 *CRA 2015*. Publié le 26 mars 2016, le *Consumer Right Act 2015* remplace l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*.

⁶ §276 *BGB*. Cf. G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon, C. Witz, *Code civil allemand, Traduction commentée*, Dalloz, 2010.

⁷ §305 et s. *BGB*. Cf. F. Kutscher-Puis, « Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux », *CCC 2015*, étude 7.

⁸ F. Kutscher-Puis, art. préc., *CCC 2015*, étude 7, n^o 7.

⁹ *Ibid.*

peu importe la nature des parties en cause². De plus, la loi fédérale a récemment institué un véritable contrôle des clauses abusives dans les conditions générales proposées aux consommateurs³. Enfin, grâce à des notions générales telles que la bonne foi ou le principe général de confiance, la jurisprudence suisse refuse l'application de certaines clauses qui n'ont pas été véritablement intégrées dans le champ contractuel⁴.

La sévérité du droit français n'est donc pas isolée. Néanmoins, notre droit peine à définir des règles claires pour canaliser ces conventions ; un régime plus net serait assurément source d'une plus grande attractivité du droit français des contrats. En effet, selon plusieurs études, le choix de la loi applicable par les contractants est déterminé en fonction de la rigueur et de la prévisibilité du droit choisi⁵. Les incertitudes que présente le régime des clauses relatives à la responsabilité en droit français vont à l'encontre de ces qualités requises, et expliquent sans doute en partie que notre droit ne soit pas retenu plus fréquemment.

Ainsi, il nous semble que la concurrence des droits doit être appréhendée positivement. Le droit français ne fait pas particulièrement fuir les entreprises qui concluent des contrats transfrontaliers ; mais une réglementation des clauses relatives à la responsabilité plus simple et compréhensible permettrait de pousser d'autres contractants à choisir notre droit.

38. Incidence de la réforme du droit des contrats. « Renforcer l'attractivité du droit français, au plan politique, culturel, et économique » constitue justement l'un des objectifs de la réforme du droit des contrats récemment adoptée par ordonnance⁶. Le rapport au Président de la République affirme que l'ordonnance a choisi pour cela de développer « la sécurité juridique conférée à notre droit des obligations » afin de « faciliter son application dans des contrats de droit international ». Cette réforme touche directement les clauses

¹ Art. 100 Code des obligations suisse.

² P. Pichonnaz, « Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence », *Plaidoyer* 2011, 5/11, p. 34, spéc. p. 38.

³ Art. 8 Loi sur la Concurrence déloyale suisse (LCD) 1956, mod. 17 juin 2011 : « Agit de façon déloyale celui qui, notamment, utilise des conditions générales qui, en contradiction avec les règles de la bonne foi prévoient, au détriment du consommateur, une disproportion notable et injustifiée entre les droits et les obligations découlant du contrat ». Cf. P. Pichonnaz, *op. cit. loc. cit.*

⁴ N. Rouiller, *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, CEDIDAC Lausanne, 2007, p. 215 et s..

⁵ Sondage mené par la *School of International Arbitration* de l'Université *Queen Mary* de Londres, et le groupe arbitrage du cabinet *White and Case* : « 2010 International Arbitration Survey : Choices in International Arbitration » (spéc. p. 13) ; V. aussi G. Cuniberti, art. préc., in *Mélanges B. Audit, op. cit.*, spéc. n° 24.

⁶ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des

relatives à la responsabilité. Elle entérine la jurisprudence *Chronopost*, étend la lutte contre les clauses abusives à tous les contrats d'adhésion, et modifie l'article 1150 actuel du Code civil pour y ajouter la faute lourde. Pour autant, l'étude ici entreprise garde tout son intérêt. Tout d'abord, tous les contrats conclus jusqu'au 1^{er} octobre 2016, date d'entrée en vigueur de l'ordonnance¹, resteront sous l'empire de la loi ancienne. En outre, les choix arrêtés par les rédacteurs de l'ordonnance sont d'inégale valeur. Si certaines orientations sont heureuses, d'autres sont beaucoup plus contestables. Cette étude sera l'occasion à la fois de mettre en lumière les avancées réelles, d'exprimer certains regrets qui apparaissent à la lecture du texte, et de proposer de nouvelles orientations le cas échéant, alors que le Parlement aura prochainement l'occasion d'étudier le texte lors de l'examen et du vote de la loi de ratification de l'ordonnance. Elle permettra aussi d'éclairer autant que possible le juge dans l'interprétation des nouvelles dispositions. Enfin, plusieurs aspects du régime des clauses relatives à la responsabilité ne sont pas réformés par cette ordonnance, qui ne traite pas du droit de la responsabilité civile. Il reste donc matière à proposer des évolutions qui se révèlent indispensables dans ces domaines.

Une précision d'ordre pratique s'impose à ce stade. L'intervention de cette réforme quelques semaines avant d'achever ce travail a fait naître une difficulté relative à la numérotation des articles du Code civil. L'ordonnance n'étant pas encore entrée en vigueur, il n'était pas possible de considérer ces nouveaux numéros comme de droit positif. La même difficulté est apparue quelques jours plus tard avec la publication de l'ordonnance du 14 mars 2016 ; celle-ci renumérote entièrement le Code de la consommation, et est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2016. Nous avons donc choisi de nous référer aux textes en employant la double numérotation ; les textes issus de l'ordonnance relative au droit des contrats, dans la mesure où ils ne sont pas encore entrés en vigueur, seront présentés comme les « futurs » articles. En revanche, la nouvelle numérotation du droit de la consommation sera employée, avec une référence aux « anciennes » dispositions. En l'absence de précision, la disposition visée sera celle en vigueur au 1^{er} juillet 2016. Enfin, alors que la rédaction de la thèse était achevée, la Chancellerie a publié le 29 avril 2016 un avant-projet de réforme de la responsabilité civile. C'est dire si notre sujet est au cœur de l'actualité juridique ! Cependant, dans la mesure où il ne s'agit que d'un avant-projet, soumis à la consultation publique et donc susceptible d'évoluer substantiellement, il sera évoqué au cours de l'étude mais ne fera pas l'objet de

contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹ Art. 9 Ordonnance 10 février 2016.

développements approfondis. En outre, il ne sera pas tenu compte des nouvelles numérotations proposées dans l'avant-projet pour le reste de notre étude.

39. *Les deux composantes du régime.* Au cours de cette présentation, il est apparu que la véritable difficulté réside aujourd'hui dans le régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Celui-ci se décompose en deux étapes complémentaires. Pour les contractants, il est tout d'abord indispensable de savoir si la clause est valable, ou autrement dit, s'ils pouvaient, en toute licéité, insérer une telle clause dans leur contrat. La gamme des règles de validité est assez étendue, de la liberté à la prohibition absolue, en passant notamment par la validité sous condition d'un plafond suffisamment élevé. Le législateur et le juge affinent les solutions retenues en fonction du type de contrat, ou de la nature des relations tissées entre les contractants. Grâce à un tour d'horizon des différentes lois et jurisprudences qui établissent le régime de droit positif, il sera possible de proposer de nouvelles règles de validité de droit commun pour les clauses relatives à la responsabilité, en matière contractuelle comme en matière délictuelle.

Ensuite, une fois la clause relative à la responsabilité validée, le responsable aurait tort de se réjouir trop vite. Il n'est pas encore certain que la clause soit applicable au litige qui peut l'opposer à la victime d'un dommage qui cherche à engager sa responsabilité. La question de l'efficacité de la clause revêt une importance tout aussi fondamentale que celle de la validité. Là encore, le régime offre une palette de nuances en ce qui concerne l'efficacité des clauses, tenant compte du comportement du débiteur défaillant ou de l'auteur du dommage, ou encore de l'absence de contrat liant la victime au responsable.

40. *Plan.* Les deux pans du régime des clauses recèlent aujourd'hui nombre de doutes et interrogations ; leur détermination présente des enjeux considérables, tant théoriques que pratiques. C'est pourquoi ce régime mérite d'être clarifié et renouvelé. Le régime des clauses relatives à la responsabilité comprend deux aspects, qui conduisent, dans un premier temps, en se plaçant au stade de la formation du contrat, à déterminer si ces clauses sont valables (Partie I), puis, dans un second temps, en se positionnant au stade de l'exécution ou plus exactement, de l'inexécution du contrat, à étudier leur efficacité (Partie II).

PARTIE I : LA VALIDITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

PARTIE II : L'EFFICACITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

PREMIÈRE PARTIE

LA VALIDITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

41. À la fin du XIX^{ème} siècle, l'équation était simple : les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité étaient valables en matière contractuelle, et interdites en matière délictuelle. Cependant, dès le début du XX^{ème} siècle, de nombreuses atteintes ont été portées à ces règles, par la loi et la jurisprudence. Aujourd'hui, il n'est donc pas toujours aisé de savoir si une clause relative à la responsabilité est valable ou nulle.

Or, connaître avec certitude le sort que subira cette stipulation est un enjeu de la plus haute importance pour les contractants. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont des instruments de prévision du contrat. Grâce à une telle stipulation, le débiteur connaît le montant de la réparation ou le type de préjudice qu'il aura à indemniser en cas d'inexécution involontaire ; le créancier sait dans quelles limites son dommage sera réparé, confiant que ces dommages-intérêts lui seront versés car le débiteur aura pu s'assurer. En cas de clause exonératoire de responsabilité, le débiteur peut, en contrepartie, réduire sensiblement le prix de ses prestations.

Or l'invalidation d'une clause réduit à néant toutes ces prévisions. Pis encore, le manque de prévisibilité quant à la validité de la clause place les contractants dans une situation fort inconfortable. Une clause qui constitue pourtant un vecteur de prévisibilité contient en fait une grande part d'imprévisibilité. Stipuler une telle clause revient à prendre un nouveau risque, alors même qu'elle a pour objet de prévoir et répartir les risques. Tant d'incertitude n'est pas acceptable. La question de la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité doit être éclaircie, et même renouvelée.

42. L'étude de la validité des clauses relatives à la responsabilité pourrait être menée en deux temps, en présentant tout d'abord les solutions de droit positif, avant de proposer de nouvelles règles. Cependant, cette approche *de lege lata* puis *de lege feranda* ne permettrait pas de montrer assez clairement le mouvement d'érosion qu'ont connu les

règles de validité initiales, étape pourtant indispensable pour pouvoir ensuite construire un nouveau régime. Dès lors, il nous est apparu préférable de procéder en trois temps. Tout d'abord, nous commencerons par rappeler les règles classiques de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (Titre I), pour ensuite recenser les atteintes qui y ont été portées, et les comprendre. En effet, les motivations du législateur et des juges participent d'un même mouvement de protection du contractant faible, de manière plus ou moins apparente selon les matières (Titre II). Forts de ces enseignements, nous pourrons ensuite tracer le périmètre clair et raisonnable de la validité des clauses relatives à la responsabilité (Titre III).

TITRE I : Les règles classiques de validité des clauses relatives à la responsabilité

TITRE II : La remise en cause des règles classiques de validité par l'émergence du critère du déséquilibre structurel

TITRE III : Le renouvellement des règles de validité par la prise en compte du critère du déséquilibre structurel

TITRE I

LES RÈGLES CLASSIQUES DE VALIDITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

43. C'est à l'occasion de l'avènement du droit des transports à la fin du XIX^{ème} siècle que s'opère une prise de conscience de la fréquence des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats. À partir de là, doctrine et jurisprudence s'attèlent à définir leur périmètre de validité, qui ne sera remis en cause qu'au cours du XX^{ème} siècle. Les règles classiques de validité sont donc les premières directives qui ont fixé, pour un temps, le régime des clauses relatives à la responsabilité. Elles proviennent moins d'une véritable réflexion technique approfondie que d'intuitions issues des grands principes qui irriguent le droit des contrats, comme la liberté contractuelle et la limite de l'ordre public.

Deux règles diamétralement opposées sont ainsi posées. En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont en principe valables (Chapitre I). À l'inverse, elles sont interdites lorsqu'elles concernent la responsabilité extracontractuelle ou les dommages corporels, en raison de leur contrariété à l'ordre public (Chapitre II).

CHAPITRE I

LE PRINCIPE CLASSIQUE DE VALIDITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

44. Aucun texte de loi de portée générale ne prévoit la validité de principe des clauses relatives à la responsabilité en matière contractuelle. Certains textes traitent de la question dans des domaines particuliers, mais le législateur n'a pas affirmé lui-même cette validité de manière générale. Il en va ainsi, par exemple, des garanties du vendeur dans le contrat de vente qui, dès 1804, peuvent être conventionnellement écartées par les parties¹.

Dans le silence de la loi², c'est aux juges qu'est revenue la tâche de trancher la question de la validité de principe des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (Section 1). Cette validité de principe ne saurait pour autant s'affranchir des conditions générales de validité du droit des contrats (Section 2).

SECTION 1 : L'ÉLABORATION JURISPRUDENTIELLE DU PRINCIPE DE VALIDITÉ

45. Le principe de validité des clauses relatives à la responsabilité en matière contractuelle a été admis progressivement (§1), avant d'être proclamé sans réserve (§2).

¹ Art. 1627 et 1643 Code civil. Sur la nature des clauses de non-garantie, voir *infra*, n^{os} 173 et s.

² H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n^o 2540. Ils déduisent directement de ce silence la validité des clauses de responsabilité.

§1. L'admission progressive du principe de validité

46. Distinction entre les clauses limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité. Contrairement aux clauses exonératoires de responsabilité, les clauses limitatives de réparation n'ont pas pour objet de nier la responsabilité du débiteur ; elles ne font que la limiter, quantitativement ou qualitativement. Par conséquent, la Cour de cassation les a validées sans difficulté, dès le milieu du XIX^{ème} siècle (A). Quant aux clauses exonératoires de responsabilité, la méfiance initiale de la jurisprudence a cédé pour faire place à une admission par étapes de leur validité (B).

A. La validation des clauses limitatives de responsabilité

47. La validation des clauses limitatives de responsabilité par la Cour de cassation. Au XIX^{ème} siècle, les juges du fond ne permettaient le jeu des clauses limitatives de réparation qu'à la condition de caractériser un cas de force majeure. Ils affirmaient ainsi « qu'il est constant que ces stipulations ne sont applicables qu'aux cas de force majeure »¹. Or, en cas de force majeure, le débiteur n'est jamais tenu, qu'il ait conventionnellement limité sa responsabilité ou non. Le jeu de la clause se superposait donc à l'effet légal de la force majeure. Autrement dit, par ce biais, les juridictions du fond paralysaient totalement le jeu des clauses limitatives de responsabilité². Cependant la Cour de cassation a rejeté ce raisonnement, et dès la fin du XIX^{ème} siècle, a admis la validité des limitations conventionnelles de responsabilité³.

Ces clauses sont dictées par un désir de prévision de la part des contractants, tout en maintenant une certaine réparation pour le créancier. La Cour de cassation n'a donc aucune hostilité particulière envers ce type de convention. Ainsi, la validité de principe des clauses limitatives de responsabilité s'est-elle rapidement imposée. En revanche, l'admission de la validité des clauses exonératoires de responsabilité a été plus progressive.

¹ Trib. com. Seine, 3 avril 1868, *DP* 1869, I, p. 202 ; V. aussi Trib. com. Boulogne-sur-Mer, 13 juin 1882, *DP* 1885, I, p. 79.

² Note anonyme sous Cass. civ. 15 mars 1869, *DP* 1869, I, p. 202.

³ Cass. civ., 15 mars 1869, *DP* 1869, I, p. 201 ; civ., 13 août 1884, *DP* 1885, I, p. 78 ; et après la loi Rabier du 1905, qui invalide les clauses de non-responsabilité dans les contrats de transport terrestre : civ., 14 avril 1924, *DH* 1924, p. 393.

B. La validation progressive des clauses exonératoires de responsabilité

48. La jurisprudence a admis progressivement la validité des clauses de non-responsabilité, acceptant d'abord le principe (1), puis leur octroyant leur plein effet exonératoire (2).

1) L'admission progressive du principe même de validité

49. ***Premier temps : la validité limitée aux contrats négociés.*** Dans un premier temps, au milieu du XIX^{ème} siècle, la jurisprudence a eu à se prononcer sur la validité des clauses de non-responsabilité en droit des transports. Dans un arrêt de 1859, elle a montré une certaine défiance envers ces stipulations, leur refusant tout effet dans une affaire de transport par chemin de fer¹. Pour justifier sa prise de position, la Cour de cassation s'est fondée sur la nature de la compagnie de chemin de fer, établie dans un intérêt général, qui ne pouvait déroger aux conditions fixées par des règlements de l'autorité publique ; elle affirmait en outre qu'une telle décharge « ouvrirait la porte à de graves abus, encourageant la négligence des employés du chemin de fer ». Par conséquent, les clauses exonératoires de responsabilité, dans cet arrêt, furent écartées.

Néanmoins, la portée de la solution doit être sensiblement relativisée, et son interprétation peut aboutir à d'intéressantes conclusions. Tout d'abord, la nullité des clauses retenue dans la décision n'est pas totale. La Cour de cassation reconnaît que le transporteur peut supprimer sa responsabilité en cas d'emballage défectueux². Mais surtout, cette solution n'a pas de portée générale ; il s'agit en réalité d'une exception propre à l'espèce. La Cour de cassation précise bien que la compagnie de chemin de fer n'est pas dans la même situation que « les entrepreneurs ordinaires de voitures et roulages qui sont libres de refuser les expéditions (...) et *d'en régler les conditions de gré à gré* »¹. La nullité des clauses de non-garantie est donc circonscrite aux transports réglementés, dont les conditions sont fixées par l'autorité publique. D'ailleurs, le prix prévu tient compte de la responsabilité illimitée, et stipuler une clause de non-réparation reviendrait à procurer aux compagnies un « avantage illicite ». En revanche, dans les contrats conclus de gré à gré, de telles clauses sont valables. Dans ce cas, le transporteur est libre de refuser les

¹ Cass. civ., 26 janvier 1859, *DP* 1859, I, p. 66.

² *Ibid.* V. aussi Cass. civ., 13 août 1872, *DP* 1872, I, p. 228 : la Cour refuse l'application de la clause exonératoire car l'avarie ne trouvait pas sa cause dans un mauvais emballage (qui n'était pas établi) mais dans « la manutention trop brusque malheureusement employée par les agents ». Cette hypothèse fait écho à la faute de la victime, qui aurait, grâce à la clause, un effet exonératoire total, sans revêtir les caractères de la force majeure.

marchandises, et de fixer les conditions du transport, y compris sa responsabilité en cas d'avarie.

Par un raisonnement *a contrario*, il est donc possible d'affirmer qu'en 1859, les clauses de non-responsabilité sont en principe valables dans les contrats négociés².

50. La validité étendue à tous les contrats en 1874. Par la suite, ce principe de validité a été affirmé, et étendu. La Cour de cassation a validé en 1874 les clauses de non-responsabilité pour les compagnies de chemin de fer lorsqu'elles ont été prévues par les tarifs homologués³. Ainsi, même dans un contrat d'adhésion, les clauses exonératoires de responsabilité furent, dès cette époque, validées. Seules étaient écartées les clauses stipulées ponctuellement, en dehors des conditions homologuées par l'autorité publique, à l'occasion d'un transport particulier⁴. Cette limite tenait là encore à la nature particulière des compagnies de chemin de fer, dont l'utilité publique reconnue entraînait un contrôle des conditions de transport. En dehors de cette hypothèse particulière, les clauses relatives à la responsabilité du débiteur étaient reconnues valables, que les termes du contrat aient été négociés ou imposés.

Une fois leur validité reconnue, encore fallait-il accorder aux clauses de non-responsabilité leur plein effet.

2) *L'affinement progressif de la portée de la validité*

51. L'effet limité au simple renversement de la charge de la preuve pour les clauses de non-responsabilité. En 1874, la proclamation du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité a été immédiatement nuancée par l'effet limité qui leur a été reconnu. En effet, la Cour de cassation a très clairement affirmé que :

« si cette disposition n'a pas pour effet d'affranchir la Compagnie de toute responsabilité pour les fautes commises par elle ou ses agents, elle a pour résultat, contrairement aux règles ordinaires, d'en mettre la preuve à la charge de l'expéditeur »⁵.

¹ Nous soulignons.

² *Contra*, R. Rodière, *Droit des transports*, Sirey, 2^e éd., 1977, n° 594.

³ Cass. civ., 24 janvier 1874, 14 décembre 1875, *DP* 1876, I, p. 133 ; civ., 4 février 1874, *DP* 1874, I, p. 305.

⁴ Cass. civ., 4 février 1874, *op. cit.* : « les Compagnies de chemin de fer établies dans un intérêt général ne peuvent stipuler, par des conventions particulières et sans l'autorisation de l'administration supérieure, qu'elles ne seront pas garantes de la perte ou de l'avarie des objets par elles transportés ».

⁵ Cass. civ., 4 février 1874, *op. cit.*

La clause exonératoire de responsabilité n'avait finalement pour effet que de renverser la charge de la preuve. Le créancier devait, en présence d'une telle clause, prouver la faute du débiteur pour pouvoir engager sa responsabilité. Cette solution était déjà assez intéressante pour le débiteur. En effet, dès que le créancier se trouvait dans l'impossibilité de prouver sa faute, car la cause du dommage restait inconnue, ou extérieure au débiteur, sans même revêtir les caractères de la force majeure, ce dernier était exonéré de sa responsabilité. Seule sa faute prouvée pouvait lui être reprochée.

52. Conséquences. Cette solution présentait un intérêt tout particulier lorsque l'obligation du débiteur était de résultat, hypothèse dans laquelle l'inexécution présume la faute du débiteur¹. Grâce à la clause, point de présomption, c'était au contraire au créancier d'apporter la preuve de la faute pour engager la responsabilité du débiteur. Cet effet n'était pas sans rappeler la mise en jeu de la responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation de moyens². Par conséquent, l'effet limité des clauses de non-responsabilité ainsi défini par la jurisprudence entretint à l'époque la confusion qui pouvait exister avec les clauses allégeant les obligations.

En revanche, lorsque l'obligation visée était une obligation de moyens, la clause n'avait finalement aucun effet, car la charge de la preuve du créancier était la même, et le débiteur n'était pas plus facilement déchargé de sa responsabilité. Ce décalage entre les obligations de moyens et les obligations de résultat était critiquable³. Il l'était d'autant plus que la solution proposée par la jurisprudence n'était, dans tous les cas, pas celle voulue par les parties⁴.

53. Une solution difficile à justifier. En outre, cette solution était difficilement justifiable sur le plan théorique. Il a pu être avancé que la clause supprimait effectivement la responsabilité contractuelle du débiteur, mais la responsabilité délictuelle, toujours présente en toile de fond, réapparaissait alors s'il avait commis une faute⁵. Réfutée par de nombreux auteurs, cette justification était en effet contestable car elle admettait le cumul des deux responsabilités, pourtant rejeté par la jurisprudence⁶.

¹ Ce qui est par exemple le cas en droit des transports : Cass. com., 22 janvier 1973, pourvoi n° 71-10877, *Bull.* IV n° 33.

² R. Rodière, *Droit des transports*, *op. cit.* n° 594.

³ *GAJCiv.*, T. II, comm. 166, n° 5.

⁴ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 187.

⁵ Thèse soutenue par Jossierand, cité par R. Rodière, *op. cit. loc. cit.*, et confortée par le visa de l'article 1382 du Code civil dans l'arrêt Cass. civ., 9 novembre 1915, *DP* 1921, I, p. 23.

⁶ R. Rodière, *op. cit. loc. cit.* ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 614. *Contra*, J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1, spéc. n° 36. L'auteur apporte ici une vision renouvelée de la matière, en soutenant qu'avant 1930, la règle du non-cumul des responsabilités n'était pas retenue par la jurisprudence, qui au contraire admettait dans de nombreux domaines le concours des deux responsabilités.

Malgré un réel embarras pour justifier cet effet limité, la solution a été plusieurs fois confirmée par la suite¹. Ainsi, bien que la jurisprudence ait validé les clauses de non-responsabilité dans leur principe, elle est restée longtemps méfiante envers l'exonération totale dont elle limitait les effets. Il a fallu attendre le milieu du XX^{ème} siècle pour obtenir la pleine validité des clauses exonératoires de responsabilité.

§2. L'affirmation du principe de validité

54. À partir du milieu du XX^{ème} siècle, les clauses relatives à la responsabilité sont reconnues valables, sans distinction (A). Confirmant l'opportunité de cette solution, plusieurs fondements peuvent être invoqués à l'appui de ce principe (B).

A. La pleine validité des clauses relatives à la responsabilité

55. *La suppression des obstacles à la portée complète des clauses de non-responsabilité.* À partir de 1948, le principe de validité des clauses de non-responsabilité est affirmé à plusieurs reprises par la Cour de cassation². Alors qu'auparavant, le débiteur était exempté de sa responsabilité jusqu'à la preuve de sa faute simple, la clause lui permet désormais d'être libéré sauf si le créancier apporte la preuve d'une faute « d'une gravité telle qu'elle ne pouvait être couverte par la convention »³. Dans un arrêt postérieur, la Cour de cassation précise l'intensité de cette faute : il s'agit du dol ou de la faute lourde du débiteur⁴. Cette limite, que nous étudierons plus tard⁵, s'inscrit dans la logique du droit commun des contrats, car on ne peut pas s'engager puis prévoir sa totale immunité en cas d'inexécution volontaire.

Dès lors, l'effet limité des clauses exonératoires de responsabilité pouvait lui aussi s'expliquer par l'admission de ce concours.

¹ V. par ex., Cass. civ., 6 juin 1882, *DP* 1883, I, p. 34 ; Cass. civ. 9 novembre 1915, *GAJCiv.* T.II, comm. 166-167.

² Cass. soc., 3 août 1948, *DP* 1948, p. 536. La clause litigieuse contenue dans le premier arrêt de revirement pourrait plutôt s'analyser comme une clause de non-obligation : il s'agissait d'une clause qui supprime la responsabilité en cas de vol des objets déposés par les salariés dans le garage situé sur leur lieu de travail. Néanmoins, la Cour de cassation ne la présente pas ainsi, mais bien comme une clause exonératoire de responsabilité, et c'est donc sur cette qualité que les juges ont fondé leur raisonnement.

³ Cass. soc., 3 août 1948, *op. cit.*

⁴ Cass. civ. sect. com., 15 juin 1959, *D.* 1960, II, p. 97, note R. Rodière, qui se félicite de la clarté de la solution, en ce qu'elle « permettra de convaincre de l'évolution suivie par la jurisprudence ».

⁵ *Cf. infra*, Deuxième Partie, Titre I, Chapitre I.

En donnant une portée entière aux clauses de non-responsabilité, la jurisprudence ne supprime pas pour autant l'effet que pouvaient déjà produire ces clauses. En effet, pour engager la responsabilité du débiteur, il faut désormais apporter la preuve d'une faute d'une extrême gravité afin de désactiver la clause. La clause de non-responsabilité a donc pour effet d'alléger les obligations de résultat, qui deviennent des obligations de moyens¹. Et encore, ces dernières sont elles-mêmes allégées car une simple faute prouvée est insuffisante pour engager la responsabilité du débiteur. Les clauses de non-responsabilité ont donc pour effet *indirect* d'alléger les obligations du débiteur.

Quant aux clauses limitatives de responsabilité, leur validité permet de limiter les dommages-intérêts, soit quantitativement, en fixant un montant maximal, soit qualitativement, en énumérant les chefs de préjudice qui seront les seuls susceptibles d'être réparés.

Ainsi, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont en principe valables, et la jurisprudence leur accorde une portée correspondant à leur lettre. Peu importe qu'elles figurent dans un contrat conclu de gré à gré ou un contrat d'adhésion². Ce principe de validité est justifié par de nombreux arguments.

B. La justification du principe de validité

56. Plusieurs arguments permettent de vérifier le bien-fondé du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité. Des fondements juridiques (1) comme extra-juridiques (2) permettent d'asseoir cette solution.

1) Fondements juridiques

57. Le droit français offre déjà plusieurs fondements (a) ; le principe est conforté par plusieurs droits étrangers (b).

¹ En ce sens, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 1136.

² Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, pourvoi n° 80-15745, *Bull.* I n° 29 : « aucune disposition légale ne prohibe d'une façon générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion ».

a) En droit français

58. L'article 1134 du Code civil invoqué par la jurisprudence. Pour valider les clauses relatives à la responsabilité, la jurisprudence vise l'article 1134 du Code civil, mais sans en préciser l'alinéa¹.

L'alinéa 1^{er} dispose que « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » (futur article 1103 du Code civil). En prévoyant de limiter ou supprimer la responsabilité du débiteur, les parties ont bien voulu modifier les modalités de réparation en cas d'inexécution ; le juge ne saurait modifier la volonté des parties. En outre, il est souvent avancé que les parties sont libres de s'engager, et de prévoir à leur charge des obligations. Elles peuvent donc aussi prévoir d'en limiter les effets². C'est au nom de la liberté contractuelle que le principe de validité des clauses relatives à la responsabilité est proclamé. D'ailleurs, avec la réforme du droit des contrats, le principe de liberté contractuelle pourra constituer un fondement autonome car il fait son entrée dans le Code civil au futur article 1102 alinéa 1^{er} : « Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi ».

Le troisième alinéa de l'article 1134 a aussi été invoqué pour justifier ce principe³. En prévoyant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la loi limite l'invocation du contrat lorsque le débiteur est coupable d'un dol. En effet, pour faire tomber la clause, la Cour demandait auparavant la preuve de la simple faute du débiteur, et depuis 1948, il faut la preuve d'une faute d'une particulière gravité. Autrement dit, celui qui invoque la clause n'est légitime que dans la mesure où l'inexécution du contrat n'est pas le fait de sa mauvaise foi. La clause peut supprimer la responsabilité du débiteur, mais ne peut couvrir son dol. Le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation sous le visa de l'article 1134 peut donc également être attribué à l'alinéa 3⁴.

59. L'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3). Un autre fondement conforte le principe de validité des clauses limitatives de responsabilité. L'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) vise les dommages-intérêts « qui ont été prévus [...] lors du contrat ».

¹ Cass. civ. sect. com., 15 juin 1959, *D.* 1960, II, p. 97.

² H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, op. cit.*, n° 634 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, Contrat, op. cit.*, n° 1885.

³ Futur art. 1104 Code civil : « Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi. Cette disposition est d'ordre public. »

⁴ R. Rodière, note sous Cass. com. 15 juin 1959, *op. cit.*, *D.* 1960, II, p. 97.

Les parties peuvent donc chiffrer dès la conclusion du contrat le montant maximal de la réparation qui sera due en cas d'inexécution¹.

Néanmoins, depuis l'arrêt du 16 février 1954², la jurisprudence retient de l'article 1150 une autre interprétation. Le dommage prévisible, seul réparable en cas d'inexécution contractuelle, est celui qui pouvait être prévu non plus dans sa quotité, mais dans sa nature et son étendue. Par conséquent, il ne pourrait plus servir à justifier le principe de validité des clauses limitatives de réparation, qui fixent un montant³. Toutefois, il reste que la lettre du texte vise les dommages « prévus » par le contrat. Cette idée de prévision pourrait être comprise comme une référence aux clauses relatives à la responsabilité⁴.

Bien que la rédaction soit modifiée, l'article 1251 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 29 avril 2016 véhicule la même idée. Ce texte dispose que « (...) le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat ». Cette rédaction semble plus se rattacher à l'étendue du dommage qu'à son montant. On peut d'ailleurs se demander quel est le véritable apport de l'adverbe « raisonnablement » aux côtés du terme « prévisible », et s'il n'y a pas en réalité une certaine redondance.

Moins convaincant, l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) n'est pas un fondement suffisant pour valider les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, mais il permet de conforter le principe issu de l'article 1134 du Code civil (futurs articles 1103 et 1104).

60. Les dispositions relatives aux clauses pénales. Les articles 1226 et suivants, et 1152 du Code civil ont également été avancés comme un autre appui au principe de validité des clauses limitatives de réparation⁵. Si le Code civil permet aux parties de prévoir un montant forfaitaire de dommages-intérêts dus en cas d'inexécution, on peut en déduire par analogie que les clauses prévoyant un simple plafond sont elles aussi valables⁶.

¹ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 185-1 ; W. Dross, *Clausier*, op. cit., V° Exclusive ou limitative de responsabilité.

² Cass. com., 16 février 1954, D. 1954 p. 534, note R. Rodière. Cette interprétation était nécessaire en raison de l'instabilité monétaire qui entraîne, si l'on applique l'article 1150 du Code civil à la lettre, des résultats particulièrement injustes. Cf. I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel (défense et illustration de l'article 1150 du Code civil)*, thèse dactyl., 1979, nos 98 et s.

³ I. Souleau, thèse préc., n° 129 et n° 78 (avant le revirement de jurisprudence).

⁴ I. Souleau, thèse préc., n° 129, évoque cette possibilité : « À moins qu'il ne plaise à un esprit subtil de voir dans la "prévision" du dommage contractuel une allusion justifiant les clauses élisives de responsabilités... Mais est-ce bien utile ? ». Pour une position plus affirmée, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd., 2012, p. 688.

⁵ À partir du 1^{er} octobre 2016, l'article 1152 deviendra l'article 1231-5, et l'article 1226 sera supprimé.

⁶ O. Deshayes, art. préc., RDC 2008, p. 1008, n° 7.

Le principe de validité trouve donc plusieurs fondements au sein du Code civil, en dépit de l'absence de texte affirmant expressément cette règle. Toutefois, la réforme de la responsabilité civile prévoit de remédier à ce manque.

61. *Droit prospectif : la consécration du principe de validité dans le Code civil.* L'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile, publié le 29 avril 2016, propose de consacrer le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans un article 1281, alinéa 1^{er} : « les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle ». Cette disposition offrirait une assise textuelle au principe de validité des clauses, consécration qui emporte l'adhésion la plus complète.

Le droit français offre en droit positif et en droit prospectif de nombreuses justifications au principe de validité des clauses relatives à la responsabilité ; celui-ci est en outre présent au sein de plusieurs droits étrangers.

b) Dans plusieurs droits étrangers

62. *Des solutions similaires dans d'autres pays européens.* Autour de la France, plusieurs pays ont eux aussi affirmé la validité de principe des clauses relatives à la responsabilité. Le fait que d'autres nations aient choisi la même voie n'est pas un argument en soi, mais permet, là encore, de conforter la prise de position du droit français.

Le droit belge pose un principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, dans la mesure où les règles relatives à la responsabilité contractuelle sont supplétives de volonté¹. Il en va de même en droit suisse, qui, en vertu du principe de « l'autonomie privée », permet l'aménagement de la responsabilité contractuelle². M. Tercier souligne en ce sens que la responsabilité contractuelle est « d'abord *l'affaire des parties*, accessoirement celle de la loi »³.

Le droit allemand adopte également ce principe de validité dans le *BGB*, en prévoyant la possibilité pour les parties de modifier la responsabilité légalement prévue :

« Le débiteur est tenu de répondre de sa faute intentionnelle et de sa négligence, si une responsabilité plus sévère ou plus légère n'est pas prescrite expressément ou ne résulte

¹ P. Wéry, *Droit des obligations, Volume 1 Théorie générale du contrat*, Larcier, 2^e éd., 2011, n° 764.

² P. Tercier, P. Pichonnaz, *Le droit des obligations*, Schulthess, 5^e éd., 2012, n° 1259.

³ P. Tercier, P. Pichonnaz, *op. cit.*, n° 1201.

pas du contenu du rapport d'obligation, en particulier par la prise en charge d'une garantie ou d'un risque d'approvisionnement. (...) »¹.

Enfin, le droit anglais n'affirme pas explicitement de principe général de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Néanmoins, le principe de « *freedom of contract* », ou liberté contractuelle, permet de valider les clauses de manière générale². De plus, la loi relative aux clauses relatives à la responsabilité, l'*Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA)*, définit les cas dans lesquels les clauses sont nulles. *A contrario*, les clauses sont donc en principe valables, à moins de tomber sous le coup de la loi. Il appartiendra d'ailleurs au créancier de prouver que la clause entre dans le champ de l'*UCTA 1977* et par conséquent qu'elle doit être annulée³.

Ainsi, les droits nationaux qui nous entourent consacrent eux aussi la validité de principe des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ce mouvement global trouve aussi sa justification dans des raisons extra-juridiques.

2) *Fondements extra-juridiques*

63. Éviter les entraves au progrès. Il est apparu au juge que le principe de validité des clauses relatives à la responsabilité était nécessaire et ce, pour plusieurs raisons. Ces clauses constituent un véritable outil de prévisibilité, qui permet de connaître à l'avance le risque auquel le débiteur s'engage. Dans une société en évolution constante, où les progrès techniques ne sont possibles que grâce à la prise de risques de certaines entreprises, la limitation, voire l'exonération de responsabilité se révèle indispensable⁴. Il fallait donc poser un principe de validité de ces clauses pour accompagner le mouvement de modernisation du pays.

64. Réaction face à la multiplication des obligations de résultats. Par ailleurs, les obligations de résultat sont devenues de plus en plus nombreuses, entraînant la responsabilité du débiteur même en l'absence de faute. En réaction à ce phénomène, de nombreux contractants ont voulu bloquer ce mécanisme en prévoyant des clauses qui

¹ §276 BGB. Cf. G. Lardeux, R. Legeais, M. Pédamon, C. Witz, *Code civil allemand, op. cit.*, 2010.

² D. Yates, *Exclusion clauses in contracts*, Sweet & Maxwell, coll. Modern Legal Studies, 1982, p. 1 ; H. Beale, « Droit anglais », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Actes du colloque des 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J., 1990, p. 155.

³ E. McKendrick, *Contract Law, Texts, cases and materials*, 2014, p. 404. S'il y parvient, il sera alors temps pour le défendeur de prouver que la clause est raisonnable (qu'elle remplit le *reasonableness test*).

⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 614.

limitent ou suppriment leur responsabilité¹. Dans ce contexte, le jeu de telles clauses est d'autant plus acceptable que le débiteur n'a souvent même pas commis de faute.

65. Le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est aujourd'hui bien affirmé. Il ne saurait pour autant faire oublier les conditions de droit commun que doivent remplir ces clauses pour être valables.

SECTION 2 : LA VALIDITÉ CONDITIONNÉE

66. *Connaissance et acceptation.* Pour pouvoir être invoquée par le débiteur, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité doit être connue et acceptée de l'autre partie. Pour cela, elle doit être entrée dans le champ contractuel. Cette condition relève du droit commun des contrats². La question se pose avec acuité pour les clauses relatives à la responsabilité, car il est fréquent que de telles stipulations soient présentes seulement dans des conditions générales auxquelles le contrat fait référence, ou encore n'apparaissent que par voie d'affichage.

67. *Validité ou opposabilité ?* De prime abord, cette question semble moins relever de la validité des clauses que de leur opposabilité, c'est-à-dire de leur efficacité. En effet, nombre de décisions jurisprudentielles déclarent la clause « inopposable » en raison de sa méconnaissance par le cocontractant³.

Pourtant, l'opposabilité d'une clause, ou d'une convention, est habituellement invoquée pour justifier de la prise en compte d'un contrat par un tiers⁴. L'utilisation de la notion d'opposabilité d'une clause à l'égard du cocontractant paraît donc inadaptée. En effet, comme le relève un auteur, « s'agissant de déterminer la portée d'une clause à l'égard d'une partie, la notion d'opposabilité est contestable ; il serait préférable de parler d'effet obligatoire »⁵.

¹ Ph. Casson, « Dommages et intérêts », *Rép. civ.*, n° 117.

² Cass. civ. 1^{re}, 4 juillet 1967, *Bull.* I n° 248 : « Attendu que la clause de non-responsabilité doit avoir été voulue par les parties, dans les conditions ordinaires de la formation des conventions ».

³ V. par ex., Cass. com. 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-16523, *CCC* 2008, comm. 62, note L. Leveneur.

⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n°s 490 et s..

⁵ P. Jourdain, obs. sous Cass. com., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-11728, *RTD civ.* 2008, p. 483. V. aussi, qui dénonce cette confusion : J.-L. Goutal, *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, L.G.D.J., 1981, n° 32.

En réalité, la question de la connaissance et de l'acceptation de la clause relative à la responsabilité relève plus fondamentalement de l'existence du consentement du contractant¹. Pour que la clause soit valablement invoquée par une partie, encore faut-il qu'elle soit entrée dans le champ contractuel, c'est-à-dire qu'elle ait été connue et acceptée par les deux contractants. Or, le consentement est l'une des conditions de validité du contrat, énoncées à l'article 1108 du Code civil (futur article 1128). Par conséquent, la connaissance de la clause est bien une question de *validité* de la clause.

Néanmoins, lorsque dans sa décision, le juge invoque l'inopposabilité, c'est peut-être par manque de précision, mais c'est surtout pour bien signifier que seule la clause est écartée et non tout le contrat. Il serait sans doute plus approprié qu'il répute la clause non écrite, comme le souligne Mme S. Gaudemet :

« Le réputé non écrit n'est pas non plus de l'ordre de l'inopposabilité telle qu'elle est connue en droit français. Considérer un acte ou une clause inopposable, c'est les tenir pour inefficients à l'égard d'un tiers. Déclarer une clause non écrite c'est, différemment, la considérer comme dépourvue de valeur obligatoire, et cela avant tout entre les parties à l'acte juridique »².

En tout état de cause, la question de la connaissance et de l'acceptation de la clause relève bien de la validité, et non de l'opposabilité *stricto sensu* des clauses relatives à la responsabilité.

Toutefois, il est à noter que cette analyse n'a pas été reprise par la Chancellerie dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. L'article 1283 prévoit que les clauses relatives à la responsabilité « n'ont pas non plus d'effet si la partie à laquelle elles sont opposées n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat ». Cette rédaction nous paraît hautement critiquable, au vu du raisonnement mené précédemment. Nous espérons donc que cette confusion entre validité et efficacité sera corrigée au sein du projet définitif.

68. Connaissance de la clause. Pour pouvoir donner son consentement à une clause, encore faut-il en avoir eu connaissance³. Cette condition a été posée par la jurisprudence¹,

¹ En ce sens, L. Leveneur, note préc., CCC 2008, comm. 62 : la question doit être posée sur le terrain « de la réalité du consentement ».

² S. Gaudemet, thèse préc., spéc. n^{os} 47 et s. et n^o 94.

En ce sens également, l'article R. 212-1, 1^o du Code de la consommation (art. R. 132-1, 1^o anc.) présume abusive, de manière irréfragable, la clause ayant pour objet ou pour effet de « Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ». La sanction d'une clause abusive est bien le réputé non écrit.

³ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat*, T. 1, *op. cit.*, n^o 868, par G. Loiseau ; B. Petit,

et a même reçu, pendant un temps, une consécration légale dans le Code de la consommation à l'article L. 113-3 (abrogé le 1^{er} juillet 2016). Cet article disposait, entre 1993 et 2014, que :

« tout vendeur de produit ou tout prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur (...) les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle (...) ».

Cependant, avec l'entrée dans le Code de la consommation, par voie réglementaire, de l'interdiction totale pour les professionnels de stipuler des clauses limitatives ou exonératoires de réparation², cette disposition était devenue inopportune. Elle a été supprimée, dans un souci de cohérence, par la loi du 17 mars 2014³.

69. Diversité des situations. Bien qu'elle paraisse évidente, cette condition peut être source de difficulté en pratique, lorsque le contrat conclu est un contrat d'adhésion, que la stipulation n'est pas présente sur le contrat signé ou qu'elle y apparaît de manière peu lisible, ou encore lorsqu'elle est simplement affichée. Nombreuses sont les hypothèses auxquelles ont été confrontés les juges, qui ont établi une jurisprudence stable. Ce faisant, ils limitent le jeu des clauses à l'instar de la doctrine de l'*incorporation* en *Common Law*, utilisée par les juges anglo-saxons pour réduire le champ du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité, avant que les pouvoirs publics ne réglementent la matière⁴.

Tout d'abord, lorsque les termes du contrat sont négociés, il ne fait point de doute que les parties ont connaissance de son contenu, et tout particulièrement des clauses relatives à la responsabilité, qui sont très souvent un levier de négociation important dans les discussions. En revanche, lorsque la convention est un contrat d'adhésion, il faut que le cocontractant, avant de signer, ait pu prendre connaissance de la clause⁵. Pour cela, il est nécessaire que la clause soit présente sur le document⁶, soit du côté où il doit apposer sa signature, soit au verso, à la condition que son attention soit attirée sur cette localisation⁷.

S. Rouxel, « Contrats et obligations, Consentement », *J.-Cl. Civil*, art. 1109, 2014, n° 37. La connaissance de la clause est une question de fait : Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1971, pourvoi n° 69-14617, *Bull. I* n° 143.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1979, pourvoi n° 77-14689, *Bull. I* n° 128, *D.* 1980, IR. p. 262, obs. J. Ghestin.

² Art. R. 212-1, 6° Code de la consommation (R. 132-1, 6° anc.)

³ Art. 6 Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁴ E. Mckendrick, *Contract Law, op. cit.*, n° 11.3.

⁵ Contrairement à ce que certains auteurs, tel Saleilles, ont pu soutenir, le contrat d'adhésion reste un contrat malgré son absence de négociation en amont (cf. Ch. Larroumet, S. Bros, *Les obligations op. cit.*, n° 269).

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2013, pourvoi n° 11-22375 : la clause doit être reproduite ou au moins visée dans le document contractuel.

⁷ Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1979, pourvoi n° 77-14689, *Bull. I* n° 128, *op. cit.*.

La clause doit également être inscrite en caractères lisibles. C'est ainsi que la jurisprudence épingle les techniques des professionnels destinées à éviter d'attirer l'attention du client sur les clauses importantes du contrat. Dans une affaire, elle écarte la clause dont « le texte (...) était imprimé avec une encre bistre dont la pâleur tendait à se confondre avec la couleur du papier »¹ ; dans une autre, elle refuse l'application de la clause écrite « en caractères minuscules »². Le même traitement est réservé aux clauses rédigées « dans un texte à la police très petite, difficilement lisible et en langue anglaise »³. La connaissance de la clause est enfin particulièrement difficile à prouver lorsque le contrat a été conclu par téléphone⁴.

Par ailleurs, lorsque la limitation de responsabilité est portée à la connaissance du cocontractant par voie d'affichage, la jurisprudence présume qu'elle n'a été vue qu'après la conclusion du contrat⁵, et n'est donc pas valable. Toutefois, le débiteur pourra renverser cette présomption, la preuve de la connaissance de la clause pouvant être apportée par tous moyens⁶. La position du droit français est partagée par le droit québécois, qui a même consacré cette solution à l'article 1475 du Code civil du Québec :

« Un avis, qu'il soit ou non affiché, stipulant l'exclusion ou la limitation de l'obligation de réparer le préjudice résultant de l'inexécution d'une obligation contractuelle n'a d'effet, à l'égard du créancier, que si la partie qui invoque l'avis prouve que l'autre partie en avait connaissance au moment de la formation du contrat. »

Cette condition de connaissance de la clause au moment de la conclusion du contrat concerne d'ailleurs tous les contrats, qu'ils soient négociés ou non. Ainsi, lorsque la clause est portée sur une affichette dans une chambre d'hôtel, sur un billet remis après la conclusion du contrat de transport, ou encore sur une facture envoyée après l'expédition des marchandises, le cocontractant n'a pas été en mesure de l'accepter ; celle-ci ne sera donc pas valable⁷.

Enfin, pour trancher la question de la connaissance d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité, les juges prennent souvent en compte les liens existant entre

¹ Cass. com., 23 octobre 1984, pourvoi n° 83-13683, *Bull.* IV n° 279.

² Cass. civ. 1^{re}, 31 mai 1983, pourvoi n° 82-10530, *Bull.* I n° 159 : clause exonératoire de responsabilité inscrite en caractères minuscules sur un ticket de parking.

³ Cass. com., 27 novembre 2007, pourvoi n° 06-16523, *op. cit.*.

⁴ Cass. com., 24 janvier 1983, pourvoi n° 81-13722, *Bull.* IV n° 29 : « tout en relevant que la convention avait été conclue par communication téléphonique et que le document mentionnant les clauses limitatives de responsabilité avait été délivré après exécution, l'arrêt a retenu souverainement que Dupuy ne rapportait pas la preuve que, lors de cette convention, (...) la société Menigault avait effectivement pris connaissance desdites clauses et qu'elle les ait acceptées ».

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1969, *Bull.* I n° 108.

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1970, *D.* 1971 p. 373, note P. Chauveau.

⁷ P. Durand, thèse préc., spéc. n° 9 p. 37.

les contractants¹. Lorsque les relations professionnelles entre les parties perdurent dans le temps et qu'aucune objection n'a été évoquée concernant la présence d'une clause relative à la responsabilité, le juge pourra considérer qu'elle est connue². Les juges anglais, qui adoptent une attitude comparable au droit français dans ce domaine, ont jugé qu'à l'inverse, lorsqu'un particulier n'avait fait appel au garage que trois ou quatre fois en cinq années, il n'y avait pas de relations établies permettant de lui opposer une clause qu'il n'avait pas signée lors de sa dernière et ultime visite, son véhicule ayant brûlé dans l'incendie du garage³.

70. Acceptation de la clause. Une fois la preuve de la connaissance de la clause apportée, l'acceptation ne présente pas de difficulté. Il suffit que le contractant ait donné son consentement au contrat dans sa globalité⁴, de manière expresse ou tacite⁵. L'acceptation portera sur les clauses connues du contractant⁶.

Cette double condition de connaissance et d'acceptation de la clause, issue du droit commun des contrats, est nécessaire pour établir l'effet obligatoire de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité entre les parties.

71. Conclusion du chapitre. Le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est affirmé par la jurisprudence depuis le XIX^{ème} siècle, malgré quelques réserves quant à la portée des clauses exonératoires de responsabilité dans un premier temps. Ainsi, classiquement, une clause limitant ou supprimant la réparation en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle est valable. La seule condition, posée par le droit commun, réside dans sa connaissance et son acceptation par le cocontractant.

En miroir, les clauses relatives à la responsabilité délictuelle sont en principe illicites, en raison de leur contrariété à l'ordre public. Ce même argument est invoqué à l'appui de la nullité de principe des clauses modifiant la réparation du dommage corporel.

¹ Ph. Delebecque, « Régimes de réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Conventions relatives à la responsabilité » », *J.-Cl. Civil*, art. 1146 à 1155, fasc. 21, n° 104.

² Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1970, *D.* 1971 p. 373.

³ D. Yates, *Exclusion clauses in contracts*, *op. cit.*, p. 49, qui cite *Hollier v. Rambler Motors (A.M.C.) Ltd* [1972] Q.B. 71.

⁴ B. Petit, S. Rouxel, *op. cit.*, *J.-Cl. Civil*, art. 1109, n° 41.

⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 123.

⁶ P. Durand, thèse préc., spéc. n° 10.

CHAPITRE II

LE PRINCIPE CLASSIQUE DE NULLITÉ DES CLAUSES DITES CONTRAIRES À L'ORDRE PUBLIC

72. La validité des conventions atténuant la responsabilité se heurte à l'ordre public dans deux hypothèses, la responsabilité extracontractuelle d'une part, la réparation des dommages corporels d'autre part. Dans ces deux cas, la réparation du préjudice subi par la victime est considérée comme tellement importante qu'elle revêt un caractère impératif. Par conséquent, une convention ne peut exclure ou même seulement atténuer la responsabilité de l'agent en cause. Le mécanisme d'indemnisation intégrale ne peut être enrayé par une convention privée que les parties auraient préalablement conclue. Le principe de nullité des clauses relatives à la responsabilité délictuelle ou à la réparation du dommage corporel est donc traditionnellement retenu. Néanmoins, cette affirmation doctrinale repose sur des bases peu solides qui méritent d'être discutées dans les deux hypothèses.

Ainsi, en raison de leur caractère supposé d'ordre public, ni la responsabilité extracontractuelle (Section 1), ni la réparation des dommages corporels (Section 2) ne peuvent être conventionnellement modifiées.

SECTION 1 : LA NULLITÉ JURISPRUDENTIELLE DES CONVENTIONS RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE

73. *Intérêt pratique de la question.* Les conventions qui suppriment ou atténuent la responsabilité délictuelle ont pour objet d'écarter le principe de réparation intégrale qui

règne en la matière¹. De prime abord étonnantes, tant il paraît difficilement envisageable de connaître à l'avance l'identité de la victime, ou la matérialité d'un dommage causé en dehors d'une relation contractuelle, elles ont pu être considérées comme un simple « jeu de l'esprit »². Pourtant, ces conventions sont envisageables dans diverses hypothèses. Voici un industriel qui conclut un accord avec les voisins de son usine, afin de leur verser une somme forfaitaire en échange de l'exonération de sa responsabilité. Voici deux négociateurs qui s'accordent sur les chefs de dommages réparables en cas de rupture des pourparlers – sans toutefois convenir des modalités de cette négociation. Voici encore une personne qui rend un service à un ami, comme l'élagage d'un arbre dans son jardin, et décline toute responsabilité en cas de dommage. Voici enfin un important chantier qui va rassembler différents corps de métier ; ces professionnels, tous liés au même maître d'ouvrage, mais non entre eux, ont conclu des contrats de co-traitance, et voudront prévoir les conséquences d'un dommage qui pourrait être causé par l'un à l'autre, au cours des travaux³. Autant de situations dans lesquelles une convention pourrait être prévue à l'avance dans le but d'aménager la responsabilité délictuelle au cas où un dommage surviendrait. De plus, depuis que l'identité des fautes délictuelles et contractuelles a été consacrée par la jurisprudence⁴, un nouveau champ d'opportunité s'ouvre aux contractants, qui peuvent être tentés de conclure une convention avec les tiers qui « gravitent » autour du contrat et sont susceptibles de souffrir de la potentielle inexécution contractuelle, afin de prévoir à l'avance le montant de cette responsabilité⁵.

74. Affirmation de la nature délictuelle de la responsabilité encourue. Rappelons ici simplement que le fait de conclure une convention portant sur la responsabilité délictuelle d'un agent n'a pas pour effet de rendre cette responsabilité contractuelle⁶. En effet, la responsabilité contractuelle découle de l'inexécution de l'obligation contractuelle du débiteur. Or, dans notre hypothèse, aucune inexécution d'une obligation contractuelle n'est

¹ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, coll. Corpus droit privé, 3^e éd., 2016, n° 603. V. aussi Th. Genicon, « L'immunité des clauses de responsabilité », in *Les immunités de responsabilité civile*, Actes du colloque ss dir. O. Deshayes, PUF, 2009, p. 125, spéc. n° 20, qui distingue selon le type de convention. Les clauses limitatives de réparation aménagent effectivement le principe de réparation intégrale, tandis que les clauses exonératoires de responsabilité touchent au principe même de responsabilité.

² P. Esmein, « Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 271, spéc. p. 275.

³ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, op. cit., n° 4726. Ces contrats, aussi qualifiés de *consortium*, se présentent comme « une série de contrats horizontaux, mais point dérivés, (...) dans laquelle chacun conserve son indépendance (...), tout en coopérant à un objectif commun ». La co-traitance peut donc être définie comme « un groupement opératoire et momentané d'entreprises, aux activités hétérogènes mais complémentaires ».

⁴ Cass. Ass. Plén. 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13255, *Bull. A. P.*, n° 9, op. cit..

⁵ Th. Genicon, art. préc., in *Les immunités de responsabilité civile*, op. cit., n° 12.

⁶ *Contra* P. Esmein, art. préc., in *Mélanges R. Savatier*, op. cit., spéc. p. 274.

à déplorer. Dans une convention portant sur la responsabilité extracontractuelle, la relation contractuelle porte sur la réparation du dommage qui, lui, est de nature délictuelle. Le comportement dommageable du responsable n'est pas proscrit par la convention, mais bien par les articles 1382 et suivants du Code civil (futurs articles 1240 et suivants)¹.

Malgré l'intérêt pratique réel de ces conventions, ces clauses sont prohibées par les juges. En effet, la jurisprudence proclame leur nullité de principe (§1), sur le fondement de leur atteinte à l'ordre public, justification hautement critiquable (§2).

§1. L'affirmation jurisprudentielle de la nullité des conventions relatives à la responsabilité délictuelle

75. Selon l'opinion la plus répandue, la nullité des conventions relatives à la responsabilité délictuelle ne fait aucun doute². Elle n'est pourtant pas affirmée dans le Code civil, les rédacteurs n'ayant pas envisagé cette éventualité³ ; la jurisprudence a dû se positionner. C'est donc en raison du silence des textes (A) que les juges français ont énoncé la prohibition des conventions exonératoires de responsabilité délictuelle (B).

A. Le silence relatif des textes

76. *L'absence de texte général, mais des prohibitions ponctuelles.* Le Code civil ne contient aucun principe général de nullité des conventions relatives à la responsabilité délictuelle, pas plus qu'une affirmation expresse du caractère d'ordre public des articles 1382 et suivants (futurs articles 1240 et suivants).

Néanmoins, ce silence est relatif car il existe quelques interdictions ponctuelles dans les droits spéciaux. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont ainsi

¹ J. Abras, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, préf. F. Leduc, PUAM, 2008, n° 6.

² H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, op. cit.*, n° 638 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 613 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations, Contrat, op. cit.*, n° 2029 ; G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 213 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 603 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 1056.

³ J. Abras, thèse préc., n° 1 p. 9.

interdites dans le domaine des produits défectueux¹. Ou encore, dans le Code rural et de la pêche maritime, aux termes de l'article L. 415-6, selon lequel :

« Est réputée non écrite toute clause insérée dans les baux stipulant que les détenteurs du droit de chasse dans les bois situés au voisinage des terres louées ne sont pas responsables au sens des articles 1382 et suivants du code civil, des dégâts causés aux cultures par les lapins de garenne et le gibier vivant dans leurs bois »².

La clause fustigée ici est celle qui, insérée dans un bail à ferme, a pour objet de supprimer la responsabilité du détenteur du droit de chasse sur les propriétés voisines de la terre louée au fermier, pour les dommages causés aux cultures du fermier par les lapins de garenne et le petit gibier. Concrètement, elle empêche le fermier d'agir en réparation contre le détenteur du droit de chasse si du gibier prolifère et abîme ses cultures. Cette clause ne peut être insérée dans le bail à ferme *par le bailleur*. Ce serait en réalité une stipulation pour autrui³. La responsabilité est bien délictuelle car le détenteur du droit de chasse n'a pas d'obligation contractuelle envers le fermier, mais doit, en vertu de son droit de chasse qu'il détient du propriétaire bailleur, veiller à la non-prolifération du gibier, éviter de l'attirer dans des fourrés sans le chasser ensuite, *etc.* En revanche, une telle convention ne serait pas contraire au texte si elle était conclue en dehors du bail, directement entre le fermier et le voisin par exemple⁴.

Ces interdictions ponctuelles ne peuvent constituer un principe général de prohibition des clauses en matière délictuelle. La Cour de cassation a donc dû suppléer à ce relatif silence.

B. L'établissement jurisprudentiel de la nullité

77. *Clauses relatives à la responsabilité délictuelle pour faute.* La nullité des clauses de non-responsabilité a été affirmée par la jurisprudence tout au long du XX^{ème} siècle⁵. Cette solution est particulièrement claire pour la responsabilité délictuelle pour faute⁶. La Cour de cassation énonce, par une formule maintes fois reprise, que :

¹ Art. L. 1386-15 Code civil (futur art. 1245-14). *Cf. infra*, n^{os} 344 et s..

² Nous soulignons.

³ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n^o 2576.

⁴ Le champ de l'interdiction légale étant restreint, il peut être tentant de raisonner *a contrario* et envisager la validité de telles clauses dans d'autres baux ruraux.

⁵ V. les nombreuses références citées par H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n^o 2570.

⁶ V. par ex., Cass. civ., 4 janvier 1933, *DH* 1933, p. 113.

« sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code Civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par une convention »¹.

78. Clauses relatives à la responsabilité délictuelle sans faute. En revanche, la solution est moins évidente lorsque la convention porte sur une responsabilité sans faute. En effet, contrairement à ce qui a pu être soutenu², aucun arrêt n'affirme nettement la nullité des clauses relatives à la responsabilité objective. Le seul arrêt qui serait, selon M. Abras³, une manifestation directe de la prohibition, ne peut en réalité constituer une preuve en ce sens. Rendue le 28 novembre 1962⁴, cette décision commence certes par évoquer la responsabilité du fait des choses ; néanmoins, c'est bien sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil que la Cour de cassation rejette finalement la validité des clauses d'exonération de responsabilité délictuelle. Par ailleurs, le même auteur relève des « manifestations incidentes », qui n'expriment pas, par définition, de position de principe claire.

Un arrêt plus ancien pourrait toutefois retenir l'attention⁵. En 1959, la Cour de cassation a affirmé que la responsabilité relevant de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil « ne peut être exclue que par la loi »⁶. Les conventions supprimant la responsabilité sans faute seraient, par voie de conséquence, interdites. Cependant, une lecture plus attentive de la décision laisse entrevoir la possibilité d'une autre interprétation. Le pourvoi contestait l'application de la disposition du Code civil, invoquant les textes spéciaux du droit maritime. La Cour de cassation répond donc simplement au moyen en affirmant l'application du droit commun en l'absence de règles spéciales relatives aux relations entre le transporteur et les tiers. Cette décision ne permet donc pas d'affirmer clairement la prohibition des clauses relatives à la responsabilité civile sans faute.

Il apparaît ainsi que la jurisprudence est beaucoup moins catégorique pour décider du sort des clauses supprimant la responsabilité objective. Certains auteurs y voient même un cantonnement de la prohibition aux seules clauses visant les articles 1382 et 1383 (futurs articles 1240 et 1241), à l'exception de la responsabilité sans faute⁷. Toutefois, la validité des clauses en cas de responsabilité sans faute n'a pas non plus été établie expressément.

¹ Cass. civ. 2^e, 17 février 1955, pourvoi n° 55-02810, *Bull.* II n° 100, *GAJ Civ.*, comm. 185.

² J. Abras, thèse préc., n°s 71 et s..

³ J. Abras, thèse préc., n° 74.

⁴ Cass. civ. 2^e, 28 novembre 1962, *Bull.* II n° 755.

⁵ Cet arrêt a été relevé par G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, T. I Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 626.

⁶ Cass. civ. 2^e, 23 janvier 1959, pourvoi n° 57-10063, *Bull.* II n° 80.

⁷ *GAJ Civ.*, T. II, comm. 185, n° 3.

79. Malgré ce relatif silence jurisprudentiel concernant la responsabilité sans faute, il peut être affirmé que la jurisprudence est hostile, en principe, aux conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle. La raison qui impose ce rejet réside dans le caractère impératif de la responsabilité délictuelle.

§2. La contrariété à l'ordre public comme fondement annoncé du principe de nullité

80. La jurisprudence justifie la nullité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière extracontractuelle par le caractère d'ordre public des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle (A). Cette raison se révèle péremptoire et insuffisante (B).

A. L'affirmation jurisprudentielle du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle

81. *Une affirmation creuse.* La Cour de cassation énonce très nettement que les articles 1382 et 1383 étant d'ordre public, leur application ne peut être paralysée par une convention entre les parties. Il est en effet parfaitement cohérent d'interdire les clauses qui contreviennent à des règles légales impératives. Cependant, l'explication est un peu rapide. Comme le relèvent très justement d'éminents auteurs, en invoquant cette justification, « on tranche la question par la question »¹. En effet, pour se convaincre du bien-fondé de la prohibition des clauses relatives à la responsabilité délictuelle, encore faut-il vérifier que ces règles revêtent effectivement un caractère d'ordre public. Il est permis d'en douter, bien que la jurisprudence le pose comme une évidence, car cette caractéristique n'est nullement affirmée par la loi².

En dehors de l'ordre public textuel, la jurisprudence a toutefois la possibilité de conférer à une disposition un caractère d'ordre public si elle estime « que son respect est nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française »³. Or, la responsabilité civile

¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2571.

² *Ibid.*

³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 375. V. par ex., Cass. civ. 4 décembre 1929, *GAJCiv.*,

a pour objet de réparer le dommage qu'une personne a causé à une autre. En ce sens, elle sert à « assurer l'harmonie et la paix des relations sociales et à réprimer la faute »¹. Par conséquent, les articles 1382 et suivants du Code civil (futurs articles 1240 et suivants) seraient bien d'ordre public.

À l'appui de cette solution, plusieurs auteurs ont souligné que contrairement à la responsabilité contractuelle, la faute délictuelle ne naît pas d'obligations librement voulues par les parties, elle ne dépend pas de leur appréciation. Des personnes privées ne sauraient alors influencer sur la faute délictuelle et ses conséquences².

Néanmoins, en analysant plus attentivement la question du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle, l'argument perd de sa force. Déjà en 1926, Josserand émettait des réserves en soulignant que :

« le caractère intangible de la responsabilité délictuelle est fort sujet à caution, et il n'est pas de notion dont il ait été fait plus d'abus que celle de l'ordre public, si vague et si complaisante, si indéfiniment extensible »³.

Le fondement de l'ordre public se révèle en réalité insuffisant pour justifier la nullité de toutes les conventions relatives à la responsabilité délictuelle.

B. Une justification insuffisante de la prohibition totale des conventions en matière délictuelle

82. La contrariété à l'ordre public comme fondement de la nullité des clauses relatives à la responsabilité est en réalité inopérante à un double titre. D'une part, le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle n'est pas si évident (1) ; d'autre part, la contrariété à l'ordre public des conventions qui atténuent les conséquences de la responsabilité extracontractuelle est plus que douteuse (2).

T. I, comm. 14.

¹ G. Ripert, *Droit maritime*, T. II, Rousseau et Cie, 4^e éd., 1952, n° 1772.

² R. Rodière, note sous Cass. civ. 2^e, 17 février 1955, *JCP G* 1955, II, 8951 ; *GAJ Civ.*, T. II, comm. 185, n° 2.

³ L. Josserand, *Les transports*, Rousseau, 2^e éd., 1926, n° 627.

1) Le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle en question

83. Les deux objectifs de la responsabilité délictuelle qui pourraient justifier son caractère d'ordre public. Il nous faut ici comprendre pourquoi la responsabilité extracontractuelle est souvent considérée comme impérative. Ce caractère pourrait tenir aux objectifs qu'elle tend à poursuivre. Deux finalités sont classiquement attribuées à la responsabilité délictuelle : elle a pour objet à la fois d'assurer une réparation intégrale des préjudices aux victimes, grande priorité de ces dernières décennies, et de dissuader les membres de la société d'adopter des comportements déviants¹.

Or, il apparaît que le premier objectif doit être relativisé, ce qui entraîne une fragilisation de l'affirmation du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle (a). Quant au second objectif, il peut être atteint sans le jeu du caractère impératif de la responsabilité délictuelle (b).

a) La relativisation du principe de réparation intégrale

84. Démystification de l'aménagement conventionnel de la réparation vis-à-vis du principe de réparation intégrale. En affirmant le caractère d'ordre public de la responsabilité civile, la jurisprudence tient à assurer à la victime une réparation intégrale de son préjudice. Néanmoins, si le principe de réparation intégrale est tout à fait louable, il n'est pas pour autant intangible². La preuve en est, les transactions conclues après la survenance du dommage sont parfaitement valables. La réparation peut donc être modifiée conventionnellement³. Ce que la jurisprudence rejette, c'est donc seulement le fait de s'entendre *a priori*, avant que le dommage ne soit causé. Or les dommages peuvent être très prévisibles, et chiffrés à l'avance⁴. Prévoir un montant à l'avance, en connaissance de cause, n'est pas choquant à partir du moment où la victime l'accepte, et même y trouve son compte. En effet, la convention peut aussi avoir pour objet une exonération de

¹ Th. Genicon, art. préc., in *Les immunités de responsabilité civile*, op. cit., spéc. nos 17 et s. V. aussi Ph. Le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988, p. 505, spéc. p. 508. Un troisième objectif est souvent cité, mais n'est pas encore reçu en droit français : il s'agit de la fonction punitive de la responsabilité délictuelle. M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 3^e éd. mise à jour, 2013, spéc. p. 53 et s.. Néanmoins, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile publié le 29 avril 2016 propose d'intégrer au Code civil un mécanisme d'amende civile (art. 1266)

² M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 602, qui souligne que le principe de réparation intégrale n'est pas d'ordre public, et n'a pas valeur constitutionnelle.

³ Th. Genicon, art. préc., in *Les immunités de responsabilité civile*, op. cit., n° 26.

⁴ Th. Genicon, op. cit. loc. cit. ; contra, D. Mazeaud, « Les clauses limitatives de réparation », in *Les obligations en droit français et droit belge, Convergences et divergences*, Actes du colloque des 11 et 12 décembre 1992, Bruylant Dalloz,

responsabilité délictuelle, en contrepartie d'un montant forfaitaire versé par le responsable potentiel. Si le dommage ne survient pas, le cocontractant est alors gagnant. Dès lors, si la réparation intégrale n'est pas impérative, le caractère absolu de la nullité des clauses qui chercheraient à aménager l'indemnisation de la victime ne s'explique guère.

La faiblesse du second argument, relatif au caractère dissuasif de la responsabilité qui disparaîtrait avec la convention de non-responsabilité, fait vaciller un peu plus encore l'intangibilité des articles 1382 et suivants du Code civil (futurs articles 1240 et suivants).

b) La faiblesse de l'argument relatif au caractère dissuasif de la responsabilité

85. Remise en perspective. Il est clair qu'en plus de l'objectif de réparation, la responsabilité civile tend à dissuader les individus de mal agir¹. En prévoyant la responsabilité de celui qui cause un dommage à autrui, le Code civil invite chacun à être prudent et à se sentir responsable de ses agissements. Supprimer conventionnellement la responsabilité pourrait pousser à la grave négligence et à la malveillance.

Toutefois, cet argument doit être relativisé. En effet, s'il est vrai que le potentiel responsable risque d'être moins attentif envers son cocontractant, il reste néanmoins pleinement responsable à l'égard de n'importe quelle autre personne qui subirait un dommage de son fait². L'exonération ou la limitation de responsabilité ne supprime pas pour autant son obligation d'agir prudemment³.

En outre, le développement des responsabilités objectives a grandement modifié le paysage de la responsabilité civile. Dans de nombreuses hypothèses, l'auteur du dommage verra sa responsabilité engagée alors même qu'il n'a commis aucune faute. Son comportement ne sera pas pris en compte. Par conséquent, la présence d'une convention limitative ou exonératoire de responsabilité ne saurait influencer sur ses agissements.

Enfin, la convention tombe en cas de dol ou de faute lourde, en application du régime de droit commun des clauses relatives à la responsabilité. Autrement dit, en cas de dommage causé intentionnellement, l'arrangement ne trouverait plus à s'appliquer et l'entier préjudice devra être réparé. Par conséquent, le caractère dissuasif de la

1994, p. 155, n° 16.

¹ A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, T. I, Pedone, 1975, p. 407.

² Th. Genicon, art. préc., in *Les immunités de responsabilité civile*, op. cit., n° 24.

³ La solution est comparable en matière contractuelle : cf. *infra*, n° 325.

responsabilité délictuelle ne serait pas entamé par la présence d'une clause limitative ou élisive de réparation.

86. En définitive, le caractère dissuasif de la responsabilité civile n'est pas un argument valable pour justifier son caractère d'ordre public. Dans la mesure où la responsabilité délictuelle conserve, pour l'essentiel, son rôle dissuasif malgré la stipulation de la clause atténuant la responsabilité, il apparaît que son caractère d'ordre public n'est pas nécessaire pour préserver cet objectif. Par conséquent, le caractère d'ordre public ne peut découler du besoin d'assurer sa fonction dissuasive. Ainsi, l'affirmation par la jurisprudence du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle manque de fondement, et peut donc être combattue.

Dès lors, les clauses qui aménagent cette responsabilité n'auraient plus de raison d'être interdites. Ce constat se confirme lorsque l'on étudie la contrariété des clauses elles-mêmes à l'ordre public.

2) L'absence de contrariété à l'ordre public des conventions relatives à la responsabilité délictuelle

87. *L'absence d'atteinte à l'ordre public par les conventions.* Les dispositions relatives à la responsabilité délictuelle ont pour objet principal de régler les relations entre le responsable et la victime, qui, dans la plupart des cas, n'ont pu convenir eux-mêmes d'un arrangement à l'avance¹. En cela, les règles posées par le Code civil sont importantes et participent de la bonne marche de la société. Il est indispensable qu'un cadre clair permette d'obtenir réparation des dommages subis. En revanche, il est beaucoup plus douteux que la loi ait à intervenir impérativement, alors même que responsable et victime ont pu s'accorder à l'avance sur les conséquences d'un éventuel dommage. En effet, l'harmonie de la société ne saurait être perturbée par deux voisins qui conviennent à l'avance de règles d'indemnisation en cas de troubles de voisinage², et encore moins par les différents acteurs d'une co-traitance qui prévoient les conséquences d'un dommage causé par l'un à l'ouvrage de l'autre sur un même chantier. Bien au contraire, ces conventions apparaissent alors non seulement indolores, mais surtout en concordance avec la paix sociale. Elles permettent d'éviter le recours au juge et de prévoir calmement, avant tout dommage, des solutions opportunes et équilibrées.

¹ P. Durand, thèse préc., n° 154.

² H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2572.

88. *La distinction inopérante des lois impératives et d'ordre public.* On pourrait voler au secours de la Cour de cassation en invoquant, à la suite de certains auteurs, la différence entre l'ordre public et les lois impératives¹. Ces dernières ne protègent pas nécessairement l'ordre public entendu comme l'intérêt général. Dans ce cas, les articles 1382 et suivants du Code civil (futurs articles 1240 et suivants) seraient des lois impératives non pas pour préserver l'harmonie sociale, mais pour protéger les intérêts particuliers.

Toutefois, cet argument ne tient pas, et ce pour une double raison. Tout d'abord, il est clair que le principe de réparation des dommages, qui va de pair avec l'idée de dissuasion des comportements déviants, sert l'intérêt général. Ensuite, l'intérêt particulier qui serait protégé par l'interdiction des clauses est difficilement identifiable. On pourrait penser à la protection de la personne contre elle-même, en lui interdisant d'accepter une convention portant sur une réparation de son préjudice éventuel, alors même qu'elle ne connaît pas l'étendue du dommage. Mais l'idée même de protection des individus contre leur gré relève en réalité de l'ordre public de protection. La société cherche à protéger les individus contre eux-mêmes afin de préserver leurs intérêts, qu'ils ne savent défendre par eux-mêmes. Par conséquent, entre ordre public et lois impératives, le refus de valider les clauses relatives à la responsabilité relève de la première catégorie. L'argument de la distinction entre l'ordre public et les lois impératives est inopérant pour justifier la prohibition des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle.

89. *Conclusion de la section.* La contrariété à l'ordre public des clauses atténuant les conséquences de la responsabilité délictuelle n'est pas établie. Bien au contraire, ces conventions apparaissent légitimes dès lors qu'elles ont été conclues en connaissance de cause. Pourtant, les juges refusent de les valider.

Si la nullité des clauses relatives à la responsabilité délictuelle a été principalement affirmée en jurisprudence, celle des clauses relatives au dommage corporel trouve sa source dans la doctrine.

¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, n° 648.

SECTION 2 : LA NULLITÉ EN DOCTRINE DES CLAUSES RELATIVES AU DOMMAGE CORPOREL

90. Le silence du législateur, combiné aux rares occurrences en jurisprudence portant sur la question de la validité¹, en droit commun, des clauses atténuant la réparation du dommage corporel, n'ont pas pour autant laissé beaucoup de place à l'hésitation en doctrine. Le courant majoritaire affirme la nullité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité relatives à un dommage corporel². Cette assertion, fondée sur la contrariété de ces clauses à l'ordre public, se vérifie sans difficulté pour les clauses exonératoires de responsabilité (§1). La solution est en revanche plus nuancée pour les clauses limitatives de réparation (§2).

§1. La certitude de la nullité des clauses supprimant la réparation du dommage corporel

91. *Contrariété à l'ordre public et obligation de sécurité d'ordre public.* Les clauses relatives à la réparation du préjudice corporel dont souffre la victime seraient interdites à la fois en raison de leur contrariété à l'ordre public, et du caractère d'ordre public de l'obligation de sécurité à la charge du débiteur³. Découverte dans le contrat de transport de passagers par la jurisprudence⁴, l'obligation de sécurité a été étendue à de nombreux contrats. En supprimant la responsabilité due en cas de dommage corporel, le débiteur porte nécessairement atteinte à cette obligation. Cependant, le caractère d'ordre public de l'obligation de sécurité est lui aussi débattu, dans les mêmes termes que la contrariété à l'ordre public de la clause relative au préjudice corporel. Les deux questions se rejoignent donc.

¹ Seuls deux arrêts ont été rendus par la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1970, pourvoi n° 67-12789, *Bull.* I n° 190 ; Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1989, pourvoi n° 86-18410, *Bull.* I n° 265. *Cf. infra*, n° 383.

² L. Jossierand, « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1, spéc. p. 2 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc. T. III, n° 2529 et 2586 ; Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2013, n° 793 ; G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 194-1 ; A. Gabriel, « La validité des clauses limitatives de responsabilité portant sur le dommage corporel », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, PUAM 2012-2, p. 757, n° 142, spéc. p. 768 ; Ph. Delebecque, *op. cit.*, *J.-Cl. Civil*, art. 1146 à 1155, Fasc. 21, n° 91 ; Art. 1382-1 de l'Avant-Projet Catala, note sous l'article : cette solution est « prônée presque unanimement par la doctrine ». *Contra*, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 615 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 241.

³ C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. Bout, mémoire, PUAM, 2002, n° 32.

⁴ Cass. civ., 21 novembre 1911, *DP* 1913, I, p. 249.

92. La nullité des clauses de non-responsabilité pourrait trouver sa justification dans une application de l'article 1128 du Code civil. Cependant cette disposition, en plus d'être abrogée par l'ordonnance du 10 février 2016, est insuffisante à fonder la prohibition des clauses relatives au dommage corporel. Ce n'est donc pas sur le fondement de l'article 1128 actuel du Code civil (A) que ces stipulations sont nulles, mais bien en raison de leur contrariété à l'ordre public (B).

A. La faiblesse de l'argument fondé sur l'actuel article 1128 du Code civil

93. ***Distinction entre la non-patrimonialité du corps et l'objet des clauses de non réparation.*** L'actuel article 1128 du Code civil a pu être proposé par la doctrine classique comme fondement de la nullité des clauses exonératoires relatives au dommage corporel¹. Le corps humain n'est pas une chose, il est donc hors commerce² ; par conséquent, il ne peut pas faire l'objet d'une convention, par un raisonnement *a fortiori* fondé sur l'article 1128 du Code civil³. Il en va de même pour la réparation d'une atteinte à l'intégrité du corps ; une telle convention serait sinon contraire à cette disposition d'ordre public.

Néanmoins, il est acquis que cet argument prouve trop : si toute convention relative au corps est contraire à l'ordre public, des contrats tels que le contrat de transport ou de travail devraient être interdits⁴. En réalité le Code civil ne prohibe pas, par principe, toutes les conventions ayant pour objet le corps humain ; il interdit seulement la disposition des choses hors commerce⁵, et *a fortiori* la disposition de ce qui n'est pas considéré comme chose, à savoir le corps humain. C'est ainsi que les contrats de transport, les contrats médicaux, ou encore les transactions relatives à un dommage corporel sont parfaitement licites⁶. De même, la convention qui limite à l'avance la réparation du dommage corporel n'a pas pour objet de disposer de la partie endommagée du corps ; en effet, elle n'autorise pas le débiteur à porter atteinte à l'intégrité physique du cocontractant, tant par son objet

¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, op. cit.*, n° 636. Adde B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations, Contrat, op. cit.*, n° 1893.

² F. Terré, Ph. Simler, *Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2014, n° 14 ; B. Beigner, « L'ordre public et les personnes », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, op. cit.*, p. 13, spéc. p. 14. L'auteur souligne que « le corps humain n'est pas une chose "hors commerce" tout simplement parce qu'il n'est pas une "chose" ».

³ Sur les choses hors du commerce, V. G. Loiseau, « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.

⁴ R. Rodière, *Droit des transports*, T. 3, n° 1266.

⁵ F. Zenati-Castaing, T. Revet, *Les biens*, PUF, 2008, n° 25, qui précise que « l'on définit le fait de disposer comme celui de faire des actes juridiques ».

⁶ B. Stark, *chron. préc.*, *D.* 1974, chr. p. 157, n° 38.

que par son inefficacité en cas de faute volontaire. Par conséquent, elle ne tombe pas sous le coup de cette prohibition.

Certains auteurs ont objecté que si la convention ne permettait pas au débiteur de disposer de la personne, elle autorisait néanmoins une certaine négligence de sa part¹. Or ce relâchement est inacceptable, car il contrevient au respect dû au corps. Le véritable fondement de la nullité de ces conventions apparaît alors : il s'agit d'une convention contraire à l'ordre public.

B. Les clauses de non-responsabilité contraires à l'ordre public

94. *L'ordre public, une notion aux contours indéfinis.* L'ordre public est une notion « mouvante »², qui ne saurait être résumée à un corps de règles³. Certains textes proclament effectivement leur caractère d'ordre public, mais l'ordre public déborde de ces lois ; les juges ont le pouvoir de le révéler en dehors des dispositions expresses. Tel est le cas ici : même si aucun texte d'ordre public ne prévoit la réparation intégrale de tous les dommages corporels, les conventions qui suppriment totalement leur indemnisation contreviennent à l'ordre public.

95. *Le dommage corporel, un préjudice « odieux »*⁴. Bien que l'article 1128 du Code civil ne condamne pas directement les atténuations conventionnelles de réparation du dommage corporel, ce texte révèle l'attitude respectueuse du droit face au corps humain. Les articles 16 et suivants du Code civil, plus récents, confortent cette approche : la personne est « sacralisée »⁵. Par conséquent il serait malvenu de prévoir des clauses limitant la réparation des dommages physiques.

Cette perception des clauses se retrouve dans leur rejet social. Celui-ci procède de considérations tenant à la fois à la morale et à l'intérêt général. Il apparaît en effet injuste, intolérable, de permettre qu'une personne ne répare pas le préjudice corporel qu'elle a causé. Le dommage corporel est « ressenti comme tellement odieux » qu'une clause ne

¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2529 ; G. Légiér, « La limitation de responsabilité du transporteur aérien », *JCP G* 2005, II, 10030, n° 12.

² *GAJCiv.*, T. I, comm. 14, n° 2.

³ Sur la notion, V. notamment *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Actes du colloque du 7 octobre 1994, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996 ; P. Catala, « À propos de l'ordre public », in *Mélanges P. Drat*, Dalloz, 2000, p. 509.

⁴ Ph. Malinvaud, « Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente », *JCP G* 1975, I, p. 2690, spéc. n° 16.

⁵ Ph. Delebecque, « Clausula, clausulae, clausularum... », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33, n° 4.

peut supprimer sa réparation¹. C'est donc pour protéger les personnes physiques, par compassion pour les victimes, que le responsable est empêché de s'exonérer à l'avance de toute réparation. D'ailleurs, l'obligation de sécurité a pu être qualifiée d'« obligation judiciaire sentimentale »².

L'ordre public est ici révélé par l'attitude du droit et de la société face au corps humain. Celui-ci doit être préservé. En cas de dommage, la victime doit pouvoir obtenir une indemnisation. L'interdiction des clauses repose donc sur des considérations d'intérêt général, teintées de morale. En effet, l'indemnisation des préjudices corporels est primordiale pour les individus³, on ne saurait y porter atteinte. De plus, la société doit promouvoir et assurer la sécurité physique des citoyens. Il s'agit de l'une des « aspirations essentielles » de notre civilisation⁴.

96. Conséquence : la nullité des conventions exonératoires de responsabilité. Au regard de ces développements, il peut être affirmé que les conventions de non-responsabilité relatives au dommage corporel présentent une contrariété à l'ordre public certaine. Celle-ci entraîne leur nullité, en application de l'article 6 du Code civil.

97. Résistance de la pratique : les décharges de responsabilité. Si les limites et autres exonérations de réparation apparaissent intolérables pour la société, elles n'ont pas pour autant disparu de la pratique. Il n'est pas rare de faire signer une « décharge de responsabilité » à un parent qui inscrit son enfant à une activité sportive, ou encore à un patient qui veut quitter l'hôpital contre l'avis du médecin. Quelle est leur validité au regard de l'ordre public qui semble ainsi bafoué ?

Ces deux situations doivent absolument être distinguées. La décharge de responsabilité médicale porte très mal son nom. Il s'agit en réalité d'une préconstitution de preuve, par le médecin, afin d'établir qu'il a bien rempli son obligation d'information des risques pris par le patient en cas de départ prématuré de l'hôpital⁵. Ce dernier est libre d'aller et venir⁶, et libre de refuser les soins qui lui sont proposés⁷. En cas de souhait du

¹ Ph. Malinvaud, art. préc., *JCP G* 1975, I, p. 2690, spéc. n° 16.

² D. Mazeaud, « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, n° 2.

³ C. Bloch, mémoire préc., n° 30 : « l'intégrité de la personne humaine et la nécessité de réparer les atteintes qui lui seraient portées ont en effet une valeur morale et sociale essentielle qui échappe à la sphère privée ».

⁴ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 194-1.

⁵ Art. L. 1111-4, al. 3 Code de la santé publique : « Le médecin a l'obligation de respecter la volonté de la personne après l'avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité. Si, par sa volonté de refuser ou d'interrompre tout traitement, la personne met sa vie en danger, elle doit réitérer sa décision dans un délai raisonnable. Elle peut faire appel à un autre membre du corps médical. L'ensemble de la procédure est inscrite dans le dossier médical du patient. (...) »

⁶ CC, 12 juillet 1979, décision n° 79-107 DC: la liberté d'aller et venir est un principe à valeur constitutionnelle.

⁷ Art. 16-3 Code civil et art. L. 1111-4, al. 2 Code de la santé publique. Une limite existe cependant avec l'hospitalisation en soins psychiatrique sans le consentement du patient à la demande d'un tiers : art. L. 3212-1 Code de la santé publique.

patient de sortie contre l'avis médical, le soignant ne supporte qu'une obligation d'information. Ce document, signé par le patient, constituera une preuve qu'une discussion relative aux risques qu'il encourt a bien été menée¹. Utiliser l'expression de « décharge de responsabilité » est donc un raccourci inexact.

En revanche, il est fréquent que les organisateurs d'activités pour les enfants imposent aux parents de signer une « décharge de responsabilité ». Ce document, rempli par les parents, prend souvent la forme suivante :

« Je soussigné(e), X, parent de l'enfant Y, décharge la direction du centre de loisirs Z de toutes responsabilités concernant l'enfant nommé ci-dessus ».

Ou bien, plus développé, par exemple à l'occasion de *La Randonnée du Tour*, manifestation en marge du Tour de France qui avait permis « à 5000 privilégiés », âgés de plus de 10 ans, de faire le tour des Champs Élysées à bicyclette, avant l'arrivée des coureurs :

« Je soussigné(e) X, représentant légal de l'enfant Y (...),

-déclare décharger de toute responsabilité ASO, organisateur de La Randonnée du Tour, concernant les blessures et dommages matériels ou corporels occasionnés ou subis par mon enfant, en cas de vol ou de perte de biens ainsi que toute dégradation des sites pouvant lui être imputées.

-renonce également dès aujourd'hui à faire valoir, toutes revendications, de quelque nature qu'elles soient, et notamment en cas d'accident, blessure, vol, dégâts sur les biens personnels ou autres, se produisant pendant La Randonnée du Tour, dans le cadre de la participation de mon enfant à la manifestation.

-m'engage à faire renoncer mes assureurs à tout recours contre ASO (...) »².

Ces décharges de responsabilité couvrent les dommages corporels que pourraient subir les enfants au cours de l'activité projetée. Dans ce cas, l'exonération conventionnelle de l'organisateur doit être annulée, sur le fondement de l'article 6 du Code civil. S'il est prouvé que la faute de surveillance, d'organisation, est à l'origine de la blessure de l'enfant, l'organisateur ne pourra brandir la décharge, pourtant signée par les parents, pour s'affranchir de toute responsabilité. Il n'est évidemment pas question de poursuivre l'organisation si l'enfant est tombé tout seul, ou s'il est à l'origine d'un dommage causé à un autre participant (auquel cas, les parents restent responsables, en vertu de l'article 1384

¹ Elle ne sera peut-être pas suffisante, car le soignant aura également à sa charge la preuve du contenu de cette discussion. Si un dommage survient après le retour à la maison (aggravation de l'état du malade, décès), le médecin pourra être poursuivi sur deux fondements : manquement à l'obligation d'information (la décharge de responsabilité sera donc un élément de preuve qu'il pourra fournir), ou manquement lors des soins prodigués pendant le séjour à l'hôpital (antérieur à la signature de la « décharge »). Dans les deux cas, le patient ou ses ayants droit auront à charge de prouver le lien de causalité entre le manquement et le dommage corporel.

² Document disponible sur le site internet: http://www.letour.fr/le-tour/2013/docs/rdt_autorisation_parentale.pdf. Nous soulignons. Le troisième engagement est particulièrement peu réaliste, et dénote un manque de sérieux juridique notable dans la rédaction d'un tel document.

alinéa 4 du Code civil, futur article 1242 alinéa 4). En revanche, si, pour reprendre l'exemple de La Randonnée du Tour, une barrière mal installée a fait chuter l'enfant de sa bicyclette, entraînant pour lui d'importantes blessures, la faute de l'organisateur sera bien la cause du dommage corporel subi ; nulle décharge de responsabilité ne devrait donc être recevable.

Ainsi, malgré le rejet certain, sur le plan théorique, des clauses de non-responsabilité, la pratique continue d'utiliser ces conventions par le biais de décharges de responsabilité. Ces documents revêtent une valeur variable selon leur contenu véritable ; lorsqu'ils exonèrent effectivement le cocontractant de toute responsabilité en cas de dommage corporel, ils peuvent être considérés comme contraires à l'ordre public et donc entachés de nullité.

98. En définitive, les clauses qui suppriment la réparation du préjudice corporel semblent bien contraires à l'ordre public. Cette solution ne peut être transposée aux clauses limitatives de réparation sans être au préalable affinée.

§2. L'affinement nécessaire des solutions pour les clauses limitant la réparation du dommage corporel

99. Une première analyse de la question a permis d'établir la contrariété à l'ordre public des clauses relatives à la réparation du dommage corporel. Cependant, il apparaît nécessaire de distinguer les clauses exonératoires des clauses limitatives de réparation¹.

Les clauses exonératoires de responsabilité suppriment totalement la réparation du préjudice corporel, tandis que les clauses limitatives de réparation n'ont pour effet que d'en limiter le montant. La contrariété des clauses de non-responsabilité à l'ordre public est criante : l'auteur du dommage ne saurait s'affranchir, à l'avance, de toute obligation de réparation à l'égard de la potentielle victime. En revanche, pour les limitations de réparation, le point de vue est différent, car il faut s'attacher à la question de la réparation intégrale du dommage corporel. Est-elle d'ordre public ? Pour y répondre, il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un plafond établi par un texte (A), ou bien d'une limite conventionnellement prévue par les contractants (B).

¹ En ce sens, P. Chauveau, note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1970, *D.* 1971, p. 373, spéc. n° VI.

A. La recevabilité du principe de la limitation en cas de dommage corporel

100. La validation des plafonds légaux par la jurisprudence. Il pourrait être soutenu que le principe même de limitation de réparation est contraire à l'ordre public en ce qu'il traduit un manque de respect de l'intégrité humaine, protégée par les articles 16 et suivants du Code civil, dispositions d'ordre public¹. En effet, la protection de l'intégrité humaine exigerait l'indemnisation la plus complète possible d'une victime ayant subi un dommage corporel².

Toutefois, la Cour de cassation a rejeté cette idée, en relevant que « le principe de réparation intégrale est étranger au respect de l'intégrité de la personne »³. La Cour distingue la protection de l'intégrité de la personne, qui s'entend comme le respect de la vie humaine, et les plafonds de réparation, qui n'y portent pas atteinte.

Cette solution permet à la fois de confirmer la condamnation des clauses de non-responsabilité en la matière, et de valider le principe de limitation de la réparation du dommage corporel⁴.

101. La nécessité d'une limitation de responsabilité dans certains droits spéciaux. En plus d'être acceptable sur le plan juridique, le principe de limitation apparaît indispensable dans certaines conventions relatives au corps humain⁵.

Prévus dans certains droits particuliers comme le droit des transports, les plafonds de limitation seraient bienvenus dans d'autres domaines, notamment médical. En effet, une spécialité en particulier, celle des gynécologues obstétriciens, rencontre de véritables difficultés. À défaut de pouvoir invoquer des limites de réparation, ces médecins doivent intégralement indemniser l'enfant du préjudice consécutif à une anomalie qui n'a pas été détectée lors d'une échographie anténatale, ou à de graves séquelles d'un accouchement difficile. Les indemnisations peuvent être colossales, en atteignant plusieurs millions

¹ Art. 16-9 Code civil.

² Cette idée est notamment soutenue par un auteur qui se concentre plus particulièrement sur l'article 16-3 du Code civil, relatif à l'atteinte à l'intégrité du corps humain : J. Abras, thèse préc., n° 171.

³ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, pourvois n°s 01-14259 et 01-14931, *JCP G* 2005, II, 10030, note G. Légier.

⁴ V. J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligations*, *op. cit.*, n° 241 : « il n'existe pas d'argument décisif qui puisse justifier une interdiction de convenir des conditions de la réparation du dommage corporel ».

⁵ P. Esmein, art. préc., in *Mélanges R. Savatier*, *op. cit.*, spéc. p. 275 : à propos notamment du contrat de transport, l'auteur relève que lorsque l'on prévoit une clause relative à la réparation du dommage corporel, « on se fonde non sur des considérations de justice, mais d'opportunité ».

d'euros¹. Évidemment, l'assurance du médecin en couvrira la plus grande partie². Mais les primes d'assurances augmentent en conséquence ; parfois, les médecins ne trouvent pas de compagnie d'assurance pour les couvrir et doivent alors faire appel au Bureau Central de Tarification ou à des compagnies étrangères. Une réparation limitée, à condition d'établir un plafond élevé, acceptable pour un patient, permettrait d'encadrer les condamnations civiles, et donc les primes d'assurance. Il ne faut pas oublier que le montant des primes peut se répercuter sur le prix des consultations. Un encadrement de la responsabilité serait donc aussi bénéfique pour les patients.

102. Droit positif : le droit des assurances pallie l'absence de limite légale. La menace de condamnations extrêmement lourdes pourrait empêcher certains praticiens d'exercer. L'absence de plafond de réparation légal, pourtant indispensable à la survie de certaines spécialités médicales, est aujourd'hui palliée par le droit des assurances. Les compagnies proposent de couvrir des sommes très élevées, mais fixent néanmoins un plafond de garantie³. Or les indemnisations peuvent dépasser ces plafonds ; par conséquent, les médecins y ont vu un grave risque de ruine personnelle⁴. Pour y remédier, le législateur a créé un nouveau fonds de garantie « des dommages consécutifs à des actes de prévention, de diagnostic ou de soins dispensés par les professionnels de santé exerçant à titre libéral »⁵. Le fonds, alimenté par une modique contribution forfaitaire versée annuellement par tous les praticiens médicaux libéraux⁶, a pour objet de couvrir la part du dommage excédant le plafond de garantie prévu par l'assurance.

Cette solution, rassurante pour les médecins et notamment les obstétriciens, permet un juste équilibre entre l'indemnisation intégrale du préjudice de la victime et la diminution du risque de ruine personnelle du praticien. Toutefois, ces mesures ne sont qu'un remède à une mise en œuvre de la responsabilité illimitée et par là excessive de ces professionnels de santé. Une autre voie, jouant directement sur la responsabilité et non en aval sur l'assurance, pourra être envisagée *de lege feranda*, par l'introduction de plafonds

¹ En 2010, par exemple, un obstétricien et sa clinique ont été condamnés à 4 912 660 euros de dommages-intérêts. Et en 2009, sur les dix sinistres les plus graves, huit correspondent à des accidents liés à la naissance. Source : Rapport de la MACSF – le sou médical, 2010, assureur des professionnels de santé.

² Mais pas nécessairement la totalité de la somme. En effet, des plafonds de garantie sont prévus par les compagnies d'assurance. Toutefois, la loi fixe des plafonds minimaux : depuis le 29 décembre 2011, ils atteignent 8 millions d'euros par sinistre et 15 millions d'euros par année d'assurance. Art. R. 1142-4 Code de la santé publique.

³ Art. L. 1142-2, al. 4 Code de la santé publique.

⁴ N. Gombault, S. Choisez, « Un fonds pour la médecine libérale », *La Tribune de l'assurance*, mars 2012, p. 38.

⁵ Art. 146 Loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012.

⁶ Art. L. 426-1, II Code des assurances : La somme annuelle varie de 15 à 25 euros.

légaux de réparation en ce domaine¹. En revanche, toute autre est la question de la validité des limites de réparation d'origine conventionnelle.

B. Le rejet de la nature conventionnelle de la limitation

103. La limitation, à l'avance, de l'indemnisation des dommages corporels, n'est pas contraire à l'ordre public. Toutefois, la validation du *principe* de limitation n'emporte pas la validité des *clauses* limitatives de responsabilité. Leur nature conventionnelle fait resurgir une difficulté au regard de l'ordre public. La conjugaison de plusieurs obstacles à la validité des clauses limitatives de réparation (1) aboutit à leur condamnation, qui ne peut être levée par l'idée de partage des risques (2).

1) Un double obstacle

104. La difficulté posée par la nature contractuelle de la limitation est double. Elle réside d'une part dans la connaissance et l'acceptation de la clause, et d'autre part dans le risque d'abus de la part du contractant qui rédige le contrat.

105. *La question de l'acceptation de la clause.* On pourrait soutenir qu'une clause atténuant la réparation du dommage corporel ne serait pas choquante dans la mesure où elle aurait été valablement acceptée par le créancier. En revanche, elle ne serait plus recevable si elle avait été imposée par l'une des parties à son cocontractant. Ce critère classique de l'acceptation de la stipulation pour valider une clause relative à la responsabilité revêt une dimension particulière dans l'hypothèse de la limite de réparation du préjudice corporel. Or, la preuve de l'acceptation sera sans doute délicate à apporter, tout particulièrement lorsque le contrat n'aura pas été négocié. En effet, dans ce cas, il est fréquent que le cocontractant ne lise même pas les termes rédigés par l'autre partie, ou n'en comprenne pas le sens. Et même si le contrat est signé et par conséquent officiellement accepté par l'individu, il n'en demeure pas moins que l'acceptation *réelle* et en connaissance de cause sera rarement présente. Au regard de la protection de l'intégrité de la personne humaine, une limite de réparation imposée doit donc être rejetée.

¹ Cf. *infra*, n° 433.

106. *Le risque du montant dérisoire imposé au cocontractant.* Comme le souligne Mlle Viney, il est dangereux que ces limitations « soient laissées à la merci des volontés individuelles, c'est-à-dire à la loi du plus fort ou du plus avisé »¹. En effet, laisser l'appréciation du montant maximal de la réparation du dommage corporel aux contractants risque en réalité d'aboutir à la fixation de montants trop faibles, imposés par le contractant puissant à l'autre partie. Ce risque d'un montant dérisoire est particulièrement irrecevable dans l'hypothèse du dommage corporel, car la clause s'apparente alors à une exonération de responsabilité. Or celle-ci, on l'a vu, est condamnée car contraire à l'ordre public.

107. *Conséquence : la contrariété à l'ordre public de la convention atténuant la réparation du dommage corporel.* Les clauses, issues de la volonté individuelle des parties contractantes, risquent de constituer le terreau de bien des abus. Le rédacteur sera tenté d'insérer une telle stipulation sans en avertir son cocontractant, ou encore de lui imposer un plafond dérisoire. Une telle clause risque donc de porter atteinte au respect de la personne humaine. Dès lors, la clause limitative de réparation relative au dommage corporel doit être réputée non écrite en raison de sa contrariété à l'ordre public. Le droit doit parfois protéger les personnes contre elles-mêmes, en leur interdisant de conclure une convention contraire à leur intérêt et, tout particulièrement, au respect de leur intégrité corporelle². En réponse, on pourrait invoquer l'idée de partage des risques ; toutefois, cet argument se révèle rapidement inopérant.

2) Un argument inopérant : le partage des risques

108. *L'inopportunité du partage des risques entre le responsable et la victime potentiels.* Les clauses limitant la réparation ont finalement pour objet, en l'absence de faute volontaire ou d'imprudence grave, de partager les risques entre le créancier et le débiteur. Les imprudences, négligences, font partie d'une réalité qui ne peut être niée. Dès lors, on pourrait invoquer l'équité, le partage des risques, pour valider les clauses, afin de tenir compte des aléas inhérents à toute activité humaine.

En prenant place à bord d'un véhicule, en s'allongeant sur une table d'opération, la personne a conscience du risque qui existe, et il paraît juste que ce risque soit partagé, au moyen d'une clause limitative de responsabilité. Il a même été avancé qu'il est bon que

¹ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 194-1.

² *Contra* CEDH 17 février 2005, Requêtes n° 42758/98 et 45558/99, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, D. 2005, p. 2973, note critique M. Fabre-Magnan, D. 2011, p. 897, article B. Edelman.

l'homme assume certains risques, sache compter sur lui-même. À toujours chercher un responsable, un payeur, la négligence risque aussi de venir de la victime¹.

Toutefois, bien qu'indéniable d'un point de vue général, cet argument est moins probant lorsqu'il touche au dommage corporel : il est difficile d'imaginer qu'une personne soit plus négligente si elle sait que son préjudice corporel sera réparé par une autre. Toute personne sensée cherche à éviter un tel préjudice. En outre, l'idée même de partage des risques doit être repoussée dans ce domaine. Pourquoi, en effet, la victime devrait-elle participer aux risques alors que, par définition, elle est victime, et c'est bien elle qui a subi un dommage corporel ? On le voit, cet argument achève de nous convaincre de la condamnation nécessaire des clauses limitant la réparation d'un dommage corporel.

109. Conclusion de la section. En conclusion, ces différents arguments, tant juridiques que sociaux, voire moraux, nous permettent d'établir un double constat. La nullité de principe des clauses exonératoires de responsabilité relatives à un préjudice corporel ne fait aucun doute. En revanche, bien qu'elle soit affirmée par nombre d'auteurs², la nullité des clauses limitatives de réparation doit être nuancée. En effet, il faut distinguer le principe même de limitation de la réparation du dommage corporel, qui ne heurte pas l'ordre public, et la nature conventionnelle de la limite, qui n'est pas admissible. Ainsi, une limite à l'indemnisation du préjudice corporel est acceptable si elle trouve sa source dans la loi, mais doit à l'inverse être rejetée si elle a été prévue par les parties au contrat, en raison de sa contrariété à l'ordre public.

110. Conclusion du chapitre. En définitive, le principe de nullité des clauses qui seraient contraires à l'ordre public, c'est-à-dire des conventions relatives à la responsabilité délictuelle ou à la réparation du dommage corporel, semble bien moins vivace qu'il n'y paraît de prime abord. Concernant les conventions en matière délictuelle, la prohibition jurisprudentielle n'apparaît réellement que pour la responsabilité pour faute de l'agent ; mais qu'il s'agisse de responsabilité délictuelle ou quasi-délictuelle, les arguments permettant de fonder une telle solution sont peu nombreux et surtout peu convaincants. Le bilan du côté des clauses relatives à la réparation du dommage corporel n'est guère plus certain. Si la nullité est affirmée par la doctrine, elle n'est pas consacrée par la

¹ P. Esmein, art. préc., in *Mélanges R. Savatier, op. cit.*, spéc. p. 276.

² A. Gabriel, « La validité des clauses limitatives de responsabilité portant sur le dommage corporel », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, PUAM 2012-2, n° 142, spéc. p. 768.

jurisprudence, et à l'analyse, la solution doit être nuancée. Dans les deux hypothèses, la faiblesse des fondements de ce double principe de nullité des clauses a ouvert une brèche que la loi et la jurisprudence vont exploiter, faisant ainsi vaciller le traditionnel principe de nullité.

111. Conclusion du titre. Affirmée nettement par la jurisprudence, la validité de principe des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière contractuelle ne fait aucun doute. Plus incertaine, la prohibition des clauses supposées contraires à l'ordre public, en ce qu'elles concernent la responsabilité extracontractuelle ou la réparation d'un dommage corporel, se dégage néanmoins de la jurisprudence et de la doctrine. Se détachant de ces deux propositions opposées qui constituent les règles classiques de validité des clauses relatives à la responsabilité, la loi et la jurisprudence ont fait évoluer très sensiblement la matière.

TITRE II

LA REMISE EN CAUSE DES RÈGLES CLASSIQUES DE VALIDITÉ PAR L'ÉMERGENCE DU CRITÈRE DU DÉSÉQUILIBRE STRUCTUREL

112. La remise en cause des règles classiques de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité a débuté dans le domaine contractuel. La loi Rabier de 1905, en interdisant les clauses exonératoires de responsabilité dans les transports terrestres, marque le début d'un grand nombre de dispositions qui ont encadré ou interdit les clauses relatives à la responsabilité contractuelle. À partir des années 1990, la Cour de cassation a rejoint le mouvement de rejet de ces stipulations avec la jurisprudence *Chronopost*.

À côté de cette vague de défiance envers les clauses limitant ou supprimant la responsabilité contractuelle, un autre mouvement, plus discret, s'est fait jour. Alors que sur le terrain contractuel, les pouvoirs publics tendent à réduire toujours plus le champ du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité, celles-ci sont au contraire validées en dehors de la matière contractuelle. Admettant la validité des clauses relatives au dommage corporel et à la responsabilité délictuelle, les droits spéciaux ont porté atteinte aux règles classiques de nullité des clauses relatives à la responsabilité dans ces domaines. Ainsi les clauses habituellement interdites en raison de leur contrariété supposée à l'ordre public ont été accueillies par différents droits internes et internationaux. La jurisprudence a confirmé ce mouvement.

113. Le principe de validité des clauses en matière contractuelle a été remis en cause (Chapitre I), tout comme la prohibition classique des clauses considérées comme contraires à l'ordre public (Chapitre II).

CHAPITRE I

LE REcul DE LA VALIDITÉ DES CLAUSES EN MATIÈRE CONTRACTUELLE EN RAISON DE LA PRISE EN COMPTE DU DÉSÉQUILIBRE ENTRE LES CONTRACTANTS

114. Dans le silence des textes, la jurisprudence avait proclamé le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité contractuelle. Cependant, diverses atteintes ont été portées à ce principe, d'abord par le législateur, puis par la jurisprudence. Au point de se poser la question de la survivance du principe même de validité.

Mais au-delà du constat du recul de la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, la motivation sous-jacente doit être analysée, afin de comprendre ce mouvement généralisé. En 1949, Ripert relève que le législateur interdit certaines clauses exonératoires « parce qu'il estime qu'il n'y a pas contrat librement débattu »¹. La justification résiderait donc dans un déséquilibre entre les parties, empêchant la véritable négociation du contenu du contrat par la partie faible. Ce contractant en position de faiblesse mérite donc d'être protégé par le législateur contre les clauses qui pourraient être particulièrement dangereuses pour lui.

L'étude des différents droits spéciaux va nous permettre de confirmer cette vision éclairée du doyen Ripert. En effet il apparaît que les atteintes portées par la loi sont dictées par la prise en compte du déséquilibre entre les parties (Section 1). En revanche, la remise en cause du principe par la jurisprudence ne présente pas de justification suffisante, ce qui la rend très critiquable (Section 2).

¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J. Lextenso, coll. Anthologie du droit, 2014, réédition de la 4^e éd., 1949, n° 132.

SECTION 1 : LES ATTEINTES LÉGALES DICTÉES PAR LA NÉCESSITÉ DE LA PROTECTION DU CONTRACTANT EN SITUATION DE FAIBLESSE

115. Dans un premier temps, le législateur, entendu *lato sensu*¹, est intervenu dans des domaines spéciaux, pour encadrer certains contrats en particulier, comme le contrat de transport ou le contrat de dépôt. Les prohibitions légales sont restées circonscrites à ces conventions pendant plusieurs décennies. Mais plus récemment, la prise de conscience de l'existence de déséquilibres structurels tenant non pas au type de contrat, mais à la nature des parties, a entraîné des atteintes de bien plus grande envergure. C'est ainsi qu'au nom du déséquilibre structurel entre les professionnels et les consommateurs, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ont été bannies de tous les contrats de consommation. Peu après, cette puissante législation s'est propagée au droit de la concurrence, avant d'atteindre, tout récemment, le droit commun des contrats. Le déséquilibre structurel est désormais au cœur de la lutte légale contre les clauses relatives à la responsabilité.

Les atteintes ponctuelles au principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (sous-section 1) ont préfiguré un mouvement de plus grande envergure, mené au nom de la protection du contractant en situation de faiblesse (sous-section 2).

Sous-section 1 : Les atteintes ponctuelles au principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité

116. Le contrat de transport repose sur un savant équilibre des risques atteint grâce aux limitations de responsabilité. Mais loin de valider toutes les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, le législateur a tenu compte du déséquilibre entre le transporteur et son cocontractant pour réglementer les clauses relatives à la responsabilité dans ces contrats (§1). À côté de ce domaine spécifique, certains textes du Code civil ont également pour objet de restreindre la validité des clauses atténuant la responsabilité dans

¹ À la loi, issue du Parlement français, il faut ajouter les textes édictés par les pouvoirs publics, notamment les décrets, ainsi que les normes internationales, c'est-à-dire les conventions, mais aussi les règlements et directives européens.

d'autres domaines. La motivation ici est autant la protection du contractant faible, que la nécessaire harmonisation européenne (§2).

§1. Les atteintes en droit des transports

117. *Le droit des transports, berceau des limitations de responsabilité.* Le droit des transports est un « foyer vivant de la technique juridique »¹. Tout particulièrement pour les clauses relatives à la responsabilité, il a été l'un des premiers domaines à affirmer d'abord, en jurisprudence, leur validité, avant de porter une sérieuse atteinte à ce principe avec la loi Rabier, dès 1905. Les différentes lois internes et conventions internationales qui jalonnent le XX^{ème} siècle participent d'un même mouvement d'encadrement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

La responsabilité en cause est ici celle du transporteur (ou voiturier), engagée en cas d'avarie, de perte ou de retard des marchandises, ou encore en cas de retard des passagers. Débiteur d'une obligation de sécurité², il est également responsable en cas de dommage corporel des passagers ; mais en raison de sa spécificité, cette responsabilité sera traitée à part³.

118. *Identification des contractants.* Le contrat de transport est conclu entre le transporteur d'une part, et le passager d'autre part, lorsqu'il s'agit de transport de personnes. Le passager, un particulier, s'apparente le plus souvent à un consommateur. En tout état de cause, il n'a aucune marge de négociation ; il est donc la partie faible au contrat.

Pour les marchandises, la question est un peu plus complexe car en plus de l'expéditeur (ou chargeur), le destinataire semble prendre part au contrat⁴. La nouvelle rédaction de l'article L. 132-8 du Code de commerce entérine cette conception⁵. Vivement critiquée, elle passe sous silence le fait que le destinataire est souvent absent lors de la

¹ R. Rodière, *Droit des transports, op. cit.*, préface.

² Depuis Cass. civ., 21 novembre 1911, *DP* 1913, I, p. 249.

³ *Cf. infra*, n° 360.

⁴ R. Rodière, *Droit des transports, op. cit.*, n° 365.

⁵ Art. L. 132-8 Code de commerce : « La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur, le voiturier et le destinataire ou entre l'expéditeur, le destinataire, le commissionnaire et le voiturier. Le voiturier a ainsi une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite ».

conclusion du contrat de transport entre le voiturier et l'expéditeur¹. Du reste, la jurisprudence renforce le statut « à part »² du destinataire en refusant l'opposabilité de certaines stipulations s'il n'en a pas pris connaissance³. La solution concerne surtout les clauses attributives de compétence, mais semble pouvoir être étendue aux clauses relatives à la responsabilité du transporteur⁴. Dans tous les cas, le destinataire n'a aucune marge de manœuvre dans l'élaboration du contrat de transport⁵. Par conséquent, il semble que les acteurs principaux soient le transporteur, professionnel spécialisé dans le service qu'il offre⁶, et l'expéditeur, souvent professionnel, mais non spécialisé dans cette branche⁷. Les conditions du transport lui sont très souvent imposées.

119. Nous allons voir que les différentes législations, aussi bien internes qu'internationales, tendent vers une protection de la partie faible au contrat, en un double mouvement d'interdiction des clauses exonératoires de responsabilité (A) et d'encadrement des clauses limitatives de réparation (B).

A. L'interdiction des clauses exonératoires de responsabilité en présence d'un déséquilibre structurel

120. Si un mouvement général de rejet des clauses exonératoires ressort du droit des transports (1), il est particulièrement visible dans le domaine spécifique du transport maritime (2).

¹ I. Bon-Garcin, M. Bernadet, Y. Reinhard, *Droit des transports*, Dalloz, coll. Précis, 1^{er} éd., 2010, n° 446 p. 416.

² C. Legros, « Le consentement du destinataire au contrat interne de transport de marchandises ne s'étend pas à la clause attributive de compétence », *JCP G* 2005, II, 10067. L'auteur relève l'incohérence entre l'affirmation légale de la qualité de partie du destinataire, et l'atténuation du principe de force obligatoire du contrat à son égard. Elle souligne les dangers d'un tel choix : « Une telle explication méconnaît en effet, qu'entre les parties qui ont conclu le contrat de transport (en général l'expéditeur et le transporteur), ces clauses "spéciales" ont souvent fait l'objet de négociations et de concessions, sur le prix par exemple. Les priver d'effet peut au contraire rompre l'économie globale du contrat ».

³ La jurisprudence, qui ne concerne que les clauses attributives de compétence, a été initiée en matière fluviale : Cass. com., 26 mai 1992, pourvoi n° 90-17352, *Bull. IV* n° 210, avant d'être étendue à tous les contrats de transports terrestres de marchandises : Cass. com. 4 janv. 2005, pourvoi n° 03-17677, *Bull. IV* n° 5, *JCP G* 2005, II, 10067, note critique de C. Legros.

⁴ I. Bon-Garcin, M. Bernadet, Y. Reinhard, *Droit des transports*, *op. cit.*, n° 446 p. 416.

⁵ Ph. Delebecque, « Le nouveau droit international des transports », in *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2005, p. 267 n° 10.

⁶ V. art. L. 110-1, 5° Code de commerce ; R. Rodière, *Droit des transports*, *op. cit.*, n° 225 ; S. Piedelièvre, D. Gency-Tandonnet, *Droit des transports*, *op. cit.*, n° 409.

⁷ Il est en pratique assez rare qu'un consommateur ou non-professionnel soit partie à un contrat de transport de marchandises. Cf. Ph. Delebecque, « Contrats types de transport : le Conseil d'État valide les plafonds de réparation », *D.* 2005, p. 2094, n° 4).

1) Un mouvement général en droit des transports

121. Le constat est sans appel : le droit des transports affiche un mouvement généralisé de rejet des clauses exonératoires de responsabilité dans tous les modes de transport autres que le transport maritime, aussi bien en droit interne (a) qu'international (b).

a) Le rejet des clauses exonératoires de responsabilité par le droit interne

122. *Champ d'intervention.* Le législateur français est intervenu pour encadrer les clauses relatives à la responsabilité pour le transport de marchandises. Il n'a en revanche pas cru nécessaire de réglementer la réparation du préjudice causé par la perte des bagages¹, ou par le retard dans le transport de marchandises ou de passagers. Il faut dire que le transporteur routier, en raison de l'aléa inhérent à la circulation routière, n'est pas débiteur d'une obligation de ponctualité². Le transporteur ferroviaire est bien débiteur d'une obligation de ponctualité de résultat³ ; mais ce type de transport est dominé par la SNCF, qui a déjà prévu tout un système de remboursement⁴. Quant au transport fluvial, il représente une part minime des transports, réduisant d'autant la nécessité d'une loi spéciale.

123. *La supériorité des transporteurs à l'origine de la loi Rabier.* Dans le transport de marchandises, à la fin du XIX^{ème} siècle, avec le développement des chemins de fer, les transporteurs ferroviaires ont acquis une puissance économique certaine, et la pratique des clauses exonératoires a explosé⁵.

Il ne faut pas oublier qu'à cette époque, les clauses de non-responsabilité n'avaient qu'un rôle de renversement de la charge de la preuve. Ainsi le transporteur était déchargé de sa responsabilité jusqu'à ce que son cocontractant prouve sa faute. Cet effet, quoique limité, était déjà fort intéressant pour le transporteur, car il avait pour conséquence de faire

¹ Toutefois, un contrat-type, de nature supplétive, est prévu pour le transport routier de voyageur, et fixe une limite de réparation.

² D. Gency-Tandonnet, « Transport Routier de voyageurs et de leurs bagages », Fasc. 760, *J.-Cl. Transport*, n° 134.

³ Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, pourvoi n° 14-28227, *Bull.* à paraître, *D.* 2016, p. 981, note C. Gauchon, *CCC* 2016, comm. 81, note L. Leveueur.

⁴ La SNCF propose des « bons voyage » en cas de retard de plus de trente minutes, dont le montant correspond à une partie du prix du billet. *Cf. infra*, n° 227.

⁵ À l'époque, le transport ferroviaire est le seul mode de transport terrestre véritablement efficace. En effet, l'automobile débute à peine (il roule 350 voitures en France en 1895). Après une très courte période de rejet des clauses exonératoires de responsabilité par la jurisprudence (Cass. civ. 26 janvier 1859, *D.* 1859, I, 66, la note sous l'arrêt soulignant d'ailleurs « la sévérité exceptionnelle » de la solution), la Cour de cassation affirme la validité des clauses de non-responsabilité

peser le risque, par principe, sur l'expéditeur, qui supportait notamment la perte ou l'avarie des marchandises en cas de cause inconnue¹.

Pour y échapper, les expéditeurs pouvaient choisir le tarif général, qui n'incluait pas de telles clauses, mais prévoyait un prix de transport sensiblement plus élevé. Malgré cette option offerte par le transporteur ferroviaire, l'opinion publique s'était émue de ce que les compagnies de chemin de fer pouvaient imposer à leurs contractants des clauses aussi injustes². Afin de paralyser cette pratique jugée choquante, découlant du déséquilibre structurel entre les transporteurs et les expéditeurs, la loi dite Rabier fut adoptée le 17 mars 1905. Elle interdit alors la stipulation de clauses exonératoires de responsabilité dans le transport terrestre de marchandises.

Issu de cette loi, l'article L. 133-1 du Code de commerce (article 103 anc.) prohibe aujourd'hui les clauses de non-responsabilité dans tous les contrats de transport terrestre de marchandises en droit interne, en cas de perte ou d'avarie. Motivé par le constat de la supériorité des transporteurs, le législateur a également eu en vue une dimension très pratique, en cherchant à éviter les négligences du professionnel lors du transport, et ainsi à protéger la marchandise³.

124. Quid de la clause limitative de réparation fixant un montant dérisoire ? La jurisprudence étend l'interdiction aux clauses limitatives de réparation lorsqu'elles fixent un montant dérisoire⁴. Toutefois, l'assimilation est refusée lorsque la compagnie de transport offre une option à l'expéditeur entre un tarif spécial (dans lequel est inclus un plafond de responsabilité), et un tarif général (prévoyant la pleine responsabilité du transporteur)⁵.

dans le droit des transports (Cass. civ., 14 mars 1877, *D.* 1877, I, 449).

¹ La justification d'une telle solution est délicate. Il a été avancé que la responsabilité délictuelle subsistait en arrière-plan, par conséquent la preuve de la faute du transporteur permettait d'engager sa responsabilité. Mais cette explication contrevient au principe de non-cumul des deux ordres de responsabilité. Sans doute la jurisprudence a-t-elle préféré agir en deux temps, en passant de la prohibition à la validation avec effet limité, puis à la validation avec effet exonératoire total, à partir des années 1950 : Cass. civ. sect. com., 15 juin 1959, *GAJCiv.*, T. II, comm. 166-167.

² R. Rodière, *Droit des transports*, *op. cit.*, n° 596.

³ Ph. Delebecque, art. préc., in *Mélanges J. Béguin*, *op. cit.*, spéc. n° 3.

⁴ Cass. civ., 14 avril 1924, *DH* 1924, p. 393 : « Vu l'article 103 c.com ; Attendu que cet article déclare nulle toute clause insérée dans une pièce quelconque qui supprime la responsabilité du voiturier en cas de perte ou d'avarie, mais qu'il ne prévoit pas celles qui ont seulement pour objet de réduire le montant de l'indemnité en compensation du prix de transport, lesquelles demeurent par conséquent licites et obligatoires, pourvu que l'indemnité ne soit pas tellement inférieure à la valeur de l'objet perdu ou à l'importance de l'avarie que la responsabilité du voiturier serait en réalité supprimée ».

⁵ Cass. com., 4 juillet 1951 ; com., 19 mars 1952, *RTD civ.* 1954, p. 201, obs. Rodière, spéc. p. 221 et s..

Pour expliquer une telle position de la Cour de cassation, on peut faire appel à la *ratio legis* de la prohibition des clauses de non-responsabilité¹. La disposition a été votée afin de paralyser les effets néfastes de la supériorité des transporteurs. Le contournement d'une telle prohibition par une clause dérisoire serait trop simple. En revanche, si l'expéditeur a le choix entre deux tarifs, il n'est plus véritablement en position de faiblesse. Dès lors, l'assimilation entre clause exonératoire et clause fixant un montant dérisoire de réparation n'est plus justifiée. En outre, un argument plus technique permet de conforter la légitimité de cette jurisprudence. Lorsque le créancier choisit le tarif avec une limite de réparation, le débiteur peut en conclure que le préjudice dont souffrirait son cocontractant en cas d'inexécution serait proche du montant de la clause, sinon il aurait opté pour la déclaration de valeur. Autrement dit, la limite de réparation prévue devient le dommage prévisible pour les parties. Son montant ne peut plus être qualifié de dérisoire².

Cette exception a une portée pratique importante, car l'option s'entend aussi lorsqu'une déclaration de valeur est possible pour l'expéditeur³. Tel est par exemple le cas dans le contrat de déménagement⁴, dans lequel est systématiquement insérée une limitation de responsabilité, véritable clause de style⁵, sauf déclaration de valeur du client. D'ailleurs, ce système pourrait permettre, à notre avis, de contourner l'interdiction des clauses limitatives de réparation posées par le droit de la consommation⁶.

¹ D'un point de vue historique, cette solution peut de prime abord étonner, dans la mesure où l'option proposée à l'expéditeur entre un tarif avec exonération de responsabilité et un tarif sans plafond de réparation était déjà utilisée avant la loi Rabier, et avait soulevé des critiques féroces. Mais sans doute peut-on avancer que le principe étant désormais celui de la prohibition des clauses exonératoires de responsabilité, l'opinion publique a été rassurée, et le partage des risques pour lequel opte l'expéditeur lorsqu'il choisit le tarif spécial est dès lors mieux toléré.

² Comp. Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, pourvoi n° 87-18584, *Bull.* I n° 201 : la clause, validée par la Cour de cassation, était ainsi rédigée : « en vertu de l'article 1150 du Code civil les pellicules sont confiées à Maxicolor et acceptées par elle - sauf convention écrite dérogatoire fixant une autre valeur déclarée et à défaut de règlement préalable du coût supplémentaire correspondant - pour la seule valeur des pellicules de remplacement à laquelle se limite sa responsabilité éventuelle ». (Nous soulignons).

³ La déclaration de valeur permet d'augmenter le plafond de responsabilité pour l'ajuster à la valeur de la marchandise. Cass. com., 3 mai 1988, pourvoi n° 86-17753, *Bull.* IV n° 150 ; CE, 10^e et 9^e sous-sections réunies, 6 juillet 2005, n° 261991, publié au recueil *Lebon, D.* 2005, p. 2094, note Ph. Delebecque ; *JCP G* 2005, II, 10154, concl. F. Donnat, *RTD civ.* 2005, p. 779, obs. J. Mestre et B. Fages : le Conseil d'État valide une limite de réparation contenue dans un contrat-type, considérant notamment que les dispositions « ménagent en outre au donneur d'ordre la possibilité de faire à la livraison une déclaration d'intérêt spécial qui a pour effet de substituer le montant de cette déclaration au plafond d'indemnisation qu'elles prévoient ». L'option offerte à l'expéditeur rend la limitation acceptable.

⁴ Après de nombreux débats et hésitations, la loi du 8 mars 2009 a fixé la nature du contrat de déménagement : il s'agit bien d'un contrat de transport, dès lors que le contrat prévoit, outre l'emballage, déballage des meubles, une prestation de transport (art. L. 133-9 Code de commerce).

⁵ La Chambre syndicale des déménageurs a publié le 1^{er} octobre 1993 des Conditions Générales de Vente de Déménagement, que la très grande majorité des entreprises de déménagement utilise. Ces conditions prévoient notamment : « Article 14. Indemnisation pour pertes et avaries : Suivant la nature des dommages, les pertes et avaries donnent lieu à réparation, remplacement ou indemnité compensatrice. L'indemnisation intervient dans la limite du préjudice matériel prouvé et des conditions particulières négociées entre l'entreprise et le client. Ces conditions particulières fixent – sous peine de nullité de plein droit du contrat – le montant de l'indemnisation maximum pour la totalité du mobilier et pour chaque objet ou élément de mobilier. Elles peuvent également fixer l'indemnisation maximum des objets figurant sur une liste valorisée. Le client est informé des coûts en résultant. »

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, *op. cit.* : la Cour de cassation valide une clause limitative de réparation dans un contrat de consommation en raison de la possibilité pour le client de faire une déclaration de valeur. Toutefois, la jurisprudence ne s'est pas prononcée sur une telle hypothèse depuis l'entrée en vigueur de la liste noire de l'article R. 212-1 du Code de la

En dehors du cas particulier de l'option proposée entre deux tarifs, le droit interne des transports rejette les clauses exonératoires de responsabilité stipulées au profit du transporteur. Cette position est partagée par le droit international des transports.

b) Le rejet des clauses exonératoires de responsabilité par le droit international

125. Le mouvement de rejet des clauses exonératoires en raison du déséquilibre entre les parties est également perceptible en droit international, tant pour le transport de marchandises que de passagers.

126. *Transport de marchandises.* Chaque mode de transport terrestre est doté d'une convention propre, qui a pour principal objet de définir les règles de responsabilité du transporteur dans les contrats de transport internationaux. Les transports terrestres offrent des solutions assez comparables ; le droit aérien quant à lui a bénéficié, en raison de sa particularité, d'un développement spécifique.

Toutes les conventions internationales de transports terrestres prohibent les clauses exonératoires de responsabilité. En effet, le caractère d'ordre public de ces textes impose au transporteur une responsabilité dont il ne peut se dégager par une clause. Ainsi, la première convention de transport terrestre en date, la Convention de Genève du 19 mai 1956, interdit toute stipulation contraire sans distinction¹ ; plus récentes, les conventions relatives aux transports ferroviaire² et fluvial³ ajoutent une exception au caractère impératif du texte. Les parties peuvent prévoir d'aggraver la responsabilité du transporteur.

La prise de conscience du législateur international de l'existence d'un déséquilibre structurel entre les parties au contrat de transport est ici bien illustrée. Le transporteur est bien la partie en position de force, et les seules dérogations possibles aux règles de responsabilité édictées ne sauraient être prévues au détriment de la partie faible,

consommation (R. 132-1 anc.). Mais la présence d'une option offerte au consommateur devrait, à notre sens, permettre de valider la clause, celui-ci prenant sciemment le risque d'une réparation limitée s'il décide de ne pas choisir la déclaration de valeur. La clause ne peut être, abstraitement, à l'origine d'un déséquilibre significatif, alors que le consommateur l'a choisie en connaissance de cause. Il ne s'agit donc pas d'une clause abusive au sens de l'article L. 212-1 du Code de la consommation (L. 132-1 anc.).

¹ Art. 41 Convention sur le contrat de transport international de marchandises par route (CMR).

² Art. 5 Appendice B à la COTIF, appelé « Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises » (RU-CIM), modifié le 9 juin 1999 et entré en vigueur en France en 2006 : décret n° 2006-1186 du 27 septembre 2006.

³ Art. 25§1 Convention de Budapest, relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure (CMNI), 22 juin 2001. Elle est entrée en vigueur en France le 1^{er} septembre 2007 (Loi n° 2007-300 du 5 mars 2007 et Décret

l'expéditeur, ni désavantager le destinataire qui n'a aucune marge de manœuvre. Et surtout, en interdisant les clauses exonératoires de responsabilité, les conventions privent le transporteur de la possibilité d'imposer son immunité à son cocontractant¹.

Le transport aérien, dernier né des modes de transports, a connu un développement fulgurant au cours du XX^{ème} siècle. Le droit aérien retrace cette évolution. Au départ, les clauses exonératoires étaient valables en cas de « risque de l'air »². Le transport par air était considéré comme dangereux, tant par sa nature même que par sa nouveauté³ ; celui qui décidait de participer à l'aventure bravait le danger, et par là acceptait les risques d'un accident⁴. Par la suite, une première, puis une seconde convention internationale ont été adoptées par de très nombreux pays, remplaçant même en France notre droit interne. Déjà la Convention de Varsovie, et depuis 1999 la Convention de Montréal interdisent les clauses exonératoires de responsabilité⁵. Ce dernier texte annonce d'ailleurs qu'il faut prendre en compte les intérêts des consommateurs. C'est dire si la perception du transport aérien a évolué en moins d'un siècle.

127. *Transport de passagers.* Les avaries ou pertes de bagages font l'objet d'une réglementation similaire à celle des marchandises. Les clauses de non-responsabilité sont donc interdites par la convention internationale ou le règlement européen qui régissent les différents modes de transports⁶. Là encore, seules des clauses défavorables au transporteur pourraient être prévues, nouvelle preuve que c'est bien la protection de la partie faible, le voyageur, qui est recherchée par le législateur.

Concernant les retards, la problématique est plus récente. Le transport va de plus en plus vite. Le train à grande vitesse, la qualité des routes, les avions toujours plus performants, sont autant d'améliorations des moyens de transport qui permettent aux

n° 2008-192 du 29 février 2008).

¹ Bien sûr l'harmonisation des droits que permettent les conventions internationales influe également sur le caractère d'ordre public de ces textes. Mais il nous semble que la dérogation possible au détriment du transporteur fait bien apparaître la notion de déséquilibre existant entre les parties, et surtout sa prise en compte par les rédacteurs.

² Art. 42 L. 31 mai 1924, *D.* 1925 IV 41. La clause des risques de l'air vise « une avarie de l'appareil qu'il était impossible de prévenir » selon Juglart, c'est-à-dire un cas fortuit avec un champ très limité. Il s'agit finalement d'un accident technique. Le transporteur peut également s'exonérer pour les fautes commises par toute personne employée à bord dans la conduite de l'appareil. M. de Juglart, *Traité élémentaire de droit aérien*, L.G.D.J., 1952, n° 226.

³ Le commentateur de la loi invoque « les risques spéciaux », *D.* 1925, IV, 44, note 3 ; M. de Juglart, traité préc., n° 225.

⁴ Note sous la loi du 31 mai 1924, *D.* 1925, IV, 44, note 3 : « on ne saurait prétendre, en effet, que l'usager de la voie aérienne se trouve ignorant des risques spéciaux que comporte actuellement la navigation aérienne ». Ainsi, l'expéditeur ne peut prétendre à la fois au maximum de célérité et au maximum de sécurité.

⁵ Art. 23 Convention de Varsovie, 12 octobre 1929, entrée en vigueur le 13 février 1933 ; Art. 26 Convention de Montréal, 28 mai 1999, entrée en vigueur en France le 22 juin 2004 (décret n° 2004-578 du 17 juin 2004).

⁶ Art. 7 Règl. UE n° 181/2011 du 16 février 2011, Art. 5 RU-CIV (applicables à tous les transports ferroviaires depuis Règl. CE n° 1370/2007 du 23 octobre 2007), Art. 18 Convention d'Athènes 1974 (applicable depuis le Règl. UE 392/2009 du 23 avril 2009), art. 26 Convention de Montréal 1999 (reprise par le Règl. CE 889/2002 du 13 mai 2002).

personnes et aux marchandises de voyager et d'être déplacées, et ce, rapidement. À tel point qu'aujourd'hui, est né un droit *au* transport pour les passagers¹. Ce droit au transport signifie qu'une certaine sécurité, une certaine fiabilité doit être assurée par le transport, au point que dans le transport de passagers, l'approche peut presque être qualifiée de consumériste². Dans cette optique, plusieurs règlements européens ont été adoptés pour prévoir des solutions en cas de retard important.

Pour les transporteurs soumis à une obligation de ponctualité, les textes prévoient des planchers d'indemnisation, que les contrats de transport peuvent augmenter³. Il s'agit moins de limites de responsabilité que des « droits à indemnisation », expression utilisée dans les différents règlements⁴. Dès lors, aucune clause exonératoire de réparation n'est envisageable⁵.

Quant au transport routier, l'absence d'obligation de ponctualité rend la question de la clause exonératoire de responsabilité hors de propos. En outre, elle limite grandement la possibilité de protéger le passager consommateur. En effet, le règlement relatif au transport de passagers par autobus ne prévoit que le réacheminement ou remboursement du prix du transport en cas de retard très important, soit concrètement la simple exécution ou résolution du contrat de transport⁶. Il n'est en revanche pas question d'indemnisation.

128. Il apparaît donc, en droit des transports, que tant dans le droit interne que dans les conventions internationales, le législateur a pris conscience de la supériorité du transporteur et a réagi en interdisant les clauses exonératoires de responsabilité. Ce mouvement général trouve une illustration très nette en droit maritime.

2) L'exemple probant du droit maritime

129. Le droit maritime est un droit à part⁷. La mer fait naître des risques accrus, auxquels le capitaine du navire doit faire face. En raison de l'indépendance totale de ce préposé

¹ Affirmé à l'article 7 du Règl. UE n° 1177/2010 du 24 novembre 2010.

² En ce sens, la Convention de Montréal reconnaît dans ses propos introductifs « l'importance d'assurer la protection des intérêts des consommateurs dans le transport aérien international ».

³ Pour le transport ferroviaire, art. 16 Règl. CE 1371/2007 du 23 octobre 2007 ; fluvial et maritime, Art. 19 Règl. UE n° 1177/2010 du 24 novembre 2010 ; aérien art. 15 Règl. CE n° 261/2004 du 11 février 2004.

⁴ Par exemple, Règl. UE n° 1177/2010, qui annonce également « un niveau minimal de protection ».

⁵ Certains textes le précisent explicitement. Par exemple, art. 6 Règl. CE n° 1371/2007 du 23 octobre 2007.

⁶ Art. 19 Règl. UE n° 181/2011 du 16 février 2011.

⁷ Rapide point de vocabulaire maritime : L'armateur exploite le navire ; le plus souvent, il s'agit d'une personne morale. Il peut s'agir du propriétaire du navire, mais ce dernier peut également transmettre cette fonction à une autre personne. Le propriétaire et l'armateur seront alors distincts. Pour le transport de marchandises, l'expéditeur peut choisir entre un contrat d'affrètement (sorte de louage du navire) et un contrat de transport (qui porte directement sur la marchandise).

particulier, le transporteur cherche à s'exonérer des fautes du capitaine. La *negligence clause*, qui atteint ce but, véritable clause exonératoire de responsabilité, est validée lorsque les parties sont sur un pied d'égalité (b). Mieux, la distinction même entre les régimes des deux types de contrats de transports en droit maritime, l'affrètement et le transport sous connaissement, a pour origine la lutte contre cette clause dans les contrats conclus par des parties présentant un déséquilibre structurel (a).

a) La prise en compte du déséquilibre entre les parties à l'origine de la distinction entre l'affrètement et le transport sous connaissement

130. Deux types de contrat. Aujourd'hui, le choix du type de contrat est laissé à l'expéditeur. Les parties peuvent décider de conclure un contrat d'affrètement¹. Dans ce cas, le propriétaire (le fréteur), moyennant rémunération (le fret), met son navire à disposition d'un tiers (l'affréteur)², ce dernier devenant l'armateur³. L'affréteur peut alors utiliser le navire pour transporter ses propres marchandises, ou celles d'autres commerçants. Le support de ce contrat est appelé charte-partie.

Mais l'expéditeur souhaite parfois n'envoyer que peu de marchandises ; la mise à disposition d'un navire entier – ou d'une grande partie – serait démesurée. Il choisira alors le contrat de transport, qui ne porte pas sur le navire, mais directement sur la marchandise, sans tenir compte de l'engin utilisé pour le transport. Ce second contrat est consensuel, mais un écrit est établi pour prouver la remise des marchandises et l'existence du contrat : il s'agit du connaissement. On parle alors de transport sous connaissement⁴. Le transporteur est la personne qui détient la gestion commerciale du navire, c'est-à-dire l'armateur.

131. Distinction entre l'affrètement et le transport sous connaissement. Les deux contrats entraînent des régimes de responsabilité distincts. En effet, la charte-partie, conclue entre deux commerçants expérimentés, reste gouvernée par l'autonomie de la volonté. Les parties optent toujours pour un partage des risques, et donc une responsabilité

¹ Il existe deux grandes catégories d'affrètement : l'affrètement au voyage, d'une part, qui entraîne la mise à disposition du navire pour un ou plusieurs voyages déterminés, et prévoit dès le départ le type de cargaison transportée, en opposition à l'affrètement au temps, d'autre part, qui met à disposition le navire pour une durée déterminée.

² Art. L. 5423-1 Code des transports.

³ Art. L. 5411-2 Code des transports, à la condition que le contrat le prévoie et qu'il fasse l'objet d'une publication régulière.

⁴ L'expéditeur est appelé chargeur, et le destinataire, lorsqu'il n'est pas désigné dans le connaissement, sera qualifié de tiers porteur : il s'agit de la personne qui présentera le connaissement à l'arrivée, afin de retirer la marchandise.

très limitée pour le fréteur. À l'inverse, le contrat de transport maritime a plutôt les caractéristiques d'un contrat d'adhésion ; par conséquent le système de responsabilité légal est impératif, et les cas de limitation et d'exonération de responsabilité sont très réduits.

Cette différence de régime juridique résulte de la prise en compte du déséquilibre entre les parties concluant un transport sous connaissement. En effet, au départ, seul le contrat d'affrètement était utilisé pour transporter des marchandises par mer. Le transport sous connaissement est apparu au milieu du XIX^{ème} siècle, en réponse à l'augmentation de la capacité des navires et au développement de lignes régulières, mais surtout à l'omniprésence de clauses exonératoires de responsabilité, imposées au simple expéditeur dans les chartes-parties¹. Afin de « réfréner les excès d'un *laissez-faire* débridé »², des textes prohibitifs ont été adoptés dans différents pays³. Ils ont interdit aux armateurs d'insérer une *negligence clause*, mais uniquement dans les connaissements. C'est donc de la lutte contre la *negligence clause* qu'est née la distinction légale entre le contrat d'affrètement et le contrat de transport⁴.

La prise de conscience de cette possible inégalité entre les deux parties a conduit le droit maritime à ériger deux régimes distincts pour la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

b) Le déséquilibre entre les parties, guide de la validité des clauses relatives à la responsabilité

132. Le droit maritime interdit les clauses exonératoires de responsabilité lorsque les contractants présentent un déséquilibre structurel (i). Ce mouvement est souligné par l'affirmation de la liberté contractuelle lorsque les parties sont sur un pied d'égalité (ii).

¹ S. Girvin, *Carriage of goods by sea*, Oxford University Press, 2nd édition, 2010, n° 14.03 : Le contrat d'affrètement, berceau de la liberté contractuelle, les juges outre-manche ayant pour « credo dominant » le « *laissez-faire* » (en français dans le texte), contenait toujours une *negligence clause*, qui avait pour effet d'exonérer le fréteur de toutes les fautes commises par le capitaine ou l'équipage. Le vaste champ de cette clause, conjugué à la multiplication des négligences de l'armateur, exonéré de « presque tous les risques et responsabilités concevables », ont entraîné une réaction de la part de différents États, afin de « trouver un équilibre plus juste entre les intérêts des transporteurs et des chargeurs ».

² J. F. Wilson, *Carriage of goods by sea*, Pearson, 7th édition, 2010, p. 116.

³ Les États-Unis tout d'abord, ont voté le *Harter Act* le 13 février 1893. Rapidement, d'autres pays du Commonwealth ont suivi le mouvement initié par les États-Unis : l'*Australian Carriage of Goods by Sea Act* 1904, le *New-Zealand Shipping and Seamen Act* 1908, et le *Canadian Water Carriage Act* 1910. Ensuite, la Convention de Bruxelles a été adoptée le 25 août 1924. Le Royaume-Uni n'a pas attendu le vote de la conférence diplomatique pour voter un texte similaire national : le 26 mars 1923 est introduit le *Carriage of Goods by Sea Bill* à la Chambre des Lords, qui, après avoir été modifié, a été adopté le 1^{er} août 1924, et est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1925. Enfin, le législateur français a adopté la loi du 2 avril 1936 relative aux transports des marchandises par mer. La même année, les États-Unis intègrent la Convention internationale à leur droit interne par le *Carriage of Goods by Sea Act* 1936.

⁴ G. Piette, « Affrètement maritime », *Rép. com.*, n° 10.

i. Le transport sous connaissance, déséquilibre entre les contractants et nullité des clauses relatives à la responsabilité

133. Le contrat de transport sous connaissance, appelé aussi plus simplement contrat de transport, est très strictement réglementé. Le nombre important de conventions et lois qui portent sur ce type de transport entraîne un éclatement du droit maritime ; il est par conséquent nécessaire de savoir de prime abord quel est le droit applicable, pour pouvoir identifier le régime des clauses relatives à la responsabilité.

134. Droit applicable. Aujourd'hui, malgré l'adoption de conventions internationales plus récentes, le droit positif reste la Convention de Bruxelles de 1924 (initiale ou modifiée par les protocoles)¹, au vu du nombre de ratifications, d'intégrations dans les différents droits nationaux² (en France elle est intégrée dans le Code des transports), et des fréquentes clauses *paramount* qui la désignent. Les Règles de Rotterdam du 3 juillet 2008³, dernier instrument international en date, pourraient la remplacer dans un futur proche⁴.

135. La protection du chargeur pour justifier la prohibition des clauses exonératoires de responsabilité. La Convention de Bruxelles a été élaborée avec l'idée de protéger les chargeurs contre les puissants transporteurs⁵. En effet, le contrat de transport est un contrat d'adhésion, dont les conditions sont imposées par le transporteur. Comme le souligne M. Delebecque, « de nombreux (petits) chargeurs n'ont d'autre alternative que d'accepter les conditions générales des compagnies de transport »⁶. Par conséquent, les rédacteurs de la Convention ont pris en compte la présence du déséquilibre économique structurel entre

¹ La Convention de Bruxelles s'applique à « tout connaissance créé dans un État contractant » (art. 10), si le transport est international (le Protocole de 1968 définit la notion : est international le transport qui a lieu au départ d'un État contractant, ou dont le connaissance est émis dans un État contractant), à la phase maritime du transport (art. 1e), à l'exclusion des animaux vivants et des marchandises transportées en pontée (art. 1c). Ces exclusions ne sont pas partagées par le droit français, qui inclut ces situations, mais leur laisse une plus grande liberté contractuelle (art. L. 5422-16 Code des transports). Les transports internes (entre deux ports français) sont soumis au droit interne français, qui édicte des règles similaires à la Convention de Bruxelles modifiée. Les protocoles modificatifs ne sont applicables qu'aux transports au départ d'un État partie ou dont le connaissance a été établi dans un État partie, ou enfin, lorsque le connaissance le prévoit.

² V. par ex. au Royaume-Uni, le *Carriage of Goods by Sea Act* 1971, qui abroge la loi interne de 1924 et la remplace la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 modifiée par le Protocole du 23 février 1968.

³ Convention sur les contrats internationaux de transport de marchandises effectué entièrement ou partiellement par mer, adoptée par la Commission des nations unies pour le droit commercial international (CNUDCI) le 3 juillet 2008 et signée à Rotterdam le 23 septembre 2009.

⁴ Selon Ph. Delebecque, qui a participé à son élaboration, le texte « est appelé à devenir la grande Convention maritime du XXI^{ème} siècle ». Ph. Delebecque, « Transport maritime. Convention CNUDCI. Règles de Rotterdam. Adoption », *RTD com.* 2008 p. 901. Celui-ci n'est toutefois pas encore entré en vigueur, faute d'avoir réuni les vingt ratifications nécessaires.

⁵ En ce sens, G. Piette, « Affrètement maritime », *op. cit.*, n° 14.

⁶ Ph. Delebecque, art. préc., in *Mélanges J. Béguin, op. cit.*, spéc. n° 10.

les parties, en interdisant les clauses exonératoires de responsabilité¹. La *negligence clause* est dès lors prohibée.

Notons toutefois que la faute nautique du capitaine est devenue une cause légale d'exonération². Cependant, afin de faire échec à l'exonération du transporteur, son champ a été réduit comme une peau de chagrin par la jurisprudence³. En tout état de cause, la liberté contractuelle a désormais disparu dans le contrat de transport. Sans doute trop rigide, cette réglementation est en passe de s'assouplir grâce à la consécration d'un nouveau type de contrat : le contrat de volume.

136. Le contrat de volume et la prise en compte de l'absence de déséquilibre structurel dans un transport sous connaissance – La liberté contractuelle retrouvée. Les récentes Règles de Rotterdam ajoutent une hypothèse de liberté contractuelle pour les parties. Le contrat de volume fait son apparition⁴, étant défini comme « le déplacement d'une quantité déterminée de marchandises en plusieurs expéditions pendant une durée convenue »⁵.

Bien que conclu entre un transporteur et un chargeur, le contrat de volume n'est pas nécessairement un contrat d'adhésion. En présence d'une libre négociation⁶, la Convention permet aux parties de décider elles-mêmes de l'étendue des obligations et des

¹ La Convention interdit les clauses qui allègeraient la responsabilité du transporteur (art. 3§8 Convention de Bruxelles 1924, art. L. 5422-15, 1^o Code des transports).

² Introduite par l'*Harter Act* 1893, la distinction entre la faute nautique et la faute commerciale du capitaine permet au transporteur de se dégager de sa responsabilité en cas de faute nautique du capitaine ou de ses préposés (art. 4.2 a) Convention de Bruxelles 1924, art. L. 5422-12 Code des transports).

³ N. Molfessis, « Requiem pour la faute nautique, Études de droit maritime à l'aube du XXI^{ème} siècle », in *Mélanges P. Bonassies*, éd. Moreux, 2001, p. 207, n^o 28, et R. Rodière, « Faute nautique et faute commerciale devant la jurisprudence française », *DMF* 1961, p. 459 : la motivation des juges n'est autre que de refuser l'exonération du transporteur.

⁴ C'est en effet la première fois qu'une convention internationale régleme ces contrats. Ils sont apparus dans les années 1980, en France sous le nom de contrat de tonnage ou contrat au tonnage, et aux États-Unis sous le terme de *service contract*, présents dans le *Shipping Act* 1984.

⁵ Art. 1.2 Règles de Rotterdam. La nature de ce contrat est hybride. Il s'agit à la fois d'un contrat-cadre et d'un contrat de transport. En effet, il définit les conditions du transport, mais les volumes seront précisés ultérieurement. En cela, le contrat de volume, tel que défini dans les Règles de Rotterdam, diffère du contrat de tonnage et du *service contract*. Ceux-ci étaient de simples contrats-cadres, qui permettaient de fidéliser le chargeur et lui offrait une réduction de fret. Chaque transport faisant ensuite l'objet d'un contrat d'application, c'est-à-dire un contrat de transport sous connaissance ou un contrat d'affrètement. Lorsque les parties choisissaient le contrat de transport sous connaissance, les règles impératives protectrices du chargeur étaient réintroduites. À l'inverse, le contrat de volume permet de définir dès le départ les obligations et responsabilité de chaque partie, et ainsi de contourner les règles impératives de la Convention.

⁶ Le texte prévoit une alternative à la négociation individuelle, par le fait d'indiquer « de manière apparente lesquelles de ses clauses contiennent les dérogations ». Objet de nombreuses critiques (V. surtout P. Bonnevie, délégué général de l'Association des utilisateurs de transport de fret (AUTF), qui a rédigé un *memorandum* des chargeurs français sur la Convention), car entraînant un fort risque pour les chargeurs, il faut toutefois souligner que la disposition ne peut s'analyser seule : elle est suivie de deux autres règles, qui prévoient que la possibilité de conclure un contrat sans dérogation à la Convention est notifiée au chargeur, et que les dérogations ne peuvent être incluses par référence, ou dans un contrat sans négociation. Le but de ces conditions cumulatives est d'éviter la multiplication de contrats de volume types, qui aurait pour effet d'en faire un contrat d'adhésion, alors très injuste pour le chargeur. Celui-ci est donc assez protégé. V. aussi, en réponse au *memorandum*, Ph. Delebecque et F. Berlingieri, « Analyse des critiques aux Règles de Rotterdam », *DMF* 2011, p. 731.

responsabilités de chacun¹. Ainsi, les clauses exonératoires de responsabilité sont valables dans ce contrat de volume². Cette solution est opportune, tant sur le plan théorique que pratique. Elle prend en compte l'ouverture de la négociation, qui traduit l'absence de déséquilibre structurel entre les parties, ainsi que la nature particulière de ces contrats. Ceux-ci sont prévus pour durer dans le temps, concerner plusieurs voyages. La relation des parties est donc amenée à durer ; la confiance entre les parties peut s'installer. Dès lors, il paraît tout à fait cohérent de leur laisser la possibilité d'adapter les prévisions légales à leur situation particulière. Cette convention, qui relève encore du droit prospectif aujourd'hui, ajoute donc une très intéressante exception à la rigueur de la réglementation du contrat de transport maritime.

Ainsi, en présence d'un déséquilibre structurel, les clauses exonératoires de responsabilité sont interdites. En revanche, dès lors que les parties sont aptes à négocier, la prohibition est levée. Cette seconde hypothèse est très bien illustrée dans les contrats d'affrètement.

ii. Le contrat d'affrètement, équilibre entre les contractants et validité des clauses de non-responsabilité

137. La liberté contractuelle en réponse à l'absence de déséquilibre entre les contractants. Les contrats d'affrètement sont conclus par des parties qui présentent, en principe, un pouvoir de négociation équivalent. Par conséquent, le droit maritime offre une grande souplesse aux contractants. C'est ainsi que le Code des transports annonce, au début du chapitre sur l'affrètement, que les dispositions sont supplétives de volonté, encourageant la libre rédaction des chartes-parties³. En conséquence, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont parfaitement valables dans ce contrat. Le principe de validité est ici toujours vivace.

Cette liberté contractuelle a bien pour origine l'absence de déséquilibre structurel entre les parties au contrat d'affrètement. Des auteurs soulignent ainsi cette idée :

« La règle s'explique : les parties au contrat d'affrètement ne sont pas dans une situation d'infériorité l'une vis-à-vis de l'autre ; ce sont d'un côté, un armateur et de

¹ En ce sens, Ph. Delebecque, art. préc., in *Mélanges J. Béguin, op. cit.*, n° 11 : « de nombreux chargeurs [sont] à même de discuter individuellement les conditions de transport de leurs marchandises ». Il cite les « contrats de service », nouvelle pratique proche des contrats de volume, qui couvrent exclusivement des services de ligne.

² La seule limite est très classique : la clause ne peut exonérer le transporteur de sa responsabilité en cas de faute inexcusable ou dolosive. Cf. Art. 80 4. Règles de Rotterdam.

³ Art. L. 5423-1 Code des transports.

l'autre, un industriel ou commerçant ou encore deux armateurs, également puissants. Les règles légales du contrat d'affrètement ne sont pas systématiquement protectrices de l'une des parties »¹.

En pratique, les chartes-parties sont le plus souvent rédigées à partir d'un modèle. L'importance des chartes-parties types est illustrée en droit anglais, où le législateur n'a pas jugé nécessaire d'édicter un texte concernant l'affrètement ; ces modèles de chartes-parties constituent par conséquent les seuls supports sur lesquels peut être étudié le régime des clauses relatives à la responsabilité de l'affréteur. Il existe plusieurs chartes-parties types². Les contractants choisissent donc le modèle qui correspond le mieux à leur situation, et y apportent des modifications le cas échéant³.

138. L'omniprésence des clauses de non-responsabilité. En raison de la pleine liberté contractuelle offerte aux contractants, additionnée aux risques importants que représentent les expéditions maritimes, les clauses de non-responsabilité sont légion dans les chartes-parties. Certaines touchent à la responsabilité personnelle du fréteur, d'autres à la responsabilité du fait d'autrui, appelée *negligence clause*.

En réalité, le premier type de clauses, relatif à la responsabilité personnelle du fréteur, s'apparente plutôt à des clauses allégeant les obligations⁴. La confusion vient du fait que la rédaction des chartes-parties est peu claire et souvent redondante⁵. Les clauses sont énumérées ; cette présentation, difficilement accessible pour un juriste français,

¹ R. Rodière et E. du Pontavice, *Droit maritime*, Dalloz, coll. Précis, 12^e éd., 1997, n° 292 ; Ph. Delebecque, *Droit maritime*, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2014, n° 630.

² Parmi lesquelles *Gencon* (1994), ou *Synacomex* (2000) pour l'affrètement au voyage, ou encore *Baltimex* (1974) ou *New York Produce Exchange* (1993) pour l'affrètement à temps.

³ Aujourd'hui, la quasi-totalité des chartes-parties sont rédigées à partir de chartes-types. L'avantage de ces contrats-types est de faciliter grandement la négociation du contrat ; en revanche, les parties ne prêtent pas toujours une attention suffisante aux stipulations déjà prévues, et insèrent des amendements sans prendre garde à la cohérence du contrat final. Cf. S. Girvin, *Carriage of goods by sea*, *op. cit.*, n° 1.44.

⁴ Les contrats d'affrètement prévoient souvent une clause qui affirme que l'armateur n'est responsable que du retard ou de la perte de marchandises « occasionné par le manque de soin diligent pour mettre en état de bonne navigabilité le navire » (Charte *Baltimex* 1939, révisée en 2001, clause 12, cf. R. Rodière, *Traité général de droit maritime, Affrètement et Transports*, T. I, Dalloz, 1967, n° 324) ; une clause similaire se trouve dans la charte *Gencon* (dernière version, 1994), à l'article 2. Cette clause est présentée comme une clause de non-responsabilité par certains auteurs (R. Rodière, *op. cit. loc. cit.* ; R. Achard, Ph. Delebecque, *Exploitation du navire, Affrètement, Règles communes : Exécution du contrat et effets à l'égard des tiers*, *J.-Cl. Transports*, fasc. n° 1216, n° 15) ; pourtant, elle n'a en réalité que pour effet d'imposer une obligation de moyens à la charge du fréteur. Il s'agit donc d'une clause allégeant les obligations du fréteur, et non d'une clause de non-responsabilité. Comp. Ph. Delebecque, *Droit maritime, op. cit.*, n° 667, qui reconnaît à la clause un double effet : elle crée une obligations de moyens à la charge du fréteur, et dans le même temps exclut certaines causes de responsabilité, par exemple toutes les fautes commises par les préposés du fréteur. Mais il apparaît que dans ce cas, il s'agit d'une clause exonératoire du fait d'autrui, et non plus du fait personnel du fréteur.

⁵ P. Chauveau, *Traité de droit maritime*, Librairies techniques, 1958, n° 772, dénonce « une rédaction très touffue » qui rend l'analyse des clauses mal aisée, et R. Rodière, *Traité général de droit maritime, op. cit.*, n° 327, souligne que certaines chartes « ne craignent pas la redondance et la confusion ». V. aussi Ph. Delebecque, *Droit maritime, op. cit.*, n° 667, qui note que malgré la réforme de 1966 qui rend de nombreuses clauses inutiles, les chartes subsistent, à la fois en raison du poids de l'habitude, que de l'origine anglo-saxonne des modèles, qui n'avaient pas à tenir compte de l'évolution de la loi française.

provient des chartes-parties anglaises¹. Ont ainsi été classées comme clauses de non-responsabilité toutes les clauses qui ont un effet sur la responsabilité du fréteur, sans véritable égard à la nature exacte des clauses. Finalement, les clauses de non-responsabilité du fait personnel, entendues strictement, semblent rarement présentes dans les chartes-parties. Il en va autrement des *negligence clauses*.

Les clauses de non-responsabilité du fait d'autrui sont omniprésentes dans les chartes-parties. Elles permettent au fréteur de s'affranchir des fautes du capitaine et de l'équipage. Leur validité a été la source de débats passionnés à la fin du XIX^{ème} siècle et au début du XX^{ème} siècle. On lui reprochait de pousser le capitaine et son équipage à la négligence, ce qui, en pratique, s'est vérifié avec la multiplication des dommages (casse, vols)². D'un autre côté, il était avancé que l'indépendance du capitaine devait primer, et qu'en outre la question n'avait pas de conséquence sur la situation du chargeur. La *negligence clause* permettait en effet de baisser le fret, mais le chargeur dépensait ce gain dans des primes d'assurances plus importantes. Leur interdiction dans les contrats de transport sous connaissance a permis de calmer les esprits et de les valider sereinement au sein des contrats d'affrètement.

Ainsi, aujourd'hui, il peut être affirmé qu'elles sont valables au même titre que les clauses exonératoires de responsabilité du fait personnel³. Elles permettent donc de s'affranchir des fautes nautiques et commerciales de tous les agents⁴, maritimes comme terrestres⁵, hormis leur faute intentionnelle ou assimilée⁶. En outre, ces préposés ont une indépendance particulièrement poussée, comparés au préposé ordinaire. La possibilité de s'exonérer des conséquences de leur faute est ainsi justifiée par leur autonomie⁷. Enfin, il est certain que la validité de la *negligence clause* serait sans doute remise en cause si

¹ Berceau des clauses supprimant directement ou indirectement la responsabilité du fréteur, le droit anglais fonctionne par énumération, sans poser de règle générale.

² G. Ripert, *Droit maritime*, T. II, *op. cit.*, n° 1741.

³ Depuis les années 1960 (G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 819), la responsabilité contractuelle du fait d'autrui est clairement admise par la doctrine en droit français. Le débiteur est donc responsable de l'inexécution de son obligation lorsqu'elle est le fait d'un tiers qu'il a volontairement introduit dans l'exécution du contrat. La validité de cette clause suit alors les mêmes règles que la clause de non-responsabilité du fait personnel de l'armateur (Nous partageons l'opinion exprimée par les auteurs de l'ouvrage précité, développée au n° 838).

⁴ Cass. civ., 31 juillet 1888, *D.* 1889, I, p. 305 : « rien dans la loi n'autorise cette distinction ». La faute nautique touche à la direction du navire, et la faute commerciale touche directement aux marchandises (par exemple, lorsque le capitaine charge une cargaison en pontée et non en cale).

⁵ R. Rodière, *Traité de droit maritime*, *op. cit.*, n° 330 : il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas. L'auteur dénonce ici l'erreur qu'auraient commise les doyens Ripert et Chauveau en distinguant les deux types de préposés. Cf. G. Ripert, *Droit maritime*, T. II, *op. cit.*, n° 1750, P. Chauveau, *Traité de droit maritime*, *op. cit.*, n°s 782 et s..

⁶ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 838. Cette solution n'a pas toujours été en vigueur. Auparavant, la jurisprudence prévoyait une exception dans le domaine maritime en validant l'exonération de la faute intentionnelle du préposé : Cass. civ., 25 octobre 1899, *D.* 1899 I p. 567. La clause couvre les soustractions commises à bord. Elle n'est pas contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

⁷ Cass. civ. 14 mars 1877, *op. cit.* : La Cour de cassation a validé la *negligence clause* en affirmant que « dans l'exercice

l'assurance n'était pas omniprésente dans ce domaine. En pratique, cette clause entraîne un partage des risques, qui permet à l'armateur de ne pas engager sa responsabilité de manière illimitée¹, et de s'assurer en connaissance de cause.

La présence autorisée de ces clauses de non-responsabilité s'explique par l'absence de déséquilibre structurel entre les parties contractantes. Elles décident ensemble de la répartition des risques.

139. Ce constat renforce l'idée selon laquelle le législateur tient compte de la situation des parties pour interdire ou valider les clauses exonératoires de responsabilité. Valables en présence d'un équilibre entre les parties, ces stipulations sont prohibées lorsque les contractants présentent une relation déséquilibrée. Le critère du déséquilibre structurel est également utilisé pour encadrer les clauses limitatives de responsabilité.

B. L'encadrement des clauses limitatives de responsabilité pour protéger la partie faible

140. Les clauses limitatives de responsabilité dans les contrats de transport terrestre font l'objet d'une réglementation souple en droit interne (1). Les règles posées par le droit international sont plus strictes, ne laissant qu'une place résiduelle à la liberté contractuelle (2).

1) L'encadrement souple du droit interne

141. Sources. Si la question de la responsabilité des transporteurs terrestres de marchandises est aujourd'hui régie par le Code de commerce, celle des transporteurs aériens est unifiée en droit interne et en droit international par le Code des transports², qui intègre les règles fixées par les conventions internationales. Le droit maritime est lui aussi presque entièrement régi par des sources externes. Quant au retard de passagers, il fait

de son commandement, le capitaine échappe, en fait et en droit, à l'autorité de son commettant et à sa direction (...) ».

¹ V. par ex. P. Chauveau, qui souligne qu'une garantie illimitée serait, pour l'entreprise d'armement, une charge excessive. C'est donc à l'assurance de prendre le relais. P. Chauveau, *Traité de droit maritime, op. cit.*, n° 775.

² Art. L. 6422-2 Code des transports.

l'objet, on l'a vu, d'indemnisations prévues par divers règlements européens¹. Par conséquent, seuls les transports terrestres de marchandises seront ici étudiés.

142. L'absence de réglementation en droit interne français. Force est de constater qu'en droit interne français, les clauses limitatives de réparation ne font l'objet d'aucune restriction légale. Au lendemain de la loi Rabier, la jurisprudence a circonscrit la prohibition légale aux seules clauses de non-responsabilité, validant ainsi les clauses limitatives de réparation². La présence d'un déséquilibre structurel n'est donc pas un critère suffisant pour invalider les clauses qui n'ont pour objet que de prévoir à l'avance le montant maximal des dommages-intérêts.

143. La pratique répandue des contrats-types. Néanmoins, si la liberté contractuelle peut être affirmée à juste titre dans ce domaine, elle est en pratique peu utilisée. En cause, les contrats-types, instaurés par la loi d'orientation des transports intérieurs³, prévus pour les différents modes de transports terrestres⁴. Ces contrats-types s'appliquent de manière supplétive, lorsque les parties n'ont pas prévu de stipulations particulières⁵, mais aussi lorsqu'elles les visent expressément. Cette pratique est aujourd'hui très répandue, selon une étude menée en 2009 par l'Institut du Droit International des Transports, surtout par les entreprises de taille importante⁶. L'une des clauses réglementaires les plus utilisées est d'ailleurs le plafond de réparation, tant pour les pertes et avaries que le retard, car elle allie sécurité et prévisibilité.

¹ Cf. *supra*, n° 127.

² Cass. civ. 14 avril 1924, *DH* 1924, p. 393.

³ LOTI, adoptée le 30 décembre 1982.

⁴ Pris par décret, de nombreux contrats-types sont proposés pour les transports routier et fluvial, et depuis 2013 pour la commission de transport. En revanche, le transport ferroviaire n'a pas encore été doté de tels contrats, car il est largement dominé par la SNCF. Cette donnée est appelée à changer. L'ouverture récente à la concurrence, qui permet désormais à des compagnies privées de faire circuler des trains sur le réseau ferroviaire français provient de la directive 91/440 du 29 juillet 1991, consolidée par plusieurs « paquets ferroviaires », regroupant différentes directives de l'Union Européenne. Ainsi, le transport du fret ferroviaire transeuropéen a été ouvert à toutes les entreprises à travers l'Union européenne le 15 mars 2003 ; le 13 juin 2005, le premier train privé de marchandises circule en France ; et le 31 mars 2006, le trafic intérieur du fret s'ouvre totalement à la concurrence dans toute l'Union européenne. Enfin, la loi n° 2009-1503 du 8 décembre 2009 définit et régle l'organisation du transport ferroviaire. Aujourd'hui, les trains de sept entreprises ferroviaires privées circulent sur le réseau ferroviaire français, ce qui représentait, fin 2008, 15 % des parts de marché du fret national, selon le rapport du Sénat sur *La libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne* déposé le 12 février 2009.

⁵ LOTI, art. 8, II, et art. L. 1432-4 du Code des transports.

⁶ « Étude sur l'utilisation des contrats-types de transport routier de marchandises. Bilan et perspectives. Rapport final. », Février 2009, commandée par la Direction Générale des Infrastructures, des Transports et de la Mer (DGITM). Étude accessible sur le site internet du ministère du développement durable <http://www.developpement-durable.gouv.fr>. Selon cette étude, 100 % des gros chargeurs (entreprises de plus de 50 salariés) connaissent les contrats-types routiers, contre 5% des petits chargeurs, et 88 % des gros transporteurs (entreprises de plus de 100 salariés) connaissent ces contrats-types, contre 46 % des moyens transporteurs et 26 % des petits transporteurs.

En effet, pour être efficace, la clause limitative doit avoir été connue et acceptée par le cocontractant du transporteur avant la conclusion du contrat¹. La difficulté de la preuve risque d'empêcher le jeu de la clause. À l'inverse, le contrat-type, de nature réglementaire, est publié au Journal Officiel ; la limitation qu'il prévoit est considérée comme connue des deux parties.

Ensuite, le droit de la consommation prohibe les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats entre consommateur et professionnel². Même si l'hypothèse de l'expéditeur consommateur est peu fréquente, les limites *conventionnelles* de réparation seront dans ce cas réputées non écrites en application du texte consumériste. À l'inverse, la prohibition des clauses, prévue par l'article R. 212-1 du Code de la consommation (R. 132-1 anc.), n'entraîne pas la nullité du plafond fixé par contrat-type, lequel provient également d'un décret³. En conséquence, il est bien plus simple pour un transporteur de faire référence à un contrat-type, le plafond pourra alors s'appliquer sans égard à l'identité de son cocontractant.

De façon plus générale, la validité des contrats-types ne peut être contestée que devant le Conseil d'État, à l'instar des clauses présumées abusives de la liste noire établie par décret. Les contrats-types provenant du pouvoir réglementaire, leur contenu ne peut être remis en cause devant le juge judiciaire. Ils garantissent donc une stabilité nettement supérieure aux simples clauses limitatives de réparation qui risquent d'être réputées non écrites si elles vident l'obligation essentielle du transporteur de toute substance⁴.

Enfin, le contrat-type est également une garantie pour le créancier. Il peut être confiant sur le montant prévu, qui a peu de risque d'être dérisoire et donc d'entraîner un déséquilibre contractuel.

¹ Cass. com., 26 mai 1992, pourvoi n° 90-19295, *Bull.* IV n° 211 ; com. 30 juin 2004, n° 03-10516. Pour être acceptée, la clause doit être apparente et explicite : com. 14 avril 1992, pourvoi n° 90-15373.

² Art. R. 212-1 Code de la consommation (R. 132-1 anc.). La directive du 5 avril 1993 relative aux clauses abusives a exclu de son champ d'application les contrats de transport, mais cette restriction n'a pas été reprise par la loi française. La Commission des clauses abusives avait d'ailleurs relevé certaines clauses comme abusives dans les contrats de transport terrestre de marchandises, quelques mois avant l'adoption de la LOTI : Recommandation n° 82-01 concernant les contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport (BOCC du 27/03/1982).

³ Néanmoins, le plafond prévu par contrat-type n'est pas totalement intangible. Le consommateur peut former un recours devant le Conseil d'État, qui opérera un contrôle de la légalité du contrat-type au regard de l'article L. 212 1 du Code de la consommation (L. 132-1 anc.). Toutefois, cette procédure a peu de chance d'aboutir, la limite étant le fruit d'une réflexion menée par les pouvoirs publics. Cf. CE, 6 juillet 2005, *op. cit.* : le Conseil d'État valide, après l'avoir analysé au regard de l'article L. 132-1 du Code de la consommation (anc.), le plafond de réparation prévu dans le contrat-type de transport routier. Pour autant, la possibilité d'un tel contrôle est nécessaire car l'origine réglementaire de la clause ne la purge pas automatiquement de tout risque de déséquilibre. Cf. C.-M. Pégliion-Zika, *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse Paris II, 2013, n°s 214 et s..

⁴ Cass. com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14974, *Bull.* IV n° 132 : La Cour de cassation a censuré la décision de la cour d'appel qui n'avait pas recherché « si la clause limitative d'indemnisation dont se prévalait la société *Chronopost*, qui n'était pas prévue par un contrat-type établi par décret, ne devait pas être réputée non écrite par l'effet d'un manquement

144. *Le principe de limitation comme protection de la partie faible.* Finalement, bien que la liberté contractuelle soit maintenue, la pratique préfère utiliser l'instrument supplétif que représentent les contrats-types. Dans le principe, il reste que la réparation due par les transporteurs est toujours limitée. En validant les contrats-types contenant des plafonds de réparation, la loi reconnaît l'importance du principe de la limitation de responsabilité. Pour les transporteurs, cette limite paraît indispensable pour assurer leur viabilité économique. Le risque est réparti entre les contractants. Pour l'expéditeur, elle permet d'encadrer la limitation de réparation, de diminuer le risque de limite dérisoire, lui offrant ainsi une certaine protection vis-à-vis du transporteur. Cette protection est partielle dans la mesure où les contrats-types sont supplétifs de volonté ; mais les avantages qu'ils procurent aussi à la partie forte du contrat en font une pratique très répandue. On voit ainsi se profiler la justification d'une telle réglementation : la limite légale permet une protection de la partie économiquement faible au contrat, en garantissant ainsi une répartition des risques acceptable pour les deux contractants.

145. Contrairement aux clauses exonératoires de responsabilité, les limites de réparation sont donc valables, qu'elles soient de nature conventionnelle ou réglementaire, le déséquilibre entre les parties n'étant pas une justification suffisante pour les interdire. Le droit international adopte une attitude similaire, quoique plus stricte, en ne laissant qu'une faible marge de manœuvre aux transporteurs vis-à-vis des plafonds fixés par les conventions internationales.

2) L'encadrement strict du droit international

146. *L'importance des limites de réparation en droit des transports.* La limite de réparation est indispensable en droit des transports. Dans le domaine maritime, la limitation de responsabilité est même qualifiée de « clé de voûte du droit maritime »¹. La mer fait naître des risques accrus que le droit prend en compte, notamment en donnant une très grande place à la limitation de responsabilité. Celle-ci constitue le fondement sur lequel reposent les structures du commerce maritime². Elle est justifiée moins par des

du transporteur à une obligation essentielle du contrat » (nous soulignons).

¹ G. Ripert, *Droit maritime*, T. II, *op. cit.*, n° 1229 p. 140.

² S. Girvin, *Carriage of goods by sea*, *op. cit.*, n° 30.05.

considérations de justice que de politique publique, et de commodité¹ : elle permet la survie du commerce maritime malgré les accidents. Ce partage des risques entre les parties est universellement reconnu, car l'expédition est profitable à tous ceux qui y sont impliqués.

La limitation de réparation revêt également une très grande importance au sein des autres modes de transports. En effet, il est acquis que les deux parties au contrat doivent participer aux risques de l'expédition, qu'elle soit maritime, aérienne, routière, ferroviaire ou fluviale. Il en va de la survie des entreprises de transport, mais aussi de la compétitivité de leurs tarifs. En outre, les différentes conventions internationales ont adopté un régime de responsabilité de plein droit à l'égard du transporteur². La limitation de responsabilité intervient pour contrebalancer cette lourde charge, et construire ainsi un système équilibré pour les transporteurs et leurs cocontractants³. Elle est nécessaire d'un point de vue à la fois économique et technique.

147. Conséquences : des plafonds issus des conventions internationales quasi-impératifs. Conscients de ces enjeux, les rédacteurs des conventions internationales relatives aux différents modes de transport ont prévu, sans exception, des limites de réparation, en cas d'avarie, de perte ou de retard⁴. Les montants varient en fonction du type de dommage réparé. Elles ne permettent de s'y soustraire qu'à la hausse ; à l'inverse, toute clause qui fixerait un plafond inférieur sera annulée⁵. Finalement, les limites légales

¹ Lord Denning MR, *Alexandra Towing Co Ltd v. Millet and Egret*, [1964] P 200 (CA), 220: « limitation of liability is not a matter of justice. It is a rule of public policy which has its origin in history and its justification in convenience ».

² Art. 17 CMR, art. 23 RU-CIM, art. 16 CMNI, art. 3 et 4 Convention de Bruxelles 1924, confirmé par P. Bonassies et C. Scapel, *Droit maritime*, L.G.D.J., 2^e éd., 2010, n° 1062. En revanche, la Convention de Varsovie ne pose qu'une simple présomption de faute. En ce sens, R. Rodière, *Droit des transports*, *op. cit.*, n° 603 ; F. Letacq, « Titre de transport, Responsabilité, Actions en réparation », *J.-Cl. Transports*, Fasc. 925, 2008. *Contra*, P. Chauveau, note sous CA Paris, 25 juin 1965, *D.* 1966 p. 401, spéc. p. 411.

³ P. Chauveau, note préc., *D.* 1966 p. 411.

⁴ Pour le transport de marchandises : Routier : art. 23-3 CMR 1956 ; Ferroviaire : art. 30§2 RU-CIM 1999 ; Fluvial : art. 20 CMNI 2001 ; Maritime : art. 6 Convention de Londres 1976, art. 4-5 a) Convention de Bruxelles 1924 modifiée, appelée Règles La Haye-Visby ; Aérien : art. 22 Convention de Varsovie 1929, art. 22 Convention de Montréal 1999. Pour le dommage causé par le retard des passagers : Ferroviaire : art. 6 et 17 Règl. CE 1371/2007 du 23 octobre 2007 ; Fluvial et Maritime : art. 19 Règl. UE n° 1177/2010 du 24 novembre 2010 Aérien : art. 7 Règl. CE n° 261/2004 du 11 février 2004.

⁵ Art. 5 RU-CIV 1999 ; art. 20 b) et 25 CMNI ; art. 4-5 g) Convention de Bruxelles 1924 modifiée ; Art. 23 Convention de Varsovie 1929, art. 25 et 26 Convention de Montréal 1999. La CMR est plus stricte car elle n'autorise aucune stipulation contraire : art. 41. Quant à la Convention de Londres 1976 relative aux créances maritimes, elle est silencieuse sur la question. Toutefois, plusieurs arguments jouent en faveur de son caractère impératif : la convention prévoit une procédure de révision des plafonds (allégée par le Protocole modificatif 1996, art. 8, mais nécessitant encore plusieurs États signataires) ; son but est de répartir les risques de la mer entre les cocontractants, par conséquent des limites inférieures modifieraient le calcul. Ensuite, le droit à limitation peut être opposé aussi bien aux contractants, qui agissent sur le terrain contractuel, qu'aux tiers, qui invoquent la responsabilité délictuelle du propriétaire. Permettre de modifier les seuils, en insérant une clause limitative de responsabilité comportant un plafond plus élevé, reviendrait à mieux traiter le professionnel qui fait affaire avec le propriétaire, que le tiers qui se retrouve victime d'un dommage qui ne pourra être que très partiellement réparé. Cette dissymétrie n'est pas justifiable. Enfin, le but d'harmonisation entre les droits, auquel tend la convention internationale, échouerait. Les plafonds fixés par la Convention de Londres doivent donc être considérés comme impératifs pour les contractants.

peuvent être considérées comme des planchers de réparation, car le créancier est certain d'obtenir cette somme, voire plus si le contrat de transport a élevé la limite. Cette même idée de plancher se retrouve dans les indemnisations prévues en cas de retard des voyageurs par plusieurs règlements européens, qui précisent que « les transporteurs peuvent offrir des conditions contractuelles plus favorables au passager »¹.

148. Les avantages du plafond fixé par convention internationale. L'avantage de fixer à l'avance des limites dans les conventions est double. Les limites légales permettent déjà d'harmoniser le montant des réparations entre les pays et entre les contrats. Quelle que soit la nationalité des parties, les limites seront les mêmes. Elles offrent surtout une véritable protection pour la partie faible, qui ne peut se voir imposer un plafond dérisoire. Seules les clauses au détriment du transporteur, partie forte, sont autorisées. La prise en compte de la situation des parties n'a peut-être pas été la première motivation des rédacteurs des conventions lors de la fixation des limites de responsabilité, qui avaient sans doute pour principal objectif de partager les risques entre les contractants de manière équilibrée pour préserver les entreprises de transport. Mais le fait de prohiber les clauses fixant un montant inférieur aux plafonds conventionnels fait apparaître cette idée de protection de la partie faible. Si les rédacteurs avaient voulu maintenir l'équilibre du contrat de transport tel qu'ils l'avaient imaginé, sans entorse possible, ils n'auraient pas autorisé les clauses fixant un montant plus élevé. C'est donc bien la protection de la partie faible, et non l'intangibilité du système contractuel imaginé par les textes, qui prévaut ici.

149. Le danger du plafond fixé par une convention internationale. Toutefois, ces plafonds fixés par des conventions internationales présentent aussi un danger, qui réside dans leur potentielle immutabilité. Par exemple en droit aérien, une nouvelle convention était rendue nécessaire principalement en raison des faibles montants retenus par la Convention de Varsovie. Dans le domaine maritime, des protocoles modificatifs ont pu être adoptés pour rehausser les limites prévues par la Convention de Bruxelles en 1924², et par la Convention de Londres de 1976³. Malgré ces modifications à la hausse, les plafonds

¹ Art. 6 Règl. CE n° 1371/2007 du 23 octobre 2007 concernant le transport ferroviaire et art. 6 Règl. UE n° 181/2011 du 16 février 2011 concernant le transport par route.

² Protocoles du 23 février 1968 et du 21 décembre 1979 (cependant peu ratifiés).

³ Protocole du 2 mai 1996, entré en vigueur en France par le décret n° 2007-1379 du 22 septembre 2007. Une fois sa responsabilité engagée, et après avoir appliqué le plafond issu de la Convention de Bruxelles, ou du contrat d'affrètement le cas échéant, le transporteur peut invoquer la Convention de Londres du 19 novembre 1976 qui prévoit la limitation de la responsabilité du propriétaire du navire. Il peut donc, lorsqu'il est à la fois transporteur et propriétaire, ce qui est très souvent le cas en raison d'une définition très large de la notion de propriétaire par la Convention de Londres, bénéficier d'une double limite. Partagée par les droits des pays du monde entier, cette limitation de la responsabilité du propriétaire est l'un des « principes fondamentaux du droit maritime » selon Ripert (*Droit maritime*, T. II, *op. cit.*, n° 1228 p. 139).

restent assez bas et se rapprochent même parfois d'une exonération dans les faits¹. Il est urgent que les différentes conventions soient révisées pour tenir compte de l'érosion monétaire et augmenter sensiblement les limites légales².

150. Synthèse. Finalement, le droit des transports nous offre une bonne illustration des atteintes légales au principe de validité des clauses relatives à la responsabilité en raison de la prise en compte du déséquilibre structurel entre les contractants. La toute-puissance des transporteurs³, combinée dans bien des cas à des contrats d'adhésion qu'ils auront rédigés à l'avance⁴, a eu pour effet d'interdire les clauses qui supprimeraient leur responsabilité. En revanche, la seule protection de la partie faible est insuffisante à justifier la prohibition des clauses limitatives de réparation.

Mais pour assurer une réparation qui ne soit pas dérisoire, et ainsi une répartition acceptable des risques entre les parties, le pouvoir réglementaire en droit interne, et les conventions internationales ont fixé des limites légales, au sens large du terme. Supplétives pour les contrats-types, elles sont rendues quasiment impératives par le droit international, afin de garantir un plafond – en théorie – non dérisoire, et également d'harmoniser la réparation due par les transporteurs.

La principale motivation de protection de la partie faible se constate également dans la réglementation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité au sein du Code civil.

Elle provient de l'idée que le capitaine du navire, qui en assure le commandement, n'est pas un préposé comme les autres. Il est totalement indépendant dans l'exécution de sa mission ; par conséquent, il serait injuste que le propriétaire réponde entièrement des conséquences de ses faits. Sa responsabilité doit donc être limitée, mais non disparaître en raison de plafonds dérisoires.

¹ Dans l'affaire *Heidberg* (Trib. com. Bordeaux, 23 septembre 1993), dans laquelle un navire allemand avait détruit les appointements d'une compagnie pétrolière dans un petit port bordelais, les dégâts avaient été estimés à 60 millions de francs, alors que la limite était de 3 millions de francs, appliquée à un navire dont la valeur était de 25 millions de francs. Cette affaire tombait sous le coup de la Convention de Londres non modifiée (le Protocole date de 1996), mais comme les nouveaux montants sont aujourd'hui équivalents, en valeur réelle, aux plafonds initiaux, en raison de l'érosion monétaire, l'argument est toujours valable. V. P. Bonassies, « Problèmes et avenir de la limitation de responsabilité », *DMF* 1993, p. 95, et A. Vialard, « L'affaire "Heidberg" : gros temps sur la Convention de Londres 1976 sur la limitation de responsabilité en matière de créances maritimes », *DMF* 1993, p. 706.

² A. Vialard, « La limitation de responsabilité, clé de doute pour le droit maritime du 21^{ème} siècle », *DMF* 2009, p. 21, *spéc.* n° 6 et 10.

³ Il faut néanmoins ajouter que le déséquilibre structurel est peut-être moins manichéen aujourd'hui ; il existe des chargeurs très puissants, aptes à négocier (en ce sens, Ph. Delebecque, art. préc., in *Mélanges J. Béguin, op. cit.*, p. 267 n° 3). Toutefois, l'objet de notre recherche est de comprendre les motivations du législateur au moment de son intervention pour encadrer les clauses de responsabilité.

⁴ Ph. Delebecque, « Pour une théorie du contrat de transport », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 103, n° 17.

§2. Les atteintes dans le Code civil

151. La réglementation des clauses relatives à la responsabilité contractuelle a été ajoutée ponctuellement, dans certains contrats spéciaux. À chaque fois, les interventions législatives ont eu pour objet d'exclure toute liberté contractuelle à l'endroit de ces clauses. De fait, le législateur a trouvé nécessaire de protéger la partie faible dans deux conventions en particulier : le dépôt hôtelier (A), et le contrat de construction (B).

A. L'exclusion légale de l'aménagement conventionnel de la responsabilité dans le dépôt hôtelier

152. Le dépôt hôtelier est réglementé dans le Code civil et, depuis 1975, prévoit des limites de responsabilité, désignées comme « les plus simples et les moins controversées ». Elles méritent tout de même notre attention : en effet, l'interdiction des clauses est néanmoins contrebalancée par un plafond légal de la réparation due par l'hôtelier (2). En outre, il existe en ce domaine une pratique qui semble aller contre cette prohibition. Cette résistance n'est toutefois qu'apparente (3). Avant d'étudier ces questions, il nous faut rapidement définir la notion de dépôt hôtelier (1).

1) Propos liminaire : la notion de dépôt hôtelier

153. *Un dépôt nécessaire.* Présenté comme le dépôt effectué par le voyageur qui loge dans un hôtel, sa qualification a été source de débats doctrinaux. En effet, il peut être analysé comme un contrat autonome¹, ou au contraire comme une simple obligation accessoire au contrat d'hôtellerie². Pour trancher ce débat, il faut se référer à l'idée de but principal du contrat. Lorsqu'un voyageur arrive dans un hôtel et conclut un contrat avec l'hôtelier, son but principal est d'y passer la nuit. La contrepartie du prix payé est la mise à disposition de la chambre, avec les prestations annexes et complémentaires (tranquillité, propreté)¹. Que le voyageur décide d'y déposer ses bagages pour pouvoir visiter librement les alentours, ou qu'au contraire il y passe seulement la nuit au cours d'un long trajet, le

¹ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015, n° 828, qui affirme que le dépôt hôtelier, « doté d'une autonomie », doit être distingué du contrat d'hôtellerie en tant que tel.

² H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, M. de Juglart, *Leçons de droit civil, Principaux contrats*, 2^e partie, Montchrestien, 5^e éd., 1980, n° 1511. V. aussi, A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Montchrestien, 2011, n° 1085.

dépôt reste accessoire². Par conséquent, la qualification unitaire du contrat d'hôtellerie, qui comprend une obligation accessoire de dépôt, paraît être la plus appropriée.

Par ailleurs, il faut souligner que le dépôt hôtelier reçoit une qualification particulière dans le Code civil³. Il est apparenté au dépôt nécessaire, bien qu'il ne réponde à aucune condition d'urgence ou d'imprévisibilité⁴. Le dépôt hôtelier semble plutôt nécessaire au sens commun du terme, dans le sens où le client doit déposer ses effets dans la chambre, et ne peut aller et venir avec ses bagages toujours à la main⁵. Grâce à cette assimilation, le voyageur bénéficie de l'assouplissement des règles de preuve spécifique au dépôt nécessaire⁶.

154. Les conséquences d'un dépôt particulier. Cette particularité, liée au logement du client par le cocontractant, a entraîné deux conséquences. D'une part, en droit interne, la jurisprudence s'est focalisée sur l'idée de logement pour refuser toute extension du régime à des dépôts similaires (dans un restaurant⁷, un salon de beauté⁸, etc.). Du reste, pour tous ces dépôts, l'absence d'intervention du législateur offre aux contractants une grande liberté contractuelle⁹. En effet, bien que la jurisprudence ait découvert, sur le fondement de l'article 1135 du Code civil, une obligation accessoire de surveillance lorsqu'un client déposait ses effets personnels dans un établissement¹⁰, les tenanciers peuvent librement

¹ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 830.

² *Contra*, P. Puig, « L'obligation de garde accessoire du contrat d'entreprise », *RDC* 2008, p. 402, spéc. p. 408.

³ Art. 1952 Code civil.

⁴ Cette assimilation s'expliquerait historiquement, selon Troplong, par l'idée que le voyageur ne peut pas toujours choisir son hôtelier. Cf. P.-H. Antonmattei, J. Raynard, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013, n° 542 ; J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, *Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 3^e éd., 2012, n° 33514.

⁵ En ce sens, R. de Quenaudon, Ph. Schultz, « Dépôt, Obligations du déposant, Garanties du dépositaire », *J.-Cl. Civil*, art. 1949 à 1954, spéc. n° 29.

⁶ Art. 1950 Code civil.

⁷ Cass. civ. 1^{re}, 11 mars 1969, *Bull. I* n° 106.

⁸ Cass. civ. 1^{re}, 8 février 2005, pourvoi n° 01-16492, *Bull. I* n° 67.

⁹ Seul le dépôt hospitalier a fait l'objet d'une réglementation par la loi du 6 juillet 1992, codifiée dans le Code de la santé publique aux articles L. 1113-1 et suivants. La logique est ici respectée : le patient hospitalisé est « logé », et ses effets personnels doivent donc bénéficier d'un traitement particulier. La responsabilité de l'hôpital est limitée, et le régime prévu est, comme pour le dépôt hôtelier, d'ordre public (art. L. 1113-9 Code de la santé publique). Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont donc également prohibées dans le Code de la santé publique, afin de protéger le patient, qui est par définition en état de faiblesse. Cette législation, assez récente, a mis fin à la jurisprudence peu heureuse qui refusait l'application du dépôt hôtelier aux patients des cliniques, malgré la proximité des deux types d'établissements. Le doyen Carbonnier l'avait fort joliment souligné : « entre l'hôtel et l'hôpital, il n'y a d'ailleurs jamais eu d'abîme, ainsi que le montre l'étymologie, et c'est dans l'annexe d'une hôtellerie que semble avoir eu lieu l'accouchement le plus chanté » : J. Carbonnier, obs. sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1957, *RTD civ.* 1958, p. 273.

¹⁰ Par exemple, pour un restaurateur : Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1975, pourvoi n° 74-12493, *Bull. I* n° 333, *RTD civ.* 1976, p. 369, obs. G. Cornu ; pour un garagiste : civ. 1^{re}, 11 juillet 1984, pourvoi n° 83-13754, *Bull. I* n° 230 ou civ. 1^{re}, 7 juillet 1992, pourvoi n° 91-10259, *Bull. I* n° 222. Et pour un salon de beauté : Cass. civ. 1^{re}, 8 février 2005, pourvoi n° 01-16492, *Bull. I* n° 67, *Deffrénois* 2005, n° 15, p. 1233, note critique R. Libchaber. Toutefois, dans cet arrêt, l'obligation de surveillance n'est pas caractérisée par les juges. L'affaire ne s'est d'ailleurs pas arrêtée là. La cour d'appel de renvoi a retenu que la cliente ne prouvait pas l'existence d'un contrat de dépôt ; arrêt cassé par la Cour de cassation (Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2007, pourvoi n° 06-21650), au motif que la cour d'appel n'avait pas répondu aux conclusions

prévoir une clause de non-obligation, afin de préciser qu'ils n'entendent pas endosser la qualité de dépositaire lorsqu'ils proposent un vestiaire à leurs clients¹.

D'autre part, la particularité du dépôt hôtelier a rendu nécessaire l'harmonisation de son régime sur le plan européen. La convention adoptée par le Conseil de l'Europe le 17 décembre 1962 à Paris impose des règles de responsabilité pour l'hôtelier quant aux objets apportés par les voyageurs. Le Code civil est alors modifié afin de tenir compte de cette nouvelle convention, qui prévoit des limitations de responsabilité, et surtout un régime impératif.

2) *L'exclusion des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*

155. *Un texte international à l'origine du caractère impératif de la loi.* La Convention de Paris de 1962 affirme, dans un objectif affiché d'unification des différents droits nationaux, que « toute déclaration ou convention visant à exclure ou à limiter par avance la responsabilité de l'hôtelier est nulle et sans effet »². Les règles de responsabilité qu'elle prévoit sont donc impératives. Le Code civil reprend ce caractère d'ordre public à l'article 1953 : aucun aménagement de la responsabilité de l'hôtelier n'est autorisé³. Le Code civil ne prévoit pas pour autant une responsabilité totalement illimitée.

156. *Un régime légal équilibré.* Lorsque le voyageur dépose ses effets personnels entre les mains de l'hôtelier, la responsabilité de ce dernier est illimitée. Cependant, un autre régime est dédié aux objets restés dans la chambre. Dans cette hypothèse, la loi pose une limite, égale à cent fois le prix d'une nuitée.

cherchant à caractériser une obligation accessoire de sécurité à la charge du salon. Enfin, la cour d'appel de renvoi (CA Versailles, 31 octobre 2008, n° 07/07912) a finalement débouté la cliente, au motif qu'il n'existait pas, au regard des usages et de la loi, d'obligation accessoire « d'assurer la garde et de veiller à la sécurité des bijoux de leur clientèle » à la charge du salon de coiffure-manucure.

¹ Une nuance doit toutefois être apportée. Tant que le dépôt s'analyse comme une obligation accessoire à la prestation principale du professionnel, la clause de non-obligation est parfaitement valable. En revanche, quand le dépôt constitue un contrat autonome, une affiche prévoyant que « la maison décline toute responsabilité » ne peut supprimer totalement l'obligation de surveillance du dépositaire, obligation essentielle du contrat. Il s'agit en réalité d'une clause exonératoire de responsabilité, qui répond donc aux règles classiques de validité de ce type de clauses. V. Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 7^e éd., 2014, n° 892. Le départ entre ces deux qualifications peut être opéré selon un critère simple, celui de l'onérosité du dépôt. Lorsque le vestiaire est payant, comme par exemple dans une discothèque, il constitue un véritable contrat, et diffère ainsi du service proposé à titre gracieux, créant une simple obligation accessoire à la prestation principale de restauration par exemple.

² Annexe, art. 6 de la Convention sur la responsabilité des hôteliers quant aux objets apportés par les voyageurs du 17 décembre 1962.

³ Le plafond légal n'est cependant pas intangible, il peut être écarté par la preuve d'une faute de l'hôtelier. Cf. *infra* n° 613.

Cette distinction se justifie à la fois par l'idée de prévisibilité réduite du dommage lorsque l'hôtelier n'a pas vu les objets déposés dans la chambre, et de leur surveillance moins aisée par rapport à un dépôt entre ses mains. Elle permet en outre d'équilibrer le régime de la responsabilité de l'hôtelier, qui serait sinon excessivement lourd.

157. *L'idée sous-jacente de protection du client.* La présence d'une limite à laquelle les contractants ne peuvent déroger à la baisse permet de faire apparaître la motivation du législateur. Au-delà de l'harmonisation des droits, l'hôtelier ne peut imposer à son cocontractant une réparation trop basse, et encore moins une absence totale de dommages-intérêts. En effet, les contrats d'hôtellerie sont des contrats d'adhésion ; l'hôtelier se retrouve donc en position de supériorité par rapport au client, qui n'a parfois même pas pu choisir l'établissement dans lequel il allait passer la nuit. En prohibant les clauses exonératoires et les clauses limitatives de réparation dérisoires, le législateur protège le voyageur. La responsabilité de l'hôtelier n'est pour autant pas illimitée, sauf s'il a reçu les objets entre ses mains. Ce plafond légal permet de rééquilibrer la lourde responsabilité qui pèse sur lui. Du reste, cette limite, fixée en fonction du prix de location de la chambre, présente un double avantage. Elle permet d'échapper à l'érosion monétaire à laquelle est exposée une limite chiffrée, et de s'adapter aux dommages subis. En effet, les clients qui choisissent un hôtel luxueux seront plus fréquemment en possession d'objets de grande valeur, comme des bijoux notamment, et donc obtiendront une indemnisation proche de leur préjudice.

En outre, la protection du client, illustrée par le régime strict de responsabilité mis à la charge de l'hôtelier, se révèle également par la nature de la responsabilité de l'hôtelier. En cas de vol ou de détérioration des effets personnels des voyageurs qui s'arrêtent dans son établissement, pèse sur lui une responsabilité de plein droit¹. Techniquement, il s'agit d'une responsabilité contractuelle du fait d'autrui étendue. En effet, l'hôtelier est responsable tant du dommage causé par ses préposés, que par des « tiers allant et venant dans l'hôtel »². La responsabilité contractuelle du fait d'autrui nécessite habituellement la condition d'introduction volontaire du tiers dans l'exécution du contrat ; or, cette condition n'est pas remplie lorsque l'auteur du dommage est un tiers circulant dans l'hôtel³.

¹ Tous les effets personnels, y compris le véhicule du client, sont concernés, excepté les animaux vivants, selon l'article 1954 al. 3 du Code civil.

² Art. 1953 Code civil.

³ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 832.

L'absence de cette condition permet d'alourdir la responsabilité de l'hôtelier, et ainsi de contrebalancer la difficulté à prouver la matérialité des objets disparus¹.

Cette lourde responsabilité, conjuguée à l'absence de liberté contractuelle, fait apparaître l'idée de protection du client, à qui les termes du contrat d'hôtellerie sont imposés. Pourtant, il arrive encore de voir des pancartes précisant que « la maison décline toute responsabilité en cas de vol ». S'agit-il d'une résistance de la pratique, ou bien une autre analyse peut-elle être menée ?

3) L'apparente survivance de clauses exonératoires de responsabilité dans les hôtels

158. Difficulté de qualification. Des affiches, pancartes, dans les hôtels, affirmant que « l'établissement décline toute responsabilité en cas de vol » dans un cas spécifique, comme par exemple le fait de n'avoir pas déposé ses objets de valeur dans le coffre de l'hôtel², sont apposées dans nombre d'établissements. Comment analyser de telles clauses ? La question sous-jacente est de savoir si ces clauses, assez courantes en pratique, peuvent être validées³. Plusieurs propositions ont pu être avancées : il pourrait s'agir d'une clause relative à la responsabilité de l'hôtelier (a), ou bien d'un comportement dicté au client (b). Après avoir passé en revue ces différentes possibilités, et vérifié, lorsque la qualification pouvait s'appliquer à la situation en question, sa validité, il faudra trancher (c).

a) Une clause relative à la responsabilité de l'hôtelier ?

159. La pancarte affirmant que l'hôtelier n'est pas responsable en cas de vol pourrait être analysée comme une clause relative à la responsabilité de l'hôtelier, de manière directe (i) ou indirecte (ii).

¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 2012, pourvoi n° 11-21271.

² Coffre de l'hôtel, qui ne doit pas être confondu avec les petits coffres présents dans les chambres.

³ L'idée n'est pas de vouloir à tout prix valider ces clauses, mais simplement de savoir si elles sont valables, et donc opposables au client. Il faut donc vérifier si une théorie pourrait permettre de les justifier.

i. Une clause exonératoire de responsabilité relative à une obligation de sécurité ?

160. Idée : l'hôtelier, parfois gardien, toujours débiteur d'une obligation de sécurité.

Tout d'abord, il a pu être soutenu que ces clauses étaient bien des clauses exonératoires de responsabilité, mais qu'elles ne portaient pas sur l'obligation principale de l'hôtelier dépositaire. Un arrêt en date du 27 janvier 1982 applique cette idée ; M. Larroumet l'éclaire par un raisonnement séduisant¹. La garde est une notion exclusive. Lorsque le client peut surveiller ses effets, par exemple lorsqu'il est dans la chambre, il faut considérer qu'il en a la garde, et par conséquent l'hôtelier est déchargé de toute responsabilité issue des articles 1953 et suivants du Code civil. Toutefois, ce dernier est aussi débiteur d'une obligation de sécurité relative à la personne et aux biens du client. Cette obligation de sécurité se confond avec l'obligation de surveillance lorsque l'hôtelier est reconnu gardien. Mais lorsqu'il perd cette qualité, le client étant gardien, une obligation de sécurité relative aux biens subsiste à la charge de l'hôtelier. Cette obligation ne relève pas du régime spécial prévu dans le Code civil ; l'hôtelier peut donc s'en exonérer partiellement ou totalement.

161. Les failles du raisonnement. Ce raisonnement, bien que fort ingénieux, ne convainc pas. Le Code civil précise bien que les aubergistes ou hôteliers répondent, « comme dépositaires », des effets apportés dans leur établissement. Cette expression signifie donc que les hôteliers sont assimilés à des dépositaires, même s'ils ne répondent pas aux conditions d'application du dépôt². Concrètement, hors le cas où le voyageur a déposé ses effets entre les mains de l'hôtelier, ce dernier n'a techniquement pas la garde des biens, dans le sens où il ne peut véritablement les surveiller. Pour autant, il en est dépositaire. L'idée sous-jacente est de pousser les hôteliers à surveiller leur établissement, afin de garantir une certaine sécurité.

Dès lors, la distinction opérée selon la personne du gardien, l'hôtelier ou le client, n'est pas admissible. L'hôtelier est considéré comme gardien, parce que dépositaire, du moment où le voyageur introduit ses biens dans l'établissement, jusqu'à son départ. Cette idée est confortée par la lettre du code, qui fait peser sur l'hôtelier dépositaire une responsabilité en cas de vol ou détérioration dès l'entrée dans l'établissement.

Si l'hôtelier est considéré comme dépositaire, et donc gardien, pendant tout le séjour du voyageur dans son établissement, il est inutile de faire apparaître une obligation

¹ Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1982, pourvoi n° 80-16866, *Bull.* I n° 49, *D.* 1982, IR, p. 359, obs. Ch. Larroumet.

² Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit. n° 901, A. Bénabent, *Les contrats spéciaux civils*

de sécurité relative aux biens distincte de la garde¹, celle-là englobant, dans l'obligation de surveillance, l'idée d'une obligation de sécurité. Ces deux obligations étant confondues, l'hôtelier n'a aucun intérêt à s'exonérer de la responsabilité découlant de l'inexécution de l'obligation de sécurité, car il sera toujours tenu de sa responsabilité en tant que dépositaire.

En conclusion, les clauses affichées dans les chambres ne peuvent donc être considérées, pour être validées, comme des clauses exclusives de responsabilité relative à une obligation de sécurité.

ii. Une clause de non-obligation ?

162. Parallèle avec les dépôts accessoires. À l'instar des pancartes qui se trouvent dans les vestiaires de restaurants, cette clause ne serait pas une clause exonératoire de responsabilité, mais une clause de non-obligation. L'hôtelier écarterait donc son obligation de surveillance pour les objets laissés dans les chambres. Cette analyse est possible car, comme il a été vu précédemment, le dépôt hôtelier n'est pas un contrat de dépôt autonome mais bien accessoire au contrat d'hôtellerie².

163. La validité de la clause rejetée. Cependant, s'il est vrai qu'une telle clause de non-obligation est valable dans les contrats de restauration par exemple, ceux-ci ne font pas l'objet d'une responsabilité spéciale et d'ordre public prévue par le Code civil comme le dépôt hôtelier. Or, dans ce domaine, les clauses exonératoires de responsabilité sont interdites. Une clause de non-obligation revient, indirectement, à se soustraire à sa responsabilité. Ainsi, dire que la pancarte est une clause de non-obligation, et non une clause exonératoire de responsabilité, afin de la valider, relèverait d'un raisonnement hypocrite, un jeu sur les qualifications pour contourner l'interdiction légale. L'objet de la loi, sa *ratio legis*, est de rendre l'hôtelier responsable en cas de vol dans son établissement ;

et commerciaux, Montchrestien, 11^e éd., 2015, n° 799.

¹ Dans cette hypothèse, l'existence même d'une telle obligation de sécurité relative aux biens est contestable. En effet, si l'obligation de sécurité, implicitement affirmée par l'arrêt du 27 janvier 1982 (comme le souligne Ch. Larroumet, obs. préc., *D.* 1982, IR, p. 359), se conçoit tout à fait pour les personnes, il en va différemment pour les biens. Il est assez délicat d'affirmer l'existence d'une obligation de sécurité à l'égard des biens, alors que celle-ci n'aurait été découverte qu'implicitement par la jurisprudence.

² Cf. *supra*, n° 152.

il ne peut s'en dégager en décidant de renier l'obligation, même accessoire, qui lui est imposée par la loi.

Un deuxième obstacle apparaît, tenant à la condition de connaissance de la clause. Pour être valable, une clause doit être entrée dans le champ contractuel, et donc avoir été connue du contractant au moment de la conclusion du contrat. Or, si le panneau précisant l'exonération de responsabilité de l'établissement se trouve seulement dans la chambre, le client n'en aura eu connaissance qu'après avoir contracté.

Si la qualification de clause de non-obligation est envisageable, elle ne passe pas le test de la validité, dans la mesure où l'hôtelier ne peut décider de se soustraire à ses obligations de dépositaire d'ordre public ; en outre, l'absence de connaissance du client au moment de la conclusion du contrat constitue un second obstacle à sa validité.

En définitive, l'affichette annonçant que l'établissement décline toute responsabilité ne peut être validée si elle est analysée comme une clause relative, directement ou indirectement, à la responsabilité de l'aubergiste. Elle pourrait en revanche constituer une indication sur le comportement à adopter par le client.

b) Un comportement dicté au client ?

164. La pancarte pourrait également être vue comme un moyen de prévenir le client des risques de vol en déterminant le comportement à adopter. Elle pourrait alors être analysée comme une obligation (i), mais comme l'hôtelier ne peut véritablement imposer la conduite à suivre, la notion d'incombance apparaît plus adéquate (ii).

i. Une obligation à la charge du client ?

165. *L'obligation de dépôt entre les mains de l'hôtelier.* Une thèse a été émise : la clause prévoyant d'éluder la responsabilité de l'hôtelier si le client ne dépose pas ses effets de valeur dans le coffre de l'établissement aurait en réalité pour but de définir une obligation à la charge du client¹. Celui-ci serait obligé de déposer ses biens précieux dans un lieu sûr précisé par la clause. À défaut, en cas de vol ou de détérioration, une faute pourra être invoquée à son encontre, et ainsi exonérer l'hôtelier de sa responsabilité.

¹ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 832.

Cette analyse a été adoptée, semble-t-il, par plusieurs arrêts¹. Ainsi, l'obligation imposée au client par la pancarte aurait pour seul but de définir la faute de la victime en cas de vol ou de détérioration de ses biens². Cette faute, en application d'une jurisprudence constante issue du droit commun de la responsabilité civile, a pour effet d'exonérer totalement ou partiellement l'hôtelier. Par conséquent, cette clause aurait indirectement pour objet de limiter la responsabilité, et serait licite.

166. *Le rejet de l'analyse.* Toutefois, une difficulté surgit avec cette analyse. En effet, quel est le véritable contenu de cette obligation ? Il ne peut s'agir, comme la lettre pourrait le laisser croire, d'une obligation à la charge du client de déposer ses biens précieux dans le coffre de l'établissement. Comme le relève l'arrêt du 27 janvier 1982, cette clause ne doit pas obliger les clients de l'hôtel à ne pas conserver de bijoux sur eux. Dès lors, s'il s'agit simplement d'un conseil, la qualification d'obligation semble erronée³.

Un concept venu de Suisse s'adapterait peut-être mieux à la clause : il pourrait s'agir d'une incombance.

ii. Une incombance ?

167. *Un comportement dicté pour conserver un avantage.* L'incombance est un comportement dicté par voie conventionnelle ou légale⁴, « dont l'inobservation expose son auteur non à une condamnation, mais à la perte des avantages attachés à l'accomplissement de ce devoir »⁵. Ce sont de simples devoirs, et non des obligations contractuelles ; leur exécution ne peut être forcée⁶. La seule sanction est la perte d'un avantage, le plus souvent, la déchéance d'un droit⁷.

La définition de l'incombance semble taillée pour la clause en question : si l'on reprend l'exemple de la pancarte qui prévient le client que l'hôtelier décline toute responsabilité pour les objets de valeur qui n'ont pas été déposés dans les coffres de

¹ Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1982, pourvoi n° 80-16866, *op. cit.*; Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2012, pourvoi n° 11-18450.

² Cass. civ. 1^{re}, 12 juin 2012, *op. cit.* : Les juges devaient se prononcer sur la valeur d'une affiche dans la chambre « invitant les clients à ne conserver dans les coffres des chambres que des valeurs inférieures à 22 400 euros ». La Cour de cassation confirme la solution de la Cour d'appel, qui retient une faute des clients pour ne s'être pas « conformés aux consignes de sécurité ». V. aussi, P. Durand, thèse préc., n° 79 p. 204

³ La qualification d'obligation à la charge du client pourrait en revanche être retenue pour une clause contenue dans un contrat de coffre-fort, qui interdit au client de déposer des valeurs supérieures à une certaine somme : Ph. Delebecque, note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, *D.* 1989 p. 349, spéc. p. 351.

⁴ F. Luxembourg, *La déchéance des droits - Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas, 2008, n° 128. Sur la notion, V. aussi B. Freleteau, *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse Bordeaux, 2015.

⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° incombance.

⁶ M. Séjean, *La bilatéralisation du cautionnement ?*, préf. D. Houtcieff, L.G.D.J., 2011, n° 275 p. 250.

⁷ Th. Genicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, L.G.D.J., 2007, n° 305 p. 224.

l'établissement, il s'agit bien d'un comportement dicté conventionnellement, dont l'exécution ne peut être forcée. Son inobservation entraînera la déchéance du droit de recours contre l'hôtelier. Par conséquent, la qualification d'incombance apparaît comme étant la plus proche de la réalité.

168. La validité de l'incombance rejetée. Néanmoins, les obstacles rencontrés pour la validation de la clause de non-obligation surgissent à nouveau. Tout d'abord, le caractère d'ordre public de la loi s'accorde mal avec l'idée d'ajouter une nouvelle cause d'exonération pour l'hôtelier. Aujourd'hui, il lui faut prouver un cas de force majeure, un vice de la chose, ou une faute très grave de la victime. Grâce à cette incombance, il s'exonérerait de sa responsabilité si le client ne se conforme pas au comportement imposé. Une telle prérogative pour l'hôtelier semble difficile à admettre.

En outre, se pose là encore le problème plus général de l'acceptation d'une telle clause. Le client la découvre en arrivant dans la chambre, c'est-à-dire après avoir conclu le contrat. Encore faut-il seulement qu'il la remarque. Dans tous les cas, elle n'a pas pu entrer dans le champ contractuel.

Ainsi, comme pour la clause de non-obligation, si l'analyse pourrait permettre d'opter pour la qualification d'incombance, sa validité se heurte au double obstacle de la connaissance de la clause et du caractère d'ordre public de la loi.

c) Conclusion de l'analyse

169. La clause, un indice pour déterminer la faute du client. Finalement, seules les notions de clause de non-obligation et d'incombance pourraient être retenues, mais aucune ne permettrait de valider la clause en question. En revanche, des enseignements peuvent être déduits de toute cette analyse, notamment de l'incombance. On peut dire que la clause propose en réalité un comportement à suivre. Toutefois, si le client ne s'y conforme pas, il ne se verra pas sanctionné par une déchéance du droit au recours contre l'hôtelier, mais une faute risque de lui être reprochée. La clause, sans être une obligation au sens technique du terme, permet de dessiner les contours de la faute de la victime. Celle-ci aura pour effet d'exonérer l'hôtelier ; c'est donc par un raccourci risqué qu'il pense pouvoir déclinier toute responsabilité. En réalité, cette exonération ne saurait être automatique : il devra passer par la preuve de la faute de la victime, et vérifier qu'elle est d'une gravité telle qu'elle supprime totalement sa responsabilité.

Comprise ainsi, comme un indice de définition de la faute de la victime, la clause est parfaitement valable. Il n'est pas nécessaire qu'elle soit acceptée par le client, car il ne

s'agit pas d'une obligation, ni même d'une incombance. Finalement, elle n'a que pour objet d'indiquer, de manière préventive, le comportement que le client est invité à suivre pour obtenir une totale réparation en cas de vol ; il sait aussi ce qu'il risque s'il décide d'ignorer cette proposition.

170. Conclusion. En conclusion, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont bien interdites dans le dépôt hôtelier. La loi, en 1973, a porté une nouvelle atteinte au principe de validité des clauses relatives à la responsabilité du débiteur. Toutefois, cette interdiction n'empêche pas l'hôtelier de préciser à l'avance la faute de la victime, par le biais d'un panneau précisant le comportement à suivre dans l'établissement. Il faut toutefois noter que dans ce cas, la difficulté sera de prouver, en pratique, que malgré sa lettre (« la maison *décline toute responsabilité* ») la clause rédigée par l'hôtelier est bien relative à la faute de la victime, et non directement à sa responsabilité.

171. Le Code civil, tenant compte de la particularité du contrat de dépôt hôtelier, a prohibé les aménagements conventionnels de la responsabilité de l'aubergiste. Les textes ont toutefois prévu une limite de réparation pour les objets laissés dans les chambres, rééquilibrant ainsi le régime dans son ensemble. À l'inverse, les dispositions relatives à la garantie des vices cachés dans le droit de la construction imposent un système particulièrement strict aux constructeurs.

B. L'exclusion excessive de toute atténuation de la garantie des vices cachés dans le droit de la construction

172. De la liberté contractuelle dans le droit de la vente de 1804 aux régimes prohibitifs récents en droit de la construction. La garantie des vices cachés a été introduite dans le contrat de vente en 1804, aux articles 1641 et suivants du Code civil¹. Plus récemment, elle a été étendue aux contrats de construction d'immeubles, ainsi qu'aux ventes d'immeubles à construire. Si le régime de la garantie est similaire, le traitement légal des clauses qui pourraient la supprimer est en revanche très différent.

¹ Cf. *infra*, n^{os} 277 et s..

En effet, en 1804, les contractants sont considérés sur un pied d'égalité ; selon l'article 1643 du Code civil, le vendeur peut donc se délier de la garantie des vices cachés à l'avance, à condition qu'il n'ait pas connaissance du vice. La validité de la clause, conditionnée à la bonne foi du vendeur, ne fait que remplir les conditions de validité classiques des clauses exonératoires de responsabilité, qui sont nulles lorsqu'elles couvrent le dol du débiteur. En effet, le silence sur le vice de la chose par le vendeur peut être qualifié de dol contractuel¹. Deux voies peuvent être empruntées pour caractériser le dol. D'une part, la dissimulation par le vendeur du défaut de la chose peut caractériser l'inexécution volontaire de son obligation d'information, qui découle d'un devoir général de loyauté². D'autre part, elle peut aussi s'analyser en une inexécution délibérée de l'obligation de délivrer une chose non viciée. Dans les deux cas, il s'agit bien de l'inexécution volontaire d'une obligation contractuelle, constitutive d'un dol en application de la jurisprudence Société des comédiens français³. Par conséquent, le vendeur ne peut prévoir à l'avance de s'affranchir de la garantie d'un vice dont il a connaissance.

Par la suite, l'industrialisation de la société a fait naître un véritable déséquilibre entre les parties au contrat. Pour y remédier, la jurisprudence a réagi en interdisant les clauses prévues par un professionnel⁴, sauf lorsque les deux contractants sont de même spécialité⁵. Concrètement, les clauses de non-garantie des vices cachés sont, depuis le milieu du XX^{ème} siècle, presque systématiquement écartées si elles ont été stipulées par un professionnel.

Le législateur n'a pas cru bon d'intervenir dans le droit commun de la vente pour corriger cette jurisprudence extrême afin d'aboutir à des solutions plus équilibrées ou, à défaut, afin de mettre en accord la lettre du Code avec la réalité jurisprudentielle. En revanche, il a tenu compte de l'existence d'un déséquilibre entre les parties lorsqu'il a posé les règles de garantie des vices cachés en droit de la construction. Dans ces contrats, le législateur a interdit les clauses de non-garantie (2) pour protéger la partie faible. Il en ressort néanmoins des conséquences néfastes (3). Auparavant, quelques propos liminaires permettront d'établir que les clauses relatives à la garantie sont bien des clauses relatives à la responsabilité, et non des clauses relatives aux obligations (1).

¹ D'ailleurs, le dol visé ici se rapproche sensiblement de la réticence dolosive du droit commun des contrats. Le dol de l'article 1116 du Code civil, et celui de l'article 1150 ont une racine commune en droit romain, qui apparaît très nettement ici.

² Article 1602 Code civil ; F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit, n° 211.

³ Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, pourvoi n° 67-11387, *Bull.* I, n° 60, *D.* 1969 p. 601, note J. Mazeaud.

⁴ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1954, pourvoi n° 54-07171, *Bull.* I n° 338, *JCP G* 1955, II, 8565, note H. B., *GAJ Civ.*, T. II, n° 266 ; civ. 1^{re}, 19 janvier 1965, pourvoi n° 61-10952 *Bull.* I n° 52.

⁵ Cass. com. 8 octobre 1973, pourvoi n° 71-14322, *Bull.* IV n° 272, *JCP G* 1975, II, 17927, note J. Ghestin, *RTD civ.* 1975, p. 128, obs. G. Cornu, com. 23 juin 1992, pourvoi n° 90-15045, *CCC* 1992, comm. 120, note L. Leveneur.

1) *Propos liminaire : la nature de la clause de non-garantie*

173. *L'absence apparente de difficulté.* Le Code civil annonce que le vendeur « a deux obligations principales, celle de délivrer et celle de garantir la chose qu'il vend »¹. Dans le même sens, l'article 1646-1 dispose que « le vendeur d'un immeuble à construire est tenu, à compter de la réception des travaux, des obligations dont les architectes, entrepreneurs et autres personnes liées au maître de l'ouvrage par un contrat de louage d'ouvrage sont eux-mêmes tenus en application des articles 1792, 1792-1, 1792-2 et 1792-3 du présent code »². De prime abord, la nature de la clause de non-garantie ne semble guère poser de difficulté. L'objet de l'obligation en question est la garantie. Par conséquent, la clause qui a pour objet de supprimer la garantie est une clause de non-obligation.

Toutefois, cette assimilation des clauses de non-garantie à des clauses de non-obligation est rejetée par de nombreux auteurs³. Le cœur du débat réside dans l'acception de la notion de garantie. Partant, une autre analyse peut être menée.

174. *L'obligation de délivrer une chose ou un ouvrage exempt de vice.* L'objet de l'obligation du vendeur ou du constructeur serait non pas la garantie elle-même, mais la délivrance d'une chose ou d'un ouvrage dont la possession est paisible, et exempte de vice⁴. Dans ce cas, le vice de la chose s'analyse comme une inexécution de cette obligation, entraînant alors sa responsabilité⁵. Mais cette obligation est d'une nature particulière : il s'agit d'une obligation de résultat poussée à l'extrême, appelée obligation de garantie⁶. Son inexécution aboutit à la mise en jeu automatique de la responsabilité du débiteur⁷. Celui-ci ne peut s'exonérer par la preuve d'une cause étrangère¹, jouant ainsi un

¹ Art. 1604 Code civil. Nous soulignons. La garantie des vices cachés du droit commun de la vente présente des similitudes avec les garanties du droit de la construction, il est donc possible de s'appuyer sur cette garantie pour le raisonnement.

² Nous soulignons.

³ H. Mazeaud, « La responsabilité du vendeur-fabricant », *RTD civ.* 1955, p. 611, spéc. n° 19 ; Ph. Malinvaud, « La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose », *JCP G* 1968, I, 2153 ; B. Starck, art. préc., *D.* 1974, chr. p. 157, n° 16.

⁴ B. Gross, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, thèse 1964, L.G.D.J., spéc. n° 101 p. 98-101 : L'obligation de garantie a pour but « la réalisation des résultats pratiques de la convention ». Elle comporte un aspect positif, qui consiste à assurer la jouissance paisible de la chose, et un aspect négatif, lorsqu'elle est inexécutée, entraînant des conséquences qui peuvent être très graves, sans égard à la bonne ou mauvaise foi du débiteur. « L'obligation de garantie n'a pas été prévue pour être violée mais, au contraire, pour être entièrement réalisée conformément aux vues des parties ». Cette thèse est reprise par P. Jourdain, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 303 spéc. p. 308.

⁵ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, M. de Juglart, *Leçons de droit civil, Principaux contrats : vente et échange*, Montchrestien, 7^e éd., 1987, n° 965 : « lorsque l'acheteur est évincé par le tiers, l'obligation de garantie qui [...] pesait sur le vendeur, tenu de faire écarter la prétention formulée par le tiers, se trouve *inexécutée* ».

⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 580.

⁷ Ph. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz, coll. Référence, 5^e éd., 2015-2016, n° 50.12.

rôle proche de l'assureur. Le vice s'apparente alors à un risque, supporté en principe par le vendeur. Cette responsabilité automatique est désignée par le terme de garantie.

Finalement, dans cette conception, l'objet de l'obligation est de délivrer une chose que l'acheteur peut utiliser², et si tel n'est pas le cas, l'inexécution entraîne automatiquement la responsabilité contractuelle du vendeur, prenant ainsi la forme d'une garantie. On retrouve bien l'idée de M. Gross, selon laquelle l'obligation de garantie est à double face : positivement, il s'agit d'une action définie, à savoir délivrer une chose exempte de vice, et négativement, l'inexécution de l'obligation entraîne la mise en jeu d'une responsabilité automatique, appelée garantie.

Les différentes garanties du droit de la construction confortent l'analyse. Si les garanties biennales et annales sont présentées dans le Code civil comme des garanties³, la garantie décennale est appelée responsabilité⁴. En effet, la preuve de la cause étrangère permet d'exonérer le constructeur pour tous les dommages qui rendent l'ouvrage impropre à sa destination. La présence d'une cause exonératoire fait obstacle à l'idée de garantie. Pour autant, ce système prévu à l'article 1792 du Code civil est appelé communément garantie décennale⁵, et elle relève d'un régime commun avec les autres garanties du constructeur, notamment quant à leur caractère impératif.

En définitive, les garanties sont bien des responsabilités poussées à l'extrême. Cette analyse permet d'en déduire la nature des clauses qui les suppriment.

175. Les clauses de non-garantie sont des clauses de non-responsabilité. En appliquant ce raisonnement, la clause qui a pour objet d'écartier la garantie permet en réalité d'exclure la responsabilité appelée garantie qui est en jeu en cas d'inexécution de l'obligation de délivrer une chose non viciée. Il s'agit donc bien d'une clause relative à la responsabilité.

Ainsi, la théorie selon laquelle les clauses relatives à la garantie du vendeur ou du constructeur sont des clauses relatives à la responsabilité apparaît plus convaincante, et doit être retenue. Une fois la nature des clauses de non-garantie déterminée, il faut désormais s'intéresser à leur encadrement par la loi.

¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, op. cit., n° 947. V. toutefois, Cass. com., 25 novembre 1997, pourvoi n° 95-14603, D. 1999, p. 16, note critique O. Tournafond : dans cet arrêt, la force majeure n'est pas retenue, mais évoquée par la Cour de cassation.

² Pothier, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, T. I, Debure (Paris), 1762, n° 202.

³ Art. 1792-3 et 1792-6 Code civil.

⁴ Art. 1792 al. 2 Code civil.

⁵ V. par ex., Ph. Malinvaud, *Droit de la construction*, Dalloz, coll. Action, 6^e éd., 2013, n° 475.50.

2) La prohibition systématique récente des clauses relatives à la garantie des constructeurs

176. Des garanties impératives à la charge du constructeur. Le constructeur d'un ouvrage est débiteur de différentes garanties. L'article 1792 du Code civil prévoit la responsabilité décennale du constructeur, pour tous les dommages qui compromettent la stabilité de l'ouvrage ou le rendent impropre à sa destination ; l'article 1792-3 du Code civil prévoit une véritable garantie biennale pour les dommages causés aux autres éléments d'équipement de l'ouvrage. Enfin l'article 1792-6 du même code met à la charge du constructeur une garantie de parfait achèvement pendant un an. Par ailleurs, le vendeur d'un immeuble à construire est assimilé au constructeur et doit donc les mêmes garanties¹.

Toutes ces garanties sont d'ordre public. Par conséquent, les clauses relatives à la garantie des vices cachés sont prohibées dans les contrats de construction d'immeubles², ainsi que, par renvoi, dans les ventes d'immeubles à construire³.

177. Justification. Cette tendance s'explique par la prise en compte de l'inégalité des contractants par le législateur, à partir de la fin des années 1960. Avant cette prise de conscience, la jurisprudence avait validé, dans certaines hypothèses, des clauses relatives à la garantie du constructeur. C'est ainsi que des clauses limitant le montant de la réparation due lors de la mise en jeu de la garantie décennale ont été approuvées⁴. En revanche elle écartait déjà les clauses d'exonération totale de garantie⁵.

À partir de 1967, avec la prohibition des clauses dans les contrats de vente d'immeuble à construire, le législateur protège la partie faible au contrat⁶. Il rend les systèmes de garantie impératifs, faisant ainsi obstacle à toute clause exonératoire ou limitative de garantie. Dans ces contrats relevant du droit de la construction, il existe une

¹ Art. 1646-1 Code civil.

² Art. 1792-5 Code civil.

³ Art. 1646-1 Code civil, art. L. 261-16 Code de la construction et de l'habitation.

⁴ Cass. civ. 3^e, 7 mai 1971, pourvoi n° 70-10477, *Bull.* III n° 285 : « Attendu que si, la garantie décennale des articles 1792 et 2270 du Code civil étant d'ordre public, une clause d'exonération de toute responsabilité de l'architecte ou de l'entrepreneur doit être considérée comme non écrite, doivent cependant être admises les clauses n'entraînant qu'une exonération partielle des constructeurs », dès lors doit être validée la clause « ne faisant que limiter la responsabilité de la société Ruberoid au coût de travaux ».

⁵ Cass. civ. 3^e, 22 mai 1969, *Bull.* III n° 411 : la clause « ne pouvait, en tout état de cause, être valablement invoquée comme clause d'irresponsabilité par le maître d'X... dans la mesure où elle aboutissait à le délier de ses obligations essentielles de surveillance des travaux de démolition et de reconstruction ». V. Ph. Malinvaud, *Droit de la construction*, *op. cit.*, n° 475.820.

⁶ Art. 12 de la loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, puis Art. 2 de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction. L'interdiction de stipuler des limitations de garantie ne visait expressément que les garanties biennale et décennale. L'article 2 de la loi 90-1129 du 19 décembre 1990 a étendu cette prohibition à la garantie de parfait achèvement en modifiant l'article 1792-5 du Code civil.

inégalité structurelle entre le constructeur d'une part, et, d'autre part le maître d'ouvrage, c'est-à-dire le client, ou l'acquéreur d'un immeuble¹. En effet, le constructeur sera toujours mieux informé des risques de vices cachés que celui qui reçoit l'ouvrage. Sa supériorité technique est source d'une asymétrie objective dans sa relation avec le cocontractant, qui appelle la protection de la partie faible. Le constructeur ne peut donc se décharger des garanties légales prévues par la loi.

Le caractère impératif des nouvelles garanties des vices cachés, emportant l'interdiction des clauses de non-garantie, permet une protection de la partie faible. Néanmoins, il présente aussi un effet négatif.

3) *Conséquences problématiques*

178. La protection au détriment de la prévision. Cette rigidité a été source de difficultés. En effet, la protection de la partie faible, avec l'interdiction des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, s'organise au détriment de la prévisibilité du contrat pour l'autre partie. Car contrairement au droit des transports et au contrat de dépôt, la loi ne fixe aucune limite, notamment en raison de la complexité à prévoir un tel plafond pour une garantie des vices cachés.

Certains corps de métiers se sont retrouvés face à de véritables difficultés pratiques. Ainsi, le constructeur est obligé de s'assurer. Or, en raison du caractère illimité de sa responsabilité, la police d'assurance ne pouvait comporter de plafond de garantie². Cette solution risquait d'entraîner, pour de très grands chantiers, ou très innovants, la mise en péril de l'assureur³. Finalement, un plafond a été admis, uniquement pour la construction d'ouvrages destinés à un usage autre que l'habitation, par la loi du 30 décembre 2006⁴. Ce plafond ne peut toutefois être inférieur au montant total de construction, ou à 150 millions d'euros lorsque le coût de construction dépasse ce montant⁵. Cette autorisation exceptionnelle des clauses limitatives de garantie est justifiée par les circonstances particulières de la matière, et permet de débloquent les situations les plus problématiques.

¹ G. Viney, « Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs », *RDI* 1982, 319, spéc. n° 2.

² Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992, pourvois n°s 89-18923 et 89-18939, *Bull.* I n° 151, *D.* 1992, p. 469, note Ph. Dubois : la Cour de cassation invalide donc la clause limitative de garantie prévue dans la police d'assurance, « contraire à la finalité de ce type de garantie obligatoire ».

³ L. Leveneur, « Regards sur les limitations de responsabilité : d'étonnants paradoxes du droit privé à la lumière du droit public », in *Mélanges E. Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 255, spéc. p. 263.

⁴ Art. L. 243-9 Code des assurances.

⁵ Art. R. 243-9 Code des assurances, issu du Décret n° 2008-1466 du 22 décembre 2008.

179. Conclusion du paragraphe. Ainsi, la prise en compte du déséquilibre structurel présent entre le constructeur et le maître d'ouvrage a abouti à la prohibition totale des clauses limitatives ou exonératoires de garantie. L'absence de distinction entre les deux types de clauses a soulevé des difficultés, notamment relatives à l'assurance. Ces conséquences font apparaître la nécessité d'adopter un régime plus souple pour les clauses limitatives de responsabilité, au risque sinon de paralyser le système.

180. Conclusion de la sous-section. Au cours de ces développements, nous avons pu voir au sein des différents droits spéciaux se profiler un mouvement commun d'encadrement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, précisément lorsqu'un déséquilibre existe entre les parties. Le législateur adopte une position sinon identique, du moins similaire, dans les contrats de transport, le dépôt hôtelier, ou encore le domaine de la construction. Dans ces matières, les atteintes au principe de validité des clauses de la responsabilité restent circonscrites à un type donné de contrat. Toutefois, le législateur a été plus loin, en décidant de restreindre la liberté contractuelle dans des pans entiers du droit civil, portant ainsi des atteintes de grande envergure au principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Sous-section 2 : Les atteintes de grande envergure au principe de validité des clauses relatives à la responsabilité

181. Jusqu'aux années 1970, les atteintes légales au principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ont été apportées par touches, dans certains domaines spéciaux, afin de réglementer des contrats déterminés. Mais la prise de conscience du législateur de l'inégalité profonde qui régnait dans les contrats de consommation a entraîné une réaction d'une autre dimension. En décidant de réglementer les clauses relatives à la responsabilité en fonction de la nature des contractants, et non plus du type de contrat, le législateur a porté des atteintes bien plus importantes au principe initial de validité. Il a d'abord commencé par le domaine qui lui paraissait le plus urgent, à savoir le droit de la consommation (§1). Puis, constatant de graves déséquilibres dans le domaine de la grande distribution, il a étendu son champ d'action au droit de la concurrence (§2). Continuant sur sa lancée, mû par un désir de justice contractuelle universelle, il s'attaque désormais au Code civil, berceau du droit commun des contrats (§3).

§1. Le rejet absolu en droit de la consommation en raison du déséquilibre structurel entre les contractants

182. Le droit positif rejette toutes les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats de consommation, pour supprimer à la racine le moindre risque de déséquilibre contractuel. Seulement justifiée par le déséquilibre structurel entre les parties, cette solution paraît excessive, et devrait être révisée. Le rejet est donc absolu en droit positif (I) ; en revanche, le droit prospectif permet d'entrevoir des solutions plus nuancées (II).

I. Le rejet absolu en droit positif

183. L'atteinte au principe de validité des clauses relatives à la responsabilité est, en droit de la consommation, particulièrement vive. En effet, le rejet aveugle des clauses ne laisse plus aucune place à la liberté contractuelle. Une telle prise de position s'explique par la profonde inégalité existant entre les contractants. Le droit de la consommation trouve en effet sa raison d'être dans le déséquilibre structurel entre les parties contractantes (A). Fort de ce postulat, le Code de la consommation interdit donc systématiquement toutes les clauses relatives à la responsabilité, sans distinguer entre les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Extrême, cette mesure est critiquable (B). En outre, elle apparaît en grand décalage avec la pratique qui, par ignorance ou malice, fait fi de ces interdictions (C).

A. Le déséquilibre structurel, raison d'être du droit de la consommation

184. Les acteurs du droit de la consommation sont de deux sortes : il y a d'un côté les professionnels, partie forte, et de l'autre côté les consommateurs, partie faible. Cette différenciation est à l'origine du droit de la consommation ; c'est parce que les deux parties au contrat ne sont pas sur un pied d'égalité qu'il a été nécessaire de construire un système de protection pour celui qui ne peut se défendre seul. Avant d'étudier le déséquilibre structurel, à l'origine du droit de la consommation, et plus particulièrement du refoulement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (2), il faut identifier ces deux acteurs (1).

1) Identification des acteurs du droit de la consommation

185. Si le professionnel, débiteur de la protection consumériste, est aisé à identifier (a), la définition du créancier de cette protection est plus délicate à délimiter, en raison des extensions proposées – ou supposées – du Code de la consommation (b).

a) Le débiteur de la protection

186. Définition du professionnel. Le débiteur de la protection offerte par le droit de la consommation est, selon les divers textes du Code de la consommation, le professionnel. La définition du professionnel précisée par la directive européenne adoptée le 25 octobre 2011, a été reprise par la doctrine¹, et consacrée récemment à l'article liminaire du Code de la consommation². Le professionnel désigne « toute personne physique ou morale, publique ou privée, qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole, y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel ». L'activité professionnelle s'entend de l'activité habituelle qu'exerce la personne ; elle agit le plus souvent dans un but lucratif³.

Face à lui se trouve le créancier de la protection prévue par le droit de la consommation.

b) Le créancier de la protection

187. Définition légale du consommateur. Depuis la loi du 17 mars 2014, le Code de la consommation est enfin doté d'une définition du consommateur. Le législateur a choisi une définition négative : « on entend par consommateur toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole »⁴. Positivement, il s'agit donc d'une personne physique, qui agit pour ses besoins personnels ou familiaux. C'est ainsi que, comme l'avait souligné Kennedy en 1962, nous sommes tous consommateurs, notamment pour les actes de la vie courante⁵.

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° professionnel, sens n° 2 ; J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2010, n° 4.

² Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du Code de la consommation.

³ C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n^{os} 19 et s..

⁴ Article liminaire du Code de la consommation.

⁵ Cité par C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n° 57.

Le consommateur est la partie faible du contrat, il est souvent ignorant de ses droits et dans l'impossibilité de négocier le contrat. Or, il existe des professionnels qui se trouvent dans un état de faiblesse comparable à celui d'un consommateur. Peuvent-ils alors bénéficier de la même protection ? Certains textes consuméristes ont été étendus aux non-professionnels, ainsi qu'aux contrats conclus « sans rapport direct avec la profession » du contractant. Qui sont véritablement ces personnes protégées ?

188. *Le non-professionnel.* Née de la plume du législateur en 1978 dans la lutte contre les clauses abusives¹, l'expression de « non-professionnel » a été utilisée dans divers systèmes de protection de la partie faible du droit de la consommation. Aujourd'hui, sa définition est – enfin – précisée dans le Code de la consommation, après avoir fait l'objet de débats passionnés en doctrine et dans la jurisprudence.

Au vu des travaux parlementaires de la loi de 1978, cette notion avait été gardée au côté de celle de consommateur afin de protéger un professionnel personne physique qui se trouvait dans une situation « exactement semblable à celle des consommateurs », lorsqu'il contractait dans un domaine étranger à sa spécialité, pour la gestion courante de son entreprise².

Néanmoins, contrairement à l'esprit du législateur, la Cour de cassation a invoqué cette notion de non-professionnel afin d'appliquer certaines règles du Code de la consommation à des personnes morales...non professionnelles³. Cette solution a été tout récemment consacrée dans le Code de la consommation⁴. Les « petits professionnels » n'ont pas pu bénéficier de la protection consumériste par ce biais. Une autre voie a dès lors été envisagée.

189. *Le contrat conclu « sans rapport direct » avec la profession du cocontractant.* Cette expression provient de la loi du 22 décembre 1972 sur le démarchage à domicile⁵, qui permettait l'application de ses dispositions aux professionnels lorsque le contrat conclu

¹ Article 35 de la loi 78-23 du 10 janvier 1978 dite *Scrivener* sur la protection et l'information des consommateurs de produits et services, codifié à l'article L. 132-1 Code de la consommation, devenu l'article L. 212-1 au 1^{er} juillet 2016 en application de l'ordonnance du 14 mars 2016.

² G. Cornu, sénateur, rapport n° 111 (2007-2008), fait au nom de la commission des affaires économiques, déposé le 5 décembre 2007, p. 98. Dans le même sens, A. Fosset, rapporteur, séance du 15 novembre 1994, *JO Débats parlementaires*, Sénat, p. 5566.

³ Cass. civ. 1^{re}, 15 mars 2005, pourvoi n° 02-13285, *Bull.* I n° 135 ; civ. 1^{re}, 23 juin 2011, pourvoi n° 10-30645, *Bull.* I n° 122.

⁴ Article liminaire modifié par l'ordonnance du 14 mars 2016 : on entend par « non-professionnel : toute personne morale qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». Nous soulignons. Sur cette introduction, V. C.-M. Pégliion-Zika, « Les clauses abusives et la recodification du droit de la consommation », *D.* 2016, p. 1208.

⁵ Loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente

était sans « rapport direct » avec leur profession¹. Afin de bénéficier du dispositif de lutte contre les clauses abusives, de nombreux justiciables ont tenté d'invoquer l'absence de rapport direct du contrat avec leur profession pour faire tomber une clause injuste. Cette argumentation a été admise avec parcimonie par la Cour de cassation², qui établissait dans la très grande majorité des cas un rapport direct. Exemple manifeste, un rapport direct a pu être établi entre un contrat de téléphonie et la fabrication de bracelets en cuir³. Finalement, la conclusion s'est rapidement imposée : les professionnels ne pouvaient bénéficier des dispositions relatives aux clauses abusives par le biais du critère du rapport direct. Celui-ci était également presque systématiquement retenu pour le démarchage.

Fort de ce constat, le législateur a supprimé la notion. La loi du 17 mars 2014 a remplacé le rapport direct par le « champ de l'activité principale » du professionnel⁴. Cette nouvelle expression, qui consacre un critère matériel objectif⁵, risque d'être source de nouvelles difficultés, notamment pour en définir les frontières. En revanche, il s'agit de l'occasion idéale pour la jurisprudence d'abandonner la notion de rapport direct dans le domaine des clauses abusives⁶.

190. La nécessité de limiter le champ d'application du droit de la consommation aux consommateurs. Le rejet de cette tentative d'extension fait apparaître les fondements du droit de la consommation. À l'origine, le droit de la consommation a été conçu pour protéger ceux qui agissent pour leurs besoins personnels ou familiaux. Seulement, comme il a été très justement souligné, « par un phénomène classique inhérent aux législations de

à domicile.

¹ Art. 8 I. e) modifié par l'art. 15 de la loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, appelée loi Doubin. En 1972, le législateur refusait l'application de ses dispositions aux contrats proposés « pour les besoins » d'une activité professionnelle.

² Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, pourvoi n° 92-18227, *Bull.* I n° 54, *D.* 1995, p. 327, note G. Paisant : « Mais attendu que les dispositions de l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, devenu les articles L. 132-1 et L. 133-1 du Code de la consommation et l'article 2 du décret du 24 mars 1978 ne s'appliquent pas aux contrats de fourniture de biens ou de services qui ont un rapport direct avec l'activité professionnelle exercée par le cocontractant ».

³ Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, pourvoi n° 94-18667, *Bull.* I n° 377, *CCC* 1997, comm. 12 note G. Raymond et comm. 23, note L. Leveneur. De même, il y a un rapport direct, entre un contrat de location d'appareil de radiologie et un radiologue (Cass. com., 1^{er} juin 1999, pourvoi n° 96-20962), ou encore entre un contrat de vente d'un progiciel (logiciel spécialisé et multi-fonctions) et un expert-comptable (Cass. com. 14 mars 2000, pourvoi n° 97-16299). Il apparaît donc que dès que le contrat a été conclu dans le cadre de l'activité professionnelle, même s'il n'a aucun lien avec la spécialité du professionnel, le rapport direct sera établi.

⁴ Art. L. 121-16-1 III Code de la consommation, devenu l'article L. 221-3 depuis l'ordonnance du 14 mars 2016.

⁵ C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud, « Loi du 17 mars 2014, nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879, n° 5. Toutefois, la notion d'activité principale pourrait se rapprocher de la compétence du professionnel et être appréciée subjectivement. Il importe donc que les juges recherchent l'activité principale du professionnel par des moyens objectifs.

⁶ C. Aubert de Vincelles, N. Sauphanor-Brouillaud, art. préc., *D.* 2014, p. 879, n° 5.

protection, ceux qui en sont exclus cherchent à en bénéficier »¹. Or, en écho à l'adage « qui trop embrasse, mal étreint »², il apparaît nécessaire que le droit de la consommation se recentre sur son objet premier, à savoir le consommateur, personne physique agissant pour ses besoins particuliers, face au professionnel, au risque sinon de perdre en vigueur. Car c'est bien entre le professionnel et le consommateur qu'existe un déséquilibre structurel.

2) Présence d'un déséquilibre structurel entre les acteurs

191. La présence d'un déséquilibre entre le professionnel et le particulier, marginale lors de la rédaction du Code napoléonien, s'est révélée de plus en plus vivace au cours du XIX^{ème} siècle et tout au long du XX^{ème} siècle. En présence de ce déséquilibre structurel, issu de la nature même des parties, il fallait réagir. En germe dans le Code civil de 1804³, la protection du consommateur, partie faible au contrat, s'est organisée en France à partir des années 1970. C'est en réaction à l'apparition du déséquilibre structurel entre professionnel et particulier (a) qu'est né le droit de la consommation (b).

a) L'apparition du déséquilibre structurel entre les parties

192. L'industrialisation et la consommation de masse à l'origine du déséquilibre entre les parties. Alors que le Code civil est largement fondé sur la théorie de l'autonomie de la volonté⁴, partant de l'idée que les contractants sont sur un pied d'égalité, l'industrialisation de la société a fait peu à peu apparaître de grands déséquilibres entre les parties. En effet, d'un côté, les professionnels ont acquis une position de force, qui leur permettait de prévoir à l'avance les termes du contrat ; de l'autre, leurs cocontractants se sont retrouvés dans l'impossibilité de négocier et se sont vus imposer des clauses défavorables. Si ce mouvement a été visible dans toutes les branches du droit, il s'est révélé avec acuité dans le domaine de la consommation, c'est-à-dire lorsque le cocontractant du professionnel agit pour ses besoins personnels ou familiaux.

¹ N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 2013, n° 121.

² L. Leveneur, « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », CCC 1994, chr. 4, n° 5.

³ Art. 1110 et s. (futurs art. 1130 et s.), et surtout l'article 1602 du Code civil, qui prévoit une obligation d'information du vendeur à l'égard de l'acheteur. Certains auteurs relèvent une législation protectrice dès 1700 avant J-C, à Babylone, puis au cours de l'histoire, à Rome, au Moyen-Âge, et sous l'ancien régime, notamment par les sanctions réservées aux vendeurs de choses viciées. G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 3^e éd., 2015, n° 6. Il s'agit surtout d'une inspiration pour le droit récent de la consommation. Y. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 3^e éd., 2015, n° 1.

⁴ L'expression n'apparaît en revanche qu'à la fin du XIX^{ème} siècle : Cf. V. Ranouil, *L'Autonomie de la volonté* :

Au cours du XX^{ème} siècle, le développement fulgurant des contrats d'adhésion, dans ce domaine notamment, a aggravé la situation. En effet, bien que les contrats d'adhésion aient été nécessaires en raison de la consommation de masse, qui appelle la conclusion de contrats par milliers, ceux-ci étaient rédigés par le professionnel, souvent au détriment du consommateur¹. La multiplication de clauses abusives dans les contrats d'adhésion fut l'une des principales raisons qui ont poussé le législateur à réagir.

b) La naissance du droit de la consommation, lutte contre les déséquilibres

193. Création du droit de la consommation, en réaction à la faiblesse du consommateur. La réaction du législateur est passée par la prise de conscience de la faiblesse du consommateur, à l'origine du déséquilibre structurel qui existe dans sa relation avec le professionnel. Cette prise de conscience a débuté aux États-Unis dans les années 1960, suivie par la France quelques années plus tard. Ainsi, le développement de la grande distribution, de la consommation de masse, a fait naître un besoin de protection pour ceux qui sont à la fois « les rois et les esclaves » de la société consumériste².

194. Interventions régulières du législateur. Formellement, c'est par l'intervention du législateur que la protection du consommateur a vu le jour en France. De nombreuses lois ont été adoptées dans les années 1970, pour être ensuite regroupées dans le Code de la consommation en 1993. Ce code-compilation est régulièrement modifié, notamment par la transposition de nouvelles directives européennes.

En effet, le droit européen joue un rôle de plus en plus important dans le droit de la consommation. Toutefois, son approche est radicalement différente³ : tandis que le droit français a pour finalité la protection du consommateur, le droit européen cherche à unifier les différents droits nationaux afin de libérer la concurrence, et favoriser le marché intérieur⁴. Un niveau équivalent de protection du consommateur est donc nécessaire pour arriver à cette fin.

naissance et évolution d'un concept, PUF, 1980, n^{os} 17 et 70 et s..

¹ G. Berlioz, *Le contrat d'adhésion*, préf. B. Goldmann, L.G.D.J., 1973, n^o 17.

² J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2015, n^o 1, p. 2.

³ N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes*, *op. cit.*, n^o 2.

⁴ V. par ex., considérant n^o 2 de la directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, considérants 6 et 7 de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

Plusieurs méthodes ont été employées pour protéger le consommateur. Certaines sont préventives, comme l'information précontractuelle, les délais de réflexion et rétractation ; d'autres sont curatives, comme la suppression des clauses abusives dans le contrat. Toutes ont pour objet de rééquilibrer les relations entre le professionnel et le consommateur.

195. *Le déséquilibre au cœur du droit de la consommation.* Le droit de la consommation a pour finalité de rééquilibrer les relations entre professionnel et consommateur. Le déséquilibre structurel qui existe entre eux est la raison d'être de ce droit protecteur. Cette finalité de protection fait du droit de la consommation un droit fonctionnel¹.

Ce déséquilibre structurel provient de la supériorité tant économique et technique, que juridique du professionnel². De l'autre côté, pèse sur le consommateur une présomption irréfragable de faiblesse³. Si cette présomption correspond à la grande majorité des cas en pratique, elle protège aussi des consommateurs malins qui profitent du système. Ce postulat est un choix de politique législative, qui permet une meilleure protection de la partie faible, car elle ne peut être remise en cause. Sa généralité englobe nécessairement des cas limitrophes dont la légitimité pourrait être discutée ; mais c'est le prix d'une protection forte. Cette idée est confortée par le choix singulier du législateur, qui, au-delà des instructions de la directive de 1993, étend la lutte contre les clauses abusives aux contrats négociés. Bien que le déséquilibre structurel soit l'apanage du contrat d'adhésion, le législateur a décidé que même s'il négocie, le consommateur reste en position de faiblesse. Critiques, certains auteurs ont par conséquent qualifié le consommateur d' « incapable majeur »⁴. Il est certain que le législateur a cherché à établir un niveau de protection très élevé, au mépris, de temps en temps, d'un certain bon sens.

En tout état de cause, le déséquilibre structurel est présent par la seule nature des parties, et la preuve de l'absence de faiblesse du consommateur ne pourra jamais être apportée. La législation protectrice a donc un champ d'application très large.

¹ N. Sauphanor-Brouillaud, *Les contrats de consommation, Règles communes, op. cit.*, n° 92.

² J.-P. Gridel, « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », *D.* 1984 chr. XXV p. 153 : le professionnel « jouit d'une triple supériorité : *technique* dans la mesure où il est particulièrement apte à connaître les divers aspects de son produit ou service, *juridique* dans la mesure où, rompu à ce type de commerce, il connaît bien la portée pratique de telle stipulation, *économique* dans la mesure où certains secteurs sont pratiquement soumis à des monopoles ou oligopoles ».

³ J. Calais-Auloy, H. Temple, *Droit de la consommation, op. cit.*, n° 10-1.

⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, n° 424.

196. Une législation de grande envergure. Aujourd'hui, le droit de la consommation a choisi de protéger tous les consommateurs. Le fondement de cette protection est donc la seule nature des parties, à l'origine d'un déséquilibre structurel. Tous les types de contrats sont concernés, du moment qu'ils ont été conclus entre un consommateur et un professionnel. Le mode d'action du législateur change. Alors qu'il traitait habituellement les déséquilibres structurels au cas par cas, en fonction du contrat concerné, il interdit désormais certaines pratiques à grande échelle.

197. Synthèse. La prise de conscience du déséquilibre structurel existant entre le consommateur et le professionnel, issu du développement du contrat d'adhésion, a entraîné la création du droit de la consommation. Conçu pour les consommateurs et non pour les professionnels, même en état de faiblesse vis-à-vis de leur contractant, cet attirail législatif a pour objectif de protéger le consommateur, partie théoriquement et éternellement faible face au professionnel.

Or, cette idée de protection passe notamment par la lutte contre les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité au profit du professionnel. Différentes mesures ont été prises en ce sens. Particulièrement, elles sont interdites dans le contrat de vente lorsqu'elles sont relatives à la garantie de conformité prévue aux articles L. 217-1 et suivants du Code de la consommation (L. 211-1 et suivants anc.). Plus généralement, les clauses relatives à la réparation font l'objet d'un rejet global et absolu en tant que clauses abusives. Cette lutte longue, acharnée, et de très grande envergure, mérite d'être maintenant étudiée.

B. La lutte sans merci du droit de la consommation contre les clauses relatives à la responsabilité

198. Clauses relatives à la responsabilité : clauses abusives et clauses de non-garantie de conformité. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont aujourd'hui totalement interdites dans le Code de la consommation, que ce soit de manière générale avec les dispositions relatives aux clauses abusives, ou dans le domaine particulier de la vente avec l'interdiction des clauses contraires au régime de la garantie de conformité¹. Si cette dernière prohibition a été inscrite en même temps que la création du régime de

¹ Art. L. 241-5 Code de la consommation (L. 211-17 anc.).

garantie de conformité, et n'appelle donc pas de développement technique, la lutte générale contre les clauses abusives a, quant à elle, été menée progressivement, pendant plusieurs décennies, avant d'aboutir au rejet total des clauses relatives à la responsabilité.

199. *Les clauses relatives à la responsabilité considérées comme clauses abusives par excellence.* Bien que la construction du système relatif aux clauses abusives ait été progressive, force est de constater que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ont toujours été au cœur de la lutte contre les clauses abusives. Mieux, elles ont été à plusieurs reprises un point de départ pour l'évolution de la législation (1). Ces clauses incarnent donc, pour le législateur, le pouvoir réglementaire et la jurisprudence, les clauses abusives par excellence. Leur interdiction totale dans le Code de la consommation en est aujourd'hui la preuve (2). Avec les règles de droit international dictées par l'Union européenne en faveur du consommateur, la prohibition est renforcée (3).

1) Les clauses relatives à la responsabilité comme point de départ de la lutte contre les clauses abusives

200. Le droit des clauses abusives s'est construit par étapes. Il est né à la fin des années 1970, avec l'avènement de la loi *Scrivener* (a). Mais le système envisagé s'est révélé rapidement insuffisant, et la jurisprudence s'est appuyée sur les clauses atténuant la responsabilité pour pallier l'immobilisme du gouvernement (b).

a) La loi du 10 janvier 1978, premier pas dans la lutte contre les clauses abusives

201. *Le gros lot évaporé, ou l'injustice criante d'une clause limitative de responsabilité imposée.* L'injustice qu'entraînait l'absence de toute régulation générale des clauses dans les contrats de consommation a été illustrée à l'occasion d'une affaire portant sur une clause limitative de responsabilité¹. C'est ainsi qu'en 1977², un joueur de Loto a, en quelques heures, éprouvé tour à tour la plus grande chance et la plus grande infortune

¹ Certes, il y avait bien la loi Rabier de 1905 qui interdisait les clauses exonératoires dans les contrats de transports de marchandises terrestres, mais cette hypothèse n'intéressait guère les consommateurs. Le législateur avait aussi adopté dans les années 1970 des lois interdisant les clauses exclusives de garantie en droit de la construction, mais là encore le domaine était très limité : V. not. art. 12 Loi n° 67-3 du 3 janvier 1967 relative aux ventes d'immeubles à construire ou en cours de construction et à l'obligation de garantie à raison des vices de construction, et art. 2 Loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

² Le Loto vient alors de fêter son premier anniversaire.

que l'on puisse imaginer. Après avoir rempli les grilles de jeu, et donné au buraliste deux des trois volets de son bulletin, comme le veut la procédure, il était rentré chez lui avec le dernier volet. Or, dans la nuit, le bureau de tabac fut cambriolé, et tous les volets de bulletins de Loto de la journée disparurent. En dépit d'une campagne de publicité invitant les joueurs concernés à jouer de nouveau pour le tirage qui aurait lieu le jour suivant, notre fameux joueur ne sût rien de la disparition de son bulletin de jeu. Le lendemain, le tirage du Loto fit apparaître tous ses numéros ! L'heureux gagnant¹ se rendit alors chez le buraliste pour toucher le gros lot. Contre toute attente, on lui opposa le règlement rédigé par la société du Loto, qui indiquait qu'en cas de vol des billets, elle ne serait tenue que du prix du billet. Au lieu du gros lot, il n'aura droit qu'au remboursement de sa grille de jeu. Maigre lot de consolation !

Évidemment, le joueur agit en justice pour tenter d'obtenir ce qu'il considère avoir gagné. Peine perdue. La Cour de cassation valide cette clause limitative de responsabilité², laissant au joueur le goût amer d'une richesse effleurée. En effet, la haute juridiction précise qu'« aucune disposition légale ne prohibe d'une façon générale l'insertion de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion ». Elle réaffirme ainsi le principe de liberté contractuelle, qui permet de valider la clause limitative de responsabilité. Cette solution, qui ne peut être critiquée sur le plan juridique, laisse planer un sentiment d'injustice. Elle rend bien compte de la véritable nécessité de lutter contre les clauses abusives.

Rendue en 1982, cette solution a fait application de la loi en vigueur au moment de l'achat du bulletin de Loto, en 1977. Il était temps d'entamer la lutte contre les clauses abusives.

202. L'avènement de la lutte contre les clauses abusives. Le 10 janvier 1978, la loi dite *Scrivener* condamne les clauses abusives dans les contrats de consommation. Cette loi, longtemps espérée, est le premier texte à réglementer de manière générale tous les contrats de consommation.

La définition générale des clauses abusives présente dans le texte fait bien apparaître la notion de déséquilibre entre les parties. En effet, les clauses abusives sont « *imposées* aux non-professionnels ou consommateurs *par un abus de la puissance*

¹ Il n'y a qu'une chance sur 14 millions de gagner au Loto.

² Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1982, pourvoi n° 80-15745, *Bull.* I n° 29. La notion d'abus de puissance économique fait ici référence au déséquilibre économique qui existe effectivement entre les parties. L'avantage excessif obtenu est le fruit de ce déséquilibre structurel. C'est donc bien l'idée d'un déséquilibre structurel, source d'une clause injuste, qui motive la suppression des clauses abusives.

économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif»¹. Cependant, cette définition ne peut servir de fondement au juge pour supprimer une clause abusive. En effet, la clause litigieuse doit être visée par un décret d'application².

Le premier décret pris en application de la loi *Scrivener* vise justement les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, dans le contrat de vente³. La lutte contre les clauses abusives débute par la stigmatisation des clauses relatives à la responsabilité. D'ambition générale, la lutte est néanmoins cantonnée, à ce stade, à un seul type de contrat.

203. Attitude similaire outre-Rhin et outre-Manche. La loi française, votée en 1978, a suivi de peu les évolutions de ses pays voisins. En Allemagne, une loi a en effet été adoptée le 9 décembre 1976 afin de réglementer les conditions générales des contrats⁴. L'objectif affiché du texte réside dans la protection de la partie faible au contrat, qui sera le plus souvent un consommateur, mais peut également être un professionnel. Pour désigner les clauses abusives, le droit allemand opte pour la méthode des listes grises et noires, listes qui sont déterminées directement dans la loi⁵.

Au Royaume-Uni, quelques mois plus tard, le Parlement adopte une loi pour lutter contre les clauses abusives, le *Unfair Contract Terms Act*⁶. Mais la dénomination de ce texte est trompeuse : en réalité, seules les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité sont visées. Elles sont totalement prohibées dans le contrat de vente⁷, ou lorsqu'elles concernent les dommages corporels⁸. Dans les autres contrats, conclus avec un consommateur ou sans négociation⁹, et concernant des dommages non corporels, l'appréciation du caractère abusif est laissée au juge¹⁰, qui utilise un faisceau d'indices pour maintenir ou annuler la clause litigieuse¹¹. Cette méthode, source d'imprévisibilité, n'a pas été choisie par la France. Cependant, le système de la loi de 1978 a lui aussi montré ses faiblesses.

¹ Art. 35 Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978. Nous soulignons.

² Le juge, très en retrait, n'obtient qu'un rôle de « simple figurant » : J. Mestre, « Vingt ans de lutte contre les clauses abusives », in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, p. 678.

³ Décret n° 78-464 du 24 mars 1978 portant application du chapitre IV de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978.

⁴ M. Pédamon, *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 2^e éd., 2004, n° 63. La loi a été codifiée à l'occasion d'une réforme (loi du 26 novembre 2001) aux articles 305 et suivants du *BGB*.

⁵ §10 et §11 Loi allemande du 9 décembre 1976.

⁶ *Unfair Contract Terms Act (UCTA) 1977*, voté le 26 octobre 1977, entré en vigueur le 1^{er} février 1978.

⁷ Section 5.1 *UCTA 1977* vise la clause qui supprime la responsabilité du vendeur en cas de dommage causé par la chose viciée. V. *supra*, n° 306.

⁸ Section 2.1 *UCTA 1977*.

⁹ Section 3 *UCTA 1977*.

¹⁰ La clause n'est validée qu'à la condition de remplir l'exigence de *reasonableness* : la clause doit être équitable et raisonnable au regard des circonstances de l'espèce (Section 2.2 *UCTA 1977*).

¹¹ Section 11 *UCTA 1977*.

b) L'insuffisance du système

204. La rapide paralysie du système. Loin de poursuivre sur cette lancée, le Gouvernement n'a pris aucun autre décret d'application. La lutte active contre les clauses abusives est retombée comme un soufflé, laissant des pans entiers du droit de la consommation sans outil effectif de suppression des clauses abusives. Pourtant, la Commission des clauses abusives, instaurée par la loi de 1978, n'a cessé de publier des rapports dans lesquels étaient visées les clauses qu'elle considérait comme abusives, qui sont restés lettre morte.

205. La réaction *contra legem* de la Cour de cassation. En réaction à l'immobilisme du pouvoir réglementaire, la Cour de cassation a décidé de s'affranchir du dispositif prévu par la loi. Les différents arrêts de ce courant jurisprudentiel rebelle portent sur des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, qui se retrouvent à nouveau au cœur de la lutte contre les clauses abusives. Elles deviennent l'emblème des clauses injustes qu'il faut éradiquer des contrats de consommation.

La Cour de cassation a profité de plusieurs affaires portant sur des faits similaires pour réagir. En rentrant de voyage, ou après un évènement important, des particuliers confient leurs pellicules photographiques à un professionnel en vue de leur développement. Celles-ci sont malencontreusement perdues. Pour tout dédommagement, le professionnel prévoit de verser une somme égale au prix des pellicules vierges, qui ne peut compenser la perte d'images irremplaçables ; parfois, le contrat supprime même totalement sa responsabilité. Les consommateurs ont donc tenté de faire tomber ces clauses imposées. La Cour de cassation a d'abord contourné la difficulté, en élargissant le champ d'application du décret de 1978¹, avant d'affirmer, par une décision délibérément *contra legem*, son pouvoir autonome de suppression des clauses abusives sur le seul fondement de la définition prévue par la loi de 1978². À l'occasion de ce « coup d'état jurisprudentiel »³, les juges se libèrent enfin du « carcan dans lequel le législateur de 1978 les avait enserrés »⁴.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, pourvoi n° 87-13640, *Bull.* I n° 43, *D.* 1989, p. 253, note Ph. Malaurie, *JCP G* 1989, II, 21357, note G. Paisant, *RTD civ.* 1989, p. 533, obs. J. Mestre, et p. 574, obs. Ph. Rémy ; civ. 1^{re}, 6 juin 1990, pourvoi n° 88-18150, *Bull.* I n° 145, *JCP G* 1991, II, 21594, note T. Hassler. L'action était ici menée par une association de consommateurs contre plusieurs contrats-types.

² Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, pourvoi n° 89-20999, *Bull.* I n° 159, *JCP G* 1991, II, 21763, note G. Paisant, *JCP G* 1992, I, 3592, note J. Huet.

³ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, Thémis, 2004, n° 996 p. 2059. Cet arrêt a aussi été qualifié de « coup de force » (D. Mazeaud, « Le juge face aux clauses abusives », in *Le juge et l'exécution du contrat*, actes de colloque du 28 mai 1993, PUAM, 1993, p. 23, spéc. p. 34), « coup d'éclat » (G. Paisant, note préc., *JCP G* 1991, II, 21763, n° 9) ou encore de « solution hardie » (J. Huet, note préc., *JCP G* 1992, I, 3592, n° 2).

⁴ D. Mazeaud, art. préc., in *Le juge et l'exécution du contrat*, *op. cit.*, p. 32.

Cette décision a permis, dans les faits, de réputer non écrite une clause exonératoire de responsabilité.

Malgré toutes ces protestations doctrinales et remous jurisprudentiels, le législateur n'a pas voulu modifier le système instauré en 1978 avant le milieu des années 1990¹. En 1993, la codification à droit constant a entériné la loi de 1978 dans le tout nouveau Code de la consommation à l'article L. 132-1. Il faudra attendre la transposition de la directive communautaire en date du 5 avril 1993 pour que le système soit enfin revu et aboutisse au dispositif actuellement retenu en droit français.

2) Le dispositif actuel de droit français de lutte contre les clauses abusives

206. L'harmonisation européenne. La directive du Conseil des Communautés Européennes du 5 avril 1993 vise à unifier la lutte contre les clauses abusives entre les différents droits nationaux. La directive précise qu'elle n'impose qu'une harmonisation minimale, un socle de protection que chaque État peut renforcer en prévoyant une législation plus stricte. La loi de transposition française du 1^{er} février 1995 a modifié l'article L. 132-1 du Code de la consommation². Une liste « blanche » indique les clauses qui pourraient être abusives. Elle sera modifiée par une loi du 4 août 2008 pour devenir deux listes « grise » et « noire »³, qui, contrairement au caractère seulement indicatif de la liste blanche, présument abusives, de manière simple dans la liste grise, ou irréfragable dans la liste noire, les clauses qu'elles rassemblent.

Les modifications apportées au système initial permettent une meilleure protection du consommateur. Deux points importants doivent être abordés. Tout d'abord, la définition de la clause abusive a été modifiée et reflète désormais l'idée de déséquilibre structurel entre les parties, à l'origine d'un déséquilibre contractuel (a). Ensuite, la consécration des listes grise et noire font apparaître la place très critiquable retenue par les pouvoirs publics pour les clauses relatives à la responsabilité (b).

¹ Tout au plus l'a-t-il complété par une loi du 5 janvier 1988 visant à autoriser les associations de consommateurs à agir en suppression de clauses abusives : art. 6 Loi n° 88-14 du 5 janvier 1988. Cette avancée était nécessaire, mais insuffisante.

² Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial. Il s'agit aujourd'hui de l'article L. 212-1 du Code de la consommation.

³ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 et Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009, codifié aux articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation, devenus R. 212-1 et R. 212-2 depuis le 1^{er} juillet 2016.

a) L'avènement du déséquilibre structurel, cause de déséquilibre contractuel

207. La consécration légale du déséquilibre structurel. La modification de la définition de la clause abusive marque l'avènement du déséquilibre structurel dans la loi. En effet, la suppression de la notion d' « abus de puissance économique » fait disparaître la référence au déséquilibre entre les parties contractantes. Auparavant *prouvé*, le déséquilibre devient *présumé*. Cette présomption est en accord avec l'idée d'un déséquilibre structurel, qui tient à la nature des relations entre les parties. Le professionnel est toujours en position de force, et le consommateur toujours à sa merci.

Dans la directive, cette présomption s'explique par le choix opéré par le texte communautaire de ne viser que les contrats d'adhésion. On l'a vu, les termes de ce contrat, par essence non négociés, sont imposés au consommateur¹. Cette absence de discussion est source de déséquilibre entre les parties. En revanche, pour le droit français, la situation est différente car la loi de transposition n'a pas repris la limite venue du droit communautaire relative aux contrats d'adhésion². Elle a en outre supprimé la condition d'abus de puissance économique³. La lutte contre les clauses abusives concerne donc tous les contrats de consommation. Certes, la majorité des contrats de consommation sont des contrats d'adhésion ; pour autant, il existe aussi des contrats conclus de gré à gré⁴. L'idée de déséquilibre structurel, qui peut aussi s'entendre comme une présomption irréfutable de faiblesse du consommateur, est donc en France un choix politique pris dans le but de protéger au mieux les consommateurs, mais aussi d'envoyer aux particuliers un message de confiance pour consommer plus⁵.

Enfin, cette suppression du critère d'abus de puissance économique dans la loi française n'est pas anodine. Elle révèle une prise de position politique, avec l'affirmation d'un déséquilibre structurel, dû à la seule nature des parties, entre le professionnel et le

¹ Ce raisonnement était déjà appliqué par la jurisprudence française avant la nouvelle loi : elle déduisait l'abus de puissance économique de la nature même du contrat d'adhésion : Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1994, pourvoi n° 91-19424, *Bull.* I n° 8, *JCP G* 1994, II, 22237, note G. Paisant. Comp. X. Testu, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, I, 3673, n° 32.

² Les clauses, même négociées, peuvent être réputées non écrites : Art. L. 132-1 al. 4 *in fine* (futur L. 212-1 al. 6).

³ Il a été relevé que cette suppression était nécessaire, sinon la loi française aurait été plus stricte que la directive communautaire, offrant ainsi une protection moins importante aux consommateurs français. Toutefois, cette objection n'est plus fondée si l'on considère que l'abus de puissance économique se déduit du contrat d'adhésion, et que la directive prévoit justement de ne s'appliquer qu'aux contrats d'adhésion.

⁴ G. Rouhette, « "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat », in *Mélanges R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247, n° 11.

⁵ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, L.G.D.J., 2000, n° 476.

consommateur. Le postulat selon lequel le consommateur est en position de faiblesse est consacré.

208. L'affirmation de la correction des déséquilibres contractuels. Le déséquilibre significatif remplace l'avantage excessif au profit du professionnel. Si certains auteurs n'y voient qu'un changement d'ordre terminologique¹, d'autres relèvent une différence plus profonde². En effet, il ne s'agit plus de supprimer une clause, même accessoire, qui risque d'être injuste pour le consommateur, mais bien de rééquilibrer un contrat trop favorable au professionnel. Désormais, l'idée sous-jacente est l'existence d'un déséquilibre structurel qui risque d'entraîner un déséquilibre contractuel ; quand celui-ci est démontré, il doit être corrigé.

La notion de déséquilibre significatif permet une analyse globale du contrat, comme l'indique d'ailleurs la loi³. En revanche, le contrôle en pratique est plus délicat. Il s'agit de rechercher un déséquilibre entre les droits et obligations de la convention, qui sont parfois difficiles à comparer⁴. Si la clause ne trouve écho dans aucune contrepartie pour le consommateur (car aucune obligation ou responsabilité n'est allégée pour sa part), un déséquilibre pourra peut-être être établi. Encore faudrait-il qu'il soit significatif. Cette limite permet de ne corriger que les déséquilibres très importants. Intentionnellement vague, le standard du déséquilibre significatif permet au juge de s'adapter en fonction de la clause et du contrat litigieux⁵.

Ainsi, le déséquilibre significatif, caractérisé lors d'une appréciation globale du contrat, appelle le concours actif du juge. Pourtant, le pouvoir réglementaire reste, dans la loi, en première ligne pour définir les clauses abusives. Afin de guider le juge et prévenir les parties, deux listes de clauses présumées abusives ont été adoptées.

¹ V. par ex., G. Paisant, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, chr. p. 99, n° 9.

² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 324.

³ Art. L. 132-1 al. 5 devenu L. 212-1 al. 2 Code de la consommation : « (...) le caractère abusif d'une clause s'apprécie en se référant, au moment de la conclusion du contrat, à toutes les circonstances qui entourent sa conclusion, de même qu'à toutes les autres clauses du contrat. Il s'apprécie également au regard de celles contenues dans un autre contrat lorsque la conclusion ou l'exécution de ces deux contrats dépendent juridiquement l'une de l'autre ». Comp. L. Fin-Langer, *L'équilibre contractuel*, thèse L.G.D.J., 2002, n° 232.

⁴ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Les obligations*, *Contrat, op. cit.*, n° 749 ; Ph. Stoffel-Munck, thèse préc., nos 418 et s..

⁵ C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n° 297 et n° 317.

b) Approche critique des listes noire et grise

209. Connues de tous car publiées, les listes permettent de gagner en sécurité juridique¹. Cependant, le choix concernant les clauses relatives à la responsabilité est très discutable. Classées dans la liste noire, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont irréfragablement présumées abusives (ii). D'ailleurs, la notion même de liste noire pose question au regard de la définition générale des clauses abusives (i).

i. La compatibilité en question de la liste noire avec la définition générale de la clause abusive

210. Incompatibilité entre la présomption irréfragable et l'examen global du contrat. La présence d'une liste « noire » peut surprendre. En effet, la recherche d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties doit se faire à l'occasion de l'examen du contrat dans son entier. Cette appréciation globale s'accorde mal avec une liste qui décrète, objectivement, que certaines clauses sont toujours abusives. Comme le relève M. Paisant, le déséquilibre peut être « inhérent à une conjonction de clauses plutôt qu'à une stipulation en particulier »² ; inversement, une clause qui pourrait paraître abusive peut en réalité être largement compensée par une autre stipulation de la convention. Depuis que le déséquilibre significatif est au cœur de la définition de la clause abusive³, le maintien par la loi du principe de la liste noire apparaît incohérent au regard de l'appréciation *in concreto* prévue par le législateur⁴. La liste noire ne peut pour autant être considérée comme illégale, car elle est prévue par l'alinéa 4 de l'article L. 212-1 du Code de la consommation (L. 132-1 alinéa 3 anc.). Pour autant, elle reste difficilement justifiable.

211. La liste noire justifiée par la gravité intrinsèque des clauses. En réponse, un auteur relève que certaines clauses peuvent, dans tous les cas, entraîner un très grave déséquilibre, quelles que soient les circonstances qui les entourent⁵. Ces clauses, particulièrement favorables au professionnel, ne pourraient pas être contrebalancées par d'autres stipulations, et seraient donc toujours particulièrement injustes. De plus, la liste est

¹ C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n° 338.

² G. Paisant, art. préc. *D.* 1995, chr. p. 99, n° 12.

³ Autant, au regard de la loi initiale de 1978, le principe d'une liste noire aurait été valable dans la mesure où la clause devait seulement procurer un avantage excessif au professionnel. *Contra*, J. Foyer, débats à l'Assemblée Nationale du 12 décembre 1991, *JO* p. 8591, qui, après avoir pourtant relevé la nécessité d'une vue d'ensemble du contrat lors de l'appréciation du caractère abusif de la clause, défend l'existence des listes établies par décret.

⁴ Ph. Stoffel-Munck, thèse préc., n° 415 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 326.

⁵ C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n° 334.

constituée après avis de la Commission des clauses abusives ; or, cette autorité a pour mission d'examiner les clauses contenues dans des contrats proposés aux consommateurs, dans la vie pratique, et ainsi guider le pouvoir réglementaire pour identifier les clauses qui, dans la grande majorité des cas, sont abusives¹.

Cet argument pourrait être convaincant, si seulement le pouvoir réglementaire avait effectivement tenu compte de l'avis de la Commission lors de l'élaboration des nouvelles listes de clauses, en application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation modifié (devenu l'article L. 212-1). Or tel n'a pas toujours été le cas, comme le montre l'exemple des clauses limitatives de responsabilité.

ii. Les clauses relatives à la responsabilité dans la liste noire : un choix très critiquable

212. Un régime unique. Le pouvoir réglementaire a fait le choix contestable, et contraire aux recommandations de la Commission des clauses abusives, de traiter pareillement les clauses limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité en les inscrivant dans la liste noire². Il a ainsi considéré que ces clauses portaient toujours, quelles que soient les circonstances, une atteinte à l'équilibre du contrat d'une gravité telle³, qu'elles ne devraient plus trouver leur place dans les contrats de consommation. Il faut dire que les clauses relatives à la responsabilité ont fort mauvaise presse depuis le début de la lutte contre les clauses abusives⁴. Cependant, si un tel choix peut se justifier pour les clauses élusives de responsabilité, il est en revanche fort contestable pour les clauses limitatives de réparation, tant sur la forme que sur le fond.

- ***Critiquable sur la forme : un choix à l'encontre des recommandations de la Commission des clauses abusives mais rendu possible au regard de la directive européenne de 1993***

213. Les recommandations de la Commission des clauses abusives ignorées. Formellement d'abord, le pouvoir réglementaire n'a pas suivi les recommandations de la Commission des clauses abusives. Certes, l'avis n'est que consultatif ; mais la Commission

¹ J. Mestre, art. préc., in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, spéc. p. 679.

² Art. 1^{er} Décret du 18 mars 2009, qui modifie l'article R. 132-1, 6^o Code de la consommation, devenu l'article R. 212-1, 6^o le 1^{er} juillet 2016.

³ Art. L. 212-1 al. 4 Code de la consommation (L. 132-1 al. 3 anc.).

⁴ Sans doute est-ce la raison principale qui a guidé ce choix. Il est cependant regrettable que le projet de décret ne comprenne pas d'exposé des motifs permettant de nous éclairer sur la solution retenue (Rapport d'activité pour l'année 2008 (BOCCRF du 05/03/09) de la Commission des clauses abusives).

est une sorte de passerelle entre la vie pratique et le droit. Concernant les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, la Commission avait proposé de n'interdire que les clauses exonératoires de responsabilité, en inscrivant les clauses limitatives de responsabilité dans la liste grise à l'occasion de deux rapports annuels¹. Il est très dommage que ces avis n'aient pas été suivis. L'explication d'un tel choix doit être cherchée ailleurs. Son origine se trouve peut-être dans la directive de 1993.

214. La liste de clauses de la directive de 1993. La directive européenne de 1993, reprise mot pour mot dans la loi de transposition française en 1995, propose une liste indicative et non exhaustive regroupant plusieurs clauses qui pourraient être abusives². Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité y figurent en première place, mais seulement lorsqu'elles portent sur la réparation d'un dommage corporel. La clause visée en deuxième position, avec sa rédaction vague, pourrait englober d'autres clauses relatives à la responsabilité. Elle a pour objet :

« d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les droits légaux du consommateur vis-à-vis du professionnel ou d'une autre partie en cas de non-exécution totale ou partielle ou d'exécution défectueuse par le professionnel d'une quelconque des obligations contractuelles, y compris la possibilité de compenser une dette envers le professionnel avec une créance qu'il aurait contre lui »³.

Or, les droits légaux du consommateur en cas de non-exécution totale ou partielle comprennent, entre autres, l'action en responsabilité contractuelle. Il semble donc que la clause qui vise à limiter ou exclure le recours à la responsabilité contractuelle pourrait être abusive⁴.

Ainsi, en 2009, le pouvoir réglementaire aurait pris appui sur cette clause pour interdire de façon plus claire et précise toutes les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Cependant, la liste prévue par la directive n'est qu'une liste indicative et certainement pas une liste noire, dont elle n'a pas le caractère prohibitif. En choisissant dans le décret de 2009 la liste noire pour les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, le pouvoir réglementaire a été bien plus loin que la directive.

¹ Rapports d'activité pour l'année 2001 (BOCCRF du 30/05/02) et pour l'année 2008 (BOCCRF du 05/03/09) de la Commission des clauses abusives.

² Art. 1^{er} Loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995.

³ Nous soulignons.

⁴ Pour une application de cette disposition à une clause exonératoire de responsabilité dans un contrat de bail relatif à un emplacement de camping, Cass. civ. 3^e, 10 juin 2009, pourvoi n° 08-13797, *D.* 2009, 1685, note X. Delpech, qui rapproche la clause b) de la liste blanche à celle prévue à l'article R. 132-1, 6° de la liste de 2009.

215. Un choix partagé par certains États membres. Ce choix excessif n'est pourtant pas isolé au sein de l'Union Européenne. À dire vrai, les solutions sont assez éclatées selon les pays. En effet, le caractère minimal de l'harmonisation de la directive européenne, et tout particulièrement de la liste indicative de clauses qu'elle propose en annexe, a laissé aux États membres une grande marge de manœuvre¹. Par conséquent, les législations ne présentent pas d'unité dans le traitement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Ainsi, certains États ont recopié la liste blanche telle quelle², quand d'autres n'ont retenu que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité relatives à un dommage corporel dans une liste noire³. Enfin, plusieurs États ont adopté une législation bien plus stricte que la directive en insérant la clause visant à supprimer les droits légaux du consommateur en cas d'inexécution du professionnel dans leur liste noire⁴. De compréhension délicate, cette clause a été source de difficultés dans des pays voisins⁵.

Ainsi, il apparaît que la position particulièrement sévère de la France n'est pas totalement isolée dans l'Union européenne. Ce constat ne permet pas pour autant d'approuver un tel choix. Bien au contraire, en plus de ne pas suivre l'avis éclairé de la Commission des clauses abusives, la prohibition totale est très critiquable au fond.

- Critiquable au fond : la nécessaire distinction des clauses limitatives et des clauses exonératoires de responsabilité

216. L'irréductible différence entre les deux types de clauses. En ne distinguant pas les clauses élusives des clauses limitatives de responsabilité, le décret de 2009 ne tient pas compte des différences entre les deux types de clauses. La Commission des clauses abusives avait pourtant bien souligné que les seules clauses exonératoires « déséquilibrent totalement la situation contractuelle aux dépens du consommateur »⁶. À l'inverse, les clauses limitatives de responsabilité ne nient pas le droit à réparation pour le consommateur. Elles le réduisent seulement, et de façon très variable selon les contrats. En outre le juge n'hésite pas à requalifier la clause qui prévoit un chiffre dérisoire en clause exonératoire de responsabilité. Par conséquent, il ne faudrait supprimer que les clauses qui

¹ CJCE, 7 mai 2002, aff. C-478-99 Commission c/Suède, n^{os} 20 et s..

² Royaume-Uni : Schedule 2, *Consumer Rights Act 2015*, qui a très légèrement retouché le Schedule 2 *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*, désormais abrogé ; Suède, mais seulement dans les travaux préparatoires de la loi de transposition: CJCE, 7 mai 2002, *op. cit.*, n^o 14.

³ Allemagne : Section 309, 7.a. *BGB* ; Luxembourg : art. L. 211-3, 14, Code de la consommation luxembourgeois.

⁴ Belgique : art. VI.83.30 Code de droit économique ; Italie : art. 33.1.b) *Codice del consumo*.

⁵ En droit belge, des difficultés ont émergé avec la loi du 6 avril 2010, qui refond la liste noire et vise notamment cette clause. Les critiques ont porté sur la rédaction, qui définit les clauses « de manière fort approximative », « en des termes aussi vagues » : P. Wéry, *Droit des obligations*, Larcier, Volume 1, 2^e éd., 2011, n^o 770.

⁶ Rapport d'activité pour l'année 2001, *op. cit.*.

limitent « excessivement » le droit à réparation du consommateur. Consciente de la difficulté qu'entraînerait cette nuance avec le caractère définitif de la liste noire, la Commission avait proposé l'inscription des clauses limitatives de responsabilité dans la liste grise, et les clauses de non-responsabilité dans la liste noire¹.

Cette analyse fine et éclairée emporte l'adhésion. Il y a donc bien deux types de clauses qui méritent d'être distinguées dans les contrats de consommation, et de relever d'un régime distinct. Or, si les clauses de non-responsabilité ont bien leur place dans la liste noire, les clauses limitatives de réparation, en revanche, ne devraient pas y figurer.

217. La place justifiée des clauses exonératoires de responsabilité. En supprimant totalement la réparation en cas d'inexécution contractuelle, les clauses exonératoires de responsabilité emportent un trop grand risque de déséquilibre contractuel. Ce risque existe, que la clause soit d'exonération totale ou partielle. En effet, lorsque le professionnel ne s'exonère que pour certains cas précis d'inexécution, la logique est la même car, si le consommateur se trouve dans une des hypothèses ainsi prévues, il ne pourra obtenir aucune réparation. En outre, les clauses qui fixent une limite dérisoire emportent la même difficulté.

Le risque de déséquilibre contractuel est particulièrement grand car il est difficile de contrebalancer la suppression de la responsabilité. À cela il faut ajouter que les contrats de consommation sont très souvent des contrats d'adhésion, par conséquent l'exonération est imposée au consommateur, et non le fruit d'une négociation précontractuelle. Elle représente donc un avantage que s'octroie le rédacteur². La simple présence d'un déséquilibre structurel entre les parties suffit à justifier valablement la prohibition de ces clauses. Enfin, très souvent, l'exonération aura effectivement été prévue sans contrepartie ; avéré, le déséquilibre contractuel devra alors être corrigé par la suppression de la clause.

218. La place contestée des clauses limitatives de réparation. À l'inverse, les clauses limitatives de responsabilité sont moins radicales. Il faut exclure de la réflexion les clauses qui fixent une limite dérisoire, dans la mesure où elles seront requalifiées en clauses évasives de responsabilité, et alors automatiquement éradiquées par le jeu de la liste noire. Les clauses qui limitent la réparation du dommage causé au consommateur peuvent être à

¹ Rapport d'activité pour l'année 2008, *op. cit.*

² Certes, il peut exister des contrats négociés, au sein desquels les deux parties auront choisi, en pleine connaissance de cause, d'insérer une clause exonératoire de responsabilité. Mais ces hypothèses se perdent dans la masse des contrats imposés aux consommateurs ; pour une protection optimale, il convient d'interdire toutes les clauses exonératoires de responsabilité.

l'origine d'un déséquilibre, lorsque aucune contrepartie n'est prévue. Mais le plafond de réparation peut aussi être assez élevé, et répondre à une baisse de prix du contrat. Il y a alors un partage des risques entre les cocontractants. Certes, le partage n'est peut-être pas parfaitement équilibré, mais le dispositif légal ne traque que les déséquilibres significatifs. Il existe donc des clauses limitatives de responsabilité qui ne sont pas abusives, lorsqu'elles ne créent pas un tel déséquilibre¹. En revanche, une distribution très inégale des risques, à l'origine d'un déséquilibre contractuel grave, doit être corrigée.

Par conséquent, une appréciation circonstanciée, en fonction de la hauteur du plafond et de la contrepartie prévue, est nécessaire pour définir le caractère abusif ou non d'une clause limitative de réparation. Ces clauses ont donc leur place dans la liste grise, et non dans la liste noire. En déplaçant les clauses limitatives de responsabilité dans la liste grise, le professionnel pourrait prouver l'absence de caractère abusif de la clause. Cette mesure permettrait donc de ne faire jouer que les clauses limitatives de responsabilité qui ne sont pas abusives. Liberté contractuelle et protection du consommateur seraient ainsi conciliées.

Il faut ajouter en outre que depuis la loi du 17 mars 2014, l'article L. 132-2 du Code de la consommation, devenu en 2016 l'article L. 241-2, sanctionne d'une amende administrative les professionnels qui inséreraient des clauses inscrites dans la liste noire. Il semble dès lors encore plus choquant que les clauses limitatives de réparation, qui ne créent pas nécessairement de déséquilibre contractuel, soient dans la liste noire.

219. Finalement, il nous semble que les listes devraient être révisées, afin de déplacer les clauses limitatives de réparation dans la liste grise. Cette révision est d'autant plus nécessaire que les listes seront applicables même dans des contrats internationaux, grâce aux mesures favorables prévues par le droit international privé.

3) La prohibition renforcée par les règles de droit international privé de l'Union européenne

220. La protection très poussée qu'offre le droit français au consommateur est confortée par les règles de droit international. En effet, les règlements *Bruxelles I* et *Rome I* prévoient des règles spéciales plus favorables quant à la compétence judiciaire (a) et à la résolution

¹ En ce sens, Ph. Stoffel-Munck, thèse préc., n° 416.

des conflits de lois (b) pour les contrats « conclus avec des parties considérées comme plus faibles »¹, parmi lesquels sont cités les contrats de consommation.

a) Des règles favorables au consommateur quant à la compétence judiciaire

221. Le champ d'application du règlement Bruxelles I. Le règlement *Bruxelles I* fixe les règles de compétence judiciaire lorsqu'un litige oppose deux personnes résidant dans des pays distincts². Le texte prévoit une disposition particulière pour les contrats conclus entre un consommateur et un professionnel qui exerce son activité ou la dirige « vers l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile »³.

La condition d'activité « dirigée » vers un territoire a été précisée par la Cour de Justice de l'Union européenne. Cette expression désigne principalement les contrats conclus à distance, depuis un site Internet. Dans un premier arrêt, la Cour européenne a précisé qu'il fallait vérifier si le professionnel était disposé à contracter avec le consommateur⁴. Par exemple, le site Internet doit proposer une version dans la langue du pays du consommateur, ou prévoir une livraison dans ce pays⁵. Plus récemment, la Cour de Justice a affiné cette interprétation, en ajoutant que la conclusion du contrat à distance n'était pas nécessaire⁶. Autrement dit, si le consommateur a pu obtenir à distance les informations en vue de la conclusion du contrat, mais qu'il s'est ensuite déplacé physiquement pour rencontrer le professionnel et signer la convention, la condition selon laquelle l'activité doit être dirigée vers le pays sera remplie. En l'espèce, une consommatrice autrichienne avait obtenu des renseignements sur une voiture allemande par internet et téléphone, puis s'était déplacée à Hambourg pour conclure la vente. L'activité de vente était bien dirigée vers l'Autriche.

¹ Règlement *Rome I*, cons. 23. Et aussi Règlement *Bruxelles I*, cons. 13 : « S'agissant des contrats d'assurance, de consommation et de travail, il est opportun de protéger la partie la plus faible au moyen de règles de compétence plus favorables à ses intérêts que ne le sont les règles générales ».

² Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

³ Art. 15 Règlement *Bruxelles I*. La disposition inclut également les ventes et prêts à tempérament.

⁴ CJUE, 7 décembre 2010, arrêt *Pammer*, Affaires jointes C-585/08 et C-144/09 : il faut vérifier « s'il ressort de ces sites Internet et de l'activité globale du commerçant que ce dernier envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans un ou plusieurs États membres, dont celui dans lequel ce consommateur a son domicile, en ce sens qu'il était disposé à conclure un contrat avec eux ».

⁵ En revanche, le simple fait que le site Internet soit accessible ne suffit pas à remplir la condition prévue par le texte. A. Sinay-Cytermann, « De la compétence judiciaire européenne en matière de contrat conclu par un consommateur », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 487 : La Cour de justice de l'Union Européenne a donc préféré la méthode de la « focalisation » à celle de la simple accessibilité, afin de concilier les intérêts des consommateurs et des professionnels.

⁶ CJUE, 6 septembre 2012, n° C-190/11.

L'interprétation large de l'article 15 du règlement permet de remplir le but annoncé d'une meilleure protection de la partie faible au contrat¹. En effet, cette disposition offre des règles de compétence favorables au consommateur.

222. Le choix de juridiction favorable au consommateur. Si le contrat de consommation entre dans le champ d'application de l'article 15 du règlement *Bruxelles I*, le consommateur peut agir contre le professionnel soit devant le tribunal du territoire sur lequel le professionnel est domicilié, soit devant le tribunal du domicile du consommateur. Concrètement, le consommateur français qui contracte dans son pays pourra dans la grande majorité des cas choisir d'attirer le professionnel devant les juridictions françaises. Si la situation inverse se présente, le professionnel domicilié dans un autre État-membre ne pourra agir que devant les juridictions françaises. L'action devant une juridiction proche du domicile du consommateur présente un véritable avantage, à la fois pratique et financier.

Après avoir localisé le tribunal devant lequel l'action pourra être menée, et qui sera le plus souvent celui du domicile du consommateur, il faut souligner que la loi applicable au litige sera elle aussi favorable à la partie présumée faible.

b) La résolution des conflits de loi en faveur du consommateur

223. Le traitement particulier du consommateur par le règlement Rome I. Le règlement *Rome I* prévoit une disposition spéciale pour les contrats de consommation. L'article 6 dispose que la loi applicable sera celle de la résidence du consommateur dès lors que le professionnel y exerce son activité ou même qu'il dirige son activité vers ce pays². On retrouve la même condition que dans le règlement *Bruxelles I*. Ainsi, le consommateur connaîtra la loi à laquelle le contrat sera soumis.

En pratique, pour un consommateur résidant en France, dès qu'il conclut un contrat en France, il sera soumis à la loi française. Peu importe la résidence du professionnel, il suffit qu'il exerce son activité sur le territoire. Il en va de même avec les contrats à distance : dès qu'un site est accessible en langue française et prévoit, par exemple, la livraison des produits achetés en France, alors le droit français sera applicable. Cette précision est particulièrement importante dans la mesure où Internet gomme les frontières et avec, les certitudes sur le droit applicable.

¹ Cons.13 Règlement *Bruxelles I*.

² Cette règle a d'abord été consacrée par l'article 5 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, avant d'être reprise par le Règlement *Rome I*.

Le règlement *Rome I* n'impose pas pour autant cette mesure favorable au consommateur ; les parties restent libres de choisir une autre loi¹. Toutefois, dans une telle hypothèse, ce choix ne pourrait être fait au détriment de la protection offerte par les lois du pays où le consommateur réside habituellement. Autrement dit, si la loi choisie propose une protection moins élevée, le consommateur pourra tout de même invoquer les dispositions consuméristes de son pays, et notamment celles relatives aux clauses abusives.

224. Conséquences sur la validité des clauses relatives à la responsabilité. Concernant les clauses relatives à la responsabilité, il serait donc inutile de choisir une loi qui valide ces clauses pour pouvoir en insérer une valablement dans un contrat avec un consommateur résidant habituellement en France. En effet, la clause tomberait malgré tout sous le coup de l'article R. 212-1, 6° du Code de la consommation (R. 132-1 anc.). Du reste, cette solution est renforcée par une disposition particulière : il s'agit de l'article L. 232-1 du même code, récemment modifié², afin d'effectuer la mise en conformité de la disposition au plus près du texte de la directive du 5 avril 1993. Désormais, le consommateur doit bénéficier de la protection relative à la lutte contre les clauses abusives dès lors que le contrat qu'il conclut « présente un lien étroit avec le territoire d'un État-membre ». L'article L. 231-1 du Code de la consommation (L. 139-1 anc.) donne des exemples dans lesquels le lien étroit avec le territoire d'un État-membre sera établi³. Les situations sont diverses, permettant ainsi d'assurer un large champ d'application au texte relatif aux clauses abusives.

C'est sans doute pour cette raison qu'en pratique, les grandes marques étrangères, domiciliées dans des pays extérieurs à l'Union européenne, prévoient une page Internet particulière à chaque pays, avec des conditions générales de vente adaptées à la législation applicable. Ainsi, il n'est pas possible d'acheter un ordinateur d'une marque américaine directement sur leur site internet américain – la livraison hors des États-Unis est impossible. Si le site Internet proposait une telle démarche, le consommateur français pourrait ensuite opposer aux vendeurs la législation française des clauses abusives, source de difficultés pour le professionnel. En créant des pages distinctes, dédiées à chaque pays, le vendeur d'outre-Atlantique peut prévoir à l'avance les conséquences juridiques et financières de contrats conclus avec un consommateur français par exemple. Il apparaît alors que la différence de prix entre deux produits identiques, proposés sur une page

¹ Art. 6. 2 et art. 3 Règlement *Rome I*

² Par la loi du 17 mars 2014. Il s'agissait auparavant de l'article L. 135-1, dont la rédaction a été modifiée.

³ Sur la notion de « lien étroit », V. P. Lagarde, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Mélanges J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001, spéc. n° 12.

Internet américaine et une page française, représente en grande partie le coût du droit de la consommation. En effet, la protection très élevée offerte au consommateur a un coût pour le professionnel, qu'il répercute sur le prix des biens et services offerts au consommateur.

Ainsi, grâce à cet arsenal de règles en faveur du consommateur, celui-ci sera, dans la grande majorité des cas, protégé contre les clauses abusives, peu importe la résidence du professionnel. La prohibition excessive des clauses limitatives de réparation par le droit français se joue des frontières. Protectrice du consommateur, elle est renforcée par le droit européen.

Cependant, la réalité pratique contraste fortement avec les choix législatifs retenus ces dernières années. De nombreuses clauses relatives à la responsabilité sont encore présentes dans des contrats de consommation.

C. La résistance de la pratique

225. L'une des grandes difficultés du droit de la consommation tient à son effectivité. Il ne suffit pas que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité soient interdites par le dispositif de lutte contre les clauses abusives, ou encore par la réglementation spéciale du droit de la vente du Code de la consommation, pour qu'elles disparaissent effectivement des contrats proposés aux consommateurs. Ceux-ci sont alors trompés par la seule présence de ces clauses (1). Au vu de ce constat, de nouvelles mesures ont été adoptées pour tenter d'améliorer la situation en amont (2).

1) La présence de nombreuses clauses de responsabilité en pratique

226. Les professionnels n'ont pas tous pris acte des nouvelles prohibitions et continuent à prévoir des clauses relatives à la responsabilité. On peut en trouver de nombreux exemples très pratiques ; nous en étudierons un premier qui relève de la législation des clauses abusives (a), et un second qui va à l'encontre du caractère impératif de la garantie de conformité (b).

a) Les clauses abusives dans les contrats de transport ferroviaire

227. La pratique des « bons voyage », ou l'omniprésence de clauses exonératoire et limitative de responsabilité. En cas de retard d'un train, la SNCF propose au voyageur en guise d'indemnisation un « bon voyage », sorte d'avoir à utiliser lors d'un prochain achat de billet¹. Pour que le bon soit exigible, il faut que le retard dépasse trente minutes sur un train grande ligne, et soit imputable à la SNCF². Le montant du bon équivaut à une partie du prix payé, en fonction du retard subi.

Ce système peut être analysé comme établissant deux clauses distinctes relatives à la responsabilité du transporteur. L'une, évasive, porte sur les retards inférieurs à trente minutes. En effet, même en prouvant la faute de la SNCF et le préjudice causé par le retard, le voyageur ne pourra obtenir de réparation, en raison du seuil plancher de trente minutes. Pourtant, le préjudice subi par un voyageur arrivé en gare trente minutes après l'heure prévue sera dans la grande majorité des cas le même que celui du passager ayant vingt-neuf minutes de retard. L'autre, limitative, fixe un plafond (une fraction du prix payé) que la preuve d'un dommage plus important ne pourrait faire tomber.

Ce système est compréhensible d'un point de vue pratique : les retards des trains de la SNCF ne sont pas un phénomène exceptionnel, et doivent être conjugués au nombre très important de voyageurs quotidiens. Un montant représentant le préjudice moyen subi par les passagers a donc été fixé arbitrairement. Mais si la raison pratique explique la formule commerciale des bons voyages, elle ne justifie pas leur intangibilité. Or la source du problème est bien là. En interdisant toute entorse aux règles prévues par les « bons voyage », le transporteur a clairement édicté des clauses atténuant sa responsabilité, pourtant interdites au regard de la législation sur les clauses abusives du droit de la consommation. Par conséquent, les « bons voyage » sont illicites pour tous ceux qui voyagent pour des raisons non-professionnelles.

228. La validation possible par l'introduction d'un peu de souplesse dans le système. Une solution simple résiderait dans la possibilité, pour le voyageur consommateur, d'obtenir une meilleure indemnisation en apportant la preuve du préjudice subi, dans la mesure où il était prévisible. Les « bons voyage » deviendraient alors de simples moyens

¹ Volume 1, art. 7 Conditions générales de transports SNCF. À partir de 60 minutes de retard, le passager peut également opter pour une compensation pécuniaire sous forme de virement bancaire (cf. Volume 5 Annexe 9).

² La simple preuve d'une cause étrangère pourra libérer l'entreprise de transport. En pratique, les conditions climatiques (trop fortes températures ou chutes de neige), les « accidents de voyageurs » (suicide sur la voie), les actes de

commerciaux d'indemnisation uniformisée, qui pourraient être individualisés le cas échéant.

Cependant, un autre obstacle résiderait ensuite dans la preuve du caractère prévisible du dommage. En effet, la jurisprudence est très stricte lors de l'appréciation du dommage prévisible¹. On se souvient notamment du couple provincial qui, en vue d'embarquer pour un vol à destination de Cuba, avait pris le train pour rejoindre la capitale et l'aéroport d'Orly. Avec plus de trois heures de retard et une arrivée dans la mauvaise gare, ils avaient vu s'envoler leur avion et avec celui-ci, leur séjour au soleil. Pour autant, la Cour de cassation avait refusé de les indemniser, en raison du caractère imprévisible de leur dommage². Le transporteur ne pouvait prévoir en effet que le retard du train entraînerait pour ce couple de voyageurs un préjudice de plusieurs milliers d'euros, en raison de la poursuite du voyage par voie aérienne. Plus généralement, la SNCF ne peut connaître le motif de voyage de ses passagers et par conséquent, les conséquences d'un retard sont la plupart du temps imprévisibles pour elle. Bien que parfaitement valable juridiquement, cette solution laisse planer un sentiment d'injustice.

Là encore, une nette amélioration pourrait être apportée dans ce domaine. Aujourd'hui pur contrat d'adhésion, le contrat de transport ferroviaire de passagers gagnerait à offrir un peu plus de souplesse au voyageur. En lui permettant de spécifier le but de son voyage, pourquoi pas avec un supplément de prix, le voyageur pourrait ainsi rendre son dommage prévisible. Il serait ainsi remboursé de son entier préjudice. Et d'un point de vue prospectif, si les clauses limitatives de réparation prenaient place dans la liste grise, la présence d'une option entre responsabilité limitée aux « bons voyage », et une indemnisation totale pour un prix de transport plus élevé, permettrait du même coup de valider les clauses limitatives de responsabilité que constituent les « bons voyage », le consommateur ayant pleinement conscience du choix qu'il opère³.

malveillance sont autant de causes extérieures souvent invoquées par le transporteur pour s'exonérer de sa responsabilité.

¹ La jurisprudence de la Cour de cassation est spécialement stricte en matière de dommage prévisible en cas de retard d'un train : Cass. civ., 9 juillet 1913, *DP* 1915, I, p. 35, V. déjà Cass. civ., 29 janv. 1908 : *DP* 1910, I, p. 280, et plus récemment civ. 1^{re}, 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *Bull.* I n° 77, *CCC* 2011, comm. 54, note L. Leveneur, *RDC* 2011, p. 1156, note Y.-M. Laithier, p. 1163, note G. Viney ; civ. 1^{re}, 26 septembre 2012, n° 11-13177, *Bull.* I n° 185 ; civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, pourvoi n° 14-28227, *op. cit.* : « Attendu que l'obligation de ponctualité à laquelle s'engage un transporteur ferroviaire constitue une obligation de résultat dont il ne peut s'exonérer que par la preuve d'une cause étrangère ne pouvant lui être imputée ; que la méconnaissance de cette obligation est réparée à concurrence du préjudice strictement prévisible lors de la conclusion du contrat et qui constitue une suite immédiate et directe du retard dans l'exécution de celui-ci ». Nous soulignons.

² Cass. civ. 28 avril 2011, *op. cit.*.

³ *Cf. infra*, n° 241.

Un autre domaine voit fleurir les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans des contrats conclus avec des consommateurs : il s'agit du droit de la vente.

b) Les garanties conventionnelles dans les contrats de vente

229. Omniprésence des garanties conventionnelles en droit de la consommation. Malgré l'interdiction absolue de prévoir des stipulations contraires à la garantie de conformité du Code de la consommation, la pratique propose régulièrement des garanties lors de l'achat d'un bien de consommation. Les garanties conventionnelles, ou commerciales, dans les ventes entre professionnels et consommateurs sont très répandues¹. Quelle est leur validité, au regard du régime impératif imposé par le Code de la consommation ?

230. Nature de ces garanties. Ces garanties sont proposées, soit à titre onéreux pour plusieurs années, soit gratuites et limitées à un an, c'est-à-dire d'une durée inférieure à la garantie de conformité du Code de la consommation de deux ans. Le plus souvent, elles offrent au consommateur un service plus complet que la garantie légale. Ce sont principalement les garanties d'une durée d'un an qui sont source de difficultés. En effet, ces garanties sont licites seulement dans la mesure où elles s'ajoutent à la garantie légale². En revanche, elles ne pourraient s'y substituer ; sinon, il s'agirait de conventions d'exonération partielle de garantie, dans la mesure où elles supprimeraient toute garantie au-delà du délai prévu, et seraient alors illégales.

Finalement, ces garanties commerciales ne sont donc pas à proprement parler des conventions limitatives ou exonératoires de responsabilité ; bien au contraire, elles ajoutent des services supplémentaires à la charge du vendeur, pendant une durée conventionnellement fixée.

231. Difficultés pratiques. Seulement, la théorie et la pratique ne sont malheureusement pas toujours en accord. Nombre de vendeurs professionnels n'ont aucune idée de l'existence d'une garantie légale, et pensent, à tort, que la garantie conventionnelle offerte par le magasin est la seule valable. Il est même des vendeurs qui présentent sciemment ces

¹ F. Collart Dutilleul, Ph. Delebecque, *Contrats civils et commerciaux*, op. cit., n° 294.

² Art. L. 217-15 Code de la consommation (L. 211-15 anc.) : « La garantie commerciale s'entend de tout engagement contractuel d'un professionnel à l'égard du consommateur en vue du remboursement du prix d'achat, du remplacement

garanties sous un jour trompeur, comme des « clauses de garantie », c'est-à-dire comme une faveur offerte au consommateur, alors qu'il s'agit en réalité de clauses qui limitent la garantie légale¹. En effet, lorsque la garantie conventionnelle est moins avantageuse car d'une durée plus courte, et exclusive de la garantie légale, elle a pour effet de la limiter, et par conséquent, elle peut être considérée comme une clause d'exonération partielle de garantie, illicite en raison de la nature des parties².

Devant l'ignorance – ou la malhonnêteté – des vendeurs, il est fort délicat d'obtenir gain de cause. À moins d'aller devant les tribunaux, la garantie légale sera très difficile à mettre en œuvre une fois le délai de la garantie conventionnelle écoulé. Ces garanties commerciales deviennent alors un instrument de contournement de la garantie légale, au profit des seuls vendeurs³. On atteint ici la limite de l'effectivité de la protection du consommateur.

232. Améliorations en perspective. Depuis quelques années, certaines grandes enseignes offrent une garantie conventionnelle de deux ans à compter de la vente. Alignée sur le délai de la garantie de conformité légale, cette convention est déjà beaucoup moins contestable.

Cependant, la garantie du droit de la consommation n'est pas exclusive de la garantie des vices cachés⁴. Les consommateurs se voient ainsi offrir une option entre les deux dispositifs. Dès lors, si un défaut apparaît alors que la garantie conventionnelle, superposée à la garantie légale, est expirée, l'acheteur aura toujours la possibilité d'agir sur le fondement de la garantie des vices cachés. Mais il risque en pratique de se heurter à un refus aussi catégorique qu'illégitime du vendeur, qui lui opposera l'expiration de la garantie conventionnelle. Une information complète doit donc être offerte, tant aux vendeurs qu'aux consommateurs, afin que chaque partie connaisse ses droits et ses obligations.

En définitive, ces conventions sont valables mais, loin de limiter la garantie légale du vendeur, elles s'y ajoutent, offrant une alternative pour l'acheteur. À lui de connaître cette option et de défendre ses droits contre des vendeurs sinon malhonnêtes, du moins

ou de la réparation du bien, *en sus de ses obligations légales visant à garantir la conformité du bien* ». Nous soulignons.

¹ G. Berlioz, thèse préc., n° 151. Cet auteur propose, non sans humour, de signaler les clauses onéreuses par une encre rouge, « avec peut-être même comme sur les paquets de tabac aux U.S.A. "Attention, ces clauses sont dangereuses pour vos intérêts". »

² Ph. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, op. cit., n° 51.81.

³ G. Berlioz, thèse préc., n° 295.

⁴ Art. L. 217-13 Code de la consommation (L. 211-13 anc.).

ignorants de la loi. Afin de mieux protéger le consommateur, la loi du 17 mars 2014 renforce le processus d'information sur cette question et instaure des amendes dissuasives.

2) Des remèdes récemment adoptés

233. La loi du 17 mars 2014, en quête d'effectivité. En 2014, la loi *Hamon* a modifié de nombreux textes du Code de la consommation afin de garantir une meilleure effectivité des règles protectrices du consommateur. Le texte a notamment prévu l'instauration d'amendes administratives, ainsi qu'un encadrement plus strict des pratiques du professionnel. Ces mesures se rencontrent tant dans le domaine des clauses abusives que de la garantie de conformité.

234. Des amendes administratives en cas d'édition de clauses abusives. Pour garantir l'effectivité du droit des clauses abusives, plusieurs auteurs avaient appelé le législateur à instaurer des amendes¹. Les professionnels modifieraient sans doute plus volontiers leurs modèles de contrats s'ils risquaient une sanction pécuniaire. La loi du 17 mars 2014 a entendu ces vœux. L'article L. 241-2 du Code de la consommation (L. 132-2 anc.) sanctionne désormais la présence d'une clause de la liste noire dans un contrat de consommation. Le professionnel est alors passible d'une amende administrative (jusqu'à 3000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale), qui sera prononcée par l'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation, autrement dit la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes². Il faut désormais espérer que la menace de cette amende dans le Code de la consommation poussera les professionnels à changer d'attitude et à supprimer les clauses abusives de leurs contrats.

235. Une meilleure information du professionnel et du consommateur portant sur la garantie de conformité. Concernant la garantie de conformité, la difficulté vient de

¹ L. Bihl, « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur », *JCP G* 1978, I, 2909, n° 24 ; Ph. Malinvaud, « La protection des consommateurs », *D.* 1981, chr. 8, p. 49, spéc. p. 58 : « en pratique, cette réglementation des clauses abusives n'a pas eu le succès escompté. Bien qu'interdites, ces clauses continuent à figurer dans la plupart des conditions générales des contrats et, par leur seule présence, elles trompent les contractants car, faute d'en connaître la nullité, ils leur attribuent une valeur qu'elles n'ont pas. C'est pour lutter contre la persistance de ces pratiques vicieuses que de nombreux auteurs, et la Commission des clauses abusives elle-même, ont proposé d'assortir cette réglementation d'une sanction pénale ».

² L. Leveur, « Administrative, vous avez dit administrative ? Comme c'est bizarre... », *CCC* 2014, repère 8. L'auteur souligne les difficultés que risque de poser la nature de cette amende. En effet, elle emporte la compétence du juge administratif, qui devra le cas échéant décider de l'appartenance d'une clause abusive à la liste noire pour valider le bien-fondé de l'amende.

l'ignorance des consommateurs, comme des vendeurs, de la distinction entre la garantie légale et la garantie conventionnelle. Le besoin de connaissance a été entendu par le législateur, qui vient de renforcer le dispositif d'information à l'égard de l'acheteur. En effet, la loi du 17 mars 2014 oblige le vendeur à remettre un exemplaire de la garantie commerciale à l'acquéreur, la seule mise à disposition de cet écrit ayant été jugée insuffisante. De plus, il a été ajouté que le vendeur « mentionne de façon claire et précise que, indépendamment de la garantie commerciale, le vendeur reste tenu de la garantie légale de conformité (...) et de celle relative aux défauts de la chose vendue (...) »¹. Pour consolider le système, la loi prévoit que l'absence d'information est passible d'une amende administrative.

La prise de conscience du législateur sera suivie, espérons-le, d'une meilleure effectivité pratique des règles du droit de la consommation. Les nouvelles sanctions devraient y contribuer largement.

236. Conclusion du paragraphe. Bien que la pratique n'ait pas encore véritablement mis en œuvre ces principes, le droit positif affiche, en théorie, un rejet absolu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats de consommation. Si une telle prohibition est tout à fait justifiée pour les clauses exonératoires de responsabilité, elle est en revanche franchement critiquable pour les clauses qui n'ont pour objet que de limiter la réparation du débiteur, car elles n'auront pas toujours pour effet de créer un déséquilibre contractuel. Il faut donc appeler à des règles plus mesurées.

II. Le rejet mesuré en droit prospectif

237. Avec le développement de l'Union Européenne, et du marché intérieur, les projets à venir sont désormais, dans ce domaine, préparés par les instances européennes (B). Pour autant, nous pouvons proposer des améliorations au système interne en vigueur (A).

¹ Art. L. 217-15 Code de la consommation (L. 211-15 anc.). Nous soulignons les termes ajoutés par la loi du 17 mars 2014.

A. Droit prospectif interne : proposition de modification des listes

238. Les clauses limitatives de réparation à reclasser. On l'a vu, l'absence de distinction entre les clauses limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité entraîne un régime beaucoup trop strict pour les premières. Or les clauses limitatives de réparation ne sont pas toujours à l'origine d'un déséquilibre contractuel significatif. La seule présence du déséquilibre structurel entre les parties ne peut suffire à justifier l'éradication des clauses limitatives de responsabilité. Si une telle solution est valable pour les clauses relatives au dommage corporel, comme le présentait la directive de 1993, elle est excessive lorsqu'elle condamne toutes les clauses sans distinction. La présomption de leur caractère abusif ne peut être irréfragable. Elles devraient donc apparaître dans la liste grise.

La logique pourrait même être poussée plus loin.

239. La question de la présence même des clauses limitatives de responsabilité dans une liste. Les clauses limitatives de responsabilité qui ne fixent pas une limite dérisoire ont pour principal objet de définir à l'avance la réparation que devra le professionnel. Il s'agit moins, pour celui-ci, de limiter sa responsabilité que de prévoir exactement, dès la conclusion du contrat, à quel montant maximal il pourra être tenu. Dans les faits, cet acte de prévisibilité est le plus souvent accompagné d'une baisse de prix. Par conséquent, la présence d'une contrepartie supprimerait *a priori* le risque de déséquilibre *significatif* dans le contrat. Autrement dit, la présomption simple du caractère abusif de la clause n'est même pas justifiée.

En suivant ce raisonnement, les clauses limitatives de responsabilité devraient donc être simplement supprimées des listes de clauses présumées abusives, et être en principe valables. Ensuite, le consommateur qui s'estime victime d'un grave déséquilibre dans un contrat pourrait toujours combattre la clause en prouvant, devant le juge, qu'elle est à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des deux contractants.

Cependant, il faut se rappeler que le consommateur est en position de faiblesse. L'absence totale des clauses dans les listes pousserait d'autant plus les professionnels à en prévoir dans les contrats, et ce, sans que les clauses soient toujours contrebalancées par un avantage pour le cocontractant. Or, il est bien connu que les consommateurs n'agissent qu'exceptionnellement en justice. Par conséquent, la présence des clauses limitatives de responsabilité sur l'une des listes est nécessaire, notamment pour son rôle dissuasif ; et il apparaît que la liste grise est la plus appropriée pour ces clauses.

Finalement, il faudrait modifier la liste noire afin de n'y faire apparaître que les clauses exonératoires de responsabilité, et inscrire les clauses limitatives de réparation dans la liste grise.

240. Conséquence du déplacement des seules clauses limitatives de réparation dans la liste grise. – La clause fixant un montant dérisoire. Avec cette distinction apparaît un problème de seuil : *quid* de la clause qui fixe un montant dérisoire ? Le caractère dérisoire du chiffre prévu par la limitation doit être apprécié subjectivement par les juges¹. S'il est établi, la clause limitative sera alors requalifiée en clause exonératoire de responsabilité. Ce basculement de la clause limitative à la clause exonératoire de responsabilité, et donc de la liste grise (d'un point de vue prospectif) à la liste noire, n'est pas incompatible avec le caractère abstrait et définitif de la liste noire.

En effet, la clause qui fixe à l'avance le montant des dommages-intérêts est en principe une clause limitative de réparation, et donc relève, toujours du point de vue prospectif, de la liste grise. Elle est par conséquent présumée abusive, et n'est donc pas valable. Si le professionnel cherche à faire tomber cette présomption, il doit prouver que la clause n'est pas abusive. Le juge aura alors la possibilité, le cas échéant, de détecter au contraire le caractère dérisoire de la clause et la requalifier en clause exonératoire, ce qui empêchera toute validation *a posteriori* de la clause qui fixe un montant dérisoire. *In fine*, le résultat atteint sera identique à celui réservé à une clause de la liste noire : elle sera réputée non écrite.

241. Conséquence (bis). – Le cas du double tarif. Le déplacement des clauses limitatives de réparation dans la liste grise fait naître une autre question. Il arrive que le professionnel prévoie un double tarif, l'un plus bas avec une clause limitative de responsabilité, l'autre plus élevé, avec une responsabilité illimitée. Souvent, cette option prend la forme d'une déclaration de valeur qui supprime le plafond, mais augmente le prix du contrat. Fréquente dans le domaine des transports, cette pratique se retrouve dans d'autres situations concernant des consommateurs². Le choix offert au cocontractant permet de faire apparaître la contrepartie de la limite de responsabilité : le prix est diminué³. Si les clauses limitatives de responsabilité sont contenues dans la liste grise, le professionnel peut faire valoir l'absence de déséquilibre significatif engendré par la clause.

¹ Cf. *infra*, n° 444.

² V. par ex., les développements de pellicules photographiques : Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, pourvoi n° 87-18584, *Bull.* I n° 201, *D.* 1991, p. 460, note J. Ghestin, *JCP G* 1991, II, 21674, note G. Paisant.

³ Cass. com. 4 juillet 1951, *RTD civ.* 1954, p. 221, obs. R. Rodière.

Dans ce cas précis, la contrepartie offerte est très facile à prouver grâce à la diminution visible du prix. La clause pourra donc être validée. Or, comme il existe toujours une contrepartie à la limite de réparation dans cette hypothèse, il nous semble que l'étape judiciaire pourrait être évitée. Ainsi, par exception, la clause limitative de responsabilité prévue en cas d'option offerte au consommateur devrait être toujours valable. Elle pourrait bien sûr tomber sous le coup de la disposition générale de l'article L. 212-1 du Code de la consommation (L. 132-1 anc.), si elle apparaissait finalement à l'origine d'un déséquilibre significatif. Celui-ci pourrait par exemple être établi si d'un côté la clause prévoyait un montant de réparation dérisoire, et de l'autre offrait une responsabilité illimitée pour un tarif exorbitant.

Certes, une telle solution présente l'inconvénient majeur de faire porter le risque de la preuve sur le consommateur. Mais celui-ci est, pour une fois, tout à fait informé de la présence d'une limite de responsabilité, puisqu'il l'a lui-même choisie. La présomption de faiblesse du consommateur est irréfutable ; néanmoins, son rôle actif dans le choix du tarif et de la clause limitative de réparation ne peut être totalement négligé. La Cour de cassation avait statué en ce sens sous l'empire de la loi de 1978¹. Il nous semble qu'une même solution doit être maintenue malgré la présence des nouvelles listes très strictes.

242. Synthèse. Ainsi, en réponse au traitement peu convaincant des clauses limitatives de réparation par le droit positif, les listes devraient être modifiées. Les clauses limitatives de responsabilité devraient apparaître dans la liste grise. Les clauses qui fixent un montant dérisoire seront requalifiées par le juge en clause exonératoire à l'occasion d'un litige au cours duquel le professionnel souhaitait au contraire faire tomber la présomption simple du caractère abusif de la clause qu'il avait lui-même qualifiée de limitative de réparation. Enfin, lorsqu'une option est offerte au consommateur entre deux tarifs dont l'un, moindre, comporte une clause limitative de réparation, il apparaît que, par exception, cette clause pourrait être en principe validée.

Cette solution est confortée par la position du droit européen, qui propose une approche beaucoup plus souple de la réglementation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

¹ Cass., civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, *op. cit.*

B. Droit prospectif européen : la proposition de règlement relatif au droit commun de la vente

243. La lutte contre les clauses abusives présente dans la proposition de règlement européen « relatif à un droit commun de la vente ». La dernière directive relative au droit de la consommation a été adoptée le 25 octobre 2011, afin d'harmoniser les différents droits de la consommation ; cependant les dispositions relatives aux clauses abusives ont été supprimées dans la version finale, faute de consensus politique sur le sujet.

Pourtant, quelques mois plus tard, le Parlement et le Conseil ont présenté une proposition de règlement « relatif à un droit commun européen de la vente », comprenant un dispositif relatif à la lutte contre les clauses abusives. La proposition a été critiquée de toutes parts¹, notamment quant à la forme retenue : elle prévoit d'instituer un instrument optionnel que pourraient choisir les acteurs d'un contrat transfrontalier. Au fond, la proposition mérite tout de même d'être étudiée, notamment quant aux solutions qu'elle prévoit pour les clauses abusives.

244. Le champ d'application des clauses abusives : les contrats conclus entre des parties d'inégale puissance. La proposition de règlement vise les relations entre vendeurs professionnels et consommateurs, lorsque le contrat n'a pas été négocié², ainsi que les relations entre professionnels, « lorsque l'un d'eux au moins est une PME ». L'idée est donc de couvrir les relations structurellement déséquilibrées, qui présentent une inégalité entre les contractants lors de la conclusion du contrat³. Toutefois, la formulation proposée par le texte semble ouvrir le champ d'application aux contrats conclus entre deux PME ; dans cette hypothèse, le déséquilibre présumé entre les parties serait alors absent⁴. Néanmoins, pour qu'une clause soit reconnue abusive par le juge, il est expressément précisé qu'elle ne doit pas être négociée⁵. La clause ayant été imposée à l'une des parties, celles-ci ne sont plus sur un pied d'égalité.

Ainsi, l'esprit général du texte va dans le sens de la protection de la partie présumée faible au contrat.

¹ V. not. Rapport d'information déposé par la commission des affaires européennes à l'Assemblée Nationale n° 4061, 7 décembre 2011 ; Actes du colloque « Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », 10 mai 2012, *RDC* 2012, p. 1393 et s..

² Art. 83 Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011.

³ D. Mazeaud, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », Débat avec Th. Genicon, Actes du colloque 10 mai 2012, *RDC* 2012, p. 1469, spéc. p. 1471.

⁴ Th. Genicon, « L'équilibre contractuel : trop c'est trop ? », *op. cit.*, *RDC* 2012, p. 1469, spéc. p. 1473.

⁵ Art. 86 Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011.

245. La définition des clauses abusives. Le dispositif de lutte contre les clauses abusives est en partie inspiré de la directive du 5 avril 1993. La définition générale contient la notion de déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties¹. En revanche, elle ajoute que ce déséquilibre doit avoir été créé « en violation du principe de bonne foi et de loyauté ». Cette précision est soit inutile, soit dangereuse. En effet, soit les juges considéreront qu'un déséquilibre significatif prévu au détriment du consommateur est toujours contraire au principe de bonne foi et de loyauté, et dans ce cas la précision n'apporte rien, sinon de rendre le texte moins intelligible. Soit la jurisprudence considère qu'il s'agit d'une condition supplémentaire, qui doit être vérifiée dans chaque espèce ; dans ce cas, grande sera la tentation pour le juge de statuer en équité, source d'insécurité juridique.

Néanmoins ce risque est limité par la présence de listes pour les contrats conclus entre un professionnel et un consommateur, principaux destinataires du règlement.

246. Des listes bien moins contraignantes. Tant la liste noire... La proposition de règlement présente deux listes très fournies de clauses « toujours abusives » et de clauses « présumées abusives ». Dans la première liste, les deux premières clauses interdites sont des clauses relatives à la responsabilité². Seulement, leur champ est restreint : sont prohibées les clauses qui limitent ou excluent la réparation du dommage corporel, et celles qui restreignent ou suppriment la responsabilité du professionnel en cas d' « acte délibéré » ou de « négligence grave ».

Pour le droit français, la seconde interdiction n'apporte rien de nouveau. En effet, les clauses relatives à la responsabilité ne peuvent supprimer la responsabilité du débiteur lorsqu'il a commis une faute lourde ou dolosive, en application des articles 1150 et 1174 du Code civil (futurs articles 1231-3 et 1304-2). La seule interrogation réside dans le terme de « négligence grave » : est-ce un synonyme de la faute lourde ? On voit là les limites de l'harmonisation européenne : l'interprétation judiciaire peut ruiner l'uniformisation voulue par le législateur européen.

Quant aux clauses relatives à la réparation du dommage corporel, elles étaient déjà dans la liste proposée par la directive du 5 avril 1993. Le décret français de 2009 n'a pas repris cette hypothèse, inutile dans la mesure où il interdit toutes les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, sans distinction. L'idée de prohiber spécialement les clauses relatives à la réparation du dommage corporel est bienvenue, dans la mesure où ces

¹ Art. 83 Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011.

² Art. 84 Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011.

stipulations contreviennent à l'ordre public et apparaissent particulièrement injustes lorsqu'elles sont prévues dans un contrat conclu entre des parties inégales.

247. ...que la liste grise. Dans la liste des clauses seulement présumées abusives, on retrouve la clause obscure qui a pour objet ou pour effet :

« d'exclure ou de limiter de façon inappropriée les moyens d'action ou de recours que le consommateur peut exercer à l'encontre du professionnel ou d'un tiers en cas d'inexécution par le professionnel d'obligations nées du contrat »¹.

Cette clause, présente dans la liste indicative proposée par la directive de 1993, apparaît désormais dans la liste grise de la proposition de Règlement, et non dans la liste noire.

Cette rédaction, toujours aussi vague, semble une fois encore ne pas distinguer entre les clauses de non-responsabilité et les clauses limitatives de réparation. Si la France adopte une position trop sévère, le choix de placer toutes les clauses relatives à la responsabilité dans la liste grise n'emporte pas non plus l'adhésion. On l'a vu, la clause qui supprime le recours contre le professionnel en cas d'inexécution, ou même limite ce recours à certaines hypothèses, entraîne un déséquilibre qui ne peut être autorisé dans des contrats où le cocontractant ne peut se défendre. Néanmoins, dans la proposition, elle est simplement présumée abusive. Par conséquent, les professionnels peuvent être tentés d'insérer des clauses exonératoires de responsabilité dans les contrats qu'ils rédigent ; il leur reviendra de prouver que ces clauses ne sont pas abusives pour qu'elles soient opposables aux consommateurs, mais celles-ci ne sont pas, de prime abord, totalement interdites. Or, la présence de telles stipulations dans le contrat sera trompeuse pour le consommateur, peu au fait de la législation sur les clauses abusives. Pour cette raison, les clauses exonératoires devraient être placées dans la liste noire.

248. Un décalage peu souhaitable. Ces divergences avec le droit positif risquent d'entraîner un contournement des règles françaises par le biais du Règlement, dans la mesure où celui-ci est optionnel. Les listes de clauses, nécessaires dans une optique de prévisibilité juridique, posent un vrai problème dans la mesure où les différents droits nationaux n'ont pas de consensus sur le sujet. En effet, la liste proposée est, sur certains aspects, et notamment les clauses relatives à la responsabilité, moins protectrice que notre droit national. Il est certain que le droit français doit évoluer sur ce point ; mais la proposition de règlement est trop différente pour s'accorder avec notre droit de la

¹ Art. 85 Proposition de règlement relatif à un droit commun européen de la vente, 11 octobre 2011.

consommation. Le régime optionnel serait alors une véritable menace pour l'attractivité du droit français et pour la protection des consommateurs¹.

249. Synthèse. Le droit de la consommation interdit aujourd'hui toutes les clauses relatives à la réparation, au nom du déséquilibre structurel entre le professionnel et le consommateur. Si cet argument est valable pour prohiber les clauses de non-responsabilité, il apparaît insuffisant pour justifier une interdiction totale des clauses limitatives de réparation. Le législateur, aveuglé par le besoin de protection maximale du consommateur, est allé trop loin. Cette attitude se démarque des autres domaines dans lesquels le législateur est intervenu pour réglementer les clauses limitatives de réparation. Celles-ci ont fait l'objet d'un traitement mesuré et, sauf le cas – contestable – du droit de la construction, n'ont pas été supprimées par la seule présence d'un déséquilibre structurel entre les parties. Il est temps de tenir compte de la nature des clauses limitatives de responsabilité, qui permettent avant tout un partage des risques, pour les déplacer dans la liste grise.

Cette révision est d'autant plus nécessaire que le droit de la concurrence, influencé par le droit de la consommation, a récemment intégré un dispositif de lutte contre les clauses qui causent un déséquilibre significatif. Désormais, même dans les contrats conclus entre professionnels, les clauses limitatives de réparation sont menacées.

§2. Le rejet probable en droit de la concurrence en raison du déséquilibre supposé entre les contractants

250. La protection du consommateur dépasse la sphère du droit de la consommation. En effet, les pratiques déloyales et autres distorsions de concurrence ont pour effet de faire monter les prix, au détriment du maillon extrême de la chaîne, c'est-à-dire le consommateur². Afin de le protéger, il est donc nécessaire d'instaurer un climat de confiance et de loyauté au sein du marché et de la concurrence.

¹ Et ce, alors même que l'article 1^{er} de la proposition de règlement précise que pour « les contrats entre professionnels et consommateurs, le présent règlement comporte un ensemble de règles détaillées de protection des consommateurs destinées à assurer un niveau de protection élevé (...) ».

² CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 11 septembre 2013, n° 11/17941, Juris-Data n° 2013-019306, *Eurauchan* : « le déséquilibre devient significatif par la présence, dans le contrat unique, d'obligations injustifiées à la charge du fournisseur néfastes pour l'économie (et pour le consommateur) ». Nous soulignons. Arrêt confirmé par Cass. com. 3 mars 2015, *cf. infra*.

Pour ce faire, la loi du 4 août 2008 a prévu un dispositif de lutte contre les déséquilibres imposés propre au droit de la concurrence. Ainsi, en 2008, la notion de déséquilibre significatif intègre le Code de commerce et permet d'engager la responsabilité du partenaire commercial qui abuse de sa situation de puissance (A). Toutefois, la formulation étant différente de la disposition consumériste, se pose la question de la portée de ce nouveau dispositif, et plus spécifiquement de savoir si les clauses relatives à la responsabilité peuvent être touchées (B).

A. La lutte contre les clauses à l'origine d'un déséquilibre significatif dans le Code de commerce

251. Après une rapide présentation du dispositif prévu à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce (1), nous nous intéresserons plus particulièrement au fondement de la protection nouvellement établie (2).

1) Le dispositif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce

252. Le contexte. Pour comprendre la genèse de l'introduction du dispositif de lutte contre les déséquilibres contractuels significatifs dans le Code de commerce, il faut s'intéresser à l'esprit général de la loi du 4 août 2008 et au contexte dans lequel elle a été adoptée. Le développement des pratiques déloyales a entraîné le besoin d'assainir le jeu de la concurrence. En effet, comme le relèvent les travaux parlementaires de la loi, et plus particulièrement le rapport du député J.-P. Charié, la concurrence comprend nécessairement des rapports de force¹. Ceux-ci ne sont pas nocifs en eux-mêmes, mais ils doivent être rendus « éthiques, loyaux ». Les différents acteurs doivent redevenir partenaires et non plus concurrents.

Pour cela, le législateur a choisi de libéraliser la négociation, grâce à la suppression des discriminations. Mais pour éviter les abus, il a prévu un correctif à cette libre négociation. Il s'agit du dispositif de lutte contre le déséquilibre significatif dans les droits et obligations du contrat. Un garde-fou existait déjà auparavant, avec la répression de l'abus de dépendance économique prévue au même article du Code de commerce. Cependant, cette disposition n'était pas appliquée en pratique, la jurisprudence ayant

¹ J.-P. Charié, Rapport enregistré à l'Assemblée nationale le 22 mai 2008, p. 33.

adopté une acception particulièrement restrictive de la notion¹. Il fallait donc modifier ce dispositif en intégrant une notion plus claire et plus large, plus parlante et plus générale. Avec l'insertion du déséquilibre significatif, le législateur a souhaité rendre effective la protection contre les clauses abusives dans le droit de la concurrence.

253. Le principe. En 2008, le Code de commerce s'est donc doté d'un système permettant de lutter contre les déséquilibres significatifs. Sans évoquer les clauses abusives, le système nouvellement prévu à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce vise à engager la responsabilité d'un professionnel qui soumet ou tente de soumettre « un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». L'objectif recherché est similaire à celui du droit de la consommation : il s'agit de corriger un déséquilibre contractuel lorsque les parties au contrat ont elles-mêmes un rapport déséquilibré.

2) Le fondement de la protection : la présence d'un déséquilibre entre les contractants

254. La protection ainsi établie trouve sa raison d'être dans le déséquilibre existant entre les cocontractants. À la lecture du texte, il semblerait qu'il ne s'agisse que d'un déséquilibre circonstanciel, subjectif, issu de la situation concrète des parties (a). Néanmoins, le juge a adopté une approche beaucoup plus objective, et révélé ainsi le véritable fondement de la protection (b).

a) Le fondement apparent dans la loi : le déséquilibre circonstanciel entre les parties

255. Le terme « soumettre », indice du déséquilibre entre les parties. Auparavant, le texte faisait référence à la dépendance économique du cocontractant ; cette condition a été supprimée par la loi du 4 août 2008 car elle était trop restrictive. Désormais, le texte en vigueur précise que le contractant doit « soumettre ou tenter de soumettre » son partenaire commercial à une clause engendrant un déséquilibre significatif. Cette idée de soumission induit un déséquilibre entre les parties². La majorité de la doctrine reconnaît ainsi que le

¹ M. Chagny, « L'insuccès confirmé de la règle sur l'abus de la relation de dépendance », *RTD com.* 2013, p. 497.

² En ce sens, M. Behar-Touchais, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009, p. 202 ; R. Saint Esteben, « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009, p. 1275 ; M. Chagny, « L'essor jurisprudentiel de la

contrôle d'un déséquilibre significatif est justifié par la présence d'un abus de puissance économique, d'un rapport de force disproportionné¹. L'idée directrice est bien la protection de la partie faible².

256. Un déséquilibre circonstanciel. Néanmoins, le type de déséquilibre entre les contractants diffère, à la lecture du texte, de celui envisagé par le droit de la consommation. Alors que l'article L. 212-1 du Code de la consommation (L. 132-1 anc.) précise que le déséquilibre significatif est créé « au détriment du consommateur », l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce n'apporte aucune précision. Comme le relève justement un auteur, « le texte est rédigé de manière bilatérale : il sanctionne tant les déséquilibres significatifs imposés par le distributeur à son fournisseur, que ceux imposés par un fournisseur à son distributeur »³. Le déséquilibre est donc circonstanciel et non structurel, subjectif et non objectif⁴. Concrètement, il s'agit du cas où un opérateur se trouve dans l'incapacité de négocier le contrat à son avantage en raison de son infériorité économique.

Pourtant, dans le contexte de la grande distribution, on aurait pu identifier un déséquilibre structurel⁵. En effet, quelques grands distributeurs font face à des milliers de fournisseurs. Néanmoins, la faiblesse n'est pas forcément toujours du côté des fournisseurs. Ceux-ci peuvent fournir un produit indispensable aux distributeurs, et ainsi imposer leurs conditions. En outre, le texte n'est pas limité à la grande distribution. En dehors de ce secteur, le déséquilibre entre les parties dépendra véritablement de la situation concrète des parties. Le déséquilibre est donc subjectif, et non abstrait.

Ainsi, contrairement à tous les autres types de conventions que nous avons pu étudier auparavant, le déséquilibre ne peut être ici identifié abstraitement. Ce choix législatif est regrettable. Une approche plus cohérente et soucieuse des besoins réels de régulation du marché, tels que présentés dans les différents rapports parlementaires⁶, aurait

règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com.* 2013, p. 500 ; Th. Genicon, D. Mazeaud, « Protection des professionnels contre les clauses abusives », *RDC* 2012, p. 276, spéc. p. 283 et 286.

¹ M. Behar-Touchais, art. préc., *RDC* 2009, p. 202 ; Y. Utzschneider, A. Lamothe, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009, p. 1261 ; A. Berg-Moussa, « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E* 2012, p. 1139.

² C. Lucas de Leyssac, M. Chagny, « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* 2009, p. 1268, spéc. p. 1270 : la vocation du texte est, « à l'évidence, protéger le faible contre le fort » ; P. Catala, « Des contrats déséquilibrés », in *Mélanges F.-C. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77, spéc. n° 12.

³ M. Behar-Touchais, art. préc., *RDC* 2009, p. 202.

⁴ R. Saint Esteben, art. préc., *RDC* 2009, p. 1275, n° 10.

⁵ D. Mainguy, J.-L. Respaud, M. Depincé, *Droit de la concurrence*, Litec, 2010, n° 150.

⁶ V. spécialement le Rapport Charié, *op. cit.*, p. 33 et p. 177.

pu être menée, en limitant le champ d'application du dispositif à la grande distribution. Ou bien faut-il y voir une maladresse de rédaction, le législateur ayant pensé à ce domaine mais sans le viser expressément¹.

Fort de ce constat, le juge a corrigé le tir lors de l'application du texte, pour ne tenir compte que du déséquilibre structurel entre les parties.

b) Le fondement révélé par le juge : le déséquilibre structurel entre les parties

257. Distinction judiciaire. La réaction de la jurisprudence renforce l'idée présente dans les travaux parlementaires et la doctrine. Le déséquilibre pris en compte est en réalité un déséquilibre structurel. Ainsi, les juges traitent différemment les affaires relevant du secteur de la grande distribution et celles hors de ce secteur. En effet, c'est surtout dans le domaine de la grande distribution qu'un déséquilibre structurel est envisageable.

Cependant, ce critère est insuffisant ; il existe des fournisseurs très puissants, par conséquent la simple nature des parties n'entraîne pas nécessairement un déséquilibre structurel, comme en droit de la consommation. Ici, le contrôle est affiné. Les juges tiennent aussi compte de l'existence d'une négociation. Ainsi, en présence d'un contrat d'adhésion, avec « absence d'emplacement pour personnaliser » dans l'écrit pré-rédigé, le déséquilibre significatif a plus de chance d'être retenu². De même, l'absence de négociation possible, en raison de l'infériorité économique du fournisseur, est également prise en compte. Cette analyse vient d'être confirmée par les trois premiers arrêts de la Cour de cassation rendus sur la question, qui relèvent, avant de constater un déséquilibre significatif, que la négociation de la clause litigieuse était toujours refusée³. En l'absence

¹ M. Behar-Touchais évoque une « malfaçon législative », et ajoute que « notre législateur s'évertue souvent à faire des textes généraux, en pensant à des situations particulières. L'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce a été fait en pensant à la grande distribution (...). Mais ce texte a été rédigé généralement ». M. Behar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* 2015, p. 1003, n° 3. V. aussi M. Ponsard, « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *CCC* 2013, dossier 4, n° 5 : « comme l'inconscient du législateur qui a adopté ce texte à portée générale en pensant fortement aux rapports entre l'industrie et la grande distribution (...) ».

² T. com Lille, 6 janvier 2010, n° 2009-05184, cité par M. Chagny, art. préc., *RTD com.* 2013, p. 500 ; T. com. Lille, 7 septembre 2011, n° 2009/05105, cité par K. Riera-Thiebault et A. Covillard, « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? », *Gaz. Pal.* 2013, n° 44-45, p. 6, spéc. p. 9 ; E. Gicquiaud, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.* 2014, p. 267, n° 18. *Contra* CA Paris, 23 mai 2013, n° 12/01166, note M. Chagny, *RTD com.* 2013, p. 500 : « la cour d'appel de Paris fait uniquement référence au "fait d'imposer". Il est vrai que c'est sans doute là le point essentiel, la règle sur le déséquilibre significatif n'étant pas limitée, au regard de la lettre du texte, aux seuls contrats d'adhésion et la possibilité de "soumettre le partenaire commercial" n'étant pas systématiquement exclue par l'existence d'une négociation ». Mais plus récemment, CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 1^{er} juillet 2015, n° 13/19251, *Leclerc*, qui recherche l'existence d'une négociation et relève que « les 118 contrats-cadres pré-rédigés et leurs annexes ont été parafés et signés par tous les fournisseurs sans y apporter de modification », par conséquent « l'existence d'une soumission au sens de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce est établie ».

³ Cass. com. 3 mars 2015, pourvoi nos 13-27525 et 14-10907, *Bull.* à paraître : ces contrats « constituaient de véritables

de négociation, le déséquilibre entre les parties est avéré et la suppression de la clause litigieuse possible.

À l'inverse, hors du secteur de la grande distribution, le déséquilibre structurel est beaucoup moins fréquent, car la discussion entre les parties est véritablement ouverte dans la majorité des cas. Les juges du fond ont relevé de nombreuses fois qu'en présence d'une négociation, le contrôle du déséquilibre significatif n'était pas possible¹. Le rejet du dispositif est particulièrement clair dans certaines décisions. Par exemple, la cour d'appel de Paris a eu à se prononcer sur l'indemnité kilométrique due au loueur d'une voiture². La location, conclue entre deux professionnels, avait duré onze mois ; le contrat permettait de rouler plus de 2000 kilomètres par mois, mais prévoyait une indemnité de 50 centimes par kilomètre supplémentaire. À la fin de la location, le compteur kilométrique affichait un excédent de 48 562 kilomètres, le locataire devant s'acquitter d'une somme de 24 281€. Afin d'échapper à ce paiement qu'il trouvait exorbitant, dans la mesure où il excédait même le prix de la voiture neuve, le locataire a tenté d'invoquer le déséquilibre significatif que créait cette clause au sein du contrat de location. La cour d'appel refuse nettement :

« L'article L. 442-6-1 2° du Code de commerce, relatif au déséquilibre significatif, n'a pas davantage vocation à s'appliquer, cette clause ayant été négociée entre les parties et aucun déséquilibre manifeste n'en résultant dans les droits et obligations des parties ».

Il y a encore peu de jurisprudence sur la question, mais la voie empruntée est cohérente et doit être maintenue. Si le critère est l'absence de négociation, à l'origine d'un déséquilibre structurel entre les parties, le contrôle du déséquilibre significatif pourra tout de même s'étendre à d'autres professionnels hors du secteur de la grande distribution. Et à l'inverse, ne pas s'appliquer lorsque le fournisseur a un pouvoir de négociation comparable à celui du distributeur.

Néanmoins, avec l'entrée prochaine de la lutte contre les clauses abusives dans le Code civil au futur article 1171, il serait souhaitable de restreindre le champ de l'article L. 442-6 I du Code de commerce au secteur de la grande distribution³, afin qu'il régule ces relations déséquilibrées, comme le législateur l'avait initialement pensé.

contrats d'adhésion ne donnant lieu à aucune négociation effective des clauses litigieuses », et com. 27 mai 2015, pourvoi n° 14-11387, *Bull.* à paraître, *CCC* 2015, comm. 229, obs. N. Mathey, *RTD com.* 2015, p. 486, comm. M. Chagny. V. aussi, CA Paris, 12 décembre 2013, n° 11/18274, *CCC* 2014, comm. 64 obs. N. Mathey : « la soumission se traduit par l'insertion de ces clauses dans les contrats dès lors, comme il est vu plus loin, qu'il n'y a pas de pouvoir réel de négociation pour les fournisseurs ».

¹ M. Behar-Touchais, art. préc., *JCP G* 2015, p. 1003, n° 19.

² CA Paris, Pôle 5, ch. 4, 29 janvier 2014, n° 12/07258.

³ M. Behar-Touchais, art. préc., *JCP G* 2015, p. 1003, n° 23. V. déjà, M. Behar-Touchais, « Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009, p. 1258, qui regrettait que le texte n'ait pas été limité au secteur de la grande distribution.

En effet, seuls les petits producteurs et fournisseurs, à qui les contrats sont imposés, devraient pouvoir invoquer ce texte protecteur, en raison du déséquilibre structurel qui existe avec les grands distributeurs. Certes, ces derniers sont parfois en position de faiblesse face à un fournisseur puissant. Toutefois, ce déséquilibre est alors reconnu *in concreto*, en raison de la relation particulière nouée entre le grand fournisseur et le distributeur. Ce dernier ne pourrait donc se prévaloir d'une protection prévue pour les déséquilibres identifiés objectivement.

258. Synthèse : le nécessaire déséquilibre structurel. Ainsi, le véritable fondement, voulu par les parlementaires, mais absent du texte, apparaît grâce à la jurisprudence. Un déséquilibre structurel entre les parties, présent uniquement dans la grande distribution, lorsque la clause est imposée par le distributeur, doit être préalablement caractérisé. Ce critère apparaît comme indispensable pour légitimer l'ingérence du juge dans le contrat. Il serait en effet contestable que le déséquilibre significatif soit corrigé, alors même que le contrat a été négocié sur un pied d'égalité.

C'est donc bien l'idée de déséquilibre entre les parties, qui, là encore, sous-tend la règle légale, en réduisant la liberté contractuelle. La mise en œuvre du texte révèle elle aussi une certaine proximité avec le droit de la consommation.

3) La mise en œuvre

259. Les acteurs. Deux personnes sont susceptibles d'agir en présence d'un déséquilibre significatif. Celui-ci peut être dénoncé par le cocontractant lui-même, ou par le ministre de l'Économie. Ce deuxième intervenant est bienvenu en raison de l'immobilisme de la partie faible, qui risque en réalité de perdre le marché si elle décide d'agir contre son cocontractant.

260. Les sanctions. À première vue, la sanction en cas de déséquilibre significatif en droit de la concurrence diffère de celle prévue dans le droit de la consommation. En effet, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce prévoit l'engagement de la responsabilité du contractant qui a imposé le déséquilibre à son partenaire. Cependant, la suite du texte est fort instructive. Le ministre peut également demander une amende civile à l'encontre de

l'auteur de la stipulation, et surtout l'annulation de la clause¹. La jurisprudence étend cette possibilité au partenaire, qui peut demander que la clause soit écartée².

Si la preuve du déséquilibre significatif est apportée, le juge répute la clause non écrite³. Le droit de la consommation a été source d'inspiration pour le droit de la concurrence⁴. Doit-il également l'influencer pour le traitement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ?

B. L'application du dispositif aux clauses relatives à la responsabilité en question

261. L'objectif du texte est de corriger un contrat déséquilibré par une clause particulière. Par conséquent, les clauses relatives à la responsabilité peuvent, potentiellement, être condamnées. Pour tenter de prédire le sort des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (2), il faut d'abord s'interroger sur le contrôle qu'effectuera le juge (1).

1) Le contrôle du juge

262. Le fond : le déséquilibre significatif, notion empruntée au droit de la consommation. Après quelques mois d'incertitude quant à une éventuelle différenciation entre la notion de déséquilibre significatif en droit de la concurrence et en droit de la consommation, le Conseil constitutionnel, à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité, a tranché en faveur de l'assimilation. En effet, il affirme que le déséquilibre significatif prévu à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce est bien une référence à la notion prévue par l'article L. 212-1 du Code de la consommation (L. 132-1 anc.), dont le contenu a déjà été précisé par la jurisprudence⁵.

Faut-il pour autant prendre en compte les listes prévues aux articles R. 212-1 et R. 212-2 du Code de la consommation⁶ ? Si les *ratio legis* des lois de consommation et de

¹ Art. L. 442-6, III Code de commerce.

² M. Chagny, art. préc., *RTD com.* 2013, p. 500.

³ CA Rouen, ch. civ. 1^{re}, 12 décembre 2012, *Juris-Data* n° 2012-033564, CA Paris, Pôle 5, ch. 1, 7 juin 2013, n° 11/08674.

⁴ L'influence est d'ailleurs réciproque : une amende sanctionne depuis 2014 les professionnels auteurs de clauses contenues dans la liste « noire » du droit de la consommation (nouvel art. L. 241-2 Code de la consommation).

⁵ CC, 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC, spéc. 4°, *D.* 2011, p. 392, note M. Chagny, p. 415, Y. Picod, *JCP G* 2011, 274, note. D. Mainguy, *CCC* 2011, comm. 62, note. N. Mathey.

⁶ Anciens articles R. 132-1 et R. 132-2 Code de la consommation.

concurrence sont les mêmes, les listes proposées pourraient par conséquent être source d'inspiration pour le droit commercial. Néanmoins, le principe même d'une liste définie *a priori* avait été rejeté par le rapport parlementaire, qui considérait qu'elle serait une entrave à l'application du texte¹. En effet, ces listes seraient insuffisantes et inadaptées, dans la mesure où de nombreuses clauses insérées dans les contrats entre professionnels n'existent pas dans les contrats de consommation, et inversement. C'est donc au juge qu'il appartiendra, au fil des espèces, de déterminer les stipulations qui causent un déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels. En pratique, l'appréciation du déséquilibre significatif est modulée, on l'a vu, selon que l'affaire a trait au secteur de la grande distribution ou non. Les magistrats adoptent ainsi un contrôle bien plus strict en dehors de ce secteur².

263. La forme : Appréciation globale ou de la seule clause ? Les modalités du contrôle du juge ont été sources d'interrogation : s'agit-il d'un contrôle de l'ensemble du contrat, ou bien d'un contrôle clause par clause ? La réponse pourra modifier le traitement des clauses relatives à la responsabilité. En effet, une clause qui fixe une limite de réparation à première vue trop basse, peut en réalité être compensée par une autre stipulation. La doctrine majoritaire a opté pour un contrôle global du contrat, afin de vérifier que la clause litigieuse a un véritable effet sur l'équilibre contractuel³.

Cependant, la jurisprudence des tribunaux et cours d'appel n'a pas procédé ainsi dans un premier temps ; comme pour les clauses abusives du droit de la consommation, les juges ont vérifié si la clause était injuste en elle-même. Cette méthode, déjà critiquable pour le droit de la consommation, était encore plus gênante en droit commercial. Comme le relève très justement un auteur, « le déséquilibre créé en un sens par une clause peut être compensé par le déséquilibre créé par une autre clause en sens contraire »⁴. L'analyse globale du contrat est donc indispensable. En outre, les relations entre les partenaires commerciaux impliquent le plus souvent plusieurs contrats, qui individuellement pourraient paraître déséquilibrés, mais en réalité se complètent pour former un ensemble équilibré.

Mettant en œuvre ce raisonnement, des décisions récentes, et notamment un arrêt de la Cour de cassation, adoptent une approche plus globale. Les juges sont désormais invités

¹ Rapport Charié, *op. cit.*, p. 121 et 227.

² M. Ponsard, art. préc., CCC 2013, dossier 4, n° 5. M. Behar-Touchais, art. préc., *JCP G* 2015, p. 1003, n° 12 et 21.

³ V. par ex., M. Malaurie-Vignal, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », CCC 2008 dossier 5 n° 23.

⁴ M. Behar-Touchais, « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, ss dir. G. Lardeux, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2012, p. 27, n° 12.

à apprécier la clause au regard des autres stipulations de la convention qui pourraient contrebalancer la clause litigieuse :

« Mais attendu qu'après avoir énoncé que l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce invite à apprécier le contexte dans lequel le contrat est conclu et son économie, et avoir examiné les relations commerciales régies par la convention litigieuse, l'arrêt relève que la modification de l'article 14 de cette dernière est toujours refusée et constate que la société Eurauchan ne démontre pas qu'à l'issue de la négociation dont elle fait état, la modification des autres clauses ait néanmoins permis de rééquilibrer le contrat »¹.

Certes, cette méthode n'est pas non plus exempte de critique, notamment quant à la difficile identification du rééquilibrage de la clause litigieuse par une autre stipulation du contrat. Mais elle a le mérite de mieux tenir compte de la lettre du texte, et de l'intention des parties.

Une fois la méthode de contrôle des clauses litigieuses déterminée, la question se pose de savoir si un tel dispositif permettrait de paralyser la stipulation de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans les contrats conclus entre professionnels.

2) Le sort des clauses relatives à la responsabilité

264. Conséquences pour les clauses relatives à la responsabilité. Finalement, il apparaît que le juge apprécie le déséquilibre significatif causé par la clause litigieuse au regard de tout le contrat. Par conséquent les clauses *limitatives* de réparation auront, semble-t-il, de grandes chances d'être validées, surtout si le juge trouve dans le contrat une contrepartie. En revanche, les clauses *exonératoires* de responsabilité obtiendront sans doute moins la faveur des juges si elles ont été imposées au cocontractant et si aucune contrepartie suffisante n'apparaît dans la convention. Cette analyse est confortée par des avis consultatifs rendus ces dernières années.

265. Des avis défavorables à la validité des clauses exonératoires de responsabilité. Un an après l'entrée en vigueur de la loi, un avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales (CEPC)² fustige la clause qui permettrait à un fournisseur « de refuser catégoriquement toute notion de pénalités à raison d'une inexécution contractuelle dans sa relation avec le distributeur »³. La clause visée n'est autre qu'une clause de non-

¹ Cass. com., 3 mars 2015, *op. cit.*

² Instituée par l'article L. 440-1 Code de commerce.

³ Avis n° 10-06 CEPC du 10 mars 2010.

responsabilité. Néanmoins, l'avis commence par une étude de la jurisprudence de droit commun relative aux clauses relatives à la responsabilité, pour en déduire que la clause, dans le domaine des pratiques restrictives, risquerait d'entraîner un déséquilibre significatif dans un contrat. Or, l'avis a été rendu en mars 2010, époque à laquelle la Cour de cassation adoptait une position liberticide à l'égard des clauses relatives à la responsabilité en droit commun des contrats¹. Cependant, un second avis, rendu plus récemment, corrobore cette première analyse². Invoquant là encore le droit commun, et notamment l'arrêt *Faurecia II* du 29 juin 2010, la CEPC condamne les clauses exonératoires de responsabilité, en raison de « l'asymétrie des conditions de la responsabilité contractuelle des parties ».

En outre, une publication du ministère de l'Économie conforte cette solution. En effet, dans la revue *Concurrence Consommation* de décembre 2010, une liste de clauses susceptibles de créer un déséquilibre significatif est proposée, dans laquelle figure la clause exonératoire de responsabilité. En revanche, la clause limitative de réparation en est absente³.

Ces avis n'ont aucune valeur obligatoire, et ont été influencés par le rejet des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit commun des contrats. Ils laissent néanmoins entrevoir une certaine méfiance à l'égard de ces stipulations, et tout particulièrement des clauses exonératoires de responsabilité, attitude qui se retrouvera probablement en jurisprudence. À défaut d'arrêt confirmant cette tendance⁴, nous pouvons simplement supposer que les clauses de non-responsabilité seront écartées.

266. Conclusion du paragraphe. Ainsi, le législateur a-t-il prévu en 2008 un nouveau dispositif pour lutter contre les déséquilibres contractuels en droit de la concurrence. Bien que l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce ne prévoie pas à proprement parler de supprimer des « clauses abusives », la possibilité qu'il ouvre de paralyser une clause à l'origine d'un déséquilibre significatif y fait grandement penser. Le dispositif repose sur l'existence d'un déséquilibre entre les parties, qui justifie une telle protection. S'il semble

¹ Cass. com. 13 février 2007, *Faurecia I*, pourvoi n° 05-17407, *Bull.* IV n° 43, *D.* 2007, p. 654, obs. X. Delpech, *JCP G* 2007, II, 10063, note Y.-M. Sérinet et 10145, note D. Houtcieff, *Defrénois* 2007, 1042, obs. R. Libchaber, *RDC* 2007, p. 707, obs. D. Mazeaud.

² Avis n° 15-1 CEPC du 22 janvier 2015.

³ *Concurrence, Consommation*, revue trimestrielle de la DGCCRF publiée à la Documentation française, n° 170, p. 17.

⁴ Un arrêt a été référencé comme statuant sur une clause limitative de responsabilité par N. Lajnef, « Le déséquilibre significatif dans les contrats d'affaires : cinq ans après. Bilan de l'application judiciaire de l'article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *RLC* 2014, p. 171 : CA Besançon, 19 décembre 2012, n° RG : 11/02445. Cependant, cette décision a été cassée par la Cour de cassation sur le fondement du droit de la vente, et fait apparaître la véritable nature de la stipulation : il s'agissait d'une clause de non-garantie. Cass. com., 4 novembre 2014, pourvoi n° 13-13576 : « cette clause, obligeant l'acheteur à former réclamation contre le vendeur du carburant au moment même de la livraison de celui-ci, rendait impossible toute action en réparation du préjudice résultant de l'utilisation, nécessairement postérieure, d'un carburant de mauvaise qualité, de sorte qu'elle devait être réputée non écrite dans les rapports entre vendeur et

délicat d'exclure par ce biais des clauses limitatives de réparation¹, il est en revanche tout à fait possible que des clauses exonératoires soient ainsi écartées de contrats conclus entre professionnels. Comme l'a justement souligné M. Mathey, « le droit civil est cerné ! »². Fort de ce constat, le législateur a décidé d'intégrer la lutte des clauses abusives dans le droit commun³.

§3. Le rejet imminent en droit commun des contrats : la consécration de la prise en compte du déséquilibre structurel

267. Après des années de recherches doctrinales et des mois de préparation ministérielle, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats, prise en application de la loi d'habilitation du 16 février 2015⁴, a été publiée le 10 février 2016 et entrera en vigueur le 1^{er} octobre prochain. L'une des mesures phares de la réforme concerne l'entrée, dans le droit commun des contrats, de la lutte contre les clauses abusives dans les contrats d'adhésion (A). Il faudra se demander quel impact ce nouveau texte aura sur la validité des clauses relatives à la responsabilité dans le droit commun des contrats (B).

A. L'introduction de la lutte contre les clauses abusives dans le droit commun des contrats

268. *Le futur article 1171 du Code civil.* L'ordonnance portant réforme du droit des contrats prévoit un nouvel article 1171 du Code civil qui sera ainsi rédigé, à partir du 1^{er} octobre 2016 :

« Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

acheteur ».

¹ Comp. Y.-M. Laithier, « Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC* 2009, p. 1650, spéc. p. 1659 : « L'on peut penser que l'appréciation judiciaire portée sur ces clauses, surtout lorsqu'elles sont simplement limitatives, sera plus nuancée que celle retenue par le décret du 18 mars 2009. En d'autres termes, le régime issu de l'article L. 442-6, I, 2°, offre une souplesse finalement plus proche du droit civil que du droit de la consommation en dépit de l'emprunt formel qui a été fait à ce dernier ».

² N. Mathey, « Du déséquilibre significatif », *CCC* 2011, Repère 10.

³ P. Catala, art. préc., in *Mélanges F.-C. Jeantet, op. cit.*, spéc. n° 15.

⁴ Art. 8 Loi n° 2015-177 du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

Cet article vise donc à introduire la lutte contre les clauses abusives dans le droit commun des contrats français. Déjà présente en droit de la consommation et en droit de la concurrence, il était cohérent qu'elle entre dans le Code civil.

269. *Le champ d'application débattu.* Cette disposition est le fruit d'un compromis entre le Gouvernement d'une part et la doctrine et les professionnels d'autre part. En effet, le champ de l'article initialement proposé dans le projet d'ordonnance n'était pas limité aux contrats d'adhésion. Par conséquent, tous les contrats, même négociés sur un pied d'égalité¹, pouvaient ensuite être réformés par le juge si l'une des parties apportait la preuve d'un déséquilibre significatif, notion aux contours toujours flous. Face à la levée de boucliers qu'a entraîné cette proposition², la disposition a été modifiée afin d'intégrer la limite du contrat d'adhésion. Elle risquait sinon de ruiner la sécurité juridique et d'abandonner le respect de la parole donnée, pourtant proclamé dans le même projet³. D'ailleurs, aussi bien l'avant-projet Catala que le projet Terré avaient prévu de ne réputer non écrites que les clauses qui n'avaient pas été négociées¹. Cette même condition avait été reprise par le projet de la Chancellerie de février 2009 à l'article 87 bis. Il était dès lors très surprenant que cette condition n'ait pas été intégrée dans le projet d'ordonnance. C'est désormais chose faite dans l'ordonnance publiée. Le rapport au Président accompagnant l'ordonnance reconnaît avoir entendu les critiques formulées à l'encontre du projet :

« Afin de répondre aux inquiétudes des représentants du monde économique, craignant une atteinte à la sécurité des transactions entre partenaires commerciaux et à l'attractivité du droit français, le champ des clauses abusives est néanmoins circonscrit dans le présent texte aux contrats d'adhésion ».

270. *Portée pratique.* La limitation du champ d'application du texte aux contrats d'adhésion en réduit très nettement la portée pratique, surtout s'il ne trouve à s'appliquer qu'en dehors des hypothèses déjà réglementées par les droits spéciaux. De prime abord, la règle selon laquelle le spécial déroge au générale inviterait plutôt à opter pour un cumul du droit commun et des textes spéciaux, car ces derniers prévoient des règles comparables et

¹ Il est vrai que le droit de la consommation n'a pas limité, comme en droit européen, la lutte des clauses abusives dans les contrats d'adhésion et permet de supprimer une clause d'un contrat négocié. Toutefois, le déséquilibre structurel qui existe entre les deux parties au contrat justifie cette solution, argument absent en droit commun des contrats.

² V. not. Ph. Stoffel-Munck, « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Dr. Patr.* 2014, n° 240, p. 56 ; R. Boffa, « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335 ; Th. Revet, « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.

³ Ph. Stoffel-Munck, art. préc., *Dr. Patr.* 2014, n° 240, spéc. p. 57.

ne dérogent donc pas au droit commun². Néanmoins, le futur article 1105 du Code civil précise que « les règles générales s'appliquent sous réserve de ces règles particulières » établis pour certains contrats. Il ne semble pas nécessaire que la règle issue du droit commun soit antinomique avec les textes spéciaux pour être écartée. Par conséquent, la règle spéciale, dès lors qu'elle est applicable, prévaudrait sur la règle générale. En outre, les dispositions spéciales relatives à la lutte contre le déséquilibre significatif ne sont pas identiques à celle prévue dans le Code civil. Dès lors, à la suite de Mme Behar-Touchais, il nous semble que le cumul doit être rejeté et seuls les contrats qui ne sont pas déjà appréhendés par une disposition spéciale seront régis par le futur article 1171 du Code civil³. Par conséquent, une fois les contrats de consommations et les contrats commerciaux écartés, peu de contrats d'adhésion sont concernés.

L'auteur relève trois types de contrats susceptibles d'entrer dans le champ d'application du futur article 1171. Tout d'abord, certains contrats conclus entre professionnels ne tombent pas sous le coup de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, comme les contrats liant un professionnel libéral et ses partenaires, ou un agent commercial et son mandant. Ensuite, sont visés les contrats d'adhésion conclus entre particuliers. Avec l'essor fulgurant des échanges entre particuliers grâce à Internet, qu'il s'agisse de ventes d'objet de seconde main (*Le bon coin*), ou de services, notamment de location de véhicule (*OuiCar, Drivy*) ou d'appartement (*Airbnb*), les contrats d'adhésion entre particuliers se rencontrent de plus en plus fréquemment. En revanche, ils relèvent du droit de la consommation si un modèle type rédigé « par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée » a été utilisé, celui-ci entrant dans le champ de l'article L. 212-1 du Code de la consommation (L. 132-1 anc.)⁴. Enfin, les conventions conclues par une SCI ou une association relèvent de cette disposition générale. Ne sont donc pas concernées les petites entreprises qui concluent un contrat d'adhésion pour les besoins de leur activité. Cette exclusion découle du vaste champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, qui s'adresse à tous ceux qui exercent une activité commerciale⁵. Elle est cependant regrettable car la jurisprudence accueille avec parcimonie les demandes fondées

¹ Art. 1122-2 Avant-projet Catala, art. 67 Projet Terré.

² G. Durand-Pasquier, « Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme », *JCP N* 2016, 1113, n° 12.

³ M. Behar-Touchais, « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016, 391, p. 662.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2011, pourvoi n° 08-14402, *Bull. I* n° 23, *D.* 2011 p. 1659, note G. Chantepie, *CCC* 2011, comm. 102, note G. Raymond, *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 2864, note S. Piedelièvre, *JCP G* 2011, n° 414, note G. Paisant : « l'action préventive en suppression de clauses abusives ouverte aux associations agréées de défense des consommateurs a vocation à s'appliquer aux modèles types de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée ».

⁵ M. Behar-Touchais, art. préc., *JCP G* 2016, p. 662.

sur le droit de la concurrence en dehors du secteur de la grande distribution. Or, en présence d'un contrat d'adhésion, la protection du « petit professionnel » devient légitime. La réduction du champ d'application de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce au seul domaine de la grande distribution permettrait de faire entrer les contrats d'adhésion conclus entre professionnels, mais en dehors de ce secteur particulier, dans le domaine du futur article 1171 du Code civil.

En définitive, la portée pratique de la nouvelle disposition, sans être négligeable, est cantonnée à des hypothèses assez précises, contrastant ainsi avec la portée générale attribuée classiquement au droit commun des contrats. Néanmoins, ces solutions s'expliquent très logiquement par la vaste portée des textes spéciaux, qui captent une très grande partie des contrats conclus en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties.

271. En retenant cette limitation du champ d'application du texte, la réforme procède à une consécration dans le Code civil de la prise en compte du déséquilibre structurel entre les parties pour contrôler l'équilibre contractuel au sein de la convention. Ainsi ce choix s'inscrit-il dans le mouvement législatif qui anime de nombreux droits spéciaux. Il apparaît donc pleinement satisfaisant. Reste à envisager quelle incidence aura cette nouvelle disposition sur le régime des clauses relatives à la responsabilité.

B. Quelle incidence pour les clauses relatives à la responsabilité ?

272. Précision méthodologique. La détermination du déséquilibre significatif sera traitée ultérieurement, à l'occasion des développements relatifs au droit prospectif¹. Pour l'heure, il est possible d'envisager le rôle potentiel du futur article 1171 du Code civil sur la validité des clauses relatives à la responsabilité au regard de l'étude des textes spéciaux précédemment menée.

273. Rejet de la transposition des listes du droit de la consommation. La question de l'incidence de ce nouveau texte sur les clauses qui nous intéressent rejoint celle qui anime le droit de la concurrence et son interprétation du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce. Comment appréhender cette notion, issue du droit de la consommation ? Faut-il tenir compte des listes réglementaires établies en droit de la

¹ Cf. *infra*, n° 451.

consommation pour identifier les clauses qui créent un déséquilibre significatif au sein d'un contrat ? Le déséquilibre significatif s'est en effet matérialisé dans des listes grises et noires de clauses présumées abusives dans les contrats de consommation.

Or, il est intéressant de relever que la jurisprudence qui se construit depuis quelques années en droit de la concurrence ne fait pas appel à ces listes ; les juges adoptent une appréciation concrète du déséquilibre significatif, au regard du contrat dans son ensemble et même des circonstances dans lesquelles il a été conclu par les parties. En l'absence de listes préétablies propres au droit commun des contrats, il nous semble qu'une démarche similaire doit être entreprise pour interpréter le futur article 1171 du Code civil. Le juge ne pourrait se contenter d'une référence aux listes du droit spécial de la consommation. Par conséquent, il est possible de retenir dès à présent que l'interdiction absolue des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité édictée dans la liste noire du droit de la consommation n'emporte pas une prohibition certaine de ces stipulations dans le droit commun des contrats.

274. Possible transposition des solutions envisagées en droit de la concurrence. En raison du rejet de la transposition pure et simple des listes grise et noire du droit de la consommation en droit commun des contrats, un parallèle semble pouvoir être établi avec le droit de la concurrence. En conséquence, les conclusions auxquelles a donné lieu l'analyse de ce droit spécial pourront sans doute être transposées au droit commun des contrats : les clauses exonératoires seront réputées non écrites, tandis que les clauses limitatives de réparation pourront être maintenues dans la mesure où elles ne fixent pas un montant dérisoire.

L'exemple du droit québécois est ici instructif. L'article 1437 du Code civil du Québec prévoit la lutte contre les clauses abusives dans les contrats de consommation et les contrats d'adhésion. Des auteurs ont rassemblé les applications jurisprudentielles de cette disposition. Ils soulignent que les clauses exonératoires subissent souvent le contrôle prévu par cet article¹ ; en revanche, il n'est pas fait mention des clauses limitatives de réparation. On peut donc en déduire qu'elles ne sont pas considérées comme créant un désavantage excessif au détriment de l'adhérent, en application de l'article 1437. Cet exemple conforte l'idée selon laquelle les atténuations conventionnelles de responsabilité pourraient ne pas tomber sous le coup du nouvel article 1171 du Code civil français.

275. Conclusion de la section. Au cours de ce vaste tour d'horizon, de nombreuses atteintes au principe classique de validité des clauses relatives à la responsabilité ont pu être relevées. La motivation de législateur se dessine déjà nettement : il réglemente la stipulation des clauses lorsque le contractant au détriment duquel elles pourraient être prévues est en situation de faiblesse vis-à-vis de l'autre partie. Partant, les clauses sont interdites ou très réglementées lorsqu'un déséquilibre existe entre les deux parties ; en revanche, la liberté contractuelle subsiste en présence de contractants négociant sur un pied d'égalité. Les atteintes peuvent être limitées à un type de contrat particulier, ou au contraire viser une relation définie, telle la relation professionnel-consommateur, sans égard à la nature du contrat en cause. Aussi diverses soient-elles, ces réglementations tendent vers un but commun. Il nous faut maintenant étudier l'attitude de la jurisprudence pour déterminer si elle suit ce même mouvement.

SECTION 2 : LES ATTEINTES JURISPRUDENTIELLES INJUSTIFIÉES

276. Nombreux sont les droits spéciaux qui ont porté atteinte au principe initial de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Néanmoins, toutes les clauses existant dans la pratique ne tombent pas sous le coup de ces lois spéciales. Pour autant, le principe de validité perd du terrain par les attaques répétées de la jurisprudence. Or, contrairement aux droits spéciaux, les juges ne s'encombrent pas d'une justification expresse ou même tacite pour légitimer leur démarche liberticide.

Dans un premier temps, la Cour de cassation s'est emparée de la question de la validité des clauses de non-garantie présentes dans les contrats de vente afin d'en limiter drastiquement la portée (Sous-section 1). Dans un second temps, la jurisprudence a élargi le mouvement de défiance envers les clauses relatives à la responsabilité au droit commun des contrats (Sous-section 2).

¹ D. Lluellas, B. Moore, *Droit des obligations*, Thémis, 2^e éd., 2012, n° 1866.

Sous-section 1 : Une atteinte ponctuelle au principe de validité dans le droit de la vente

277. Le Code civil met à la charge du vendeur d'une chose deux garanties. L'une porte sur l'éviction de l'acquéreur, l'autre a trait aux vices cachés du bien vendu. Dans les deux cas, les articles 1627 et 1643 du Code civil offrent au vendeur la possibilité de stipuler une clause de non-garantie qui, nous l'avons vu, relève bien de la catégorie des clauses de non-responsabilité¹. Or, si les clauses relatives à la garantie d'éviction ne posent guère de difficulté², il en va autrement pour la garantie des vices cachés, « qui a enduré un véritable et long séisme que sa façade légale, encore lisse et brillante, ne laisse en rien imaginer »³. L'étude sera donc concentrée sur la garantie des vices cachés.

Dans ce domaine, bien que la loi affirme que le vendeur peut se décharger de la garantie légale qui pèse sur lui, la jurisprudence a profondément entamé le principe de validité en fermant cette opportunité au vendeur professionnel. Ce courant liberticide semble à première vue justifié par la prise en compte d'un déséquilibre structurel entre les parties contractantes, ce qui lui procurerait une véritable légitimité (§1). Néanmoins, à l'analyse, cette idée est démentie et fait apparaître le caractère hautement critiquable de la prohibition jurisprudentielle (§2).

§1. La remise en cause du principe de validité des clauses de non-garantie des vices cachés apparemment justifiée

278. Alors que le régime légal de la garantie des vices cachés présente un caractère supplétif, la Cour de cassation a décidé d'interpréter très strictement le texte validant les clauses de non-garantie afin de tenir compte, semble-t-il, de la relation déséquilibrée présente entre le vendeur professionnel et l'acquéreur de la chose viciée. Cette évolution jurisprudentielle, développée au cours de la fin du XX^{ème} siècle (A), a profondément modifié les règles de validité des clauses de non-garantie des vices cachés (B).

¹ Cf. *supra*, n° 175.

² La garantie d'éviction « eut une histoire paisible et taisante » selon Ph. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, *op. cit.*, n° 52.09. L'interprétation des clauses de non-garantie d'éviction peut être source de difficulté il est vrai ; elle n'a pas pour autant fait l'objet de débats doctrinaux ni d'une jurisprudence aussi soutenue que pour la garantie des vices cachés.

³ Y.-M. Serinet, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris I, 1996, n° 576.

A. L'évolution du régime des clauses de non-garantie des vices cachés en raison de l'apparente prise en compte de la situation des parties

279. Le Code civil, en 1804, a posé un principe de validité des clauses de non-garantie, en raison de l'équilibre entre les parties au contrat de vente qui existait à l'époque (1). Afin de tenir compte de l'évolution de la société et notamment du développement de la consommation de masse, à l'origine d'acteurs professionnels tous puissants, la jurisprudence a renversé le principe en restreignant drastiquement les hypothèses de validité des clauses (2).

1) Le principe de validité légalement affirmé en raison de l'équilibre entre les contractants

280. Le droit de la vente comme le droit commun des contrats fondent la plupart de leurs règles sur l'idée que les parties sont sur un pied d'égalité lors de la conclusion du contrat. Par conséquent, le régime des clauses de non-garantie prévu par la loi présente de grandes similitudes avec le régime de droit commun des clauses de non-responsabilité (a). Il trouve sa justification dans l'équilibre supposé présent entre les parties (b).

a) La proximité du régime légal spécial des clauses de non-garantie et du régime de droit commun des clauses de non-responsabilité

281. ***Parallèle entre le droit de la vente et le droit commun des clauses limitatives de réparation.*** On l'a vu, les clauses de non-garantie entrent dans la catégorie des clauses de non-responsabilité. Logiquement, le régime des clauses de non-garantie est donc très similaire à celui qui régit les clauses relatives à la responsabilité en droit commun.

Par conséquent, le principe est celui de la validité des clauses. Selon l'article 1643 du Code civil, le vendeur peut stipuler qu'il ne sera tenu à aucune garantie des vices cachés, s'il ne les a pas connus. Le texte affirme donc la validité de principe des clauses de non-garantie des vices cachés. En revanche, une condition est posée, relative à l'ignorance du vice par le vendeur. On retrouve ici la limite classique du dol, dont le débiteur ne peut s'exonérer à l'avance. En effet, si la clause est rédigée trop largement et couvre même les

vices connus, le vendeur s'exonère en réalité de son dol contractuel, constitué par l'inexécution délibérée de son obligation de délivrer une chose exempte de vice.

Par ailleurs, au stade de la mise en jeu de la clause, celle-ci sera paralysée si l'acquéreur prouve la faute lourde ou le dol du vendeur. Dans ce cas en effet, il y a une simple transposition de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) qui limite l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité en cas de faute lourde ou dol du débiteur lors de l'exécution du contrat. Ainsi, lors de l'invocation de la clause de non-garantie par le vendeur, l'acquéreur pourra lui opposer la preuve de sa faute lourde ou de son dol ou, autrement dit, de sa connaissance du vice, pour empêcher le jeu de la clause¹.

Ainsi, le dol est susceptible d'entraîner deux conséquences distinctes. Au stade de la formation du contrat, il invalide la clause qui l'aurait inclus dans son champ par une rédaction trop large. Au moment de l'exécution du contrat, la connaissance du vice, constitutive d'une faute dolosive du vendeur, empêchera le jeu de la clause à son profit.

282. La distinction entre le vendeur de bonne ou de mauvaise foi trouve une application pratique dans la réparation que peut espérer recevoir l'acquéreur de la chose viciée. En effet, les textes relatifs au droit de la vente reprennent la règle du droit commun des contrats selon laquelle le débiteur qui a commis une faute dolosive est tenu de la réparation de tous les dommages, même imprévisibles².

Ainsi, lorsque l'acheteur a apporté la preuve d'un vice caché, il peut demander des dommages-intérêts afin de couvrir les frais de vente en cas d'action rédhibitoire, en application de l'article 1646 du Code civil³. Le droit de la vente se démarque ici de la responsabilité contractuelle de droit commun car les frais évoqués correspondent à une réparation limitée comparée aux dommages directs et prévisibles⁴. Dans tous les cas, les

¹ V. par ex., dans des ventes conclues entre particuliers, dans lesquelles le vendeur connaissait les vices de la chose : Cass. civ. 3^e, 28 mars 2007, pourvoi n° 06-12299, *Bull.* III n° 49, *RDI* 2007 p. 330, obs. J.-G. Trébulle ; civ. 3^e, 6 octobre 2010, pourvoi n° 09-16841, *Deffrénois* 2011, p. 76, note C. Sourzat. Et pour la faute lourde du vendeur : civ. 1^{re}, 11 décembre 1961, *Bull.* I n° 595 ; com. 14 décembre 1970, pourvoi n° 69-11899, *Bull.* IV n° 345 : le vendeur « n'était pas en droit d'invoquer une décharge de garantie l'exonérant de sa responsabilité en raison de la faute lourde qui lui était imputable ».

² Art. 1150 du Code civil (futur art. 1231-3). H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, M. de Juglart, *Leçons de droit civil, Principaux contrats : vente et échange*, op. cit., n° 988 ; J.-S. Borghetti, « La correction du vice de la chose vendue aux frais du vendeur », *RDC* 2013, p. 104 ; P. Coëffard, *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, préf. Ph. Rémy, thèse 2005, L.G.D.J., n° 62. Comp. Ph. Malinvaud qui préfère invoquer l'équité : il s'agit d'une répartition équitable des risques, lorsque aucune des parties ne connaissait le vice, mais qui disparaît lorsque le vendeur est de mauvaise foi. Ph. Malinvaud, « La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose », *JCP G* 1968, I, n° 2153, spéc. nos 17 et 18.

³ Sur l'interprétation de cette disposition, V. Y.-M. Serinet, thèse préc., nos 645 et s..

⁴ Y.-M. Serinet, thèse préc., n° 651 et nos 657 et s..

dommages consécutifs resteront à la charge de l'acheteur : « entre le vendeur de bonne foi et l'acheteur, les rédacteurs ont préféré le vendeur »¹.

À l'inverse, lorsque le vendeur est de mauvaise foi, l'article 1645 du Code civil prévoit que l'acheteur peut obtenir, en plus d'une somme couvrant les frais de vente, des dommages-intérêts afin de réparer le préjudice qui découle de l'impossibilité d'utiliser la chose, et notamment lorsque l'acheteur avait acquis le bien en vue d'une utilisation professionnelle, du préjudice commercial². La jurisprudence accepte également d'allouer des dommages-intérêts pour le préjudice causé *par* la chose, ou plus exactement, par le vice de la chose³. Il s'agit d'une traduction de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3), comme le souligne Henri Mazeaud : « le dommage imprévisible doit être réparé en cas de faute dolosive ; or, le vendeur qui vend une chose sachant qu'elle est atteinte d'un vice, commet un dol »⁴.

Finalement, une clause limitative ou exonératoire de garantie ne pourra décharger le vendeur que de la réparation prévue à l'article 1646 du Code civil, soit des seuls frais occasionnés par la vente. Si le vendeur est de mauvaise foi, il ne pourra échapper au paiement des dommages-intérêts demandés par l'acheteur. La mauvaise foi du vendeur lui ferme du même coup la possibilité d'invoquer les articles 1643 et 1646 du Code civil.

En application de ce principe, les clauses de non-garantie relatives au préjudice corporel sont dans tous les cas écartées. En effet, les dommages causés par la chose viciée ne sont réparés qu'en cas de mauvaise foi du vendeur. Or, cette mauvaise foi lui interdit d'opposer une clause de non-responsabilité. Par conséquent, l'indemnisation des dommages corporels, lorsqu'elle pourra être demandée, ne saurait être écartée par une clause de non-responsabilité. Si les auteurs classiques invoquent plutôt le principe d'ordre public tenant au respect de la vie humaine⁵, la nullité des clauses élusives de responsabilité en cas de dommage corporel causé par le vice d'une chose s'explique simplement par le jeu du régime de la garantie des vices cachés. De plus, en pratique, lorsque la chose cause un dommage corporel à l'acquéreur, celui-ci se tournera plutôt vers le régime de

¹ H. Mazeaud, art. préc., *RTD civ.* 1955, p. 611, n° 10

² H. Mazeaud, *op. cit. loc. cit.* ; Ph. Malinvaud, art. préc., *JCP G* 1968, I, n° 2153, n° 3.

³ V. par ex., pour la réparation des dommages causés par l'éclatement d'une bouteille de bière, Cass. civ. 1^{re}, 22 juin 1971, *D.* 1971, somm. p. 191, ou la réfection de la toiture en raison du vice qui affectait les ardoises, civ. 1^{re}, 6 juillet 1999, pourvoi n° 97-16885, *CCC* 2000, comm. 23, note L. Leveneur ; ou encore, civ. 3^e, 14 avril 2010, pourvoi n° 09-14455, *Bull.* III n° 88.

⁴ H. Mazeaud, art. préc., *RTD civ.* 1955, p. 611, n° 10.

⁵ H. Mazeaud, art. préc., *RTD civ.* 1955, p. 611, n° 22.

responsabilité du fait des produits défectueux, plus adapté dans ce cas¹. La question des clauses relatives aux dommages corporels causés par la chose viciée est donc close.

283. Limites à la transposition du droit commun des clauses relatives à la responsabilité. Les clauses de non-garantie, considérées comme un type particulier de clauses de non-responsabilité, bénéficient aux articles 1643 et suivants de règles très proches du régime de droit commun des clauses atténuant la responsabilité. Une question apparaît alors : si le régime de droit commun des clauses limitatives de responsabilité s'applique, faut-il prendre en compte la jurisprudence qui écarte les clauses relatives à la réparation qui vident l'obligation essentielle de tout contenu ? L'obligation de délivrer une chose non viciée serait assurément une obligation essentielle du vendeur, et une clause de non-garantie viserait cette obligation.

La question a été récemment posée à la Cour de cassation. Pour balayer cet argumentaire, les hauts magistrats ont affirmé que :

« le vice caché [...] ne donne pas ouverture à une action en responsabilité contractuelle mais à une garantie dont les modalités sont fixées par les articles 1641 et suivants du Code civil »².

En conséquence, la jurisprudence *Chronopost* ne peut être invoquée pour invalider une clause de non-garantie. Cette solution appelle deux remarques.

La première concerne la portée de cette solution. À première vue, l'affirmation de la Cour de cassation tend à dissocier responsabilité contractuelle et garantie. Dès lors, la nature des clauses de non-garantie semble remise en cause. Cependant, une autre interprétation doit, selon nous, être retenue. En réalité, la Cour de cassation cherche, dans les deux espèces, à écarter le régime de la responsabilité contractuelle des articles 1147 et suivants du Code civil, invoqué par le pourvoi. Cet arrêt ne fait qu'appliquer la règle selon laquelle le spécial déroge au général. La solution n'empêche donc pas de rapprocher la garantie des vices cachés de la responsabilité civile, à condition de souligner que sa mise en œuvre est prévue par les articles 1641 et suivants du Code civil, et ne relève donc pas du régime de responsabilité contractuelle de droit commun. En définitive, la décision ne remet

¹ La réparation des dommages causés par la chose viciée, sur le fondement de l'article 1645 du Code civil, entraîne un rapprochement entre la garantie des vices cachés et la responsabilité du fait des produits défectueux prévue aux articles 1386-1 et suivants du Code civil (futurs articles 1245 et suivants). Toutefois, on remarque qu'elles conservent un intérêt distinct, soit lorsque le vice n'est pas un défaut de sécurité, soit lorsque le défaut de sécurité ne touche pas une personne liée par un contrat de vente. V. P. Puig, *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e éd., 2015, n° 471.

² Cass. com., 19 mars 2013, pourvoi n° 11-26566, *Bull.* IV n° 45, *D.* 2013, p. 1947, note A. Hontebeyrie, *JCP G* 2013, n° 705, note G. Pillet, *RDC* 2013, p. 1360, note critique J.-S. Borghetti, *CCC* 2013, comm. 129, note L. Leveneur. V. déjà, Cass. com., 27 septembre 2011, pourvoi n° 10-24713.

pas en cause la solution selon laquelle les clauses de non-garantie constituent bien un type de clause de non-responsabilité¹.

La seconde remarque a trait à la mise en œuvre du principe proclamé selon lequel le vice caché n'entraîne pas l'ouverture d'une action en responsabilité, qui se traduit par le refus d'appliquer la jurisprudence invalidant les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit commun lorsque celles-ci contredisent l'obligation essentielle du contrat. Le rejet de cet argument est justifié. Admettre une telle solution reviendrait sinon à considérer que toutes les clauses sont soumises au droit commun des clauses relatives à la responsabilité ; or tel n'est évidemment pas le cas. En effet, le droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, composé des règles qui s'appliquent à toutes les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, n'est mis en œuvre qu'à défaut de texte spécial. Ce droit commun a été en partie élaboré par la jurisprudence, afin de bâtir un régime aux stipulations qui ne faisaient l'objet d'aucune disposition spéciale. C'est ainsi que la jurisprudence *Chronopost* a vu le jour, afin d'écarter les clauses qui avaient pour effet de vider l'obligation essentielle du débiteur de toute portée. Or, contrairement à la faute grave du débiteur, qui trouve un relais dans les textes du droit de la vente, permettant son application, la règle de la contradiction à l'obligation essentielle ne peut être transposée dans un système légal spécial comme celui des garanties du vendeur. La validité des clauses de non-garantie dans la vente, ainsi que les exceptions à ce principe, sont clairement définies par la loi et par la jurisprudence qui l'interprète ; par conséquent la solution issue de l'arrêt *Chronopost* ne peut trouver à s'appliquer ici. La solution de la Cour de cassation est ainsi tout à fait justifiée.

En affirmant la validité de principe des clauses de non-garantie, l'article 1643 du Code civil illustre l'idée selon laquelle en 1804, les contractants sont présumés être sur un pied d'égalité.

b) La validité justifiée par l'équilibre supposé entre les parties

284. Les relations structurellement équilibrées entre vendeur et acquéreur en 1804. La validité de principe des clauses de non-garantie des vices cachés s'explique à la lumière de

¹ Cette idée est aussi soutenue par Ph. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, op. cit. n° 50.12 : « en présence d'une inexécution, la mise en jeu des garanties relève bien, d'une façon générale, du régime de la défaillance contractuelle, plus habituellement appelée responsabilité contractuelle, mais détachée de toute idée de faute et de toute analyse de comportement ». V., dans le même sens, G. Pillet, art. préc., *JCP G* 2013, n° 705, spéc. p. 1223. *Contra*, un arrêt unique, Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, pourvoi n° 95-13866, *D.* 2000, p. 407, note M.-L. Izorche.

l'état d'esprit des rédacteurs du Code civil en 1804 : les deux parties au contrat sont sur un pied d'égalité. À l'époque, il n'existe pas de contrat d'adhésion ; chaque partie est apte à négocier les termes du contrat afin de faire prévaloir ses propres intérêts. En partant de ce postulat, la validité de principe des clauses de non-garantie des vices cachés ne fait aucun doute. L'acheteur a accepté cette exclusion, et y trouve probablement son compte par la diminution du prix de vente.

Cependant, la consommation de masse a vu le jour, certains vendeurs sont devenus tout puissants. Un décalage s'est établi entre l'égalité théorique des contractants et la réalité. Prenant acte de cette évolution, et bien que le principe de la validité des clauses limitatives ou exonératoires de garantie, et son exception en cas de mauvaise foi du vendeur, soient conformes aux principes de droit commun des contrats, la jurisprudence a modifié le visage de la garantie des vices cachés. Elle a profité de cette brèche ouverte par la loi, avec la mauvaise foi du vendeur, pour étendre l'exception au point de renverser le principe de validité.

2) Le renversement jurisprudentiel du principe en raison de l'apparition du déséquilibre entre les contractants

285. Première période : la présomption simple de connaissance du vice. À partir de 1954, la jurisprudence assimile le vendeur professionnel à un vendeur de mauvaise foi, en retenant qu'il ne pouvait ignorer les vices de la chose¹. Par la suite, les arrêts invoquent la « présomption de connaissance des vices », évitant ainsi l'expression « présomption de mauvaise foi »². Toutefois, même si elle n'est pas invoquée formellement, cette présomption de mauvaise foi constitue le fondement de ces décisions. Contraire au principe civiliste selon lequel la bonne foi est présumée, cette solution a été très critiquée³. Elle aboutit à traiter de la même manière le vendeur professionnel qui a vendu sciemment une chose viciée, et celui qui ignorait en toute bonne foi l'existence du défaut⁴.

Néanmoins, la motivation des juges était louable à l'époque. La prise de conscience de l'inégalité des contractants, lorsque le vendeur est un professionnel, les avait conduits à prendre le parti de l'acheteur. Le but était de protéger la victime des manœuvres

¹ Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1954 pourvoi n° 54-07171, *Bull.* I n° 338, *op. cit.* : « que le vendeur qui connaissait ces vices, auquel il convient d'assimiler celui qui par sa profession ne pouvait les ignorer ».

² Sauf dans un arrêt : Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1965, pourvoi n° 62-12790, *op. cit.*.

³ B. Starck, art. préc., *D.* 1974, chr. p. 157, n° 69 : « présumer le dol est hérétique, c'est la bonne foi qui se présume » ; Ph. Malinvaud, art. préc., *JCP G* 1968, I, n° 2153, n° 24 : « sur le plan des principes, cette assimilation est grave ».

⁴ Ph. Malinvaud, *op. cit. loc. cit.*.

commerciales des vendeurs, qui inséraient des clauses exonératoires afin de se défaire de toute responsabilité, le plus souvent sans avoir attiré l'attention du client sur une telle exonération. D'ailleurs, la preuve du caractère indécélable permettait au vendeur professionnel d'établir sa bonne foi¹. Certes, la solution était critiquable sur le plan des principes, mais aboutissait en pratique à un résultat avantageux pour l'acheteur, sans être excessif pour le vendeur.

286. Deuxième période : la présomption irréfragable de connaissance du vice. Seulement, cette période a été de courte durée. Très hostiles aux clauses de non-garantie, les juges ont rapidement renforcé cette présomption pour la rendre irréfragable². Le vendeur professionnel est désormais considéré comme connaissant nécessairement les vices de la chose qu'il vend. Dès lors, la justification initiale ne peut plus être invoquée ; au lieu de rétablir l'égalité entre les contractants, la jurisprudence fait pencher la balance de l'autre côté. La situation devient très critiquable.

En imposant une présomption irréfragable de connaissance du vice à l'égard des vendeurs professionnels, la jurisprudence a érigé un obstacle infranchissable à la stipulation de clauses de non-garantie par un professionnel dans un contrat de vente conclu avec un particulier ou un professionnel d'une autre spécialité. Concrètement, la très grande majorité des contrats tombent sous cette nouvelle interdiction. Il est donc possible d'affirmer que le principe de validité a été renversé, pour laisser place à un nouveau principe de prohibition des clauses de non-garantie, à rebours de la lettre de l'article 1643 du Code civil³.

Cette jurisprudence excessive perdure pourtant depuis un demi-siècle sans connaître d'infléchissement.

B. Le régime des clauses de non-garantie des vices cachés en droit positif

287. La présomption irréfragable de connaissance du vice, prévue à l'encontre du vendeur professionnel, touche un nombre tellement important de contrats qu'elle a

¹ Cass. civ. 1^{re}, 31 octobre 1962, *Bull.* I n° 457.

² Cass. civ. 1^{re}, 19 janvier 1965, pourvoi n° 61-10952, *Bull.* I n° 52.

³ Y.-M. Serinet, thèse préc., n° 871.

renversé le principe de validité des clauses de non-garantie (1). Leur champ de validité est devenu résiduel (2).

1) Le principe de nullité en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties

288. *Le déséquilibre structurel, fondement apparent de la solution.* La présomption de connaissance du vice est appliquée à tout vendeur professionnel. Les juges considèrent que la qualité de professionnel lui impose de connaître la chose qu'il vend. Celui-ci est plus à même de connaître les caractéristiques, et surtout les défauts qui pourraient empêcher la chose de remplir l'usage pour lequel elle a été acquise. Cette présomption de connaissance s'explique donc par sa supériorité technique sur l'acheteur. Ce dernier, particulier ou non spécialiste, n'a sans doute pas l'œil assez aiguisé pour détecter une anomalie du produit. Le déséquilibre structurel entre les parties au contrat de vente semble bien constituer la motivation des juges dans l'élaboration de cette jurisprudence.

289. *Conséquence du caractère irréfragable de la présomption de connaissance du vice.* Lors de la prise en compte de ce déséquilibre structurel, la jurisprudence a choisi une solution *a maxima*. En retenant le caractère irréfragable de la présomption, les juges ont renversé le principe de validité des clauses de non-garantie.

Concrètement, deux hypothèses peuvent se présenter au juge. Soit la connaissance du vice est effectivement prouvée, et dans ce cas le vendeur sera coupable de dol, ainsi sa mauvaise foi sera nécessairement établie. Soit la connaissance du vice n'est pas démontrée, voire il est prouvé qu'il ne pouvait connaître le vice¹ ; dans ce cas, la présomption jouera pour établir sa mauvaise foi. Finalement, le caractère irréfragable de la présomption a un double rôle : d'une part, il affranchit l'acheteur de la preuve de la mauvaise foi du vendeur, et d'autre part, il élève un obstacle à l'établissement de la bonne foi lorsque l'ignorance du vice par le professionnel est établie. Si le premier effet permet un rééquilibrage des forces, en facilitant l'action de l'acheteur, partie faible, le second rend la solution injuste pour le vendeur professionnel.

Toutefois, les clauses conservent un timide champ de validité en dehors de cette jurisprudence, lorsque les parties sont théoriquement dans une relation équilibrée.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, pourvoi n° 95-13866, *Bull.* I n° 198 : le vendeur avait passé commande auprès d'un fournisseur, qui a livré directement le moteur à l'acheteur : le vendeur n'a donc pas eu la chose viciée entre les mains.

2) La validité résiduelle en présence d'un équilibre structurel entre les parties

290. Le principe de validité des clauses de non-garantie a été renversé par la jurisprudence. En effet, les quelques cas dans lesquels ces clauses sont encore valables relèvent désormais de l'exception. Ces hypothèses présentent un point commun : les parties sont sur un pied d'égalité. Il s'agit de la vente entre non-professionnels (a), et de la vente entre professionnels de même spécialité (b).

a) La vente entre non-professionnels

291. Le jeu classique des clauses de non-garantie. L'exonération conventionnelle de garantie est bien évidemment valable entre non-professionnels. Ils sont en effet considérés comme étant dans une situation équilibrée. Elles sont d'ailleurs très fréquemment insérées dans les contrats de vente d'immeuble entre particuliers. Leur régime relève alors du jeu normal des dispositions du Code civil. Les clauses sont en principe valables ; mais la preuve de la mauvaise foi du vendeur, apportée par l'acheteur, et non présumée, aura pour effet de rendre la clause de non-garantie inopposable à son bénéficiaire¹.

b) La vente entre professionnels de même spécialité

292. Le principe de validité gouverné par la connaissance du vice. La jurisprudence admet la validité des clauses de non-garantie lorsque les deux parties au contrat de vente sont des professionnels de même spécialité². Les juges adoptent une approche extrêmement restrictive de la notion de professionnels de même spécialité, afin de ne pas étendre le champ de validité des clauses de non-garantie³. L'idée d'égalité entre les cocontractants est poussée à l'extrême : la négociation est valable lorsque les parties sont sur un pied d'égalité, mais dès qu'elles ne présentent pas des spécialités identiques, l'égalité disparaît, emportant avec elle la validité des clauses.

La jurisprudence considère que l'acheteur s'est engagé en connaissant les risques de vice. En effet, en tant qu'acheteur professionnel, une présomption de connaissance du

¹ V. par ex., Cass. civ. 3^e, 2 mars 2007, pourvoi n° 06-12889, CCC 2007, comm. 199, note L. Leveneur ; civ. 3^e, 18 décembre 2012, pourvoi n° 11-19550.

² Cass. com. 8 octobre 1973, pourvoi n° 71-14322, Bull. IV n° 272, *op. cit.*.

³ Par ex., Cass. civ. 1^{re}, 20 février 1996, pourvoi n° 93-21128, Bull. I n° 86, CCC 1996, comm. 96, note L. Leveneur : la Cour de cassation a jugé que le fabricant de transformateurs électriques et le fabricant de régleurs électriques ne

vice pèse sur lui. En réalité, la garantie des vices cachés ne joue pas, car les vices sont considérés comme apparents, en raison de la double présomption de connaissance du vice qui pèse à la fois sur le vendeur et l'acheteur professionnels. La clause évasive de garantie n'est finalement plus qu'une application de l'article 1642 du Code civil, qui prévoit que la garantie n'a pas lieu pour les défauts dont l'acheteur a pu se convaincre lui-même¹.

293. Limite à la validité : la preuve du vice indécélable par l'acheteur. Les clauses relatives à la garantie sont donc valables en raison de la double présomption de connaissance du vice, tant que les deux parties sont considérées comme étant de mauvaise foi. Cependant, la présomption qui pèse sur l'acheteur est moins lourde que celle retenue à l'encontre du vendeur : elle n'est pas irréfragable. L'acquéreur professionnel peut apporter la preuve du caractère indécélable du vice². La conséquence qui s'ensuit est importante : le vice ne peut plus être considéré comme apparent pour l'acheteur. Dès lors, s'opère un basculement de l'article 1642 à l'article 1643 du Code civil. La clause limitative ou exonératoire de garantie recouvre toute sa portée, à condition que le vendeur soit de bonne foi. Or, la présomption de connaissance du vice subsiste pour le vendeur uniquement, même lorsque le vice est indécélable. Par conséquent, en application des règles classiques, la clause de non-garantie tombe avec la mauvaise foi du vendeur.

Ainsi, lorsque l'acheteur professionnel prouve le caractère indécélable du vice, il écarte le jeu de la clause de non-garantie et peut dès lors bénéficier de la garantie des vices cachés.

294. Seconde limite à la validité : la preuve de la mauvaise foi avérée du vendeur. Une autre hypothèse, retenue par un arrêt³, permet d'écarter la clause limitative ou évasive de garantie des vices cachés. Plutôt que de prouver le caractère indécélable du défaut, l'acheteur professionnel pourra établir la mauvaise foi avérée du vendeur, par la preuve de

partageaient pas la même spécialité.

¹ En ce sens, V. Ph Malinvaud, art. préc., *JCP G* 1975, I, 2690, n° 11 ; L. Leveneur, « Garantie des vices cachés : la présomption de connaissance des vices pesant sur l'acheteur professionnel est de moindre portée que celle du vendeur professionnel... », *CCC* 2012, comm. 118 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 7^e éd., 2014, n° 434 : « la clause restrictive ou exclusive de garantie n'est donc valable que lorsqu'elle est inutile, c'est-à-dire lorsque l'acquéreur a connu ou été en mesure de connaître les vices ».

² Cass. civ. 3^e, 28 février 2012, pourvoi n° 11-10705, *CCC* 2012, comm. 118, note L. Leveneur : « Le fait que l'acquéreur était selon ses propres dires un professionnel de la même spécialité que celle du vendeur, n'entraînait qu'une présomption de connaissance des vices décelables selon une diligence raisonnable ».

³ Cass. com., 7 novembre 2006, pourvoi n° 05-10793, *RDI* 2007 p. 330, obs. J.-G. Trébulle.

manœuvres en vue de dissimuler volontairement le vice à l'acheteur¹. La clause sera alors privée d'effet².

L'idée sous-jacente est là encore de montrer que dans les faits, l'acheteur ne connaissait pas le vice. En effet, si le vendeur a caché le défaut, afin que l'acheteur accepte de conclure le contrat, cela signifie que le défaut était grave et que l'acheteur n'aurait certainement pas contracté, ou du moins pas au prix convenu, s'il l'avait connu. Ainsi, l'acheteur prouve son ignorance du vice. Par conséquent, le régime de la garantie des vices cachés s'applique à nouveau. De plus, comme vu précédemment, le dol du vendeur fait obstacle à la validité des clauses limitatives ou exonératoires de garantie. Là encore, les clauses seront donc paralysées.

Finalement, même dans le champ résiduel de validité des clauses de non-garantie, la jurisprudence prévoit des exceptions aux exceptions, afin de revenir au principe de prohibition qu'elle a elle-même proclamé. Par conséquent, les clauses prévues par les professionnels sont très rarement appliquées.

295. En définitive, sensible à la situation de l'acquéreur d'une chose viciée, la jurisprudence a décidé qu'un vendeur professionnel était tenu de connaître les vices du bien vendu. Cette présomption de connaissance, rapidement devenue irréfragable, a entraîné le renversement du principe de validité des clauses, car celles-ci sont désormais prohibées dans la grande majorité des contrats de vente. Ce mouvement jurisprudentiel semble justifié : la qualité de professionnel du vendeur lui octroie une supériorité sur l'acquéreur, supériorité technique à l'origine d'un déséquilibre structurel entre les parties. Par conséquent, en interdisant les clauses de non-garantie, la jurisprudence semble simplement rééquilibrer les forces en présence. Toutefois, cet argument apparemment solide présente en réalité d'importantes faiblesses.

¹ *Contra*, Cass. com., 3 février 1998, pourvoi n° 95-18602, *Bull.* IV n° 60, *D.* 1998, p. 455, note J. Revel : la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel ayant écarté la clause de non-garantie entre deux professionnels en raison de la connaissance du vice par le vendeur. Toutefois, selon J. Revel, cet arrêt doit être interprété au vu des circonstances de l'espèce : la vente d'une voiture d'occasion entre deux garagistes est un contrat aléatoire, que l'acheteur accepte en connaissance de cause.

² Cass. com., 7 novembre 2006, *op. cit.* : « Mais attendu qu'ayant relevé que la clause de non-garantie des vices cachés insérée au contrat était valable entre deux professionnels de même spécialité, mais qu'il était établi que la SLE avait connaissance avant la vente de la présence d'amiante dans certaines des cellules vendues, et qu'elle a sciemment dissimulé un élément de dépréciation susceptible de faire revenir la société Northwalls sur sa décision de contracter à ce prix, la cour d'appel qui ne s'est pas contredite, en a déduit à bon droit que la SLE ne pouvait pas se prévaloir de la clause de non-garantie ». Nous soulignons.

§2. Le caractère hautement critiquable de la remise en cause du principe de validité des clauses de non-garantie des vices cachés

296. De prime abord, il semble que la jurisprudence adopte une démarche cohérente de prise en compte du déséquilibre structurel qui régit les relations entre vendeur professionnel et acquéreur de la chose. Néanmoins, il apparaît à l'analyse que la solution présente des incohérences qui rendent sa justification première irrecevable au regard du droit interne (A). En outre, une telle situation entraîne des conséquences néfastes sur la scène internationale (B).

A. Une solution incohérente au regard du droit interne

297. Au regard du droit interne, la solution est à la fois techniquement contestable (1), et en réalité difficilement justifiable (2).

1) La présomption irréfragable de connaissance du vice, une solution contestable

298. ***Une solution techniquement douteuse.*** Selon l'article 1643 du Code civil, la connaissance du vice empêche, on l'a vu, de se prévaloir d'une clause de non-garantie. Cette condition légale doit se comprendre de deux manières. D'une part, elle interdit les clauses qui couvriraient expressément le vice connu. D'autre part, au stade de l'exécution du contrat, elle empêche le jeu de la clause au bénéfice du vendeur qui connaissait le vice de la chose. La majorité des cas relève de cette seconde hypothèse. Cependant, en décidant de poser une présomption irréfragable de connaissance du vice à l'égard du vendeur professionnel, la jurisprudence opère un glissement de l'efficacité de la clause vers sa validité. Alors que la preuve de la mauvaise foi du vendeur faisait obstacle à l'efficacité de la clause, la mauvaise foi irréfragablement présumée entraîne l'invalidité de la clause. En effet, dans la mesure où le vendeur est un professionnel, il est, selon la jurisprudence, nécessairement de mauvaise foi. Par conséquent, la stipulation d'une telle clause revient à couvrir son dol au stade de la formation du contrat. La jurisprudence a donc élaboré une nouvelle règle de fond, qui contrevient à la lettre du Code civil.

299. Une jurisprudence « ultra legem, voire contra legem »¹. En posant cette présomption irréfragable, la jurisprudence a établi une nouvelle distinction que le Code civil n'avait pas prévue. Le clivage se situe désormais entre le vendeur professionnel et le vendeur occasionnel. La simple qualité de professionnel entraîne le jeu des règles qui ne devraient être activées, selon la loi, que par la mauvaise foi avérée du vendeur. La qualité de professionnel est le nouveau critère de validité des clauses de non-garantie des vices cachés. Cette règle de droit posée par la jurisprudence, sans véritable support textuel, contrevient à l'article 5 du Code civil². Elle ne présente en outre pas de justification recevable.

2) Le déséquilibre structurel, une justification insuffisante

300. Une justification apparente. Lorsque le vendeur professionnel fait face à un acheteur particulier, ou un professionnel d'une autre spécialité, la supériorité technique supposée du vendeur laisse entrevoir un déséquilibre structurel entre les parties. Une telle inégalité risque d'être source d'un déséquilibre contractuel, qui peut notamment se concrétiser par une clause de non-garantie. Partant, en cherchant à rééquilibrer le contrat par la suppression de la clause stipulée au détriment de la partie faible, le mouvement jurisprudentiel ainsi mené s'inscrirait dans la ligne suivie par de nombreux droits spéciaux.

Plus particulièrement, lorsque le vendeur est un professionnel, et l'acheteur un particulier, la clause limitative ou exonératoire de garantie sera automatiquement désactivée. Or, on l'a vu, cette stipulation n'est autre qu'une clause de non-responsabilité. La solution jurisprudentielle n'est pas sans rappeler le droit de la consommation, et plus particulièrement sa lutte contre les clauses abusives. Un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur est bien un contrat de consommation. Or, depuis la loi du 10 janvier 1978 et son décret d'application du 24 mars 1978³, repris par l'article R. 132-1, 6° ancien du Code de la consommation (actuel article R. 212-1, 6°), la clause « ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations » est abusive, et donc prohibée. Cette définition peut s'appliquer à la clause limitative ou exonératoire de garantie, qui joue lorsque le vendeur

¹ Y.-M. Serinet, thèse préc., n° 681.

² Y.-M. Serinet, thèse préc., n° 694. Adde, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, M. de Juglart, *Leçons de droit civil, Principaux contrats : vente et échange, op. cit.*, p. 326.

³ Art. 35 Loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services et art. 2 Décret n° 78-464 du 24 mars 1978.

n'a pas rempli son obligation de délivrer une chose exempte de vice. En outre et plus spécifiquement, la clause ayant pour objet « d'interdire au non-professionnel ou au consommateur le droit de demander la résolution ou la résiliation du contrat en cas d'inexécution par le professionnel de ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou de son obligation de fourniture d'un service »¹ est également présumée irréfragablement abusive. Par conséquent, on pourrait avancer que la jurisprudence cherchait, avant l'avènement du droit de la consommation, à endiguer une pratique imposée par le vendeur au consommateur, et qu'elle puiserait aujourd'hui sa légitimité dans la législation des clauses abusives pour paralyser les clauses de non-garantie dans la vente, lorsqu'elles sont stipulées par un professionnel.

301. Une justification insatisfaisante. Toutefois, cette justification présente une limite évidente. L'inspiration du droit de la consommation permet peut-être d'expliquer le caractère irréfragable de la présomption de connaissance du vice, et donc la suppression systématique des clauses de non-garantie, entre professionnel et particulier ; en revanche, elle ne justifie certainement pas un tel traitement lorsque le vendeur et l'acheteur sont tous deux professionnels, même s'ils sont de spécialités différentes. En outre, cet argument pourrait être exploité en sens inverse. À défaut de protection légale des consommateurs, les juges ont élaboré une jurisprudence très stricte à l'endroit des vendeurs professionnels. Celle-ci était alors justifiée car elle permettait de corriger le déséquilibre structurel entre les parties. Cependant, après l'intervention du législateur en 1978 dans le domaine consumériste, les consommateurs bénéficièrent d'un outil légal adapté. Par conséquent, en dehors des ventes conclues entre consommateurs et professionnels, la Cour de cassation aurait dû assouplir sa position en rétablissant le principe de validité des clauses de non-garantie. Or, bien au contraire, elle a amplifié ce mouvement de rejet de ces stipulations dans les ventes entre professionnels.

Les autres droits spéciaux, déjà étudiés, ne sont pas d'un meilleur secours pour justifier ce mouvement jurisprudentiel. S'il existe des prohibitions de clauses relatives à la responsabilité dans des contrats conclus entre professionnels, notamment en droit des transports, ces règles sont motivées par l'absence de négociation possible entre les protagonistes, à l'origine d'un déséquilibre structurel. Or, la Cour de cassation ne prévoit rien de tel. Ici, aucune limite du champ de la jurisprudence en matière de vente aux seuls contrats non négociés n'a été envisagée. Au contraire, la jurisprudence cherche à appliquer

¹ Art. R. 212-1, 7° Code de la consommation (R. 132-1, 7° anc.).

sa solution le plus souvent possible. Elle entend ainsi de manière restrictive la notion de « professionnels de même spécialité »¹, et à l'inverse retient très facilement la qualification de professionnel pour le vendeur². La jurisprudence a ainsi pu être mise en œuvre dans des cas franchement contestables. Par exemple, la qualité de professionnel a été retenue pour un vendeur, âgé de 93 ans, qui avait travaillé dans l'immobilier mais avait cessé toute activité professionnelle depuis 30 ans³. De même, un particulier qui avait construit lui-même la cheminée ou le poêle à bois de sa maison a été considéré comme professionnel⁴.

Une piste pourrait se dessiner avec le droit de la construction, qui prohibe les clauses par lesquelles le constructeur s'exonérerait de la garantie des vices de construction due au maître d'ouvrage. Cette interdiction est motivée par la supériorité technique structurelle du premier sur le second. L'idée de supériorité induit une comparaison avec le cocontractant, et donc un déséquilibre à son détriment. La jurisprudence relative aux clauses de non-garantie des vices cachés dans la vente pourrait s'expliquer par cette même idée de supériorité technique, qui serait si souvent vérifiée qu'elle en deviendrait présumée.

Néanmoins, les exemples de l'extension de la solution jurisprudentielle en droit de la vente à de simples particuliers, anciens professionnels ou « bricoleurs du dimanche » ayant participé à l'élaboration de la chose, démontrent au contraire que le vendeur n'a pas toujours la supériorité technique sur laquelle s'appuie la jurisprudence. En outre le champ de validité toujours plus restreint confirme cette idée. En effet, seules les clauses stipulées dans un contrat conclu entre professionnels « de même spécialité » sont valables. Or, la jurisprudence adopte une position très stricte en imposant une identité de spécialité⁵. Comme le souligne justement un auteur, « le cas est assez rare : le plus souvent un professionnel traite avec des contractants ayant une activité légèrement différente de la sienne »⁶. C'est ainsi qu'un vendeur de tôle et un constructeur de hangars utilisant de la tôle pour les toits n'appartiennent pas à la même spécialité. Or, en pratique, il est clair que dans cette hypothèse, la supériorité technique supposée du vendeur n'est aucunement justifiée.

Par conséquent, on peut en déduire que la présomption de connaissance du vice découle en réalité *de la qualité de professionnel elle-même*, plus que d'un hypothétique

¹ Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, pourvoi n° 11-19275, CCC 2015, comm. 195, note L. Leveneur.

² Ph. Malaurie, L. Aynès, P.-Y. Gautier, *Les contrats spéciaux*, op. cit., n° 411.

³ Cass. civ. 3^e, 26 avril 2006, pourvoi n° 04-18466, Bull. III n° 106, CCC 2006, comm. 155, note L. Leveneur.

⁴ Cass. civ. 3^e, 9 février 2011, pourvoi n° 09-71498, Bull. III n° 24, *Deffrénois* 2011, n° 40156, note H. Lécuyer ; civ. 3^e, 10 juill. 2013, pourvoi n° 12-17149, CCC 2013, comm. 234, note L. Leveneur.

⁵ V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, n° 11-19275, op. cit..

⁶ L. Leveneur, note préc., CCC 2015, comm. 195.

déséquilibre dans la relation vendeur-acquéreur. Cette idée a déjà été évoquée par M. Lécuyer, qui relève que la jurisprudence refuse la validité des clauses de non-garantie en raison de la compétence du vendeur, qui rend illégitime son ignorance du vice¹. Ainsi, il s'agit bien de prendre en compte la compétence – supposée – du professionnel, plus que sa supériorité vis-à-vis de son cocontractant. Or, ce choix délibéré de la jurisprudence a été commandé, non par un raisonnement juridique rigoureux, mais par la seule opportunité, afin d'alourdir la responsabilité du vendeur professionnel².

Ainsi, le vaste champ de la jurisprudence, qui couvre non seulement les relations entre vendeur professionnel et acquéreur particulier, mais aussi les relations entre professionnels, ou encore les contrats conclus entre un vendeur particulier averti et un acquéreur particulier, révèle le véritable fondement de cette solution. Seule compte la qualité de professionnel, sans véritable égard à sa relation – même théorique – avec l'acquéreur.

302. Ainsi, lorsque les deux parties sont des professionnels, la désactivation des clauses de non-garantie ne s'explique guère. L'idée initiale de prise en compte du déséquilibre structurel a été dépassée par l'extension téméraire de la solution jurisprudentielle. Le véritable fondement de ce mouvement, à savoir la qualité de professionnel du vendeur, ôte à la jurisprudence sa légitimité. Il est hautement critiquable d'empêcher deux contractants, dont les situations n'appellent pas de protection particulière car il n'existe pas de déséquilibre théorique et systématique entre eux, de modifier la garantie des vices cachés alors même que cette possibilité est prévue par la loi. En outre, ce choix entraîne des conséquences néfastes sur le plan international.

B. Une solution néfaste au regard du droit international

303. La position particulièrement stricte de la jurisprudence française apparaît isolée : les solutions retenues par le droit anglais nous offrent un exemple d'approche plus souple et équilibrée de la question (1). Cette comparaison fait apparaître la conséquence néfaste de notre solution jurisprudentielle : s'ils sont en mesure de choisir la loi applicable à leur contrat, les contractants se détourneront très probablement du droit français (2).

¹ H. Lécuyer, « Garantie des vices cachés : un non-professionnel assimilé au vendeur professionnel lui-même assimilé à un vendeur de mauvaise foi... », *Deffrénois* 2011, n° 40156 p. 1485.

² Y.-M. Serinet, thèse préc., n° 694.

1) La solution équilibrée du droit anglais

304. Principe : la validité des clauses. Le principe de validité des clauses élusives ou limitatives de responsabilité, présent depuis longtemps en *Common Law* – droit jurisprudentiel et non écrit –, a été affirmé pour le contrat de vente dans le *Sale of Goods Act 1979*¹.

305. Tempéraments jurisprudentiels. Néanmoins, de nombreuses atteintes ont été portées au principe par la jurisprudence pour tenir compte du déséquilibre entre les parties. En effet, les clauses relatives à la responsabilité permettent de redistribuer les risques entre les parties ; intéressantes lorsqu'elles sont voulues et comprises, elles deviennent dangereuses lorsque l'une des parties n'a pas souhaité ou été informée de cette redistribution des risques².

Tout d'abord, les clauses sont contrôlées par les juges grâce à différentes techniques élaborées en *Common Law*. Ils vérifient que la clause litigieuse est bien entrée dans le champ contractuel par la doctrine de l'*incorporation*, et en cas d'ambiguïté l'interprètent contre le débiteur, selon la règle *contra proferentem*³. En outre, pendant plusieurs années, les clauses portant sur l'inexécution de l'obligation essentielle du contrat étaient invalidées (concernant le contrat de vente, la clause portait sur l'absence totale de fourniture de la chose objet du contrat)⁴.

Mais ces règles jurisprudentielles ont rapidement fait apparaître leurs limites. En effet, elles revêtaient nécessairement un caractère imprévisible⁵, aggravé par le fait que les juges, n'ayant pas la possibilité de supprimer une clause au seul motif qu'elle était injuste, ont tortu les concepts de *Common Law* pour invalider les clauses lorsqu'elles apparaissaient répréhensibles⁶.

306. Intervention des pouvoirs publics : adoption de l'Unfair Contract Terms Act 1977. Les pouvoirs publics ont réagi, afin de trouver une solution équilibrée. En 1973, le *Supply of Goods (Implied Terms) Act 1973* entre en vigueur. Il a rapidement été supplanté

¹ Section 55(1) *Sale of Goods Act* du 6 décembre 1979.

² J. P. Benjamin, *Benjamin's sale of goods*, Sweet & Maxwell, coll. The Common Law Library, 2014, 9th ed., n^{os} 13-002 et s..

³ J. P. Benjamin, *Benjamin's sale of goods*, *op. cit.*, n^{os} 13-013 et s..

⁴ J. P. Benjamin, *Benjamin's sale of goods*, *op. cit.*, n^o 13-043.

⁵ J. P. Benjamin, *Benjamin's sale of goods*, *op. cit.*, n^o 13-007.

⁶ M. Chen-Wishart, *Contract Law*, 4th ed., Oxford, 2012, n^o 10.6.1, p. 395 et s..

par le *Unfair Contract Terms Act 1977 (UCTA 1977)*, récemment complété par le *Consumer Right Act 2015 (CRA 2015)*. L'*UCTA 1977* propose un système équilibré, en fonction des qualités des parties au contrat.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi de 1977, les techniques de *Common Law* pour invalider les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont certes toujours appliquées, mais ne sont plus « distordues »¹. En effet, les juges considèrent que là où le Parlement n'a pas interdit les clauses relatives à la responsabilité, c'est-à-dire « quand les parties ne présentent pas de pouvoirs de négociation inégaux », il faut « laisser les parties libres de partager les risques comme elles le souhaitent et de respecter leurs décisions »².

Le *Unfair Contract Terms 1977*, contrairement à ce que son titre pourrait laisser croire, ne traite pas de toutes les clauses abusives mais seulement des clauses exclusives et limitatives de responsabilité. Après avoir posé des règles générales applicables à toutes les matières, la loi prévoit ensuite des dispositions particulières au contrat de vente. Jusqu'en 2015, elle régissait les contrats de vente conclus par un consommateur. Dans cette hypothèse, elle prohibait les clauses qui supprimaient ou réduisaient la responsabilité en cas d'inexécution d'une des obligations du vendeur définies par le *Sale of Goods Act 1979*³, parmi lesquelles l'obligation de délivrer un bien approprié à tous les usages pour lesquels ce type de bien est normalement fourni⁴. Étaient également prohibées les clauses qui suppriment ou réduisent la responsabilité en cas de dommage causé par une chose viciée et par la négligence du fabricant ou distributeur⁵. Ces règles ont été récemment reprises dans la nouvelle loi de consommation britannique, la *Consumer Rights Act 2015*⁶, qui remplace désormais les dispositions relatives aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs de l'*UCTA 1977*⁷.

La loi de 1977 reste néanmoins applicable aux contrats conclus entre professionnels, ainsi qu'à ceux conclus entre particuliers⁸. Dans ces hypothèses, c'est-à-dire lorsque l'acquéreur n'est pas un consommateur, de telles clauses atténuant la garantie

¹ *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980], A.C. 827, p. 851, *per* Lord Diplock. Cet arrêt affirme notamment que la doctrine de la *fundamental breach* n'est qu'une méthode d'interprétation des clauses, et non une règle de fond, comme cela avait pu être soutenu auparavant. Ainsi, lorsque la clause porte sur l'obligation essentielle, plus elle paraît injuste, et moins est grande la probabilité que les parties aient voulu un tel résultat. Pour que la clause déploie ses effets, il faut qu'elle ait été très clairement rédigée pour qu'il n'y ait pas de doute sur l'intention des parties.

² *Photo Production Ltd v Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, p. 843 *per* Lord Wilberforce.

³ Section 6 (2) *UCTA 1977*.

⁴ Section 13 *Sale of Goods Act 1979*.

⁵ Section 5 (1) *UCTA 1977*.

⁶ Art. 31 *Consumer Rights Act 2015*, promulguée le 26 mars 2015.

⁷ Le *Consumer Rights Act 2015* a notamment pour objet de supprimer les nombreux chevauchements entre l'*UCTA 1977*, qui s'appliquaient également aux contrats de consommation, et l'*UTCCR 1999*, consacré à la transposition de la directive européenne relative à la lutte contre les clauses abusives dans les contrats de consommation. Cf. G. H. Treitel, E. Peel, *The law of contract*, *op. cit.*, n° 7-050.

⁸ Section 6 (4) *UCTA 1977*.

du vendeur sont valables, mais à la condition qu'elles soient conformes au « *reasonableness test* »¹.

307. Le *reasonableness test*. Pour déterminer si la clause est *reasonable*, les juges suivent les indications données par la Section 11 de l'*UCTA* et, pour le contrat de vente, les directives supplémentaires du Schedule 2 du même texte. Ils doivent se placer au moment où le contrat a été conclu, et utiliser un faisceau d'indices. Il est intéressant de souligner que le premier critère proposé par la loi est le pouvoir de négociation des parties entre elles². Lorsque la relation est équilibrée, la jurisprudence considère que les parties sont les meilleurs juges du caractère juste et raisonnable des termes du contrat³.

Les juges vérifient aussi, entre autres, si le client a reçu un avantage en contrepartie de l'acceptation de la clause, ou si le client connaissait ou avait des chances de connaître l'existence d'une telle clause dans le contrat, ou encore si les deux parties avaient une expérience raisonnable dans la même industrie⁴. Ce dernier critère évoque l'idée de « même spécialité » partagée par les contractants, mais entendue de manière bien moins stricte que la jurisprudence française.

308. Ce système, plus équilibré, marque le départ entre les relations de consommation et celles qui ne présentent pas de déséquilibre structurel. Interdites dans la première hypothèse, les clauses sont valables en l'absence de déséquilibre structurel, après avoir été confrontées au *reasonableness test*. Cette procédure présente toutefois une faiblesse. Le contrôle judiciaire, mené *in concreto*, comporte un aspect discrétionnaire. Il réintroduit par conséquent une certaine imprévision quant à l'issue du procès¹. Il offre néanmoins la souplesse dont est désormais dépourvu le droit français, en raison du caractère irréfragable de la présomption de connaissance du vice.

Ainsi, contrairement au droit français, le droit britannique a su trouver l'équilibre entre protection de l'acquéreur et sécurité juridique du commerce. La jurisprudence libéricide française, en interdisant presque toutes les clauses de non-garantie, agit comme un repoussoir sur la scène internationale.

¹ Art. 6 (3) *UCTA 1977*. M. G. Bridge, *The sale of goods*, Oxford, 3rd edition, 2014, n° 9.28.

² Schedule 2 (a) *UCTA 1977*.

³ *Watford Electronics Ltd v Sanderson CFL Ltd* [2001] EWCA Civ 317 cité par E. McKendrick, *Contract Law, Texts, cases and materials*, Oxford, 6th ed., 2014, p. 430 (ch. 13). Dans le même sens, G. H. Treitel, E. Peel, *The law of contract*, *op. cit.*, n° 7-002 : « le fait que les clauses aient été négociées ou que les parties soient de pouvoir de négociation équivalent va militer en faveur de leur validité ».

⁴ M. G. Bridge, *The sale of goods*, *op. cit.*, n° 9.29.

2) *Le défaut d'attractivité du droit français*

309. La position excessive de la Cour de cassation est reconnue en Europe, et entraîne un effet répulsif pour le droit français de la vente (a). Lorsqu'elles en ont la possibilité, les parties seront donc tentées de choisir une autre loi applicable à leur contrat (b).

a) La reconnaissance du manque d'attractivité du droit français de la vente

310. *Le risque du défaut d'attractivité dénoncé par la doctrine.* Plusieurs auteurs ont avancé l'effet néfaste que pouvait avoir la jurisprudence française sur notre droit interne dans les contrats internationaux². En effet, le rejet des clauses élusives ou limitatives de garantie entraîne, pour les vendeurs, un défaut de prévisibilité important, et une hausse du prix de l'assurance. Il leur faut couvrir tous les dommages qui pourraient être causés à l'acheteur par la chose viciée. Cette solution n'est donc pas attrayante pour les professionnels qui ont la possibilité de choisir une autre loi. Par conséquent, lorsque le libre choix de la loi applicable à la convention est ouvert en raison d'un élément d'extranéité dans le contrat, il serait tentant de se détourner du droit français pour choisir un droit admettant la validité des clauses de non-garantie des vices cachés.

Ce défaut d'attractivité du droit français, pressenti dès les années 1970, a été confirmé par la Cour de Justice de l'Union Européenne.

311. *Le défaut d'attractivité affirmé par la CJUE.* Ce problème d'attractivité est illustré par un arrêt de la Cour de justice de l'Union Européenne³. Des professionnels français avaient tenté de démontrer que la jurisprudence de la Cour de cassation, en ce qu'elle posait une présomption irréfragable de mauvaise foi, unique dans l'Union européenne, était de nature à fausser la concurrence entre les États. Mais la Cour européenne a relevé que cette jurisprudence s'appliquait « indistinctement à toutes les relations commerciales régies par le droit français », et non en particulier à l'exportation ; elle a surtout précisé que les parties à un contrat de vente internationale peuvent choisir le droit applicable et « éviter ainsi d'être soumises au droit français »⁴. L'idée est limpide : il faut fuir le droit français.

¹ E. McKendrick, *Contract Law*, *op. cit.*, n° 11.14 p. 248.

² Ph. Malinvaud, art. préc., *JCP G* 1975, I, 2690, n° 3 et 14 ; Y.-M. Serinet, thèse préc., n° 947.

³ CJCE, 24 janvier 1991, aff. C-339/89, *Alsthom c/ Sulzer*.

⁴ Cons. 15 CJCE, 24 janvier 1991, *op. cit.*.

Une possibilité est ouverte pour les contrats de vente conclus entre deux parties résidant dans des États différents.

b) La possibilité de choisir une autre loi dans les ventes internationales

312. La liberté de choix d'une autre loi dans un contrat de vente internationale. Dans les ventes internationales de meubles¹, la loi applicable est, en principe, choisie par les parties, selon l'article 2 de la Convention de la Haye du 15 juin 1955², confirmé par l'article 3 du règlement *Rome I*. Dès lors qu'il existe un élément d'extranéité dans le contrat, les parties ont la liberté de choisir la loi qui répondra le mieux à leurs attentes.

Ce principe de liberté gouverne les ventes dans lesquelles l'acheteur n'est pas un consommateur. Dans ce cas, les parties sont libres de se défaire du carcan jurisprudentiel français pour conclure un contrat comprenant des clauses de non-garantie des vices cachés. Elles peuvent ainsi choisir la Convention de Vienne, dont les dispositions sont supplétives³, et qui offre donc aux parties la liberté de supprimer la responsabilité du vendeur en cas de délivrance non conforme⁴. Elles peuvent sinon choisir la loi d'un autre pays.

Le droit anglais par exemple, est beaucoup plus souple concernant les ventes internationales, dans la mesure où les lois encadrant strictement la validité des clauses relatives à la responsabilité dans la vente ne sont pas applicables dans cette hypothèse⁵. Cette solution est justifiée par l'idée selon laquelle « ces situations sont plus susceptibles de présenter de libres négociations entre des parties de pouvoirs de négociation équivalents »⁶. En effet, le principe de libre choix dans une vente internationale s'applique tant que l'acheteur n'est pas consommateur.

¹ La vente d'immeuble sera le plus souvent régie par la loi du pays dans lequel se situe l'immeuble : V. Heuzé, *La vente internationale de marchandises*, L.G.D.J., coll. Traité de droit des contrats, ss dir. J. Ghestin, 2000, n° 5.

² Convention de la Haye sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels, 15 juin 1955. Cette convention est en vigueur dans sept États : Danemark, France, Finlande, Italie, Norvège, Suède, et Suisse.

La Convention de la Haye sur la loi applicable aux contrats de vente internationale de marchandises du 22 décembre 1986 n'est pas applicable, faute d'avoir encore réuni les cinq ratifications nécessaires à son entrée en vigueur.

³ Art. 6 Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, 11 avril 1980.

⁴ La responsabilité du vendeur due en cas de délivrance non conforme couvre à la fois les défauts au moment de la délivrance et les vices cachés. Art. 35 et 36 Convention de Vienne 1980.

⁵ Sections 26 et 27 *UCTA 1977*. La loi précise expressément qu'elle n'est pas applicable en cas de vente internationale, même lorsque le droit anglais est applicable en raison du choix des parties au contrat.

⁶ J. P. Benjamin, *Benjamin's sale of goods, op. cit.*, n° 13-021: "it should be noted that all these situations are more likely to have involved free negotiation between parties of equal bargaining power".

313. Limite de la liberté de choix en présence d'un consommateur. Pour parer à tout recul de la protection du consommateur, le Règlement européen *Rome I* prévoit toutefois que les dispositions protectrices du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle restent applicables. L'inspiration de la jurisprudence française, interprétant le régime légal de la garantie des vices cachés, étant avant tout protectrice de l'acheteur, ces solutions pourraient sans doute être invoquées par le consommateur. De même, celui-ci pourrait se prévaloir de la protection contre les clauses abusives prévues par le Code de la consommation, qui pourrait couvrir la clause de non-garantie des vices cachés. En effet, en vertu de l'article L. 232-1 du Code de la consommation (L. 135-1 anc.), la protection consumériste bénéficie au consommateur ayant conclu un contrat international dès lors que celui-ci « présente un lien étroit avec le territoire d'un État-membre ».

314. Règles de conflit de lois en l'absence de choix. À défaut de choix dans le contrat de vente internationale, des règles sont prévues selon la situation des parties.

Dans un contrat conclu avec un consommateur, la loi applicable sera celle de son lieu habituel de résidence, à condition que le vendeur dirige son activité vers ce pays¹. Si la vente est conclue entre deux particuliers, ils ne seront pas considérés comme consommateurs, mais contracteront pour leurs besoins personnels. Dans ce cas, la Convention de la Haye de 1955, et le règlement *Rome I* imposent la loi du pays où le vendeur a sa résidence habituelle².

Dans un contrat conclu dans un cadre autre que les besoins personnels des parties, soit, le plus souvent, entre deux professionnels, la Convention de Vienne s'applique, si les deux contractants ont leur établissement dans des États contractants, ou dont les règles de droit international privé aboutissent à l'application de la Convention³. À défaut, et toujours en l'absence de choix des parties, la loi applicable sera celle du pays de résidence habituelle du vendeur, selon la Convention de la Haye de 1955 et le règlement *Rome I*⁴. Toutefois, dans l'hypothèse d'une vente entre deux professionnels, il est rare que les parties ne choisissent pas la loi applicable dès la conclusion du contrat.

Ainsi, grâce au principe de liberté de choix de la loi applicable, les parties peuvent désigner la loi qui préservera au mieux leurs intérêts. Le système liberticide du droit français pourra alors être écarté.

¹ Art. 6 Règlement *Rome I*. La Convention de La Haye 1955 ne s'applique pas car les contrats de consommation, régis par le Règlement *Rome I*, sont considérés comme spéciaux par rapport au domaine plus général de la Convention.

² Art. 3 Convention de la Haye 1955 et Art. 4 Règlement *Rome I*. La Convention de Vienne ne s'applique pas aux ventes conclues pour un usage personnel, familial ou domestique (art. 2).

³ Art. 1^{er} Convention de Vienne 1980.

⁴ Art. 4. 1 a) Règlement *Rome I*.

315. Conclusion de la sous-section. Bien que le texte de l'article 1643 du Code civil admette la validité de principe des clauses de non-garantie des vices cachés dans les contrats de vente, la jurisprudence a opéré un renversement du principe en considérant qu'il n'y avait pas de vice caché aux yeux du vendeur professionnel, invalidant ainsi toutes les clauses qu'il pourrait stipuler. Alors qu'elle semble à première vue poursuivre un but louable de prise en compte du déséquilibre structurel entre les parties, nécessaire en raison de l'évolution de la société depuis 1804, la jurisprudence cherche en réalité à condamner toutes les clauses insérées par un vendeur professionnel, même dans un contrat conclu sur un pied d'égalité avec un autre professionnel. Seule l'hypothèse des professionnels de même spécialité, entendue très strictement, trouve grâce aux yeux de la Cour de cassation. Ce renversement du principe, concentré sur la seule qualité de professionnel et non sur l'idée de paralyser des clauses stipulées au détriment d'une éventuelle partie faible, manque de justification solide. En outre, il entraîne des conséquences néfastes sur la scène internationale, où la position isolée du droit français fait office de repoussoir quand la loi peut être choisie par les parties. En définitive, cette interprétation est très contestable et mériterait d'être très sensiblement nuancée ; pourtant, elle persiste depuis un demi-siècle désormais.

Poursuivant dans cette ligne marquée par une hostilité croissante envers les clauses atténuant la responsabilité du débiteur, la Cour de cassation a porté une atteinte profonde au principe de validité de ces stipulations au sein de leur régime de droit commun.

Sous-section 2 : Une atteinte de grande envergure au principe de validité en droit commun des contrats

316. Le silence du législateur dans de nombreux domaines du droit privé ne signifie pas pour autant que le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est pleinement reconnu. Bien au contraire, le juge a tenté, depuis une vingtaine d'années, sur la demande pressante des litigants, d'écarter la validité des clauses relatives à la responsabilité dans le droit commun des contrats. Alors que classiquement, leur rôle était circonscrit à la recherche d'un comportement grave du débiteur, afin de paralyser l'effet de la clause, les magistrats ont cherché un autre moyen d'écarter une clause lorsque son application paraissait injuste. C'est en 1996 que la Cour de cassation jette un pavé dans la mare de la validité résiduelle de droit commun des clauses limitatives

de responsabilité, sur le fondement de la cause. Il s'agit bien évidemment de l'illustre arrêt *Chronopost*, et de la jurisprudence qui l'a suivi (§1). Toutefois, grâce à un regard critique, facilité par plusieurs années de recul depuis le dernier arrêt rendu en la matière, il apparaît que sous couvert de justice contractuelle, la solution manque en réalité de justification solide (§2).

§1. Le coup d'éclat de la jurisprudence *Chronopost*

317. Démarche. Les arrêts *Chronopost*, connus de tous, représentent pour grand nombre de juristes le point névralgique du débat concernant la validité des clauses limitatives de responsabilité. Ces arrêts revêtent effectivement une grande importance, et bien qu'il y ait à leur sujet une littérature déjà fort abondante, on ne peut faire l'économie d'une nouvelle étude. Toutefois, nous allons tenter d'apporter une analyse plus technique, et moins sentimentale peut-être, de la jurisprudence *Chronopost*.

Le but recherché sera alors de déterminer si les critères employés par la Cour de cassation pour décider de la validité d'une clause limitative de responsabilité dans le droit commun des clauses relatives à la responsabilité méritent d'être conservés ou, au contraire, modifiés.

Néanmoins, seuls seront étudiés l'arrêt fondateur de la saga, du 22 octobre 1996, désigné sous le nom de *Chronopost*¹, et le dernier arrêt en date, du 29 juin 2010, dit *Faurecia II*². Les arrêts intermédiaires, illustrations d'hésitations jurisprudentielles, ne sont plus de droit positif depuis l'arrêt *Faurecia II*³, et n'apportent pas de véritable enseignement ; ils seront donc laissés de côté⁴.

¹ Cass. com., 22 octobre 1996, pourvoi n° 93-18632, *Bull.* IV n° 261, *D.* 1997, p. 121, note A. Sériaux, et p. 145, chron. Ch. Larroumet, *D. Aff.* 1997, p. 235, chron. Ph. Delebecque, *JCP G* 1997, II, 22881, note D. Cohen, *CCC* 1997, comm. 24, note L. Leveneur, *RTD civ.* 1997, p. 418, obs. J. Mestre, *Deffrénois* 1997, 333, note D. Mazeaud, *GAJ Civ.*, T. II, comm. 157.

² Cass. com., 29 juin 2010, pourvoi n° 09-11841, *Bull.* IV n° 115, *D.* 2010. 1832, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 2010, p. 787, note D. Houtcieff ; *JCP E* 2010, p. 1790, note Ph. Stoffel-Munck ; *RTD civ.* 2010, p. 555, obs. B. Fages ; *RDC* 2010, p. 1220, art. Y.-M. Laithier.

³ La solution adoptée par l'arrêt *Faurecia II* a ensuite été plusieurs fois réaffirmée : Cass. civ. 3^e, 23 mai 2013, pourvoi n° 12-1652 ; com. 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-26412, *RDC* 2014, p. 176, note Th. Genicon ; com. 8 avril 2015, pourvoi n° 13-28001, *DMF* 2015, p. 770, obs. C. Bloch.

⁴ Cass. com., 17 juillet 2001, pourvoi n° 98-15678 ; com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14974, *Bull.* IV n° 132, *JCP G* 2006, II, 10123, note G. Loiseau, *D.* 2006, p. 1559, obs. X. Delpech, p. 2288, note D. Mazeaud, p. 2638, obs. B. Fauvarque-Cosson, *RDC* 2006, p. 1075, obs. Y.-M. Laithier et p. 1224, obs. S. Carval ; *CCC* 2006, comm. 183, note L. Leveneur ; civ. 3^e, 13 septembre 2006, pourvoi n° 04-20729, *Bull.* III n° 176, com. 13 février 2007, *Faurecia I*, pourvoi n° 05-17407, *Bull.* IV, n° 43, *op. cit.* ; com. 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14832, *Bull.* IV n° 157, *D.* 2007, p. 1720, obs. X. Delpech, *JCP G* 2007, II, 10145, note D. Houtcieff, *RDC* 2007, p. 1121, note D. Mazeaud, *JCP E* 2007, p. 2234, étude Ch. Paulin ; com., 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16069, *Bull.* IV n° 265, *EDF, D.* 2008, p. 154, obs. X. Delpech, *JCP G* 2008, I, 125, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RDC* 2008, p. 262, note Th. Genicon, p. 287, note

Après un rapide rappel des faits et de la procédure des deux arrêts, nous tenterons d'éclaircir les points obscurs de ces décisions.

318. Arrêt Chronopost, 22 octobre 1996. Une société d'élevage de bovins confie à deux reprises des plis à la société de transport rapide *Chronopost*. À chaque fois, le transporteur ne respecte pas le délai promis. Or ces courriers contenaient une soumission à une adjudication ; le retard du transporteur empêche la société de participer à l'adjudication, lui causant un important préjudice. Cependant le transporteur se retranche derrière une clause limitative de réparation qui fixe un plafond égal au prix du transport en cas de retard. La société agit contre le transporteur, en vue d'obtenir une réparation intégrale en paralysant la clause litigieuse¹.

Les juges du fond s'étaient fondés sur la faute lourde pour rendre leur décision² ; mais la Cour de cassation innove en adoptant un autre fondement. En effet, afin d'invalider la clause limitative de réparation relative au retard, la Cour de cassation fait appel à l'article 1131 du Code civil, et en déduit l'invalidité de la clause :

« Attendu qu'en statuant ainsi alors que, spécialiste du transport rapide garantissant la fiabilité et la célérité de son service, la société Chronopost s'était engagée à livrer les plis de la société Banchereau dans un délai déterminé, et **qu'en raison du manquement à cette obligation essentielle la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite**, la cour d'appel a violé le texte susvisé »³.

Son raisonnement est le suivant : la clause est relative au délai de livraison ; or, le transporteur est un spécialiste du transport rapide. La clause touche donc à l'obligation essentielle du transporteur. En raison du manquement à cette obligation essentielle, la clause contredit la portée de l'engagement pris, car elle supprime presque entièrement la réparation dans ce cas. Autrement dit, elle prive de cause l'engagement pris par l'expéditeur. Dépourvue de cause, la stipulation doit être réputée non écrite.

G. Viney ; com., 4 mars 2008, pourvoi n° 06-18893, *RDC* 2008, p. 982, art. Th. Genicon ; civ. 3^e, 13 janvier 2009, pourvoi n° 07-18777.

¹ La clause est ici de nature contractuelle. Prévue dans les conditions générales de vente de *Chronopost*, elle a pour objet de limiter l'indemnité en cas de retard au prix du transport. Cette clause est très fréquemment prévue dans les contrats de transport, souvent en application d'un contrat-type ou d'une convention internationale (par ex., la CMR pour le transport routier, ou la CMNI pour le transport fluvial). Mais en l'espèce, il n'était pas précisé qu'elle provenait du contrat-type messagerie. La clause pouvait donc être contestée sans passer par la procédure d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État obligatoire dans le cas d'un contrat-type.

² CA Rennes, 30 juin 1993, *JurisData* n° 1993-600408.

³ Nous soulignons.

319. Arrêt Faurecia II, 29 juin 2010. Dans l'arrêt *Faurecia*, les faits sont très différents. Une société cherchait à s'équiper d'un logiciel de gestion ; l'entreprise d'informatique n'ayant pas livré le logiciel dans les temps, la société l'a assignée en justice afin d'obtenir la résolution du contrat et la réparation du préjudice subi. La Cour de cassation a dans un premier temps écarté la clause limitative de responsabilité prévue au contrat pour octroyer à la société une indemnisation bien supérieure au seuil initialement fixé¹. Après la résistance de la cour d'appel de renvoi², la Cour de cassation a eu à réexaminer l'affaire. Dans un arrêt du 29 juin 2010, elle modifie sa position et valide la clause :

« Mais attendu que **seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur** ; que l'arrêt relève que si la société Oracle a manqué à une obligation essentielle du contrat, **le montant de l'indemnisation négocié** aux termes d'une clause stipulant que les prix convenus reflètent la répartition du risque et la limitation de responsabilité qui en résultait, **n'était pas dérisoire**, que la société Oracle a consenti un taux de remise de 49 %, que le contrat prévoit que la société Faurecia sera le principal représentant européen participant à un comité destiné à mener une étude globale afin de développer un produit Oracle pour le secteur automobile et bénéficiera d'un statut préférentiel lors de la définition des exigences nécessaires à une continuelle amélioration de la solution automobile d'Oracle pour la version V 12 d'Oracles applications ; que **la cour d'appel en a déduit que la clause limitative de réparation ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle** de la société Oracle et a ainsi légalement justifié sa décision »³.

La Cour de cassation vérifie que le montant de la clause limitative de réparation n'était pas dérisoire en relevant que le prix avait été négocié et que des avantages commerciaux avaient été accordés. Elle en déduit alors que la clause litigieuse ne vidait pas de toute substance l'obligation essentielle du débiteur.

320. Interprétation et éclaircissements. Les deux arrêts ont suscité de très nombreuses réactions de la doctrine. Plusieurs points de l'arrêt *Chronopost* nécessitent un éclaircissement ou une interprétation. L'arrêt *Faurecia II*, qui a rassuré par sa position tranchée et raisonnable, appelle néanmoins certains approfondissements. Trois points méritent tout particulièrement d'être étudiés. Tout d'abord, la porosité des frontières entre la conclusion et l'exécution du contrat, qui découle du raisonnement judiciaire de 1996, est critiquable (A). Ensuite, le fondement retenu de la cause mérite d'être discuté (B). Enfin, l'objet même du contrôle effectué par les juges doit être identifié (C).

¹ Cass. com., 13 février 2007, *op. cit.*

² CA Paris, 26 novembre 2008, n° 07/07221, *RDC* 2009, p. 1010, note Th. Genicon.

³ Cass. com., 29 juin 2010, *op. cit.* Nous soulignons.

A. La porosité critiquable des frontières entre conclusion et exécution du contrat

321. L'étape manquante. Tout d'abord, une étape du raisonnement dans l'arrêt *Chronopost* semble obscure : comment la Cour de cassation a-t-elle pu déduire du manquement à l'obligation essentielle¹, c'est-à-dire d'un comportement particulier au moment de l'exécution du contrat, la contradiction entre la clause limitative de responsabilité et la portée de l'engagement pris par le transporteur ?

L'explication se trouve dans la genèse de cette jurisprudence. Depuis la fin des années 1980, les magistrats avaient adopté une approche objective de la faute lourde. En effet, afin de désactiver plus fréquemment les clauses limitatives de responsabilité, ils avaient décidé que l'inexécution d'une obligation essentielle constituait nécessairement une faute lourde². Or, en application du droit commun des clauses relatives à la responsabilité, la faute lourde permettait d'atteindre le résultat voulu, à savoir la paralysie de la clause, pourtant valable. La mise en œuvre de ce courant jurisprudentiel dans l'affaire *Chronopost* aurait ainsi empêché le jeu de la limitation conventionnelle de responsabilité : l'absence de livraison du pli dans le délai fixé par le contrat entraînait l'inexécution de l'obligation essentielle, elle-même constitutive d'une faute lourde. Par conséquent, en vertu de l'article 1150 du Code civil, la clause aurait été paralysée.

Toutefois, la Cour de cassation emprunte une nouvelle voie et supprime la référence à la faute lourde³. Pour autant, elle conserve le raisonnement qui y était attaché : c'est à cause d'un manquement à l'obligation essentielle que la clause limitative de réparation doit être réputée non écrite. Cependant, en choisissant le fondement de la cause, elle perd dans le même temps toute la cohérence du système antérieur. En effet, la cause est un outil qui permet de savoir si le contrat est équilibré au moment de sa conclusion. En revanche, il ne peut, en théorie, être invoqué au moment de l'exécution. On voit mal en effet comment l'inexécution d'une obligation essentielle permet de découvrir un déséquilibre tel qu'il correspond à une absence de cause au moment de la conclusion du contrat.

¹ Sur laquelle, P. Durand, thèse préc., n^{os} 85 et s. ; Ph. Delebecque, thèse préc., n^{os} 137 et s. ; Ph. Jestaz, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 ; Y.-M. Serinet, thèse préc., n^{os} 768 et s. ; D. Houtcieff, note préc., *JCP G* 2007, II, 10145 ; Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2008, p. 982, n^{os} 8 et s. ; Y.-M. Laithier, art. préc., *RDC* 2009, p. 1650, spéc. p. 1656.

² Sur le mouvement d'objectivation de la faute lourde, cf. *infra*, n^o 524.

³ La Cour de cassation avait déjà renoncé à ce détour en 1994, dans une affaire de parc de stationnement inondé ; mais cette espèce concernait une clause de non-obligation. Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1994, pourvoi n^o 92-11378, *Bull. I* n^o 76, *JCP G* 1994, I, 3809, n^o 15, obs. G. Viney.

Un auteur explique cette originalité par l'idée que c'est l'inexécution qui affecte l'obligation fondamentale¹ ; il faut donc bien supprimer la clause litigieuse qui entre en jeu au moment de l'inexécution, et qui, par ce jeu, déséquilibre le contrat. Cette « fluidité des frontières » est pour le moins étonnante. On ne voit pas bien l'intérêt de se placer au moment de l'exécution du contrat. En effet, on se doute bien que c'est l'inexécution, et non la bonne exécution, qui risque de porter atteinte à l'obligation essentielle. Pourquoi faire intervenir l'inexécution dans le raisonnement ? La Cour de cassation aurait aussi bien pu dire que la clause vidait de toute portée l'obligation essentielle du transporteur, dès la conclusion du contrat. Certes, la clause ne joue qu'en cas d'inexécution ; mais cette donnée n'était pas nécessaire dans le raisonnement qui conduisait à supprimer la clause.

322. Des conséquences dramatiques. Cette dérive a entraîné des résultats désastreux dans les années qui ont suivi. En effet, la Cour de cassation a décidé de réputer non écrite toute clause limitative ou exonératoire de responsabilité relative à l'obligation essentielle dès lors que le manquement à cette obligation était prouvé². L'automaticité de la sanction était totalement dénuée de sens et de justification.

323. L'abandon du raisonnement dans l'arrêt Faurecia II. L'arrêt *Faurecia II* a heureusement mis fin à cette évolution jurisprudentielle, ainsi qu'à la porosité des frontières entre conclusion et exécution contractuelles. Le contrôle se fait désormais au moment de la conclusion de la convention. Avant d'identifier l'objet de ce contrôle, revenons d'abord sur le fondement invoqué par la Cour de cassation : la cause.

B. Un fondement contestable

324. La subjectivisation de la cause. Pour supprimer la clause limitative de responsabilité, la Cour de cassation se fonde sur l'article 1131 du Code civil et l'absence de cause. Pour expliquer la disparition de la cause dans ce cas, certains auteurs ont évoqué une subjectivisation de la cause objective : la Cour prend en compte la volonté des parties, et plus précisément celle de l'expéditeur qui avait érigé la ponctualité en motif déterminant

¹ D. Mazeaud, note préc., *Deffrénois* 1997, p. 333.

² V. par ex., Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14112, *Bull. mixte* n° 4, *JCP G* 2005, II, 10066, note G. Loiseau, *D.* 2005, p. 1864, note J.-P. Tosi et p. 2845, obs. B. Fauvarque-Cosson, *RTD civ.* 2005, p. 604, obs. P. Jourdain et p. 779, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RDC* 2005, p. 651, avis R. de Gouttes, p. 673 note D. Mazeaud, et p. 753, note Ph. Delebecque ; Cass. com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14974, *op. cit.* ; com., 13 février 2007, *Faurecia I*,

du choix du contrat¹. En effet, si l'on raisonne sur la cause objective entendue au sens classique, l'absence de cause n'est pas établie.

Analysons techniquement la situation. L'entreprise *Chronopost* offre une garantie de célérité que la Poste simple ne propose pas. Cette rapidité a un prix : un pli *Chronopost* coûte environ dix fois plus cher qu'un envoi simple. Par conséquent le contrat conclu avec *Chronopost* est un contrat de transport rapide, la célérité est entrée dans le champ contractuel, et correspond à une partie du prix. La rapidité relève donc de la cause objective : le transport rapide est causé par un prix plus élevé qu'un pli ordinaire. La cause objective est bien présente, et ne pouvait par conséquent être invoquée pour faire tomber la clause litigieuse. L'argument de la cause n'avait, selon M. Larroumet, « strictement rien à faire dans cette espèce »². Comment dès lors expliquer la solution de la Cour de cassation ?

C'est ici que de nombreux auteurs invoquent la prise en compte, par la haute juridiction, des mobiles du client. C'est en raison de l'extrême importance que revêtaient la rapidité et la fiabilité du transport pour l'expéditeur que la sanction dérisoire prévue par la clause limitative de réparation rend l'engagement du client sans cause. Il s'attendait à un service sans faille, or *Chronopost* peut s'affranchir de bien exécuter son obligation de célérité en raison de l'indemnité dérisoire qu'elle aura à verser au contractant, sans commune mesure avec le préjudice subi³. C'est ici que le raisonnement de la Cour de cassation révèle ses faiblesses.

325. Le raisonnement erroné de la Cour de cassation. Pour la Cour de cassation, l'inexécution de l'obligation essentielle de transport rapide n'est quasiment pas sanctionnée, en raison de la présence de la clause limitative de réparation très basse. Par conséquent, l'obligation de célérité disparaît, et avec elle, la cause du paiement du prix par l'autre partie. Ce raisonnement est très critiquable.

Il ne fait pas de doute qu'en limitant la réparation due en cas d'inexécution de son obligation, le débiteur a stipulé une clause relative à sa responsabilité. Or, le droit commun des clauses relatives à la responsabilité prévoit qu'en cas de dol, le jeu de la clause relative à la responsabilité est refusé. Par conséquent, il est inexact de dire que le débiteur est

op. cit. ; com. 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14832, *op. cit.*.

¹ V. not. D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre professionnels*, Actes du colloque du 23 mai 1997, *Economica*, p. 33, spéc. n° 19.

² Ch. Larroumet, note préc., *D.* 1997, p. 145, n° 2.

³ Toutefois, comme l'ont très justement relevé certains auteurs, deux questions distinctes sont ici fusionnées : la question de la validité de la clause d'une part, et celle de la prévisibilité du dommage d'autre part, si la clause est supprimée. *GAJ Civ.*, T. II, comm. 157, n° 12.

déchargé de son obligation de célérité. Il ne peut décider sciemment de livrer le pli en retard, ou même de n'apporter aucune diligence dans l'exécution de son obligation. Sinon, le dol sera caractérisé, et il devra indemniser le créancier de son entier préjudice, même imprévisible, en application de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3). Il semble donc qu'il y ait une confusion avec la clause de non-obligation, qui, elle, supprimerait effectivement l'obligation du transporteur. En l'espèce, la clause limitative, si basse soit-elle, ne supprime pas l'obligation du transporteur de délivrer rapidement le pli¹.

326. Tentatives de justification doctrinales. Si certains auteurs retiennent, de manière très discutable, que la clause a entraîné la disparition de l'obligation de célérité², d'autres affirment avec finesse, mais non sans ambiguïté, que le débiteur est exonéré de toute sanction « réelle » en cas d'inexécution de l'obligation³. En pratique, si les dommages-intérêts sont sans commune mesure avec le préjudice subi, et peuvent donc s'apparenter à une absence de réparation, les autres sanctions prévues en cas d'inexécution, telle que la résolution du contrat, sont toujours disponibles. Il est vrai qu'elles seront moins contraignantes ou opportunes qu'un versement très important de dommages-intérêts. Elles ont néanmoins le mérite d'exister, et de ne pas laisser le débiteur sans aucune sanction en cas d'inexécution.

Une autre piste a alors été avancée par M. Ghestin pour contourner cette difficulté⁴. L'auteur commence par affirmer que la cause a pour objet de sanctionner « le fait que la contrepartie à laquelle s'est obligé le défendeur est illusoire ou dérisoire ». Pour apporter la preuve du caractère illusoire, l'auteur tient compte de la nature de l'obligation de ponctualité, considérée par la cour de renvoi comme une obligation de résultat. Par conséquent, il est très facile pour le créancier d'obtenir réparation en cas d'inexécution. Or ici, avec cette clause, la seule voie pour obtenir une réparation importante est de prouver une faute lourde ou un dol, ce qui est donc beaucoup plus difficile. La contradiction « entre la garantie du résultat promis, ne supposant la preuve d'aucune faute, et l'exigence de la preuve d'une faute lourde » fait apparaître le caractère illusoire de la contrepartie⁵.

Ce développement pourrait d'ailleurs trouver un appui dans l'arrêt de 1996, avec l'expression utilisée par la Cour de cassation, à savoir la contradiction de la « portée » de

¹ En ce sens, Ch. Larroumet, art. préc., *D.* 1997, p. 145, n° 3; A. Sériaux, art. préc., *D.* 1997, p. 121, n° 4.

² J. Mestre, obs. préc., *RTD civ.* 1997, p. 418; G. Viney, note préc., *JCP G* 1997, I, 4025, n° 16; L. Leveneur, « Sort des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité », *CCC* 1997, comm. 24; C. Aubert de Vincelles, « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », *RDC* 2008, p. 1034, n° 8.

³ D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p. 1776, n° 6.

⁴ J. Ghestin, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006, n° 285 p. 198.

⁵ Comp. Ph. Jestaz, art. préc., in *Mélanges P. Raynaud*, op. cit., p. 274.

l'engagement. La portée de l'obligation serait donc la diligence demandée au débiteur dans l'exécution de son obligation. Convertir une obligation de résultat en une obligation de moyens très allégée grâce à la clause relative à la responsabilité réduirait considérablement la portée de l'engagement de célérité.

Cette défense est intéressante, car elle a le mérite de tenter de répondre à l'argument ; elle recèle néanmoins une importante faiblesse. En effet, au moment de l'arrêt *Chronopost*, l'obligation de ponctualité semble être une obligation de moyens, au regard de la rédaction de la clause : le transporteur s'engageait à déployer *tous ses efforts* pour garantir le délai. L'obligation de résultat n'a été affirmée qu'ensuite, par la cour de renvoi : cette donnée n'a donc pas été prise en compte par la Cour de cassation dans son arrêt du 22 octobre 1996. Ainsi, déduire de l'alourdissement disproportionné de la charge de la preuve le caractère illusoire de la contrepartie est une thèse qui ne peut être appliquée à l'arrêt de 1996.

Sans doute derrière cet argument juridique faut-il voir un calcul économique. Il est vrai que la charge de la preuve est plus importante, car il faut prouver une faute lourde ou dolosive. Autrement dit, la simple négligence est couverte par la clause. Or, l'indemnité prévue est particulièrement basse. Par conséquent, l'entreprise de transport n'est pas poussée à mettre tous les moyens en œuvre pour remplir son obligation de célérité, alors qu'elle annonce garantir cette rapidité et que l'expéditeur paie ce service. Le transporteur reste obligé, mais peut-être sera-t-il moins consciencieux. Ce risque est effectivement inhérent à toute clause limitative de responsabilité fixant une limite assez basse, et à plus forte raison aux clauses de non-responsabilité, auxquelles les clauses dérisoires sont assimilées. Voilà sans doute l'idée que l'on pourrait retenir de cet arrêt : en fixant un plafond de réparation particulièrement bas, le transporteur s'octroie la possibilité d'être négligent, ce qui paraît inacceptable.

Mais encore faut-il que le montant de la clause soit effectivement dérisoire.

327. *L'absence de caractère dérisoire du montant de la clause limitative de réparation dans l'arrêt Chronopost.* Or justement, une difficulté, relative au caractère dérisoire du plafond de la clause, survient lorsque l'arrêt du 22 octobre 1996 est analysé à la lumière des décisions rendues par la cour d'appel de renvoi, et en raison de sa résistance, par la Cour de cassation dans un ultime arrêt.

En effet, dans le premier arrêt de la Cour de cassation, les hauts magistrats considèrent que l'indemnité est tellement basse qu'elle vide l'engagement de célérité de toute portée. Or, la clause qui limite la réparation au prix du transport en cas de retard est

très fréquente dans le transport terrestre de marchandises, d'autant plus qu'elle est prévue dans plusieurs contrats-type établis par le pouvoir exécutif, dont le contrat-type messagerie, ainsi que dans différentes conventions internationales¹. Dès lors, la clause semble faire l'objet d'un consensus, qui peut certes être remis en cause, mais nécessite pour cela de passer par la procédure adéquate : le recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État, ou la dénonciation des conventions internationales. Il ne semble néanmoins pas excessif de déduire d'un tel consensus une hypothèse de départ, selon laquelle le seuil de la clause fixé au prix du transport n'est pas dérisoire².

Dans le cas de *Chronopost* toutefois, une autre analyse est possible : le transport de colis rapide ne s'assimile pas au transport classique de marchandises, en raison de sa spécificité. Autrement dit, si la limitation pour retard au seuil du prix du transport est tout à fait acceptable par principe, elle est en revanche contestable lorsque le contrat offre un service de célérité particulier. Eu égard à cette spécificité, le contrat de transport rapide ne doit pas être traité comme un contrat de transport de marchandises ordinaire, et offrir une réparation plus importante en cas de retard.

Cependant, cette approche est désavouée par la Cour de cassation dans son deuxième arrêt, après renvoi devant la cour d'appel de Caen. Cette dernière, prenant acte de la disparition du plafond conventionnel, avait néanmoins refusé d'appliquer la limitation du contrat-type supplétif, qui concrètement revenait à imposer le même plafond que celui prévu par la convention. Sa prise de position était justifiée par « l'obligation particulière de garantie de délai et de fiabilité ». Un second pourvoi avait alors été formé devant la Cour de cassation, afin de contester cette solution. La Cour de cassation devait donc statuer sur l'applicabilité du contrat-type messagerie. Elle casse la décision de la cour d'appel³ : le contrat de transport rapide n'est pas différent au point de refuser l'application du contrat-type. Par conséquent, le plafond établi par voie réglementaire, et d'un montant égal au prix du transport, doit être appliqué. La Cour de cassation fait donc preuve d'incohérence entre ses deux décisions. En effet, en restant dans la ligne de 1996, elle devait refuser de placer le transport rapide dans la même catégorie que le transport de colis ordinaires. Ou alors, elle ne pouvait affirmer dans un premier temps que la clause vidait de toute portée l'obligation, dans la mesure où le plafond fixé n'était pas dérisoire.

¹ V. par ex., art. 23.5 et 24 CMR (transport international de marchandises par route).

² Comp. J.-P. Tosi, art. préc., *D.* 2005, p. 1864, n° 7, qui relève que la limite fixée par contrat-type ou convention internationale au prix du transport en cas de retard est acceptable car elle s'accompagne de la possibilité, pour l'expéditeur, de l'écartier grâce à une déclaration de valeur. Cette remarque doit cependant être nuancée par la solution retenue dans l'arrêt Cass. com., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-26412, *op. cit.*. Cf. *infra*, n° 328.

³ Cass. com. 9 juillet 2002, pourvoi n° 99-12554, *JCP G* 2002, II, 10176, note G. Loiseau et M. Billiau.

328. Deux arrêts postérieurs achèvent de nous convaincre. Dans l'arrêt *Faurecia II*, la clause avait prévu le même seuil théorique que dans l'affaire *Chronopost*, à savoir le prix du contrat. Pourtant, dans ce cas, le montant de la clause n'est pas considéré comme dérisoire¹. Bien au contraire, la stipulation est validée car elle ne vide pas de toute substance l'obligation du débiteur.

Cette solution a été confirmée par un arrêt inédit en 2013². Un transporteur ayant, à deux reprises, effectué une livraison de vêtements avec retard auprès d'un distributeur Internet, spécialiste du déstockage en ligne, avait ensuite opposé une clause limitant sa responsabilité au coût du transport en cas de retard³. L'expéditeur, souffrant de dommages bien plus importants (l'impossibilité de vendre son lot d'articles, ainsi que la perte du client), cherchait à faire paralyser la clause. Il obtint gain de cause auprès des juges du fond. Mais cassant l'arrêt d'appel pour défaut de base légale, la Cour de cassation critique l'annulation de la clause, la juridiction du fond n'ayant pas recherché

« en quoi la clause litigieuse qui fixait à une somme égale au coût du transport le montant de l'indemnité en cas de retard dans la livraison, avait pour effet de contredire l'obligation pour le transporteur de respecter un strict délai ».

Les faits étaient donc particulièrement proches de ceux à l'origine de la jurisprudence *Chronopost*. Un délai strict, deux fois dépassé, une réparation limitée au prix du transport⁴. Néanmoins, le résultat final est diamétralement opposé. La clause fixant la réparation au prix du transport n'est, presque vingt ans plus tard, plus considérée comme fixant un montant dérisoire⁵.

Dans ces deux hypothèses, la clause est validée car elle ne contredit pas la portée de l'obligation essentielle. Pour arriver à cette conclusion, la Cour de cassation a dû effectuer un contrôle de la stipulation. Vient alors la question de l'objet de ce contrôle.

¹ Ce parallèle est souligné par O. Deshayes, « Victoire d'étape pour les clauses limitatives de responsabilité contractuelle », *RDC* 2010, p. 1253, spéc. p. 1257.

² Cass. com., 3 décembre 2013, pourvoi n° 12-26412, *op. cit.*.

³ Th. Genicon, note préc., *RDC* 2014, p. 176.

⁴ *Ibid.*

⁵ Il faut néanmoins souligner que le montant fixé par la clause à hauteur du prix du contrat peut parfois être tenu pour dérisoire, en raison du préjudice prévisible considérable qui peut être subi par le créancier de l'obligation inexécutée. Tel est le cas notamment dans le droit de la construction.

C. L'objet du contrôle en question

329. L'annonce d'un contrôle de la cohérence. Selon les arrêts *Chronopost* et *Faurecia II*, la clause est réputée non écrite si elle « contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». Le contrôle annoncé est donc un contrôle de la cohérence du contrat, c'est-à-dire d'une éventuelle contradiction entre la clause et l'obligation. Ne sont pas prises en compte les autres clauses du contrat, dans la mesure où elles ne concernent pas la relation entretenue entre la clause relative à la responsabilité et l'obligation sur laquelle elle porte.

Dans l'arrêt *Chronopost*, la Cour de cassation suit bien le raisonnement qu'elle a annoncé. Il en va autrement pour l'arrêt *Faurecia II*. En effet, si cette jurisprudence est louable pour avoir mis fin à la dérive jurisprudentielle qui supprimait automatiquement toutes les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité relatives à l'obligation essentielle, elle n'est pas pour autant totalement exempte de critiques quant à la technique employée.

330. Faurecia II : du contrôle de la cohérence à celui de l'équilibre. En 2010, après avoir annoncé un contrôle de la contradiction avec l'obligation essentielle, la Cour de cassation s'en détache et cherche dans toute la convention si une contrepartie permet de justifier la clause limitative de réparation. Elle retient que des avantages commerciaux avaient été accordés en plus d'une nette diminution du prix, et en déduit que la clause ne vide pas de toute substance l'obligation essentielle. Elle revient donc au point de départ du raisonnement. Mais en réalité, comment expliquer que l'importante contrepartie offerte en raison de la clause limitative de réparation modifie la relation entretenue entre la clause et l'obligation essentielle ? Le contrôle de la contradiction devrait suivre simplement l'une des deux voies suivantes : soit la clause contredit l'obligation essentielle, en raison de la disparition de toute sanction réelle (selon le raisonnement de l'arrêt *Chronopost*), soit elle est en harmonie avec la portée de l'obligation et peut être conservée. Comment alors justifier le passage par une appréciation globale du contrat ? Il y a ici un mélange de deux types de contrôle qui ne s'explique guère. La Cour de cassation annonce un contrôle de la contradiction avec l'obligation essentielle pour opérer un contrôle du déséquilibre au sein du contrat.

Ce glissement, très justement relevé par quelques auteurs, doit être encouragé, à condition d'aller jusqu'au bout du raisonnement¹.

331. Rejet du contrôle de la cohérence. On l'a vu, le contrôle de la cohérence, soit concrètement de la contradiction de la clause avec l'obligation essentielle, n'est pas la bonne méthode pour invalider des clauses relatives à la responsabilité, car elle n'est ni exacte, ni opportune.

Inexacte, car les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne suppriment jamais l'obligation essentielle, en raison de l'existence d'autres sanctions en cas d'inexécution, telle que l'exception d'inexécution, la résolution, et surtout de la paralysie des clauses en cas d'inexécution dolosive. Ainsi la sanction de l'obligation est peut-être allégée, mais non supprimée.

Inopportune, car le contrôle de la cohérence fait apparaître la difficulté pratique à définir l'obligation essentielle. Il a été relevé à juste titre que dans bien des cas, elle n'était identifiée qu'au stade de l'exécution du contrat, alors que le contrôle de la validité de la clause doit être mené au moment de la conclusion du contrat.

Ce moment du contrôle fait apparaître l'artifice de la démarche des juges dans l'affaire *Chronopost*. La clause, par le faible montant qu'elle prévoit, offre un « passeport de négligence » au débiteur, pratique qui paraît inacceptable pour les juges. La validité de la clause tombe donc en raison du comportement potentiellement blâmable du débiteur. Or, il existe déjà un outil pour sanctionner un tel comportement, au stade de l'exécution : il s'agit de la faute lourde ou dolosive. À l'inverse, le contrôle de la validité de la clause doit être entrepris au moment de la formation du contrat. Par conséquent, ce n'est pas un contrôle de la cohérence, qui porte en réalité sur le comportement potentiel du débiteur, mais sur l'équilibre contractuel qu'il faut effectuer.

332. Défense du contrôle de l'équilibre. En contrôlant l'équilibre de la convention, par l'évaluation de la contrepartie offerte par le cocontractant, la Cour de cassation adopte une démarche bien plus logique et convaincante. Elle permet de valider les clauses limitatives de réparation comme les clauses de non-responsabilité, dès lors que la contrepartie

¹ Y.-M. Laithier, art. préc., *RDC* 2010, p. 1220, spéc. p. 1223 ; O. Deshayes, art. préc., *RDC* 2010, p. 1253, spéc. p. 1256 et s. ; Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2014, p. 176, spéc. p. 178. Ces auteurs identifient les deux contrôles, mais adoptent ensuite une appréciation différente : quand le premier hésite quant à leur possible cumul (Y.-M. Laithier), le deuxième les déclare incompatibles (O. Deshayes), et le troisième les hiérarchise chronologiquement, la Cour effectuant selon cet auteur le contrôle d'abord de la contradiction, puis de l'équilibre (Th. Genicon). V. aussi, *GAJCiv.*, T. II, comm. 157, n° 20.

présente est suffisante pour maintenir un certain équilibre contractuel¹. Il s'agit ici de focaliser le contrôle de la clause au moment de la conclusion du contrat, et d'en vérifier ainsi la validité. En contrôlant l'équilibre contractuel, le juge prend en compte le premier but de la clause relative à la responsabilité, qui consiste à répartir les risques entre les parties. Bien sûr, on entrevoit la difficulté pratique du seuil à partir duquel le contrat sera considéré comme déséquilibré. Mais cette flexibilité est en même temps un avantage car elle permet au juge d'adopter un véritable contrôle *in concreto* de la convention.

L'arrêt inédit rendu le 3 décembre 2013 et déjà évoqué, nous contraint néanmoins à nuancer notre propos. La Cour de cassation reproche à la cour d'appel de ne pas avoir recherché en quoi la clause « avait pour effet de contredire l'obligation pour le transporteur de respecter un strict délai ». Là encore, un contrôle de la contradiction est annoncé. Seulement, la cassation pour défaut de base légale empêche de définir le contrôle que les hauts magistrats auraient, en pratique, effectué. Ainsi, sans revenir sur le contrôle de l'équilibre conduit en l'espèce dans l'arrêt *Faurecia II*, il est regrettable que les juges n'aient pas modifié la formule pour supprimer la référence à la contradiction et ne conserver que l'idée du contrôle du déséquilibre contractuel.

333. Synthèse. En conclusion, de nombreuses critiques ont pu être formulées contre la jurisprudence *Chronopost* et ses suites. Techniquement, le recours à la notion de cause est difficilement justifiable. En outre, le contrôle de la contradiction de la clause à l'obligation essentielle est inopportun. Il nous semble donc que si notre droit français devait conserver un contrôle des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit commun, celui-ci devrait être effectué au regard de tout le contrat, et non de la mystérieuse contradiction avec l'obligation essentielle². Or, la légitimité de ce contrôle peut être remise en cause.

§2. L'absence de justification valable

334. Contrairement aux actions régulatrices du législateur, guidées par la volonté de protéger la partie faible d'un contrat déséquilibré, la Cour de cassation ne fait guère apparaître les raisons qui l'ont poussée à adopter cette ligne jurisprudentielle (A). À défaut

¹ Comp. D. Mazeaud, « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.* 2010, p. 1832, n° 11.

² Pour l'abandon d'un contrôle de la contradiction, cf. Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2014, p. 176, *in fine.* ; O. Deshayes, art. préc., *RDC* 2010, p. 1253, spéc. p. 1257 et déjà, du même auteur, art. préc., *RDC* 2008, p. 1008, spéc. n°s 16 et s..

de tenir compte de la situation des parties, il semblerait qu'elle ait été motivée par des considérations de justice contractuelle, justification qui se révèle insuffisante à légitimer l'immixtion du juge dans le contrat (B).

A. Le silence de la Cour de cassation

335. *L'absence de justification dans les arrêts.* Dans les droits spéciaux, le législateur encadre les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité lorsqu'il existe un déséquilibre structurel entre les parties. Or, en droit commun, par définition, il n'y a pas de déséquilibre structurel entre les parties. Bien sûr, les parties ne seront pas toujours sur un pied d'égalité ; mais leur déséquilibre sera lié aux circonstances, et non à leur nature propre. Par conséquent, le juge ne devrait pouvoir s'immiscer dans le contrat, alors même que le législateur ne l'a pas voulu.

Toutefois, en présence d'un contrat d'adhésion, un déséquilibre structurel apparaît entre les parties. En effet, celui qui se voit proposer le contrat ne peut le modifier. Il est donc en situation d'infériorité structurelle, dans la mesure où il ne peut librement choisir et rééquilibrer les termes du contrat à l'issue d'une négociation. Néanmoins, dans la jurisprudence sur les clauses limitatives de réparation, il n'est fait aucune référence à la situation des parties. Si l'arrêt *Chronopost* de 1996 concerne bien un contrat d'adhésion, cela ne semble pas avoir été pris en considération. Quant à l'arrêt *Faurecia II*, les deux parties étaient d'après négociateurs. Malgré tout, le juge contrôle le contenu du contrat. Certes, il valide la présence de la clause dans la convention ; mais le résultat importe peu ici. Le principe même du contrôle par le juge du contenu d'un contrat librement négocié pose véritablement problème.

336. *L'exemple édifiant du droit anglais.* Au Royaume-Uni, les juges ont également choisi de tenir compte du manquement à une obligation essentielle pour paralyser le jeu des clauses élusives de responsabilité. La doctrine de la *fundamental breach of the contract* a été développée dans les années 1960 par les juges du fond, afin de protéger notamment les consommateurs ; toutefois, le champ de cette jurisprudence était étendu à tous les types de contrats¹. Considérée à l'époque comme une règle de fond (*substantive law*), cette doctrine avait pour objet de refuser l'application d'une clause relative à la responsabilité lorsque le manquement contractuel était particulièrement grave, en raison notamment du

¹ G. H. Treitel, *The law of contract, op. cit.*, n° 7-023.

type d'obligation inexécutée¹. En effet, lorsque l'exécution de l'obligation fondamentale, qui détermine « le but essentiel du contrat », était défectueuse, le débiteur ne pouvait bénéficier du jeu de la clause atténuant sa responsabilité. Par exemple, un vendeur de bois d'acajou qui livre du pin commet une *fundamental breach*².

Cependant, cette règle a été très fortement nuancée par la *House of Lords*, d'abord dans l'arrêt *Suisse Atlantique*³ de manière incidente, puis bien plus nettement dans l'arrêt *Photo Production*⁴. Dans ce dernier arrêt, le gardien de nuit d'une usine avait allumé un petit feu qui se propagea rapidement et détruisit tous les bâtiments qu'il devait surveiller. La société de gardiennage s'est alors prévaluée d'une clause exonératoire de responsabilité. À cette occasion, les hauts magistrats sont revenus sur la valeur de la doctrine de la *fundamental breach*, et lui ont refusé le caractère de règle de fond, tel qu'il avait été défendu par Lord Denning. Désormais, la doctrine de la *fundamental breach* ne constitue plus qu'une règle d'interprétation. Autrement dit, la clause ne sera écartée que si elle n'est pas assez claire pour couvrir la grave inexécution. Si elle est rédigée en des termes assez « clairs et sans ambiguïté »⁵ pour couvrir l'inexécution d'une obligation essentielle, elle doit être validée.

Deux enseignements peuvent être déduits du droit anglais. Tout d'abord, si les juges du fond ont cherché à élaborer une règle de fond dans l'idée d'invalider les clauses relatives à l'obligation essentielle, cette solution a été rejetée par la *House of Lords*, pour qui la liberté contractuelle doit prévaloir⁶. Ensuite, cette prise de position doit être analysée à l'aune du contexte législatif de l'époque. À partir de 1977, les clauses contenues dans les contrats de consommation, ainsi que dans les contrats d'adhésion, sont soumises à l'*UCTA 1977*⁷. Par conséquent, les contrats qui ne tombent pas dans le champ de la loi n'appellent pas de protection particulière de la part des juges. Ceux-ci doivent donc respecter les

¹ G. H. Treitel, *The law of contract, op. cit.*, nos 7-025 et s.. Les autres données qui peuvent être prises en compte sont le comportement particulièrement répréhensible du débiteur (qui se rapproche donc de la faute lourde), ou encore les conséquences désastreuses qu'entraîne l'inexécution pour le créancier.

² *Smeaton Hanscom & Co Ltd v. Sassoon I Setty & Co (No 1)* [1953] 1 W.L.R. 1468.

³ *Suisse Atlantique Société d'Armement maritime S.A v.N. V. Rotterdamsche Kolen centrale* [1967] 1 A.C. 361.

⁴ *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827.

⁵ G. H. Treitel, E. Peel, *The law of contract, op. cit.*, n° 7-025.

⁶ Ph. Delebecque, thèse préc., nos 147 et s..

⁷ S. 3 *UCTA 1977*. Il faut toutefois ajouter que le texte régleme également les clauses contenues dans les contrats conclus entre professionnels (sans égard à l'absence de négociation) dans les cas où elles limitent ou suppriment la réparation d'un dommage causé par *negligence* (S. 2) Celle-ci est caractérisée lorsqu'en vertu de la convention, le débiteur est tenu d'agir raisonnablement lors de l'exécution du contrat (S. 1 (1)(a)). Ce devoir de prudence et diligence, qui existe également en dehors de tout contrat (appelé *duty of care*, et visé à la S. 1 (1)(b)) pourrait se rapprocher, en droit français, d'une obligation générale de ne pas porter atteinte aux personnes et aux biens. Ainsi, seule la clause qui atténue la réparation des dommages corporels ou matériels causés par la *negligence* de l'une des parties est régleme, même entre professionnels. En dehors de cette hypothèse (ainsi que de quelques cas particuliers, comme la vente, cf *supra* n° 306), les contrats conclus entre professionnels, à l'exclusion des contrats d'adhésion, ne sont pas soumis à l'*UCTA 1977*. Ceux-ci peuvent donc s'accorder conventionnellement sur les conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle.

prévisions des parties. La doctrine de la *fundamental breach* est aujourd'hui toujours en vigueur, mais ne s'entend que comme une règle d'interprétation de la clause. Ainsi, les contrats conclus par des parties ne présentant pas de déséquilibre structurel font l'objet d'une protection très modérée, le juge se refusant à une trop grande immixtion dans les prévisions des contractants.

Une donnée supplémentaire étoffe encore cet exemple de droit étranger : le droit des obligations québécois, puisant ses racines principalement dans le droit français, a hésité à consacrer cette doctrine de l'obligation essentielle, inspirée de la théorie anglo-saxonne de la *fundamental breach of the contract*. De rares décisions l'ont appliquée, mais les faits font apparaître l'existence d'un véritable déséquilibre structurel entre les parties. La doctrine, quant à elle, émet d'importantes réserves. L'existence d'un texte réglementant les contrats de consommation et d'adhésion dans le Code civil du Québec offre déjà un bon outil de contrôle des clauses¹ ; en dehors de ces hypothèses, la doctrine canadienne considère qu'il est préférable de limiter l'efficacité des clauses grâce à la faute lourde ou intentionnelle du débiteur, plutôt que de contrôler leur validité au moyen d'une théorie « au maniement délicat »². Cette position confirme l'idée selon laquelle l'invalidation des clauses qui seraient contraires à l'obligation essentielle du contrat manque de légitimité lorsque le contrôle est effectué au sein d'une convention librement négociée.

On pourrait néanmoins soulever qu'en 1996, le contrat n'avait pas été négocié par les parties. La Cour de cassation aurait donc tendu vers plus de justice contractuelle en décidant de contrôler la validité des clauses relatives à la responsabilité. Néanmoins, cette justification se révèle insuffisante.

B. Une justification insuffisante : la justice contractuelle

337. La motivation sous-jacente : la justice contractuelle. L'arrêt *Chronopost* de 1996 comme l'arrêt *Faurecia II* de 2010 permettent au juge d'écarter une clause relative à la responsabilité si elle porte une atteinte excessive à l'obligation essentielle. En réalité, le contrôle porte aujourd'hui sur la présence ou non d'un déséquilibre contractuel dû à la clause atténuant la responsabilité. Le contrôle de la contradiction est un contrôle de la cohérence du contrat ; celui du déséquilibre cherche à vérifier l'existence d'un équilibre

¹ Art. 1437 Code civil du Québec.

² D. Lluellas, B. Moore, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n^{os} 2978 et s..

contractuel. Cohérence ou équilibre du contrat, la racine est commune : le juge tend à instaurer plus de justice contractuelle.

Dans le droit commun classique des contrats, le rôle du juge en présence d'un déséquilibre contractuel était classiquement cantonné à quelques hypothèses extrêmes : l'absence de cause d'une obligation, ou dans quelques cas précis, le mécanisme de la lésion. Ici, le juge s'est octroyé un nouveau pouvoir sur un fondement détourné. Il a décidé de corriger une convention déséquilibrée par une clause limitative ou exonératoire de responsabilité sur le fondement de la cause, alors même que sa disparition était franchement discutable.

Le développement du droit de la consommation, dans les années 1980, n'est certainement pas étranger à cette prise de pouvoir injustifiée. Une telle immixtion du juge était déjà légalement prévue en 1996, dans le domaine limité des contrats de consommation. Or, les professionnels ne pouvaient bénéficier de la législation avantageuse des clauses abusives. Pour pallier ce manque de protection spéciale, les juges ont réagi en étendant le contrôle des clauses qu'ils trouvaient particulièrement injustes au droit commun des contrats¹. Cependant, les situations étaient distinctes et celles des professionnels négociant âprement le contenu de leurs contrats n'auraient pas dû recevoir un même traitement de faveur. Le juge a pourtant décidé que la justice contractuelle devait prévaloir.

338. Une erreur de perspective. L'analyse précédemment menée confirme cette idée : la clause limitative de réparation permet au débiteur d'être négligent, ce qui semble inacceptable. Ce sentiment d'injustice qui naît au regard de cette clause et de la conséquence qu'elle entraîne sur la diligence du débiteur fait apparaître la véritable motivation des juges : l'équité, maquillée par l'utilisation maladroite d'un concept juridique aux contours malléables. C'est sans doute la raison pour laquelle cette jurisprudence a été reçue avec beaucoup d'émotion par la doctrine. Certains se félicitaient de plus de justice contractuelle, quand d'autres déploraient le dévoiement du raisonnement juridique employé.

Toutefois, si l'on creuse un peu plus loin, il semble même que le sentiment d'injustice qui se dégage de la clause limitative de réparation particulièrement basse est surtout lié au comportement du débiteur². Dans l'arrêt *Chronopost* en effet, l'entreprise de

¹ O. Deshayes, art. préc., *RDC* 2010, p. 1253, spéc. p. 1259. L'auteur souligne à très juste titre que depuis la loi du 4 août 2008 et l'introduction d'un système d'encadrement des clauses dans les contrats entre professionnels, la seule justification qui pouvait être recevable s'est envolée.

² O. Deshayes, art. préc., *RDC* 2010, p. 1008, n^{os} 12 et s. ; Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2014, p. 176, spéc. p. 180 : « les

transport avait manqué par deux fois à sa promesse de délivrer le pli le lendemain avant midi. Il est inacceptable de laisser un contractant être négligent de manière récurrente. Ce problème lié au comportement pourrait d'ailleurs expliquer la porosité des frontières entre conclusion et exécution du contrat avec le contrôle de la clause au stade de l'exécution dans l'arrêt *Chronopost*. Or, comme on l'a déjà vu, lorsque le comportement est condamnable, ce n'est pas la cause qu'il faut invoquer, mais bien la faute lourde. Néanmoins, les juges du fond, en l'espèce, avaient rejeté l'argument. Pour contourner cette difficulté et paralyser la clause qu'ils trouvaient injuste malgré tout, les magistrats du quai de l'Horloge choisirent le fondement de la cause.

C'est donc en réalité pour atteindre un objectif de justice contractuelle que la Cour de cassation a opté pour la cause dans la jurisprudence *Chronopost*.

339. *La justice contractuelle au détriment de la sécurité juridique.* Dans les faits, on l'a vu, la solution de l'arrêt de 1996 s'expliquait notamment par le refus d'appliquer aux professionnels le droit protecteur du Code de la consommation, alors que le contrat était en l'espèce un contrat d'adhésion. Il aurait été simple et préférable d'ajouter la justification du déséquilibre entre les parties ou de l'absence de négociation au sein de l'arrêt pour en limiter la portée. À défaut, le champ de la jurisprudence s'étend à tous les contrats relevant du droit commun, même négociés. Par conséquent, au nom de la justice contractuelle, la jurisprudence s'octroie le pouvoir de contrôler la cohérence d'une convention qui a fait l'objet d'une discussion et a été acceptée par les deux parties, et le cas échéant d'en modifier les termes en réputant une clause de l'accord non écrite. Il est vrai qu'une meilleure justice au sein des contrats est un idéal vers lequel la société doit tendre. En revanche, le droit ne saurait faire primer cet impératif sur celui de la sécurité juridique. Les deux doivent être conciliés. Or, le contrôle de tous les contrats, sans chercher à protéger une partie faible, mais seulement pour servir la justice contractuelle en tant que telle, constitue une véritable atteinte à la sécurité juridique. En cela, la jurisprudence *Chronopost* est très contestable.

340. *Entérinement dans l'ordonnance portant de réforme du droit des contrats.* Et pourtant, le futur article 1170 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, entérine la jurisprudence *Chronopost* en prévoyant que « toute clause qui prive de sa

vraies raisons pour lesquelles une clause mérite ou non d'être écartée sont à trouver dans le comportement (moralement blâmable ou non) qu'aura eu le débiteur – c'est-à-dire, par définition, *a posteriori*, au stade de l'exécution du contrat ».

substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ». Le contrôle de la contradiction est maintenu, sans aucun filtre quant au contrat contrôlé. Ce parti pris est doublement contestable, car si le contrôle des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est légitime dans certains cas seulement, il doit en plus être déplacé, comme dans l'arrêt *Faurecia II*, pour vérifier l'équilibre du contrat dans sa globalité.

Il faut en outre ajouter que le fondement textuel qui justifiait la solution jurisprudentielle a disparu dans la réforme. La *cause* n'apparaîtra plus dans le Code civil, du moins de manière explicite. L'ordonnance consacre donc l'une des applications de la cause, tout en supprimant la cause elle-même. Le concept a cédé sa place à une « boîte à outils » qui maintient, sans le dire, notre tradition causaliste pourtant considérée comme dépassée¹. Ce procédé paradoxal n'est pas vraiment convaincant.

En plus d'être critiquable en tant que telle, la disposition est difficilement justifiable si l'on s'intéresse aux autres textes prévus par la réforme. En effet, l'article 1171 nouveau du Code civil prévoit de condamner les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties à un contrat d'adhésion. Autrement dit, cette disposition permet aux juges d'opérer un contrôle de l'équilibre contractuel, et de réputer non écrite la clause qui y porterait gravement atteinte. En outre, la limite au contrat d'adhésion marque la prise en compte du déséquilibre structurel présent entre les parties. En définitive, l'article 1171 se situe dans la lignée des derniers arrêts étudiés. Il serait donc fort souhaitable que l'article 1170 soit simplement abandonné, dans la mesure où il consacre dans la loi le contrôle de la contradiction, alors que le contrôle de l'équilibre est à la fois suffisant et plus adéquat aux clauses relatives à la responsabilité. M. Lequette avait déploré cette consécration de l'une des applications de la cause :

« Quant [au texte] qui vise l'obligation essentielle, il pérennise la jurisprudence Chronopost, source de confusion et devenue inutile dès lors qu'existe une disposition sur les clauses abusives »².

Cette critique avait été formulée au cours d'un colloque portant sur le projet de réforme ; celui-ci ne prévoyait alors aucune limite au champ d'application de la disposition relative aux clauses abusives. Désormais cantonné aux contrats d'adhésion, l'article instituant la lutte contre les clauses abusives ne couvre plus totalement le champ de l'article 1170 relatif à l'obligation essentielle. Néanmoins, ce dernier texte nous semble toujours aussi critiquable, car les contrats négociés, s'ils échappent au contrôle du déséquilibre

¹ Y. Lequette, « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, p. 615, n° 6.

² Y. Lequette, *op. cit.*, n° 7. V. aussi F. Chénéde, « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, p. 655, n° 11.

significatif, ne devraient pas davantage être soumis au contrôle de la cohérence, afin de ne pas évincer toute sécurité juridique.

341. Conclusion du chapitre. En définitive, le sentiment initial selon lequel de nombreuses atteintes entameraient le principe de validité des clauses relatives à la responsabilité contractuelle se révèle parfaitement fondé. Le législateur comme la jurisprudence ont refusé la pleine validité de ces clauses dans de nombreux contrats spéciaux, et même dans le droit commun des contrats. Or, notre étude a fait apparaître un but commun poursuivi par le législateur : les lois prohibitives ont pour objectif de protéger la partie faible au contrat. En revanche, la Cour de cassation n'a pas fait apparaître une telle motivation ; par conséquent, la jurisprudence *Chronopost* et ses suites semblent relever du procès d'intention mené contre ces clauses.

CHAPITRE II

LA PERCÉE DE LA VALIDITÉ DES CLAUSES SUPPOSÉES CONTRAIRES À L'ORDRE PUBLIC

342. Classiquement, deux types de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont en principe illicites, en raison de leur contradiction à l'ordre public : les clauses atténuant la responsabilité extracontractuelles et celles relatives à la réparation du préjudice corporel. Cependant, comme on a pu le voir, cet argument n'est pas pleinement convaincant. À l'analyse, il est apparu, d'une part, que la responsabilité extracontractuelle n'avait pas le caractère d'ordre public intangible qu'on voulait lui attribuer. Par conséquent, les clauses qui l'aménagent n'étaient pas nécessairement contraires à l'ordre public, contrairement à ce qui est classiquement enseigné. D'autre part, l'illicéité des clauses relatives à la réparation du préjudice corporel trouve son fondement dans une atteinte à l'ordre public, qui s'exprime par le rejet social d'une telle pratique. Néanmoins, cette interdiction n'est affirmée expressément dans aucun texte à portée générale, ce qui lui confère une certaine faiblesse. Ainsi, les nullités de principe des clauses relatives à la responsabilité délictuelle et à la réparation du dommage corporel semblent loin d'être absolues.

Or, les quelques textes spéciaux et décisions jurisprudentielles qui prennent position sur ces deux questions apportent des éléments de réflexion fort instructifs. Confirmant l'analyse première, un même mouvement de validation de ces clauses se dessine. Ponctuelles, ces solutions n'en sont pas moins importantes. La percée de la validité des clauses supposées contraires à l'ordre public se retrouve dans plusieurs droits spéciaux (Section 1). Les raisons sont diverses et mériteront d'être étudiées. Un même mouvement, quoique plus discret, peut être constaté dans la jurisprudence relative à ces clauses (Section 2).

SECTION 1 : LA VALIDATION LÉGALE DANS LES DROITS SPÉCIAUX

Le principe de prohibition des clauses qui seraient contraires à l'ordre public connaît des entorses dans certains droits spéciaux. En effet, différents textes admettent la validité des clauses atténuant la responsabilité délictuelle ou la réparation des dommages corporels.

Les atteintes aux règles classiques de prohibition s'expliquent par deux déclinaisons de la prise en compte du déséquilibre structurel. L'une réside dans le droit international, qui parfois nie la distinction entre les deux régimes de responsabilité et permet ainsi la validation des clauses relatives à la responsabilité délictuelle, en l'absence d'un déséquilibre entre les parties (§1). L'autre trouve sa source dans la protection de la partie faible, qui passe par une meilleure prévisibilité contractuelle. C'est ainsi que le droit des transports valide les limites de réparation du dommage corporel (§2).

§1. La porosité des frontières : les clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle autorisées

343. La validation de certaines clauses découle d'une porosité des frontières entre les matières contractuelle et délictuelle. Cet effacement des frontières est motivé tantôt par l'idée de protection de la victime, lorsque la sécurité d'un produit fait défaut, tantôt par l'impératif de prévisibilité pour le responsable, en l'occurrence le transporteur. Prenant acte de ces impératifs, le législateur valide les clauses atténuant la responsabilité du producteur uniquement en l'absence de déséquilibre structurel entre les parties (A). Dans le domaine du droit des transports, c'est en revanche moins la prise en compte de la situation des parties, que la nécessité d'accroître la prévisibilité contractuelle du transporteur, qui motive la validation du principe de limitation de responsabilité du transporteur (B).

A. Les limitations conventionnelles de responsabilité validées dans la responsabilité du fait des produits défectueux

344. Sources. En 1998 est entré dans le Code civil, aux articles 1386-1 et suivants¹, un nouveau régime de responsabilité spéciale, qui pèse sur les fabricants lorsque l'un de leurs produits se révèle défectueux et cause un dommage. Cette loi marque donc l'avènement d'une obligation de sécurité légale, qui entraîne la responsabilité des producteurs en cas de dommage corporel, mais aussi de dommage aux biens.

Cette loi a transposé une directive communautaire en date du 25 juillet 1985². La France a tardé à mettre en place ce régime légal de responsabilité, au point d'être condamnée par la Cour de Justice de l'Union Européenne³. Afin de pallier ce retard, la jurisprudence française, s'inspirant de la directive, a découvert une obligation de sécurité à la charge du vendeur sur le fondement de l'article 1135 du Code civil. D'abord rattachée au contrat de vente, cette obligation a ensuite été jugée opposable par un tiers au contrat, sur le fondement de la responsabilité délictuelle du vendeur⁴. Enfin, la loi du 19 mai 1998 a transposé la directive européenne ; comme la nature de la directive le permet en théorie⁵, le législateur s'est éloigné des termes exacts utilisés par le texte, tout en gardant son esprit et sa finalité⁶.

345. La nature extracontractuelle de la responsabilité du fait des produits défectueux. Dans ce système, une particularité mérite d'être relevée : la qualité de la victime n'est pas prise en compte. Qu'elle ait un lien contractuel avec le producteur ou non ne modifie pas la responsabilité de ce dernier⁷. Ainsi, ce régime « transcende la distinction de la responsabilité délictuelle et de la responsabilité contractuelle »⁸. En effet, toutes les victimes agissent sur un même fondement. L'idée est ici de protéger les victimes en

¹ Futurs art. 1245 et s..

² Directive du conseil du 25 juillet 1985 n° 85/374/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux.

³ CJUE, 13 janvier 1993, aff. C-293/91 Commission c/ France.

⁴ Cass. civ. 1^{re} 17 janvier 1995, pourvoi n° 93-13075, *Bull.* I n° 43.

⁵ J. Rochfeld, « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », *D.* 2009, chr. p. 2047 spéc. p. 2049 n° 4.

⁶ Cependant, cette marge de liberté lui a été reprochée par une nouvelle condamnation de la Cour de Justice de l'Union européenne : CJCE, 25 avril 2002, aff. C-52/00, au motif que la directive devait faire l'objet d'une harmonisation totale. Comme le remarque Philippe Le Tourneau, cette condamnation est pour le moins paradoxale, dans la mesure où les reproches formulés à l'encontre de la transposition française se cristallisent sur un même point : la loi française était plus protectrice du consommateur que la directive. Ph. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, *op. cit.* n° 22.52. En réalité, cette condamnation s'explique par l'idée que cette directive avait pour but d'harmoniser les droits en vue d'une concurrence non faussée ; dans ce cas, une protection du consommateur accrue entraîne des coûts supplémentaires pour le professionnel, qui peuvent se répercuter sur son aptitude à concurrencer les professionnels d'autres États.

⁷ Art. 1386-1 Code civil (futur art. 1245).

⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 987.

prévoyant un régime unique de responsabilité du producteur. Toutefois, la loi ne crée pas un troisième régime de responsabilité ; selon une partie de la doctrine, il s'agit « d'un régime de responsabilité *extracontractuelle*, puisqu'elle bénéficie à toute victime d'un produit, qu'elle ait été liée ou non par un contrat avec le producteur »¹. Cette idée est corroborée par la place qu'occupe la responsabilité du fait des produits dans le droit européen : elle fait l'objet d'une disposition dans le règlement *Rome II*, relatif aux obligations non contractuelles². La place des textes dans le Code civil, situés juste après les dispositions sur la responsabilité délictuelle, est un indice supplémentaire de la nature de la responsabilité. Il s'agit donc bien d'un régime spécial de responsabilité extracontractuelle.

Or, la loi admet, dans une hypothèse, la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (1), pour des raisons tenant à la nature des parties (2).

1) La validité reconnue des clauses relatives à la réparation des dommages aux biens entre professionnels

346. La validité des clauses entre professionnels pour les dommages aux biens. Bien que le principe soit la prohibition des clauses atténuant la responsabilité³, la loi française prévoit une exception. En effet, le texte admet la validité des clauses pour « les dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée », lorsqu'elles ont été stipulées entre professionnels⁴. Concrètement, le producteur est responsable en cas de dommage causé à une chose professionnelle, sauf s'il conclut une convention avec la victime qui limitera, ou même supprimera, sa responsabilité dans ce cas.

En revanche, la validité des clauses n'est pas étendue aux dommages corporels. Ceux-ci appellent une réparation intégrale. Une convention qui atténuerait la responsabilité du producteur dans ce cas ne serait pas bien reçue par la société, et ne serait d'ailleurs sans doute pas beaucoup utilisée par les professionnels. En tout état de cause, elle est formellement interdite par la loi.

¹ Ph. Le Tourneau, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, *op. cit.*, n° 22.63. Dans le même sens, G. Viney, P. Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 3^e éd., 2010, n° 772 ; J.-S. Borghetti, « La mystérieuse obligation de sécurité relative aux biens à usage professionnel », *D.* 2010, p. 2628.

² Art. 5 Règlement n° 864/2007 du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, *Rome II*.

³ Art. 1386-15 al. 1^{er} Code civil (futur art. 1245-14 al. 1^{er}) : « Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites ».

⁴ Art. 1386-15 al. 2 Code civil (futur art. 1245-14 al. 2).

Plusieurs auteurs ont souligné la complexité de la formulation retenue par le législateur français, qui risque de poser des difficultés d'interprétation¹. Néanmoins, l'apport décisif de cette loi réside pour nous dans la validation de clauses relatives à une responsabilité extracontractuelle².

347. Question de l'opposabilité de la clause. En prévoyant cette validité par exception, la loi française semble réintroduire la distinction selon la qualité de la victime, liée par un contrat ou non, que la directive avait pourtant voulu effacer. En effet, l'existence d'une clause de non-responsabilité implique la présence d'un contrat. Le producteur peut-il ensuite opposer cette clause valablement insérée dans une convention à une autre victime ? La réponse à cette question diffère selon que l'on raisonne à partir de l'obligation de sécurité jurisprudentielle, en voie de disparition, ou à partir de la loi de 1998. L'hypothèse de départ pour le raisonnement est, rappelons-le, celle d'un producteur professionnel et d'une victime ayant acquis le bien pour ses besoins professionnels.

D'un côté, la jurisprudence qualifie la responsabilité engagée en cas d'inexécution de l'obligation jurisprudentielle de sécurité de responsabilité contractuelle³ ou extracontractuelle⁴, selon la situation de la victime. En conséquence, la jurisprudence classique des chaînes de contrats s'applique. Si la victime est tierce au contrat contenant une clause relative à la responsabilité, en dehors de toute chaîne de contrats translatifs de propriété, elle agira sur le fondement délictuel et ne pourra se voir opposer la clause litigieuse. En revanche, si le professionnel victime est lié au producteur, indirectement, par l'intermédiaire de contrats de vente, ou de contrats de vente et d'entreprise, il s'agit d'une action de nature contractuelle dans une chaîne de contrats translatifs de propriété. Le fabricant pourra par conséquent opposer les clauses prévues dans le contrat initial au professionnel victime, dernier maillon de la chaîne⁵. Ainsi, en plus du contractant, certains tiers peuvent se voir opposer la clause limitative ou exonératoire de responsabilité prévue par le producteur ; la frontière entre les victimes contractuelles et non contractuelles s'estompe.

¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 997 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, op. cit., n° 8455.

² Dans le même sens, F.-X. Testu, J.-H. Moitry, « La responsabilité du fait des produits défectueux. Commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *D. Aff.* 1998, suppl. au n° 125, p. 3, n° 46.

³ Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2007, pourvoi n° 05-17947, *Bull.* I n° 186, *RTD Civ.* 2007, p. 580, obs. P. Jourdain, *CCC* 2007, comm. 233, note L. Leveneur.

⁴ Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 08-18545, *Bull.* IV n° 99, *RTD Civ.* 2010 p. 790, obs. P. Jourdain, *CCC* 2010, comm. 198, note L. Leveneur.

⁵ Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 07-11744, *Bull.* IV n° 100.

De l'autre côté, la directive telle que transposée dans le Code civil prévoit que les clauses « stipulées entre professionnels » sont valables. Un lien contractuel entre le producteur et la victime est donc nécessaire pour que la clause prévue par le professionnel soit applicable à la victime. *Quid* alors du jeu de la clause, lorsqu'il n'existe pas de contrat conclu directement entre la victime et le producteur? Dans cette hypothèse, l'action engagée sur le fondement de la responsabilité du fait des produits défectueux prévue par la loi n'est pas de nature contractuelle. Par conséquent, la théorie des chaînes de contrats translatifs de propriété, fondée sur l'idée que les défenses se transmettent comme des accessoires de l'action contractuelle, ne peut être invoquée, même si la victime prend place dans une chaîne de contrats translatifs de propriété. Ainsi, aucun tiers, lié ou non par un intermédiaire, ne pourra se voir opposer les clauses relatives à la responsabilité. C'est là une grande différence avec la jurisprudence. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ont une portée moindre.

348. *Appréciation critique.* Il apparaît donc que la distinction entre les victimes contractantes et non contractantes réapparaît dans la loi française, pour les dommages aux biens, alors qu'elle avait été supprimée par la directive. Seules les victimes liées par un contrat avec le producteur pourront se voir opposer une clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

Cette exception de validité, prévue pour des professionnels, est opportune. Toutefois, elle est fortement nuancée par sa faible portée. Les clauses, valables uniquement pour les dommages causés aux biens professionnels, permettent aux producteurs professionnels d'accroître la prévisibilité contractuelle ; en refusant leur opposabilité à d'autres professionnels, tiers au contrat, les prévisions des producteurs sont sensiblement réduites. Néanmoins, l'inopposabilité des stipulations aménageant la responsabilité extracontractuelle du producteur aux tiers victimes ne saurait être remise en cause¹.

Malgré cette limite, il reste que le Code civil admet explicitement la validité de clauses qui atténuent une responsabilité extracontractuelle. Il nous faut maintenant identifier les raisons de cette validation.

¹ Cf. *infra*, n° 704.

2) Les justifications de la validité

349. La validité des clauses relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux entre professionnels trouve une double justification, à la fois au fond, dans la prise en compte de la nature des parties (a), et sur le plan technique, grâce à la marge de manœuvre laissée par la directive lors de sa transposition (b).

a) Justification au fond : l'absence de déséquilibre structurel entre les contractants

350. La validité limitée aux contrats conclus entre professionnels. Comme dans les droits spéciaux réglementant les conventions de responsabilité contractuelle, le législateur a pris en compte les relations entre les parties. Il permet la stipulation des clauses relatives à la responsabilité en cas de dommage matériel uniquement entre professionnels. Cela signifie que la protection octroyée par le texte n'est plus nécessaire, en raison de l'absence de déséquilibre structurel entre l'acheteur professionnel et le producteur de la chose.

Cette ouverture, conforme à la logique du texte et plus généralement au mouvement législatif de prise en compte de la relation qu'entretiennent les parties au contrat, est heureuse. Une clause limitative ou exonératoire de responsabilité proposée par le vendeur entraîne le plus souvent une diminution du prix. Éclairé, l'acheteur peut accepter la clause en toute connaissance de cause ; il aura sans doute conclu une assurance pour couvrir ce risque. De l'autre côté, le vendeur ou producteur maîtrise mieux ses coûts et risques.

Il est certain que c'est bien la prise en compte de la nature des parties qui a permis la validité des clauses de non-responsabilité. La différence de traitement de la question par la directive, qui ne s'intéresse qu'aux consommateurs, en fait la démonstration.

b) Justification technique : la marge de manœuvre lors de la transposition de la directive

351. La différence de champs d'application. La directive affirme la prohibition des conventions relatives à la responsabilité du producteur, sans aucune exception. Cette différence s'explique par l'extension du champ d'application de la loi française par rapport au texte européen, qui ne vise que les relations entre professionnels et consommateurs.

Lors de la transposition de la directive, la définition du dommage réparable a été modifiée par le législateur français. Alors que, dans une optique de protection des consommateurs¹, le texte européen limite le dommage réparable aux dommages corporels, et aux dommages subis par les choses utilisées par la victime dans le cadre de sa consommation privée², le droit français a étendu cette définition à tous les biens autre que le produit défectueux³, sans distinction. Ainsi, les biens utilisés dans le cadre professionnel peuvent faire l'objet d'une indemnisation sur le fondement des articles 1386-1 et suivants du Code civil (futurs articles 1245 et suivants).

Cette différence avec la directive, qui n'a pas été relevée par la CJUE lors de la condamnation de la France pour transposition incorrecte en 2002⁴, a été source d'interrogations. La loi française pouvait-elle ajouter un cas supplémentaire non prévu par la directive ? Les débats ont finalement été résolus par un arrêt de la CJUE du 4 juin 2009⁵, en réponse à une question préjudicielle posée par la Cour de cassation à l'occasion d'une affaire soumise au régime jurisprudentiel de la responsabilité du fait des produits, interprété à la lumière de la directive⁶. La Cour européenne a relevé que les biens à usage professionnel n'entraient pas dans le champ de la directive ; par conséquent, les droits nationaux pouvaient prévoir un régime de responsabilité identique à celui de la directive pour les intérêts non visés par la directive. Malgré les critiques⁷, cet arrêt présente le grand avantage de lever le doute sur la validité de l'alinéa 2 de l'article 1386-2 du Code civil : la Cour européenne légitime – implicitement – cette rédaction⁸. Il est alors surprenant de

¹ Cons. 1 et 12 Directive 25 juillet 1985.

² Art. 9 Directive 25 juillet 1985.

³ Art. 1386-2 Code civil (futur art. 1245-1).

⁴ J.-S. Borghetti, *La responsabilité du fait des produits*, préf. G. Viney, L.G.D.J., 2004, n° 554.

⁵ CJUE, 4 juin 2009, aff. C-285/08, *D.* 2009, p. 1731, note J.-S. Borghetti, *JCP G* 2009, 82, note P. Jourdain, *RDC* 2009, p. 1381, note G. Viney.

⁶ Cass., com., 24 juin 2008, pourvoi n° 07-11744, *Bull.* IV n° 128. La question était de savoir si « les articles 9 et 13 de la directive s'opposent à l'interprétation d'un droit national ou d'une jurisprudence interne établie telle qu'elle permette à la victime de demander réparation du dommage causé à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage, dès lors que cette victime rapporte seulement la preuve du dommage, du défaut du produit et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage ». L'affaire était soumise à la jurisprudence relative au défaut de sécurité car la chose en question avait été mise en circulation en 1994, soit quatre ans avant la transposition de la directive. Ce régime devait être interprété à la lumière de la directive européenne, par conséquent une question préjudicielle était nécessaire.

⁷ Cette décision a été critiquée (cf. J.-S. Borghetti et P. Jourdain, notes préc.), car elle permet l'application du régime jurisprudentiel de responsabilité fondé sur le défaut de sécurité, plus avantageux que le régime légal (il n'y a pas de franchise, et le délai pour agir est plus long), en dehors du champ de la directive. Le professionnel serait donc dans une position plus avantageuse que le consommateur : ce résultat serait pour le moins paradoxal. Néanmoins, la portée de la critique doit être nuancée. L'invocation de la jurisprudence construite sur l'obligation de sécurité depuis 1989 est douteuse pour les dommages aux biens professionnels lorsqu'ils ont été causés par le défaut d'une chose mise en circulation depuis l'entrée en vigueur de la loi du 19 mai 1998. En effet, ces biens entrent dans le champ d'application des articles 1386-1 et suivants du Code civil. Le droit applicable est donc le régime *légal*, et non plus la construction jurisprudentielle. En outre, cette jurisprudence invoque le même fondement que le régime légal, à savoir le défaut de sécurité. Or, l'interprétation de la directive par la Cour de Justice de l'Union Européenne retient que le régime légal de responsabilité du fait des produits défectueux est exclusif de toute autre action intentée sur le même fondement⁷. Ainsi, les cas dans lesquels seul le régime jurisprudentiel sera applicable, c'est-à-dire lorsque le bien cause du dommage a été mis en circulation avant 1998, seront de moins en moins fréquents au fil des années.

⁸ G. Viney, note préc., *RDC* 2009, p. 1381 ; J.-S. Borghetti, note. préc., *D.* 2009, p. 1730, spéc. n° 13.

constater que d'un côté, la directive écarte explicitement les biens à usage professionnel des dommages réparables, et que de l'autre, la CJUE valide l'introduction de la réparation de ces mêmes dommages dans la loi de transposition de la directive.

En réalité, les articles 1386-1 et suivants ont établi une sorte de double régime. Deux domaines, « connexes mais séparés »¹, sont réglementés. Le premier concerne les intérêts protégés par la directive, c'est-à-dire les intérêts des consommateurs, pour lesquels le régime applicable doit correspondre exactement au texte européen. Le second domaine recouvre les intérêts non visés par la directive, soit les intérêts professionnels, qui ne sont donc pas régis par le texte européen ; néanmoins, la Cour européenne accepte que les États leur réservent un régime identique à celui de la directive². Autrement dit, seuls les biens des consommateurs relèvent de la directive et appellent donc une transposition stricte de celle-ci. Au contraire, les biens professionnels ne relèvent pas de la directive ; les mêmes règles transposées peuvent néanmoins leur être appliquées, mais en cas d'écart avec la directive (par exemple, l'admission des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité portant sur la réparation de ces biens), l'État n'encourra pas de sanction de la CJUE. Ce régime à double vitesse peut étonner, mais il permet d'expliquer la solution la Cour européenne et de l'appliquer au droit codifié français³.

352. La conséquence : la validité des clauses relatives à la responsabilité seulement en droit français. L'exception admettant la validité des clauses relatives à la responsabilité couvre exactement l'extension du champ du dommage réparable par la loi française par rapport à la directive. Cette dernière étant concentrée sur les relations entre consommateurs et professionnels, il est logique que les clauses aient été interdites – quoiqu'une nuance aurait pu être introduite pour les dommages aux biens entre les clauses exonératoires et limitatives de responsabilité. À l'inverse, le droit français visant expressément les biens professionnels en plus des biens de consommation, il est heureux qu'il ait repercuté la spécificité de cette extension sur la question de la validité des clauses relatives à la responsabilité. En effet, la prohibition des atténuations de responsabilité prévue à l'article 12 de la directive ne s'étend pas au-delà de son champ de protection, limité aux biens de consommation. L'État français pouvait donc valablement prévoir une exception à

¹ J.-S. Borghetti, art. préc., *D.* 2009, p. 1730, n° 12.

² CJUE, 4 juin 2009, *op. cit.*

³ La solution rendue par la CJUE concernait un produit défectueux dont la mise en circulation était antérieure à l'entrée en vigueur de la loi française du 19 mai 1998, par conséquent les articles 1386-1 et suivants n'étaient pas applicables à l'espèce. Mais la généralité de la réponse de la Cour permet de la transposer à la loi française.

l'interdiction des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, pour la réparation des dommages causés aux biens professionnels.

3) Droit prospectif : la suppression de l'exception de validité

353. Restriction du champ de la responsabilité du fait des produits défectueux.

L'avant-projet de réforme du 29 avril 2016 envisage de réduire le champ du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux aux dommages corporels et aux dommages causés à un bien à usage non professionnel :

« Les dispositions de la présente section s'appliquent à la réparation des préjudices qui résultent d'un dommage corporel.

Elles s'appliquent également à la réparation du préjudice supérieur à un montant déterminé par décret, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même, à condition que ce bien soit d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés et ait été utilisé par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privés »¹.

Cette réduction du champ du régime permet d'atteindre une harmonisation totale avec la directive communautaire. Le choix entraîne une conséquence importante pour la stipulation des clauses atténuant la responsabilité du producteur.

354. Conséquence : suppression de l'exception de validité des clauses relatives à la responsabilité entre professionnels. L'ouverture du régime aux professionnels a permis à la loi française de prévoir une exception à la prohibition des clauses relatives à la responsabilité : entre eux, ils pouvaient stipuler leur exonération ou limitation de responsabilité relativement aux dommages corporels. Le champ restreint retenu par l'avant-projet entraîne très logiquement la disparition de cette possibilité. Dans la mesure où le producteur ne pourra plus voir sa responsabilité engagée par des professionnels à raison d'un dommage causé à leurs biens par le produit litigieux, il n'est plus question pour lui de prévoir une convention atténuant sa responsabilité. Tirant les conséquences de cette modification, l'article 1299-1 de l'avant-projet supprime logiquement l'exception de validité en vigueur à l'article 1386-15 actuel du Code civil.

Le droit de la responsabilité du fait des produits défectueux admet aujourd'hui les clauses relatives à la responsabilité du producteur, de nature extracontractuelle,

¹ Art. 1290 Avant-projet de réforme de la responsabilité civile 2016. Nous soulignons.

uniquement entre professionnels ou, autrement dit, lorsque responsable et victime potentiels sont sur un pied d'égalité. En droit des transports, l'approche est un peu différente : seul le principe de limitation de la responsabilité du transporteur à l'égard des tiers est admis, et non la stipulation de clauses limitatives de réparation.

B. Le seul principe de limitation de réparation adopté en droit des transports

355. Les limites de réparation applicables sans égard au fondement de la responsabilité du transporteur. Plusieurs conventions internationales réglementant le transport de marchandises ou de personnes estompent les frontières entre les deux ordres de responsabilité. Ces conventions précisent expressément que les limites de responsabilité prévues par les textes sont valables « que l'action soit fondée sur la responsabilité délictuelle ou contractuelle »¹. La solution a été reprise dans le droit interne, au sein du Code des transports². Ces textes valident donc l'idée selon laquelle le principe de réparation intégrale qui irrigue la responsabilité délictuelle peut connaître des entorses.

L'objectif poursuivi par les rédacteurs de ces stipulations est de protéger le transporteur contre une responsabilité trop lourde. La prévisibilité est le maître mot du droit des transports. En effet, la responsabilité extracontractuelle ne comporte pas de limite relative au dommage prévisible³ ; en outre, les plafonds prévus par les différents textes n'auraient qu'une portée restreinte s'ils ne pouvaient être opposés aux tiers victimes. Car il s'agit bien ici de tiers au contrat. Plusieurs textes en ce domaine permettent l'opposabilité des limites légales de réparation à des personnes qui n'ont pas contracté avec le transporteur. Cette hypothèse particulière explique que le déséquilibre structurel entre les parties ne soit pas la justification de la validation des limitations.

Deux types de situations peuvent être distingués. Tout d'abord, les tiers au contrat de transport ayant subi un préjudice du fait de la perte ou destruction de la marchandise, ou

¹ Art. 22 CMNI ; V. aussi art. 2 Convention Londres 1976 : « (...) les créances suivantes, quel que soit le fondement de la responsabilité, sont soumises à la limitation de la responsabilité ».

² Art. L. 5121-3 Code des transports : « Les personnes mentionnées à l'article L. 5121-2 peuvent limiter leur responsabilité envers des cocontractants ou des tiers, même s'il s'agit de l'État, si les dommages se sont produits à bord du navire ou s'ils sont en relation directe avec la navigation ou l'utilisation du navire » ; V. aussi, art. L. 5421-7 pour le transport maritime de passagers, art. L. 6421-4 et art. L. 6422-5 pour le transport aérien.

³ L. Guignard, « Transport et Sous-traitance », *J.-Cl. Transport*, Fasc. 614-20, n° 85 : « Pour éviter les ravages des règles du droit commun de la responsabilité extracontractuelle, celle-ci est alors soumise aux conditions et limites du régime spécial de responsabilité du transporteur ».

encore les ayant-droits d'une victime, agiront directement contre le transporteur sur le fondement de la responsabilité délictuelle¹. De même, les tiers qui subissent directement un dommage du fait du transporteur sont concernés, comme ce fut le cas dans l'affaire *Heidberg*² : un navire allemand, laissé en pilote automatique quelques minutes par le capitaine, le temps de descendre à la salle des machines (le navire était en sous-effectif de marins qualifiés pour des raisons d'économies sociales imposées par l'armateur), était rentré dans des appontements d'une compagnie pétrolière et les avait détruits ; les dégâts furent estimés à 60 millions de francs, soit près de 9 millions d'euros. Grâce à l'opposabilité des limites de réparation, la responsabilité du transporteur a été plafonnée à l'égard du tiers victime³. De nombreuses conventions ont ainsi opté pour l'opposabilité des limites légales de réparation aux tiers afin d'éviter la ruine des entreprises de transports⁴.

Ensuite, lorsque le transporteur fait appel à un sous-traitant, grande sera la tentation pour le donneur d'ordre d'agir directement contre le sous-traitant, sur le fondement délictuel, afin de s'affranchir des limitations de responsabilité du transporteur principal. Par conséquent, les textes prévoient l'extension du bénéfice des limitations aux préposés, tout en soulignant la nature extracontractuelle de la responsabilité engagée⁵.

356. L'admission du principe de limitation mais non des clauses limitatives de réparation. Seul le principe de limite de réparation est admis ici. En revanche, il n'est pas question de clauses limitatives de responsabilité⁶. En effet, en permettant l'opposabilité des plafonds légaux à des tiers au contrat, ces conventions internationales ne visent pas l'hypothèse d'une clause conclue à l'avance entre le transporteur ou le propriétaire du navire et un tiers. Au contraire, elles imposent ces limites aux tiers, qui pourtant n'ont pu bénéficier d'une contrepartie à cette limitation, comme cela aurait pu être le cas dans le cadre d'une convention limitative de responsabilité. Cette remarque concerne tout particulièrement le premier type de tiers identifié, et notamment les ayant-droits de

¹ *Ibid.*

² Trib. com. Bordeaux, 23 septembre 1993.

³ V. P. Bonassies, art. préc., *DMF* 1993, p. 95, et A. Vialard, art. préc., *DMF* 1993, p. 706.

⁴ Art. 24 Convention Varsovie 1929 : « Dans les cas prévus aux articles 18 et 19 toute action en responsabilité, à quelque titre que ce soit, ne peut être exercée que dans les conditions et limites prévues par la présente Convention » ; art. 4bis Convention Bruxelles 1924 modifiée par le Protocole 1968 : « I. – Les exonérations et limitations prévues par la présente Convention sont applicables à toute action contre le transporteur en réparation de pertes ou dommages à des marchandises faisant l'objet d'un contrat de transport, que l'action soit fondée sur la responsabilité contractuelle ou sur une responsabilité extra-contractuelle ». V. aussi art. 41 RU-CIM 2010.

⁵ Art. 28§2 CMR : « Lorsque la responsabilité extra-contractuelle pour perte, avarie ou retard d'une des personnes dont le transporteur répond aux termes de l'art. 3 est mise en cause, cette personne peut également se prévaloir des dispositions de la présente Convention qui excluent la responsabilité du transporteur ou qui déterminent ou limitent les indemnités dues » ; Art. 4bis 2. Convention Bruxelles 1924 modifiée par le Protocole 1968 ; Art. 4 Règles de Rotterdam 2009.

⁶ L'opposabilité des limites légales découle directement de la convention internationale qui, connue de tous, peut imposer ses règles.

victimes d'un accident de transport. En effet, en se voyant imposer des limites de responsabilité qu'ils n'ont pas acceptées, ils sont en quelque sorte doublement victimes. En revanche, les donneurs d'ordre, qui sont en relation d'affaires avec le transporteur et cherchent simplement à contourner le régime impératif dicté par la loi, suscitent moins de compassion. On comprend bien dans ce cas que la prévisibilité pour le transporteur soit préférée.

Finalement, ces différents textes, principalement de source internationale, gommant les différences entre responsabilités contractuelle et délictuelle, afin de valider la limitation de responsabilité, même sur le fondement délictuel. Le but est d'assurer la plus haute prévisibilité pour le transporteur et ainsi le prémunir contre les risques de faillite attachés à une trop lourde responsabilité. La limite de responsabilité, pierre angulaire du droit des transports, prévaut même au-delà du fondement de responsabilité. Il faut néanmoins souligner que c'est ici le seul principe de limitation qui est admis, et non la conclusion préalable de conventions atténuant la responsabilité du transporteur avec les victimes potentielles.

357. Synthèse. Finalement, si le droit des transports impose ses limites légalement fixés au tiers, le Code civil va plus loin en offrant un bel exemple de validation ponctuelle des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle. Il a été justement souligné que cette validité ne remettait pas nécessairement en cause le caractère d'ordre public qu'est censée revêtir la responsabilité délictuelle ; en effet, la loi peut déroger à un principe d'ordre public¹. Mais elle dément l'idée selon laquelle ces conventions sont intolérables car totalement contraires à la justice et à la morale. En outre, il faut souligner que cette validité est motivée par la situation des parties, qui sont sur un pied d'égalité. Ce même mouvement de prise en compte des relations entre les contractants apparaît également dans l'évolution du régime des clauses relatives à la réparation du dommage corporel.

§2. La primauté de la prévisibilité contractuelle : les clauses relatives au dommage corporel validées

358. La présence de limites de réparation en droit des transports. La doctrine majoritaire appelle à une condamnation des clauses limitatives ou exonératoires de

¹ J. Abras, thèse préc., n° 174 note de bas de page n° 704.

responsabilité relatives au dommage corporel. Toutefois, l'étude des droits spéciaux fait apparaître un mouvement inverse. S'il existe bien entendu des cas d'interdiction des clauses limitant la réparation du dommage corporel, comme pour la responsabilité du fait des produits défectueux, il est intéressant de remarquer qu'en droit des transports, de nombreuses conventions internationales optent au contraire pour une limitation de la responsabilité du transporteur.

Il faut dire que nombreuses sont les occasions de tenter d'engager la responsabilité du transporteur pour des dommages corporels. Qu'il s'agisse du voyageur qui glisse sur une peau de banane dans les couloirs du métro parisien¹ ou, à l'autre bout de l'échelle, de la disparition en plein vol de l'avion effectuant la liaison Rio-Paris², les accidents sont fréquents, avec autant de risques pour le transporteur de devoir indemniser les voyageurs.

Cette responsabilisation du transporteur est pourtant récente. Jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, bien loin des impératifs de sécurité d'aujourd'hui, le cas de la responsabilité du transporteur pour les dommages causés aux passagers n'était pas même envisagé³. Le passager était conscient des risques qu'il prenait en décidant d'entreprendre un voyage à bord d'un navire. Ce n'est que dans un second temps que le législateur a cherché à protéger le passager, en admettant la responsabilité du transporteur, et en prohibant les clauses d'irresponsabilité. L'objectif d'une meilleure sécurité s'est imposé comme indispensable dans notre société contemporaine ; il fallait cependant composer avec le risque de ruine des entreprises inhérent à la responsabilité illimitée. Un juste milieu a été trouvé grâce à l'utilisation de limites de réparation. Aujourd'hui, ces plafonds sont toujours très présents dans le droit des transports, domaine qui appelle à une prévisibilité contractuelle accrue, en raison du risque d'accidents pouvant entraîner de nombreuses victimes.

Par conséquent, la limite de réparation est retenue même en cas de décès ou de lésions corporelles (A). En revanche, les clauses de non-responsabilité ne participent pas d'un partage des risques, et demeurent par conséquent totalement prohibées (B).

¹ Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1968, *Bull. I.* n° 231 : le voyageur blessé avait agi contre la RATP ; toutefois la responsabilité de celle-ci n'a pas été retenue car l'obligation de sécurité n'était à l'époque qu'une obligation de moyens en dehors du transport, or l'obligation de balayage des couloirs avait été correctement exécutée, permettant l'exonération du transporteur.

² Survenu le 1^{er} juin 2009, cet accident a provoqué la mort des 228 personnes à bord.

³ M. de Juglart, traité préc., n° 242 ; J.-L. Halpérin, « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1994, p. 1176.

A. La validation des limites de réparation du dommage corporel en droit des transports

359. Les limites de responsabilité, loin d'être interdites, sont au contraire fréquentes dans le droit des transports (1). Cette présence est justifiée par la prévisibilité contractuelle, particulièrement importante dans ce domaine, qui révèle en réalité la protection de la victime (2). Toutefois, des signes d'essoufflement du mouvement semblent apparaître (3).

1) La présence fréquente de limites de responsabilité portant sur les dommages corporels

360. La présence de limites légales dans les conventions internationales. Les transports gommement les frontières, et appellent ainsi l'unification des droits. La principale source de règles est donc internationale. Or, force est de constater que dans la grande majorité¹ des conventions internationales relatives aux différents modes de transport, des limites de réparation sont prévues en cas de dommage corporel. Le principe même de limitation est donc parfaitement accepté. Il se rencontre aussi bien dans les transports routier², ferroviaire³, maritime⁴ qu'aérien⁵. Si toutes ces conventions ne sont pas applicables pour les transports effectués en France⁶, la plupart ont été transposées dans notre législation nationale⁷. Désormais, le droit maritime et le droit aérien (lorsque la Convention de Varsovie est applicable) comportent en droit français des limites de réparation du dommage corporel.

Néanmoins, quelques domaines en droit interne échappent à cette règle. Ainsi, la loi Badinter du 5 juillet 1985 pour le transport routier⁸, et le Règlement européen du

¹ Seule la Convention de Montréal du 28 mai 1999 concernant le transport aérien ne prévoit pas de limite de réparation pour les dommages corporels.

² Route : Art. 13.1 CVR du 1^{er} mars 1973.

³ Fer : art. 30 RU-CIV du 9 juin 1999.

⁴ Mer : art. 7 Convention Athènes 13 décembre 1974, art. 7 Convention Londres 19 novembre 1976.

⁵ Air : art. 23 Convention Varsovie du 12 octobre 1929.

⁶ Les règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs (RU-CIV, Appendice A à la Convention COTIF) sont applicables dans toute l'Union européenne depuis le règlement CE 1371/2007 du 23 octobre 2007. Néanmoins le règlement précise qu'elles doivent être appliquées « sans préjudice du droit national octroyant aux voyageurs une plus grande indemnisation pour les dommages subis » (art. 11). Or, en l'absence de texte spécial, le principe de la réparation intégrale s'applique en droit français, solution évidemment préférable pour le voyageur.

Par ailleurs, la Convention relative au Contrat de transport international de Voyageurs et de bagages par Route (CVR), signée le 1^{er} mars 1973 à Genève, n'a pas été ratifiée par la France. Elle n'a d'ailleurs pas rencontré le succès escompté et n'a été ratifiée que par quelques États.

⁷ Mer : art. L. 5421-5 Code des transports ; Air : art. L. 6421-3 Code des transports et art. L. 211-16 Code du tourisme.

⁸ L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile propose de codifier la loi du 5 juillet 1985 aux articles 1285 et suivants et d'en étendre le champ grâce à la suppression de l'exclusion initiale du transport ferroviaire.

23 octobre 2007 concernant le transport ferroviaire, directement applicable en France, ont opté pour la réparation intégrale.

361. *L'ouverture aux clauses limitatives de réparation favorables à la victime.* En outre, ces conventions internationales permettent aux contractants de prévoir des clauses favorables au voyageur, c'est-à-dire d'un montant supérieur à celui fixé par le texte. En pratique, les transporteurs n'utilisent pas cette possibilité¹, se contentant d'insérer dans leurs conditions générales de transport les limites légales de réparation. Mais la validité théorique des clauses relatives à la responsabilité est fort instructive. En effet, en prévoyant des limites légales de réparation et en admettant les clauses limitatives de responsabilité relatives aux dommages corporels, le droit des transports dément l'idée selon laquelle les clauses relatives à la réparation du préjudice corporel sont contraires à l'ordre public. Bien au contraire, la responsabilité du transporteur est souvent limitée, et ce pour des raisons de prévisibilité contractuelle et, en arrière-plan, de protection de la victime.

2) La protection incidente de la partie faible au contrat

362. *La primauté de la prévisibilité contractuelle.* Le domaine des transports comprend un risque d'accident important, qui trouve des échos dans sa réglementation. En effet, lorsqu'un navire sombre ou qu'un avion s'écrase, l'accident est impressionnant, notamment par le nombre de victimes qu'il peut causer. Si la responsabilité du transporteur est illimitée, son entreprise est menacée². Alors qu'en France, l'opinion publique rejette le principe de la limitation de responsabilité pour les dommages corporels, dans les conventions internationales, une autre voix, celle des transporteurs, s'est fait entendre. En permettant les limites de réparation, le droit des transports ouvre la voie au partage de risques avec la victime.

363. *En toile de fond, la protection de la victime.* Cette solution présente divers avantages pour toutes les parties, y compris la victime. Derrière la primauté de la prévisibilité se profile l'idée de protection de la partie faible. La limite de réparation permet aux transporteurs de prévoir à l'avance les sommes auxquelles ils pourraient être

¹ Ph. Delebecque, art. préc., in *Mélanges M. Jeantin, op. cit.*, n° 4.

² En 1952, Juglart met en balance les différents intérêts et aboutit à la conclusion que des limites de responsabilité sont nécessaires : les catastrophes aériennes sont très rares, mais une responsabilité illimitée entraînerait la ruine de la compagnie. En effet, une telle responsabilité ne pourrait être couverte par les polices d'assurance, pourtant indispensable à l'indemnisation des victimes. Des limitations de responsabilité permettraient d'équilibrer ces différents intérêts en

exposés. Ils peuvent ainsi bénéficier d'une assurance sans avoir à payer des primes exorbitantes. Car le coût de la responsabilité illimitée est souvent négligé. Elle entraîne une hausse des primes d'assurance afin que la police d'assurance couvre la potentielle indemnisation totale, hausse qui se répercute sur le prix des billets de transport, et donc sur le consommateur, éternel maillon faible de la chaîne. Enfin, la limite de responsabilité permet de trouver un compromis entre la protection de la victime et la viabilité des entreprises de transport¹.

Par ailleurs, dans les textes, cette idée de protection de la partie faible au contrat se révèle par la faible liberté contractuelle offerte au transporteur. En effet, le législateur a pris en compte la nature du contrat de transport de voyageurs, qui est dans la grande majorité des cas un contrat d'adhésion. Afin d'éviter les risques d'abus, et les traitements différenciés entre les victimes, les conventions internationales fixent à l'avance les plafonds de réparation. Toutefois, une petite marge de manœuvre est laissée aux transporteurs, en leur permettant de déroger aux plafonds légaux à la hausse, en faveur du voyageur. Les clauses limitatives de réparation sont donc valables lorsqu'elles sont supérieures au seuil fixé par le texte international. Ainsi, même en présence de limites de réparation en cas de préjudice corporel, l'idée de protection de la victime, partie faible au contrat qui plus est, n'a pas disparu.

La validité des clauses limitatives de réparation est donc admise, dans certains droits spéciaux, et à certaines conditions. Toutefois, ce mouvement validation semble s'essouffler.

3) L'essoufflement du mouvement ?

364. *La convention de Montréal 1999, ou la fin des limites légales de réparation du préjudice corporel ?* Contrairement aux autres grandes conventions régissant les différents modes de transports, la Convention de Montréal supprime tout plafond de responsabilité pour les dommages corporels, et interdit de prévoir une clause qui fixerait une limite de responsabilité. Certes, le texte prévoit un chiffre limite de 113 100 DTS par passager, mais celui-ci ne doit pas être confondu avec un plafond de responsabilité. Il s'agit en réalité d'une sorte de seuil, qui, une fois franchi, change la présomption qui pèse sur le

présence. M. de Juglart, traité préc., spéc. n° 241.

¹ M. de Juglart, traité préc., n° 242, p. 285 ; D. Mazeaud, « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1201, n° 28.

transporteur. En effet, d'abord responsable de plein droit, le transporteur peut se libérer pour la part du dommage supérieur à ce montant par la preuve de son absence de faute¹. Mais s'il est reconnu responsable, il ne peut limiter sa responsabilité.

Ainsi, aucune clause relative à la responsabilité ne peut désormais être insérée dans les contrats de transports aériens de personnes, qu'elle soit ajoutée par le transporteur ou imposée par un texte. La réparation intégrale des dommages corporels est ici préférée. Comme la Convention de Montréal est récente, on peut se demander si la tendance à la validation des limites de réparation du dommage corporel n'est pas en train de s'essouffler. En effet, tout particulièrement dans le domaine aérien, le transport est passé d'un évènement exceptionnel à un fait ordinaire. Le passager, qui a d'abord été considéré comme acceptant les risques de l'aventure, est devenu consommateur. Ainsi le droit aérien, d'abord très favorable au transporteur, a « basculé dans une logique de protection »². Or, lorsque la protection de la partie faible au contrat devient l'unique objectif d'une législation, elle balaye toute idée de prévisibilité contractuelle.

365. L'absence de généralisation de la réparation illimitée. Toutefois, une autre donnée vient nuancer ce constat. En 2009, le droit européen a généralisé l'application de la Convention d'Athènes relative au transport maritime de personnes à toute l'Union Européenne³. Or, ce texte contient des limites de réparation applicables au dommage corporel. Le récent naufrage d'un paquebot de croisière sur lequel voyageaient plus de quatre mille personnes a d'ailleurs rappelé la nécessité d'une limite de responsabilité pour la survie de l'entreprise de transport⁴. Par conséquent, il semble que la limite de réparation des dommages corporels ne soit pas près de disparaître totalement du droit des transports.

366. Mise en garde : la faille du système. En pratique, les limites prévues par les conventions internationales sont assez basses⁵. Or, si le principe de limitation de

¹ Art. 21 Convention de Montréal.

² Ph. Delebecque, « L'évolution du transport de passagers », in *Mélanges G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 307, spéc. p. 311.

³ Règlement CE n° 392/2009 du 23 avril 2009. L'harmonisation revêt un intérêt pratique indéniable, notamment en cas de naufrage lors d'une croisière. En effet, la loi applicable n'est pas toujours évidente à déterminer ; une même convention applicable à tous les passagers facilite grandement l'accès à l'indemnisation. C. Legros, « À propos de l'affaire du Costa Concordia : les méandres des sources applicables à la responsabilité civile contractuelle du transporteur de passagers par voie maritime », *RCDIP* 2013, p. 395.

⁴ Naufrage du Costa Concordia le 13 janvier 2012. Bien que l'accident n'ait entraîné la mort « que » de 32 passagers, le nombre de personnes transportées laisse entrevoir le montant abyssal des dommages-intérêts dus si le naufrage avait eu lieu en haute mer et que l'entreprise n'avait pas bénéficié d'une limite de responsabilité.

⁵ Mer : l'article 7 de la Convention d'Athènes 1974 modifiée par le Protocole 1^{er} novembre 2002 fixe la limite à 400 000 DTS par passager victime et par évènement. Le protocole du 2 mai 1996 de la Convention Londres 1976, entré en vigueur en France le 22 septembre 2007, a élevé sensiblement les seuils prévus à l'article 7 de la Convention. Pour le transport de personnes, la convention prévoit un plafond global, qui se calcule désormais en multipliant 175 000 DTS par le nombre de passagers que le navire est autorisé à transporter. En outre, le plafond absolu de 25 millions de DTS a été

responsabilité en tant que tel est louable, il devient nettement moins recevable lorsque la réparation se rapproche d'un montant dérisoire. La complexité de la procédure pour modifier une convention internationale rend les révisions des plafonds compliquées. Pourtant, elles sont indispensables, au moins au regard de l'érosion monétaire¹. Sans un soin attentif porté à ces limitations, par des révisions régulières, tout le système risque de périlcliter. En effet, la limite de réparation ne saurait se transformer en exonération de responsabilité. Prohibées par toutes les conventions internationales, elles sont inacceptables.

Un moyen efficace pour lutter contre l'inflation pourrait constituer dans l'abandon des limites chiffrées, qui seraient remplacées par un montant calculé en fonction du prix du transport. Cette solution, inspirée des limites prévues pour le dépôt hôtelier, existe déjà pour la réparation du dommage causé par le retard dans la plupart des conventions internationales. Elle pourrait donc être étendue au transport de passagers, en prévoyant une limite qui pourrait être fixée au prix du transport multiplié un certain nombre de fois. Par exemple, le dommage corporel pourrait être réparé à hauteur de dix mille fois le prix du transport. Néanmoins, cette solution présenterait l'inconvénient de placer les passagers dans des situations différentes, à raison du prix versé au moment de l'achat du titre de transport. Or le prix d'un voyage peut être extrêmement variable, d'une minute à l'autre et d'un site internet à l'autre. Les voisins d'un même aéronef peuvent avoir payé des sommes très différentes. Par conséquent, bien que cette solution soit à l'abri des variations monétaires, permettant ainsi une meilleure indemnisation des victimes, elle ne peut cependant pas être retenue en raison de la complexité de sa mise en œuvre et de l'injustice qu'elle entraînerait entre les passagers. Il faut donc espérer que les limites chiffrées seront régulièrement révisées afin d'offrir constamment une indemnisation substantielle aux victimes.

Ainsi, les limites de réparation du dommage corporel sont validées dans certains droits spéciaux. Toutefois, cette validité ne saurait être étendue aux clauses exonératoires de responsabilité.

supprimé.

Air : l'article 22 de la Convention de Varsovie 1929 (encore applicable, notamment au transport gratuit) fixe la limite à 125 000 francs or (équivalaient à 46 000 francs (en 1976), soit 7 010 euros).

¹ A. Vialard, art. préc., *DMF* 2009, p. 21, spéc. n° 6 et 10.

B. Les limites à la validation : l'interdiction des clauses exonératoires de responsabilité

367. La prohibition des clauses de non-responsabilité dans le droit des transports. La validation des clauses relatives à la réparation du dommage corporel ne s'étend pas aux clauses exonératoires de responsabilité. Le partage des risques est acceptable, non leur déplacement total sur la tête de la victime. Que le transporteur puisse limiter sa responsabilité afin de prévoir les indemnisations qu'il aura à verser le cas échéant, et ainsi protéger son entreprise, est compréhensible. Qu'il impose son immunité au passager victime n'est en revanche pas recevable. Par conséquent, toutes les conventions internationales interdisent aux transporteurs de supprimer la responsabilité prévue par le texte, ou même seulement de la modifier au détriment du voyageur¹. Les limites posées par les textes fixent le seuil en dessous duquel la réparation serait insuffisante, voire dérisoire, et se rapprocherait d'une clause de non-responsabilité. Or l'absence totale de réparation d'un dommage corporel ne doit pas être acceptée. Si le principe de respect de l'intégrité du corps humain n'exige pas la réparation *intégrale* du préjudice corporel, il impose néanmoins le versement de dommages-intérêts, même d'un montant limité.

368. Un mouvement d'interdiction généralisé. Au-delà du droit des transports, l'interdiction des clauses de non-responsabilité en cas de dommage corporel se retrouve dans d'autres domaines, comme la responsabilité du fait des produits défectueux, ou encore la lutte contre les clauses abusives dans le droit de la consommation.

Certains auteurs relèvent judicieusement que ces prohibitions légales confirment implicitement un principe de validité des clauses relatives à la réparation du préjudice corporel². En effet, si ces stipulations étaient en principe nulles, il ne serait pas nécessaire de préciser de telles interdictions dans les textes. Toutefois, on pourrait simplement répondre que les prohibitions légales ne seraient que l'affirmation ponctuelle d'un principe général de prohibition. Par conséquent cet argument manque de force pour permettre d'affirmer l'existence d'un véritable principe de validité.

En tout état de cause, les clauses exonératoires de responsabilité sont unanimement prohibées lorsqu'elles suppriment la réparation du dommage corporel.

¹ Art. 5 RU-CIV 9 juin 1999 ; art. 26 Convention Montréal 28 mai 1999 ; art. 23 Convention Varsovie 12 octobre 1929 ; art. 18 Convention Athènes 13 décembre 1974.

² J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 241.

369. Conclusion du paragraphe. En conclusion, les clauses exonératoires de responsabilité relatives au dommage corporel sont interdites dans les droits spéciaux, ce qui renforce les arguments théoriques avancés pour justifier la nullité de ces clauses. En revanche, la limite de réparation du préjudice corporel apparaît admissible en tant que telle dans le droit des transports afin d'équilibrer les divers intérêts en présence. Quant à la nature conventionnelle des clauses, elle est autorisée dans une moindre mesure, afin de protéger le contractant faible. On retrouve donc l'idée de prise en compte d'un déséquilibre entre les parties contractantes pour invalider les clauses prévues au détriment de la partie faible.

370. Conclusion de la section. L'étude des différents droits spéciaux qui traitent en particulier des clauses relatives à la responsabilité délictuelle ou au dommage corporel fait apparaître que leur nullité supposée est loin d'être absolue, et peut au contraire laisser place à une validité dans certains cas, en tenant compte, en arrière-plan, de la situation des parties. Ce mouvement est corroboré par la jurisprudence.

SECTION 2 : LA VALIDATION DISCRÈTE EN JURISPRUDENCE

371. La jurisprudence a un rôle beaucoup plus discret dans la percée de la validation des clauses supposées contraires à l'ordre public. Les arrêts sont souvent sujets à discussion quant à leur véritable portée. Surtout, ils sont peu nombreux. Néanmoins, le mouvement va clairement dans le sens d'une validation de ces clauses. Il nous faut donc étudier dans un premier temps l'attitude de la jurisprudence vis-à-vis des clauses relatives à la responsabilité délictuelle (§1), puis dans un second temps les décisions concernant les clauses relatives à la réparation du dommage corporel (§2).

§1. La validation en question des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle

372. Deux jurisprudences sont habituellement citées comme validant les clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle. Toutefois, leur portée a été mise en doute,

certain auteurs ne voyant pas dans ces hypothèses de véritables clauses exonératoires de responsabilité. Il nous faut donc étudier successivement ces décisions pour en apprécier la valeur. L'une a trait au pacage commun (A), et l'autre à la clause minière (B).

A. La mise au pacage commun

373. L'apparence d'une exonération de la responsabilité fondée sur l'article 1385 du Code civil (futur article 1243). Le pacage commun est une pratique qui consiste, pour des propriétaires, à laisser leurs animaux sur une même parcelle, sans surveillance, et à s'affranchir de leur responsabilité objective découlant de l'article 1385 du Code civil (futur article 1243)¹. La mise en pacage commun ne leur permet cependant pas de s'exonérer de leur responsabilité pour faute, faute qui consisterait par exemple à laisser un animal particulièrement excité et par conséquent dangereux pour les autres bêtes mises en pacage avec lui².

À première vue, il s'agit bien d'une exonération de responsabilité délictuelle objective. Cette jurisprudence a ainsi été citée comme exemple de validation des clauses dans ce domaine³. Cependant, il est permis de douter de cette conclusion.

374. La véritable qualification : l'acceptation des risques. Dans cette hypothèse, l'exonération de responsabilité ne découle pas d'une convention conclue avec les autres propriétaires, qui serait expresse et acceptée de tous. Au contraire, elle se déduit du simple fait de la mise en pacage commun, c'est-à-dire d'une attitude individuelle⁴. Par conséquent, cette exonération n'est pas le fruit d'une clause de non-responsabilité. Elle s'analyse plutôt en une acceptation des risques par les propriétaires⁵. En effet, l'acceptation des risques diffère de la convention d'irresponsabilité en ce qu'elle n'est qu'une « conséquence d'un comportement adopté en connaissance de cause », qui a pour effet d'exposer l'agent à « des risques dont la réalisation ne dépend pas de l'attitude fautive d'autrui »¹. Un indice relevé dans l'arrêt de 1931 confirme cette idée. La Cour de cassation relève que le propriétaire de la jument à l'origine du dommage avait « rompu l'égalité des

¹ Cass. Civ. 2 juillet 1851, S. 1851 I p. 447 ; Req. 16 novembre 1931, GP 1932 I 45, DH 1931, p. 555.

² Cass. Req. 16 novembre 1931, *op. cit.*

³ B. Starck, art. préc., D. 1974, chr. p. 157, n° 22 ; GAJCiv., T. II, comm. 185, n° 3 ; A. Anziani, L. Béteille, *Rapport d'information relatif à la responsabilité civile*, déposé au Sénat le 15 juillet 2009, p. 75.

⁴ J. Carbonnier, *Droit civil Les obligations*, T. 4, Thémis, 22^e éd. refondue, 2000, n° 234.

⁵ J. Honorat, *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, préf. J. Flour, L.G.D.J., 1969, n° 151. V. aussi n°s 169 et s. pour la distinction entre convention exonératoire de responsabilité et acceptation des risques.

risques qu'ont en vue les propriétaires qui abandonnent leurs animaux dans un pacage commun et qui *s'affranchissent par là* de la responsabilité édictée par l'article 1385 »². Les propriétaires connaissent les risques qu'encourent leurs bêtes lors de la mise en pacage commun, et les acceptent. Le terme « par là » utilisé par les hauts magistrats exprime bien la relation de cause à effet qui s'ensuit. Cette acceptation des risques supprime leur responsabilité³. Un auteur souligne ainsi la différence avec une clause exonératoire de responsabilité : la volonté des propriétaires ne permet pas d'évincer le texte, mais réside dans la participation à une situation risquée qui a pour conséquence de les soustraire à leur responsabilité en cas de réalisation de ces risques⁴.

Il faut noter qu'aujourd'hui, la théorie de l'acceptation des risques a été abandonnée par la jurisprudence récente en matière sportive⁵. L'attendu de principe ne se limite cependant pas au domaine sportif :

« Attendu que la victime d'un dommage causé par une chose peut invoquer la responsabilité résultant de l'article 1384, alinéa 1^{er}, du Code civil, à l'encontre du gardien de la chose, instrument du dommage, sans que puisse lui être opposée son acceptation des risques ».

L'abandon de la théorie concerne donc plus généralement toute responsabilité du fait des choses, engagée sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil (futur article 1242 alinéa 1^{er}). Toutefois, si large soit-il, le champ de cette jurisprudence nouvelle ne couvre pas la responsabilité du fait des animaux prévue à l'article 1385 du Code civil (futur article 1243). L'analyse précédemment menée conserve donc sa pertinence.

En conclusion, l'hypothèse de l'éviction de la responsabilité objective fondée sur l'article 1385 du Code civil (futur article 1243) lors de la mise au pacage commun ne permet pas de soutenir la thèse de la validation jurisprudentielle des clauses de non-responsabilité en matière délictuelle. Il en va autrement de la clause minière.

¹ Ch. Larroumet, note sous Cass. civ. 2^e 13 novembre 1981, *D.* 1982 IR p. 360.

² Nous soulignons.

³ J. Abras, thèse préc., n° 62.

⁴ *Ibid.*

⁵ Cass. civ. 2^e, 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-65947, *Bull.* II n° 176, *D.* 2011, p. 690, chr. J. Mouly, *JCP G* 2011, p. 715, obs. C. Bloch, *RCA* 2011, étude n° 4, note S. Hocquet-Berg ; *adde* A. Cappello, « La violation des règles régissant une activité sportive ou professionnelle », *RTD civ.* 2013, p. 777, spéc. p. 788 et s.. Cette solution a été confirmée : civ. 2^e, 12 avril 2012, pourvois n°s 10-20831 et 10-21094, *RCA* 2012, comm. 195, obs. H. Groutel ; civ. 2^e, 21 mai 2015, pourvoi n° 14-14812, à paraître.

B. La clause minière

375. L'apparente qualification de clause exonératoire de responsabilité. Lors de l'exploitation d'une mine, des dommages peuvent être causés à la surface. Le concessionnaire de la mine a été reconnu responsable par la jurisprudence, même lorsque l'exploitation de la mine est sage et régulière¹. Par conséquent, afin de se libérer de cette potentielle charge supplémentaire, les exploitants ont prévu de s'exonérer de cette responsabilité par le biais d'une « clause minière », le plus souvent insérée lors de la vente du terrain². Par le passé, la jurisprudence a validé ces conventions, à condition qu'elles n'exonèrent pas le concessionnaire d'une exploitation fautive de la mine :

« la clause litigieuse n'a eu nullement pour but, et ne saurait avoir pour effet d'affranchir Schneider de l'obligation de réparer les dommages qui seraient causés par une faute imputable à lui ou à ses agents ; d'où il suit que ni la clause dont il s'agit, ni l'interprétation qui lui a été donnée par l'arrêt attaqué, ne sont contraires à l'ordre public qui ne permet pas de stipuler la non-responsabilité de sa propre faute »³.

Par conséquent, seule la responsabilité sans faute de l'exploitant pouvait être visée par la clause. Il semble donc que ces conventions permettaient bien d'exonérer le concessionnaire de sa responsabilité délictuelle sans faute. Et une telle clause n'était, selon la jurisprudence, pas contraire à l'ordre public.

Une donnée législative confirme cette première analyse de la clause. En 1994, le législateur condamne finalement ces stipulations. Or la rédaction employée par la loi est fort instructive : « toute clause *exonérant l'exploitant de la responsabilité* des dommages liés à son activité minière est frappée de nullité d'ordre public »⁴. La loi précise bien que l'interdiction porte sur la clause exonérant l'exploitant de sa responsabilité. La nature de cette clause ne semble pouvoir être remise en cause. Il s'agit bien d'une clause exonératoire de responsabilité portant sur la responsabilité délictuelle. Pourtant, une partie de la doctrine a mis en doute cette analyse.

376. La qualification de servitude proposée... Selon certains auteurs, la clause minière ne serait pas de nature à exonérer une responsabilité objective, mais plutôt à faire supporter une charge réelle au propriétaire de la surface⁵. Le raisonnement se développe en deux

¹ Cass. civ. 4 janvier 1841, *D.* 1841, I, p. 66, *S.* 1841, I, p. 325.

² J. Personnaz, note sous Cass. civ. 3^e, 23 avril 1970, *JCP G* 1970, II, 16522.

³ Cass. civ., 18 juin 1879, *D.* 1879, I, p. 339.

⁴ Art. L. 155-4 Code minier. Nous soulignons.

⁵ D. Mazeaud, art. préc., in *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, *op. cit.*, p. 155, n° 14 ; J. Abras, thèse préc., n°s 64 et s. ; Ph. Casson, « Dommages et intérêts », *Rép. civ.*, n° 114 ; Ph. Delebecque, *op. cit.*, *J.-Cl. Civil*, art. 1146 à 1155, fasc. n° 21, n° 19.

étapes. L'exploitation du sous-sol ne saurait causer de dommage à la propriété située au-dessus ; sinon, ces dommages doivent être réparés. En renonçant à la réparation des dégâts causés par l'exploitation de la mine, le propriétaire de la surface limite son propre droit de propriété et consent un droit réel au profit de l'exploitant, qui pourrait s'apparenter à une servitude¹. La Cour de cassation a statué en ce sens, en affirmant que :

« la convention par laquelle l'acquéreur de la superficie s'est engagé envers son vendeur, concessionnaire d'une mine, à ne réclamer aucune indemnité pour les dommages que pourra causer, à la surface, l'exploitation de la mine, constitue une restriction de son droit de propriété au profit de l'exploitant »².

Cependant, cet argument n'est pas décisif³.

377. ...mais rejetée. Pour rejeter la qualification de servitude, un raisonnement parallèle peut être mené avec la théorie des troubles anormaux du voisinage. Celle-ci montre que l'exercice du droit de propriété peut être la source d'une responsabilité délictuelle⁴. Or, les troubles anormaux du voisinage constituent également une restriction du droit de propriété⁵. Dans le même sens, l'exploitation minière, qui constitue un exercice du droit de propriété du sous-sol, peut entraîner des préjudices, qui seront réparés sur le fondement extracontractuel.

Par conséquent, à la suite de nombreux auteurs⁶, nous pouvons conclure que la jurisprudence ancienne sur la clause minière est bien une illustration de validation d'une clause exonératoire de responsabilité objective extracontractuelle.

378. Conclusion : la validation de clauses atténuant la responsabilité objective. Finalement, les validations jurisprudentielles des clauses supprimant la responsabilité

¹ J. Personnaz, note préc., *JCP G* 1970, II, 16522 ; V. aussi F. Rouvière, « Servitudes du fait de l'homme », *J.-Cl. Civil*, art. 686 à 689, n° 32 et 36, qui utilise le terme de « servitude d'irresponsabilité ». La clause offrirait un « droit d'endommager » le fonds servant. Par conséquent, aucune réparation ne peut être demandée par le propriétaire du fonds servant qui a abdiqué une partie de ses prérogatives ; la servitude aurait donc pour effet d'exonérer le propriétaire du fonds dominant de sa responsabilité. Toutefois, le droit d'endommager est très limité car dès qu'une faute est reconnue à l'encontre du propriétaire du fonds dominant, sa responsabilité sera recherchée. En outre, la clause minière vise l'exploitation de la mine ; il semble donc qu'un fait personnel, non fautif, sera souvent à l'origine du dommage. Cette donnée, selon F. Rouvière, dresse un obstacle à la qualification de servitude, qui est un droit réel et non personnel. Par conséquent, la clause qui supprime la responsabilité de l'exploitant minier est bien relative à un droit personnel et non une servitude.

² Cass. civ. 3^e, 23 avril 1970, pourvoi n° 69-10120, *Bull.* III n° 269.

³ Comp. J. Abras, thèse préc., n° 66.

⁴ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, 5^e éd., 2013, nos 1070 et s. La théorie des troubles anormaux du voisinage a aujourd'hui dépassé le droit de propriété, et la responsabilité civile textuelle. En effet, elle peut être invoquée à l'encontre d'un locataire, et sert de fondement autonome : « vu le principe selon lequel nul ne doit causer à autrui un trouble anormal du voisinage » V. par ex. Cass. civ. 3^e, 18 juin 2013, pourvoi n° 12-10249.

⁵ Cass. civ. 2^e, 23 octobre 2003, pourvoi n° 02-16303, *Bull.* II n° 318, *RDI* 2004, 276, note critique J.-L. Bergel.

⁶ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2570, note 7 ; *GAJCiv.*, T. II, comm. 185, n° 3 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 8622. V. aussi tous les auteurs cités par J. Abras, thèse préc., note 196 p. 62.

délictuelle sont peu nombreuses et leur nature est parfois remise en cause. Il faut toutefois souligner une donnée importante. Les arrêts rendus portent toujours sur des clauses supprimant la responsabilité objective du responsable, et précisent bien qu'elles ne sauraient couvrir sa faute. La jurisprudence est donc plus encline à valider les stipulations portant sur la responsabilité sans faute.

Elle admet également, lorsqu'elle y est confrontée, la validité des clauses limitant la réparation du dommage corporel.

§2. La validation ponctuelle des clauses couvrant le dommage corporel

379. La Cour de cassation n'a eu que rarement à se prononcer sur la question des conventions aménageant la réparation du préjudice corporel. Or, force est de constater que lorsque l'occasion s'est présentée, les hauts magistrats ont affirmé la validité du principe même de limitation (A), mais aussi, plus directement, la validité des clauses atténuant la réparation du dommage corporel (B).

A. La validation indirecte du principe de limitation par la Cour de cassation

380. *L'absence de contrariété au principe de respect de l'intégrité humaine.* En 2004, la Cour de cassation a été saisie d'une question de conformité des plafonds de réparation prévus dans la Convention de Varsovie relative au transport aérien, avec les articles 2 et 14 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Les faits de l'espèce étaient les suivants : un homme était monté à bord d'un avion pour une simple promenade. Mais au cours de celle-ci, l'avion s'était écrasé au sol, blessant grièvement son passager. L'aéroclub a été assigné en justice pour réparer le préjudice subi. Acceptant cette demande, les juges du fond ont toutefois limité la réparation du dommage corporel au seuil prévu par la Convention de Varsovie, qui régissait le transport aérien à cette époque. Les demandeurs au pourvoi ont alors tenté d'invoquer la Convention Européenne des Droits de l'Homme pour faire annuler le plafond, considéré comme contraire à l'intégrité humaine. La haute juridiction répond nettement à cet argument :

« contrairement à ce qu'énonce le deuxième grief, le principe de réparation intégrale est étranger au respect de l'intégrité de la personne humaine garanti par les articles 2 et 14 de la Convention européenne des droits de l'homme »¹.

La Cour distingue ici la protection de l'intégrité de la personne, qui s'entend comme le respect de la vie humaine, et les plafonds de réparation, qui n'y portent pas atteinte. Peut-être ont-ils pour effet de sous-évaluer la vie humaine², mais non d'y manquer de respect. Ils sont, dès lors, valables en principe.

Il faut ajouter que l'argument de l'intégrité humaine paraît de toute façon insuffisant pour consacrer la nullité des clauses aménageant la réparation du dommage corporel : si la société accepte des sports tels que la boxe ou le rugby³, elle ne peut invoquer ensuite le caractère précieux de l'intégrité de la personne humaine pour invalider l'atténuation conventionnelle de responsabilité⁴. Enfin, il faut rappeler qu'une clause limitative ou exonératoire de réparation n'a pas pour objet d'autoriser une atteinte au corps : elle est invalidée en cas de faute lourde ou dolosive¹.

381. Une solution applicable aux seules clauses limitatives de réparation. Toutefois, si cette décision de la Cour de cassation confirme indirectement la validité des clauses limitatives de réparation relatives aux dommages corporels, la solution n'emporte pas la validation des clauses exonératoires de responsabilité. En n'offrant aucune réparation à la victime, elles peuvent se traduire par une atteinte indirecte à l'intégrité de la personne humaine. En effet, il ne s'agit plus de savoir si l'indemnisation est intégrale ou seulement partielle ; dans le cas d'une clause évasive de réparation, aucune indemnité ne sera versée à la victime.

Dans le même ordre d'idées, les clauses de non-obligation dans ce domaine, qui ne doivent pas être confondues avec les clauses limitatives de responsabilité, auraient pour objet de supprimer l'obligation de sécurité, et ainsi toute réparation en cas de dommage corporel. Pour cette raison, de telles clauses ne sont pas non plus validées par la jurisprudence précitée.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, pourvois n^{os} 01-14259 et 01-14931, *op. cit.*. Nous soulignons. Cet arrêt statue sur le principe de la limitation de responsabilité contenu dans la Convention de Varsovie de 1929, relative aux transports aériens. Reprenant les arguments du pourvoi, la Cour de cassation retient la validité de la limitation vis-à-vis de la Convention Européenne des Droits de l'Homme, et non des articles 16 et suivants du Code civil, qui n'avaient pas été invoqués.

² G. Légier, note préc., *JCP G* 2005, II, 10030, spéc. n^o 12.

³ P. Esmein, art. préc., in *Mélanges R. Savatier*, *op. cit.*, spéc. p. 276.

⁴ On peut répondre à cet argument que dans ces situations, les protagonistes sont considérés comme ayant accepté les risques à l'avance ; ce qui n'est pas le cas du passager qui subit un dommage corporel lors du transport, sans s'y être particulièrement préparé. Toutefois, si de tels sports sont autorisés, et même plébiscités par le public, alors cela prouve que l'intégrité physique n'est pas « intouchable » aux yeux de la société.

Si l'arrêt de 2004 permet de déduire une validation de principe des clauses limitatives de réparation relatives aux dommages corporels, la Cour de cassation a également expressément admis le jeu de ces stipulations dans deux décisions successives.

B. La validation des clauses relatives à la responsabilité par la jurisprudence

382. En pratique, la jurisprudence n'a que très rarement tranché un conflit sur des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité relatives à un préjudice corporel. Hormis les plafonds légaux de réparation, les occurrences de telles clauses sont exceptionnelles, notamment en droit des transports en raison de leur impopularité².

Malgré tout, les clauses relatives au dommage corporel ont fait l'objet de quelques arrêts de la Cour de cassation. En plus de la décision relative aux plafonds de réparation de la Convention de Varsovie, qui ne traite de la question qu'indirectement, on recense deux décisions ayant trait à la validité des clauses atténuant la réparation d'un dommage corporel. Or, force est de constater que toutes deux ont retenu la validité de la clause relative au dommage corporel (1). Cette maigre récolte s'explique en réalité par l'existence d'autres moyens pour écarter les clauses qui empêche la jurisprudence de se prononcer directement sur leur validité (2).

1) La validation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité par la Cour de cassation

383. Des validations timides. Tout d'abord, la Cour de cassation a validé une clause limitative de réparation, mais l'arrêt n'est pas convaincant : la Cour de cassation a rejeté le moyen fondé sur l'invalidité de la clause en raison de sa contrariété au caractère d'ordre public de l'intégrité du corps humain, au motif que le moyen était entaché d'une erreur de procédure, le moyen étant nouveau, donc mélangé des faits et de droit³.

Quelques années plus tard, la première chambre civile a eu à nouveau à se prononcer sur la question. En descendant de son bateau dans l'obscurité, le participant

¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2529.

² R. Rodière, *Droit des transports*, op. cit., n° 663, B. Mercadal, *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, coll. Précis, 1996, n° 669 ; G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 195.

³ Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1970, pourvoi n° 67-12789, *Bull.* I n° 190, *D.* 1971, p. 373, note P. Chauveau.

d'une régates s'était cassé la jambe en tombant « entre la panne du débarcadère et le ponton mobile qui la prolongeait ». Les organisateurs refusaient de l'indemniser en invoquant une clause de non-responsabilité présente dans le règlement. La Cour de cassation confirme l'application de cette clause exonératoire de réparation qui portait sur « les dommages que pourraient subir les personnes et les biens tant à terre qu'en mer »¹.

Cet arrêt de rejet, unique², est cependant à nuancer lui aussi. D'une part, les deux branches du moyen n'attaquent pas directement la validité de la clause, mais plus exactement son champ d'application et son efficacité, par l'existence d'une faute lourde des organisateurs. Néanmoins, il était tout à fait possible de relever la nullité d'ordre public de la clause exonératoire de responsabilité, si elle en avait eu l'intention. D'autre part, il semblerait que les faits de l'espèce – dommage corporel au cours d'une régates – aient joué un rôle non négligeable dans la solution de la Cour de cassation. En effet les juges se sont sans doute inspirés du droit maritime, les clauses relatives à la responsabilité étant, dans certains cas, admises, même lorsqu'elles portent sur des dommages corporels.

Malgré ces réserves, il peut être souligné que ces deux arrêts vont plutôt dans le sens de la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité relatives au dommage corporel. Pour autant, la Cour de cassation n'a eu que rarement la possibilité de se prononcer sur la question.

2) Justifications de la rareté des décisions

384. *Le contournement de la difficulté.* Depuis 1989, aucun arrêt n'a infirmé cette position. Il est donc difficile d'affirmer aujourd'hui que les clauses relatives à la responsabilité portant sur des dommages corporels sont en principe illicites. D'ailleurs, il est intéressant de remarquer que la majorité des auteurs présentent cette solution sans pouvoir apporter de référence jurisprudentielle³. Ainsi, Mme Yvonne Lambert-Faivre annonce que « c'est le principe de l'illicéité qui l'emporte »¹, puis propose différents fondements : la nullité des conventions relatives à la responsabilité délictuelle, la nullité des clauses abusives, ou encore la nullité des clauses contredisant la portée de l'obligation essentielle de la convention. Il est tout à fait exact que ces actions permettent d'aboutir à la

¹ Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 1989, pourvoi n° 86-18410, *Bull.* I n° 265.

² En réalité, cet arrêt de 1989 confirme l'arrêt de la cour d'appel de renvoi, l'affaire était donc déjà passée devant la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{re}, 8 novembre 1983 pourvoi n° 82-14380, mais la Cour avait cassé l'arrêt d'appel pour n'avoir pas recherché l'existence d'une faute lourde.

³ G. Viney le souligne : « la thèse de la nullité des conventions purement privées restreignant la réparation des dommages corporels nous paraît donc conserver toutes ses chances, même si pour l'instant, la jurisprudence ne l'a pas encore consacrée explicitement ». G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 194-1.

paralysie de la clause relative au dommage corporel ; mais aucune ne permet directement de l'annuler en raison de l'objet sur lequel elle porte. Il faut donc utiliser un autre moyen pour arriver à cette fin.

Ce constat présente une portée pratique très importante. En effet, il est rare que la clause limitative ou exonératoire relative au dommage corporel ne tombe pas sous l'effet de l'une de ces prohibitions. Elle sera très souvent abusive, ou pourra contredire l'obligation essentielle, comme l'obligation de sécurité dans le contrat de transport².

C'est pour cette raison que la jurisprudence est si rarement confrontée ouvertement à cette question. La clause aura été écartée par un autre moyen. Et si une telle situation se faisait jour, les tribunaux pourraient aussi bien faire primer les arguments moraux du caractère précieux de la personne, ou au contraire s'inspirer des arguments juridiques avancés en faveur de la validité de la clause, ou d'un droit spécial qui valide les clauses limitatives de responsabilité, comme le droit maritime. L'issue serait donc incertaine.

385. La rareté des clauses en pratique. Néanmoins, cette situation est presque devenue une hypothèse d'école aujourd'hui. Comme le souligne M. Delebecque, « dans un monde où la personne humaine ne cesse d'être sacralisée, il serait certainement malvenu de vouloir limiter la responsabilité des professionnels pour dommage corporel »³. Finalement, si la loi prévoit un plafond de réparation, la question de la validité de la limite ne se pose guère, sauf à demander la suppression du plafond par les voies adéquates. En dehors de ces cas, les clauses d'origine purement contractuelle sont rarement stipulées. Ainsi, même si la jurisprudence n'a pas affirmé leur contrariété à l'ordre public, ces clauses sont rejetées par la société en raison de leur caractère injuste. C'est finalement l'argument social qui l'emporte en pratique : la méfiance est telle envers ces clauses, que les contractants, à part dans certains cas, abandonnent l'idée de les insérer dans les conventions.

¹ Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2012, n° 463.

² V. par ex., pour l'annulation d'une clause exonératoire de responsabilité pour manquement à l'obligation de sécurité, Paris, 25 mars 1954, *RTD civ.* 1954, p. 499 n° 37. Selon H. et L. Mazeaud, l'obligation de sécurité est assurément une obligation essentielle du contrat de transport : « s'engager à transporter un voyageur, c'est nécessairement s'engager à l'amener à destination sain et sauf. Un contrat où le transporteur pourrait valablement livrer un cadavre cesserait d'être un contrat de transport de personnes ». H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2520.

³ Ph. Delebecque, art. préc., in *Mélanges M. Jeantin*, *op. cit.*, n° 4.

386. Conclusion du chapitre. Au terme de ce chapitre, nous pouvons constater que la nullité des clauses relatives à la responsabilité délictuelle ou encore des clauses relatives à la réparation du dommage corporel, n'est pas si certaine. Plusieurs droits spéciaux valident expressément ces clauses, et permettent d'en déduire leur absence de contrariété à l'ordre public. Le principe de nullité en ressort très fragilisé.

387. Conclusion du titre. Plus généralement, il apparaît que les atteintes aux règles classiques de validité des clauses relatives à la responsabilité se sont propagées au cours des années dans de nombreux droits spéciaux, et même dans le droit commun des contrats. Elles se révèlent tant dans la matière contractuelle que délictuelle, et trouvent leurs sources dans la loi comme dans la jurisprudence. Cette multiplication des atteintes nous permet de dresser un constat alarmant, celui de l'incertitude quant à la validité des clauses relatives à la responsabilité. Il nous faut donc désormais tirer des enseignements de cet état des lieux pour pouvoir rétablir un système de validité cohérent et actualisé.

TITRE III

LE RENOUVELLEMENT DES RÈGLES DE VALIDITÉ PAR LA PRISE EN COMPTE DU CRITÈRE DU DÉSÉQUILIBRE STRUCTUREL

388. Constat : la prise en compte du déséquilibre structurel par le législateur pour régler les clauses relatives à la responsabilité. Après avoir étudié les atteintes portées par le législateur et la jurisprudence aux règles classiques de validité des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, nous avons pu mettre au jour les motivations qui sous-tendent ces mouvements. En droit de la responsabilité contractuelle, le principal but du législateur est de protéger la partie faible au contrat lorsqu'un déséquilibre structurel est présent entre les contractants. De manière subsidiaire, le législateur a parfois dû encadrer les clauses dans un objectif d'harmonisation européenne.

Concernant les clauses relatives à la responsabilité délictuelle, il apparaît que leur validité est parfois reconnue par le législateur, en raison de la porosité des frontières avec la responsabilité contractuelle et de la prise en compte, là encore, du déséquilibre entre les parties. Ainsi, l'ancienne formule consistant à affirmer que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont valables en matière contractuelle et nulles en matière délictuelle est dépassée. Mlle Viney le résumait déjà très bien il y a quelques années :

« ce n'est pas la qualification – contractuelle ou délictuelle – de la responsabilité qui constitue le critère pertinent afin de départager les clauses qui méritent d'être validées de celles qui devraient être annulées. En effet, c'est la menace qu'elles font éventuellement peser sur l'équilibre du contrat et sur la protection que l'on estime nécessaire d'accorder aux victimes »¹.

Partant, le renouvellement des règles de validité des clauses devient nécessaire. Les règles classiques de droit commun méritent d'être revues et affinées afin de prendre en compte l'évolution légale et jurisprudentielle qu'ont connue les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

¹ G. Viney, note sous Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991, *JCP G* 1991, II, 21743, spéc. p. 360.

Néanmoins, tenir compte ne signifie pas nécessairement intégrer sans discernement toutes les atteintes, notamment jurisprudentielles, comme autant de nouvelles règles formant le droit commun des clauses relatives à la responsabilité. La jurisprudence a été influencée par des droits spéciaux sans égard à leur spécificité ; il nous faut donc, pour dessiner les règles de validité de droit commun, faire la part entre les clauses contenues dans des contrats appelant une certaine protection de la partie dite faible, et ceux ne tombant pas dans cette catégorie. En outre, bien que la distinction des conventions selon la nature de la responsabilité qu'elles atténuent mérite d'être abandonnée, il reste que les règles de validité relatives à ces deux types de clauses ont des points de départ opposés. À la validité classique des clauses en matière contractuelle répond la prohibition des clauses en matière extracontractuelle. En raison de cette opposition initiale, l'étude des nouvelles règles de validité sera menée successivement, d'abord en matière contractuelle, puis en matière délictuelle.

Le premier chapitre sera donc consacré à la restauration du principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière contractuelle autour du critère du déséquilibre structurel (Chapitre I). En matière délictuelle, il est apparu que les clauses relatives à la responsabilité pouvaient être recevables. Le second chapitre sera dès lors un plaidoyer pour l'admission du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle (Chapitre II).

CHAPITRE I

POUR LA RESTAURATION DU PRINCIPE DE VALIDITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

389. L'enjeu ici est d'identifier un critère permettant de définir clairement les règles de validité et de prohibition de droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière contractuelle. Le critère recherché doit donc pouvoir être appliqué quelle que soit la matière dans laquelle a été conclu le contrat contenant une clause relative à la réparation.

Tout d'abord, il convient de mettre en lumière la motivation qui anime le législateur dans les différents droits spéciaux pour encadrer les clauses relatives à la responsabilité (Section 1). Une fois le critère du déséquilibre structurel retenu, de nouvelles règles de validité pourront être proposées (Section 2).

SECTION 1 : LE CRITÈRE RETENU : L'ABSENCE DE DÉSÉQUILIBRE STRUCTUREL ENTRE LES PARTIES

390. Afin d'identifier le critère retenu pour la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, il nous faut procéder en deux étapes. Dans un premier temps, les motivations du législateur dans les différents droits spéciaux, déjà évoquées au cours de l'étude, seront rassemblées, dans le but de rechercher un mouvement commun. Ensuite, afin de permettre la généralisation d'un tel critère, il faudra l'affiner, en trouvant des conditions applicables quelle que soit la matière.

Ainsi, il nous faut dans un premier temps rassembler les enseignements apportés par les droits spéciaux (§1). Ensuite, il conviendra de préciser le critère retenu (§2).

§1. Enseignements issus des droits spéciaux

391. Grâce à l'étude des droits spéciaux, il est possible de déterminer le critère qui motive, dans la majorité des cas, le législateur pour encadrer les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. L'idée est ici de rechercher les raisons qui ont amené le législateur à prohiber ou encadrer les clauses. Nous partons donc d'un constat global, à partir du droit positif. Toutefois, le critère retenu ne saurait ensuite être appliqué, en retour, dans tous les droits spéciaux ; en effet, si ce critère permet d'expliquer l'attitude du législateur, il n'a pas pour autant été systématisé. Il se peut donc que, bien qu'une situation remplisse les conditions retenues pour que la loi intervienne et supprime la possibilité de stipuler des clauses relatives à la responsabilité, le droit positif n'ait pas encadré dans ce cas les clauses en question.

Il nous faut donc dans un premier temps identifier ce critère (A), avant d'y porter un regard critique (B).

A. Constat : la protection de la partie faible dans un contrat déséquilibré

392. *La protection de la partie faible, principale motivation du législateur.* Il semble qu'une même motivation anime le législateur, de manière plus ou moins évidente. En interdisant les clauses relatives à la responsabilité, il cherche à protéger la partie faible au contrat. Cette faiblesse provient d'un déséquilibre entre les parties. Après avoir identifié ce déséquilibre (1), il nous faudra comprendre le cheminement du législateur depuis le déséquilibre jusqu'à l'encadrement des clauses (2).

1) Présence d'un déséquilibre entre les parties

393. Lors de la rédaction du Code civil, les parties ont été considérées comme agissant sur un pied d'égalité. Mais une autre réalité s'est progressivement fait jour. Les professionnels, devenus plus spécialisés et plus puissants, ont pris le pas sur leurs contractants qui n'ont plus eu les moyens de défendre leurs propres intérêts. Ce déséquilibre est aujourd'hui toujours très présent dans de nombreuses situations. Afin de mieux comprendre les réactions du législateur, il doit être clairement identifié. Il nous faut

donc nous interroger sur sa nature (a) et sur le type de déséquilibre pris en compte par le législateur (b).

a) Nature du déséquilibre

394. Le déséquilibre présent entre les parties peut être de différentes natures. À partir de la classification d'un auteur¹, trois déséquilibres sont susceptibles d'être identifiés.

D'abord le déséquilibre peut être économique : l'un des contractants est dépendant économiquement de l'autre. La situation se trouve lorsque celui qui offre le bien ou le service est en position de monopole ou d'oligopole. Mais l'hypothèse doit être entendue plus largement. Il peut aussi s'agir d'une personne moins puissante économiquement que son cocontractant, et qui a besoin du service offert. Cette infériorité l'empêche de négocier le contrat, car l'autre contractant est en mesure de lui imposer les clauses qu'il souhaite, et elle ne peut refuser le contrat, car elle en a besoin. Sa situation la contraint d'accepter des termes qui lui sont potentiellement défavorables. Il s'agit de l'hypothèse la plus fréquente. Elle se constate en droit de la concurrence, où l'encadrement des clauses a pour objectif premier de protéger les petits producteurs à la merci des grands distributeurs. Le déséquilibre économique apparaît également en droit de la consommation, où les professionnels ont dans la majorité des cas une supériorité économique certaine vis-à-vis du consommateur. Enfin, dans certains contrats de transports, l'expéditeur se voit imposer les termes du contrat par le puissant transporteur.

Le déséquilibre entre les parties peut ensuite revêtir une coloration technique : l'un des contractants a une connaissance approfondie de la chose ou du service objet du contrat, alors que l'autre est profane en la matière. Dès lors, l'infériorité technique empêche le contractant de réaliser la véritable portée des clauses contenues dans la convention. Ce déséquilibre se rencontre notamment dans la responsabilité du fait des produits défectueux. En effet, le fournisseur connaît, ou du moins est censé connaître, les caractéristiques techniques du bien qu'il met en circulation. Dans le louage d'ouvrage, la garantie des vices de construction s'explique par la connaissance par le constructeur des règles de l'art, à l'inverse du maître d'ouvrage.

Enfin, le déséquilibre peut être juridique. L'un des cocontractants, ignorant les droits et les opportunités que la loi lui offre, accepte un contrat contenant des clauses qui lui sont défavorables avec la conviction qu'il n'a pas d'autre issue. Cette situation se

¹ J.-P. Gridel, art. préc., *D.* 1984 chr. XXV p. 153 : ces déséquilibres proviennent de la supériorité de l'une des parties,

retrouve à nouveau dans les contrats de consommation, mais elle ne se suffit pas à elle-même, car nul n'est censé ignorer la loi.

Finalement le déséquilibre entre les parties sera le plus souvent de nature économique, et dans certaines hypothèses de nature technique. La nature du déséquilibre, au bout du compte, importe peu. Ce qui retient surtout l'attention du législateur, c'est le caractère objectif du déséquilibre.

b) Type de déséquilibre

395. Un déséquilibre structurel, plutôt que circonstanciel. Le déséquilibre entre les parties dont tient compte le législateur est un déséquilibre structurel, et non prouvé. En effet, le déséquilibre entre les parties d'un contrat est identifié en théorie par le législateur. Ce déséquilibre théorique, apprécié *in abstracto*, est déterminé en fonction de la nature des parties, et de la relation théorique qu'elles entretiennent entre elles. Cette identification du déséquilibre recouvre la majorité des hypothèses pratiques¹. Pour illustrer ce propos, le cas du droit maritime est, comme on l'a vu, particulièrement probant. Lorsque le transport de marchandises prend la forme d'un affrètement, les parties sont censées être sur un pied d'égalité, si bien que le législateur n'encadre pas la pratique des clauses relatives à la responsabilité. À l'inverse, lorsque les parties optent pour un contrat de transport, contrat d'adhésion rédigé par le transporteur, ce type de convention fait apparaître la supériorité du transporteur ; par conséquent le législateur réagit en prévoyant un encadrement strict des clauses relatives à la responsabilité. Il ne vérifie pas en pratique si l'expéditeur est un fin connaisseur du transport maritime ou au contraire s'il y fait appel seulement ponctuellement, sans être en aucun cas spécialiste de la matière. L'idée est de réagir lorsqu'un déséquilibre apparaît de manière récurrente voire quasi systématique dans une même situation.

Ainsi, les déséquilibres sont identifiés à l'avance, lors de l'élaboration des lois. La réalité individuelle de chaque contractant n'est pas prise en compte au moment de l'application du texte.

supériorité qui peut être technique, économique ou juridique.

¹ Le seul cas légal, dans notre étude, qui fait apparaître un déséquilibre prouvé et non présumé, est celui du droit de la concurrence. En effet, la partie faible peut être soit le fournisseur, soit le distributeur. Mais même dans cette hypothèse, on l'a vu, l'approche a été fortement nuancée par le juge qui raisonne comme s'il s'agissait d'un déséquilibre structurel, au point que la question s'est posée de savoir si la rédaction de la disposition légale n'avait pas été le fruit d'une

396. Conséquence : la présomption irréfragable de faiblesse. Dès lors, il ne sert à rien de chercher à prouver que le déséquilibre était absent dans une situation particulière. Le déséquilibre identifié ne peut être renversé ou effacé par la preuve contraire.

En témoigne par exemple l'automatisme des prohibitions en droit de la consommation. Sur le consommateur pèse une présomption irréfragable de faiblesse. L'existence d'un déséquilibre structurel est un postulat posé par le droit de la consommation : tous les consommateurs sont des victimes potentielles des puissants professionnels. En pratique, cette assertion est dans la grande majorité des cas vérifiée ; le consommateur se voit imposer des conditions qu'il ne peut imaginer modifier, car il n'en a souvent pas même connaissance. Cependant, à côté du consommateur naïf se tient une espèce très minoritaire, certes, mais bien présente : le consommateur malin, « professionnel de la chicane »¹, qui n'hésite pas à invoquer les règles protectrices du droit de la consommation alors que son consentement était parfaitement éclairé, dans le but d'en tirer un profit indu². Et de l'autre côté des professionnels en situation de faiblesse, abusés par le client roi. Seulement, pour eux, le droit ne distingue pas. Certains auteurs ont regretté que le droit de la consommation soit fondé sur un préjugé, une étiquette de victime pour le consommateur, et non une faiblesse prouvée. Les postulats de puissance et de faiblesse des deux acteurs ne sont pas vérifiés en pratique, « si bien que, dans tous les camps, il y a des laissés pour compte de la protection »³.

Cependant, bien que cette remarque soit tout à fait exacte, sa prise en compte est franchement délicate. L'idée du droit de la consommation est de protéger le consommateur. Or, pour être effective, la législation doit s'appliquer à tous les contrats de consommation, c'est-à-dire indifféremment à tous les consommateurs. En outre, si les consommateurs risquaient de perdre *a posteriori* le bénéfice du droit de la consommation, la portée de la protection serait amoindrie et avec, le risque d'insécurité juridique accru.

Ainsi, la présomption irréfragable de faiblesse ne peut être allégée. Le consommateur sera toujours la partie faible au contrat. Cette idée doit être généralisée. La

« malfaçon législative ». V. *supra*, n°s 255 et s..

¹ D. Mazeaud, « Les vices de la protection du consentement du consommateur », *D.* 2002, p. 71 n° 4.

² V. par ex., une consommatrice allemande qui utilise un ordinateur acheté sur internet pendant huit mois puis, celui-ci présentant tout à coup un défaut sur l'écran, invoque son droit de rétractation pour obtenir le remboursement complet de la machine. Cette demande était possible car l'information relative au droit de rétractation ne lui avait pas été délivrée au moment de la conclusion du contrat. CJCE, 3 septembre 2009, aff. C-489/07. La Cour européenne a toutefois jugé qu'une indemnité compensatrice en cas d'utilisation « incompatible avec les principes de droit civil, tels que la bonne foi ou l'enrichissement sans cause » devait être reversée au vendeur (cons. 26).

³ Ph. Malinvaud, « La protection des consommateurs », *D.* 1981, chr. 8 p. 49, spéc. p. 62 ; V. aussi, J.-P. Chazal, « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chr. p. 260.

partie considérée comme faible ne peut être « déclassée » par la preuve contraire de son absence de faiblesse effective vis-à-vis de son cocontractant.

Cette illustration fait apparaître la justification qui sous-tend le caractère irréfragable de la présomption de faiblesse du contractant, applicable à toutes les législations protectrices. À partir de l'instant où le législateur a identifié une partie faible au contrat, il doit garantir l'efficacité de la protection mise en place. Pour cela, elle doit être prévue *a priori*, avant la formation du contrat, et ne pas être remise en cause par la preuve de l'absence de faiblesse du contractant protégé, au risque sinon de tomber dans des casuistiques sans fin, et perdre ainsi toute portée.

Cette protection trouve sa source dans l'idée humaniste de porter secours à celui qui est en position d'infériorité¹. En effet, il est inacceptable que le contrat devienne le théâtre de toutes les injustices. À partir de cette idée, le législateur a donc décidé de prendre le parti du contractant faible, en édictant des mesures en sa faveur, qui se concrétisent notamment par un encadrement des clauses relatives à la responsabilité.

2) Du déséquilibre structurel à l'encadrement des clauses relatives à la responsabilité

397. La présence d'un déséquilibre structurel entraîne en pratique une absence de négociation (a). La partie forte au contrat profite donc de sa position dominante pour imposer des clauses à l'autre partie, entraînant un déséquilibre contractuel ; le législateur intervient alors, afin de corriger ce déséquilibre injustement imposé (b).

a) Conséquence du déséquilibre structurel : l'absence de négociation

398. L'absence de négociation possible. La partie forte profite de sa domination pour imposer les termes du contrat. Cette situation peut se rencontrer dans deux hypothèses. Soit la négociation est impossible en pratique, en raison de la faiblesse du cocontractant, qui ne peut discuter sans risquer de perdre le contrat tout entier. Soit la négociation est fermée en raison du type de contrat conclu, à savoir un contrat d'adhésion. Celui-ci, presque

¹ J. Rochfeld, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Mélanges G. Viney, op. cit.*, p. 835.

systematique dans le domaine de la consommation, est aussi présent dans d'autres domaines, notamment le transport.

L'absence de négociation permet l'insertion de nombreuses limitations de responsabilité dans des contrats d'adhésion, au bénéfice du stipulant¹. Sources de déséquilibre contractuel, ces clauses ont été encadrées par le législateur.

b) Raisonnement suivi pour encadrer les clauses relatives à la responsabilité

399. Du déséquilibre structurel au déséquilibre contractuel... La protection légale passe notamment par la réglementation, voire la suppression des clauses relatives à la responsabilité. Pour aboutir à ces mesures, le raisonnement suivi ne manque pas de logique.

L'idée de départ réside dans le risque de déséquilibre contractuel qui peut être causé par la présence d'un déséquilibre entre les parties, en raison de l'absence de négociation des termes du contrat. En effet, la partie dite faible ne peut, par définition, se défendre, car elle n'a pas d'armes pour combattre la supériorité de son cocontractant. Celui-ci peut donc imposer les termes du contrat, et prévoir ainsi des stipulations qui lui sont favorables, causant un déséquilibre au sein de la convention. M. Revet le souligne ainsi :

« L'élaboration unilatérale d'un acte contractuel est, immanquablement, la source de déséquilibres entre les droits et les obligations respectives des parties : comment celui qui tient la plume, en sachant qu'il ne sera pas contredit par son cocontractant, ne serait-il pas naturellement conduit à avantager sa condition dans le contrat, et non celle de l'autre partie ? »²

Ainsi le déséquilibre structurel présent entre les parties risque fortement d'engendrer un déséquilibre contractuel au sein de la convention, au détriment du contractant faible.

400. ...pour aboutir à la prohibition des clauses relatives à la responsabilité. Par conséquent, le législateur cherche à lutter contre ces risques de déséquilibres contractuels³. Or, les clauses relatives à la responsabilité présentent justement un risque de déséquilibre contractuel important. S'il est vrai que ces stipulations permettent une grande prévisibilité pour celui qui les insère au contrat, lui offrant la possibilité de déterminer à l'avance les

¹ G. Berlioz, thèse préc., n° 28 et 45.

² Th. Revet, art. préc., *D.* 2015, p. 1217, n° 4.

³ C'est bien le risque, et non l'existence d'un déséquilibre contractuel qui est pris en compte, car tout le raisonnement est mené en amont, *in abstracto*.

coûts exacts auxquels il risque d'être exposé, elles sont dangereuses pour l'adhérent, qui signe la convention sans vraiment la comprendre, ou du moins sans pouvoir la modifier. D'une part, ces clauses peuvent être stipulées sans contrepartie, indice probant d'un déséquilibre contractuel au sein de la convention. D'autre part, celui qui s'engage dans un contrat s'attend à voir la prestation de l'autre partie accomplie, ou, à défaut, à obtenir une compensation. Les clauses qui atténuent ou suppriment la responsabilité du débiteur touchent à l'un des éléments essentiels de la vie d'un contrat, sans que le cocontractant ait la possibilité de négocier. Ainsi, le risque de déséquilibre contractuel est véritablement présent avec les clauses relatives à la responsabilité.

En conséquence, le législateur a décidé d'encadrer les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans le but de protéger la potentielle victime d'un contractant trop puissant. Néanmoins, si ce raisonnement reflète la justification de la majorité des règles instituées par le législateur, il est des matières où la loi dépasse cette logique.

B. Appréciation des choix effectués par le législateur

401. *Un bilan mitigé.* Les choix relatifs aux clauses exonératoires de responsabilité sont convaincants (1), en revanche, ceux effectués pour les clauses limitatives de réparation n'emportent pas toujours l'adhésion (2).

1) Les choix relatifs aux clauses exonératoires de responsabilité convaincants

402. *Le seul déséquilibre structurel justifie la prohibition des clauses de non-responsabilité.* Afin de prévenir un risque de déséquilibre contractuel imposé à la partie faible, le législateur interdit les clauses évasives de responsabilité. Cette solution se rencontre dans tous les droits spéciaux, du droit maritime au dépôt hôtelier, en passant par la responsabilité du fait des produits défectueux et par la garantie des vices de construction, sans oublier bien entendu le droit de la consommation.

La prohibition se justifie aisément, par le déséquilibre qu'entraîne presque systématiquement une telle clause. Si la stipulation prévoit une exonération totale, il est quasiment certain que le contrat est déséquilibré. En effet, le débiteur ne peut obtenir aucune réparation en cas d'inexécution non dolosive du créancier, et une simple diminution de prix risque de ne pas suffire pour rééquilibrer le contrat.

Ainsi, la somme de la clause exonératoire et de son caractère imposé donne un résultat trop favorable au débiteur, et défavorable au créancier, ce qui apparaît inacceptable. Le trop grand risque de déséquilibre contractuel que véhiculent ces clauses justifie donc la prohibition retenue par les droits spéciaux. Le traitement réservé par la loi aux clauses limitatives de réparation est en revanche moins cohérent.

2) Le manque de cohérence des choix relatifs aux clauses limitatives de réparation

403. Deux attitudes distinctes. Lorsque la loi s'empare des clauses limitatives de réparation présentes dans un contrat conclu par des personnes qui ne sont pas sur un pied d'égalité, deux attitudes peuvent être relevées. Dans certains cas, les clauses sont purement et simplement interdites. Il en va ainsi en droit de la consommation, mais aussi, au sein du Code civil, dans la garantie des vices de construction et dans la responsabilité du fait des produits défectueux. Dans d'autres cas, les clauses sont seulement encadrées, par la fixation légale d'un seuil en dessous duquel les contractants ne sauraient prévoir de limite de réparation. La prohibition est le plus souvent restreinte aux seules clauses dont la limite est inférieure au plafond légal. Cette hypothèse se constate principalement en droit des transports. Quant à l'hypothèse du dépôt hôtelier, elle conjugue les deux attitudes, en fixant un plafond légal impératif.

404. Prohibition des clauses et plafond légal. Lorsque la prohibition ne porte que sur les clauses inférieures à un plafond légal, la mesure apparaît raisonnable et aisément justifiable. Le législateur a fixé un seuil qui établit la démarcation du risque de déséquilibre contractuel. Si une clause prévoit une limite de réparation inférieure, le contrat présentera de grands risques d'être déséquilibré ; à l'inverse, en intégrant la limite légale dans les prévisions contractuelles, ou même une limite plus élevée, les parties évitent alors le déséquilibre contractuel causé par la clause limitative de responsabilité. Ainsi, la prohibition de la clause, justifiée par le double critère du déséquilibre structurel entre les contractants et de la présence d'une limite légale, est parfaitement cohérente.

405. Prohibition des clauses sans plafond légal. Il en va différemment de la prohibition totale des clauses limitatives de responsabilité, justifiée par le seul déséquilibre entre les parties. Aucune limitation de réparation n'est envisageable pour le responsable.

Malgré la récurrence d'une telle solution, la prohibition totale n'est pas défendable, sauf dans un cas particulier. Lorsque la clause vise les dommages corporels, divers arguments de politique sociale justifient son interdiction.

Toute autre est la situation des clauses limitatives de réparation qui portent sur des préjudices non corporels. Le problème réside dans l'automatisme de l'éradication de ces clauses. En effet, les clauses limitatives de responsabilité, qui limitent la réparation due par le débiteur défaillant au créancier, n'emportent pas nécessairement un déséquilibre contractuel. Elles sont même souvent compensées par une baisse de prix : chaque partie y trouve alors un avantage. Mieux, la partie faible préfère souvent payer moins cher, et prendre le risque d'être moins bien indemnisée en cas de mauvaise exécution non intentionnelle. Le risque de déséquilibre contractuel découlant de la présence de clauses limitatives de responsabilité est en réalité assez faible. Dès lors, doit-on supprimer toutes les clauses limitatives pour éliminer le faible risque de déséquilibre ? Une réponse affirmative apparaît évidemment excessive. Ainsi, le simple déséquilibre des parties ne devrait pas suffire à justifier, à lui seul, un tel rejet. Un déséquilibre entre les parties n'entraîne pas nécessairement un déséquilibre entre les prestations¹.

Certes, les motivations du législateur lui sont parfois extérieures. Ainsi, la limite conventionnelle peut être interdite afin d'atteindre une harmonisation totale entre les droits de l'Union Européenne. Il en est ainsi par exemple pour le dépôt entre les mains de l'hôtelier. La motivation du législateur n'est ici pas discutable, car l'harmonisation lui est imposée. Mais dans bien d'autres cas, aucune justification ne peut expliquer ce choix malheureux. Par exemple, le droit européen de la consommation n'interdit pas toutes les clauses limitatives de responsabilité, mais seulement celles qui portent sur un dommage corporel². Le droit français n'a donc nullement été poussé par une nécessaire harmonisation européenne pour placer les clauses limitatives de réparation dans la liste noire. Ici, le désir de protection de la partie faible l'a emporté sur la cohérence du système.

Ainsi, l'étude des droits spéciaux nous a permis de dégager le critère selon lequel le législateur décide d'intervenir, de manière plus ou moins poussée, pour encadrer la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Il s'agit du déséquilibre structurel entre les parties, qui doit maintenant être affiné pour pouvoir être ensuite transposé en droit commun.

¹ En témoigne la validité des clauses limitatives de réparation en droit interne des transports terrestres : Cass. civ. 14 avril 1924, *DH* 1924, p. 393.

² Art. 1.a de l'annexe de la Directive 93/13/CE.

§2. Affinement du critère

406. Après avoir déterminé le critère utilisé par le législateur de manière empirique, il faut à présent trouver les outils qui permettent de déterminer dans une situation donnée si un déséquilibre structurel est présent (A). Il nous faudra également vérifier qu'un tel critère peut être retenu comme critère général (B).

A. Identification du déséquilibre structurel

407. Comprendre et identifier la notion de déséquilibre structurel passe par un bref retour sur l'évolution du rapport de force entre les contractants. Absent du contrat en 1804, selon le Code civil, le déséquilibre structurel fait son apparition au cours du XIX^{ème} siècle (1). Le développement du contrat d'adhésion, nécessaire réponse à l'industrialisation, renforce le phénomène (2). Il apparaît alors que contrat d'adhésion et déséquilibre structurel entretiennent des liens très étroits (3).

1) Apparition du déséquilibre entre les parties

408. *Le point de départ : l'autonomie de la volonté.* En 1804, les vendeurs et prestataires de service sont des marchands, artisans, qui connaissent personnellement leur clientèle¹. Producteur et consommateur, transporteur et expéditeur dialoguent directement, et ainsi discutent ensemble les termes du contrat. L'autonomie de la volonté, fondée sur le libre jeu des volontés individuelles, est au cœur du droit des contrats. La rencontre des deux volontés crée le contrat. Le Code civil prévoit tout de même quelques correctifs, lorsque l'une des parties a été trompée, ou lorsqu'un élément essentiel manque au contrat, comme l'objet ou la cause². En dehors de ces hypothèses, le contrat est juste car librement choisi par les parties³.

¹ G. Berlioz, thèse préc., n° 15 ; G. Raymond, *Droit de la consommation*, op. cit. n° 9. *Contra*, X. Testu, art. préc., *JCP G* 1993, I, 3673, spéc. n° 3.

² Art. 1108 du Code civil (futur art. 1128).

³ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution de la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008.

409. L'apparition de déséquilibres structurels. Toutefois, cette théorie de l'autonomie de la volonté a été critiquée : les hommes ne sont pas tous égaux, cette règle permet donc aux puissants de dominer les faibles¹, en leur imposant des contrats qui ne peuvent être véritablement négociés. En effet, l'évolution de la société a creusé les différences entre les contractants. L'industrialisation, et le développement des techniques commerciales, a faussé le postulat d'égalité des contractants. Un déséquilibre s'instaure entre eux. Au lieu d'être le résultat d'un compromis entre des intérêts divergents, le contrat devient alors « le moyen par lequel une partie dicte ses conditions et fait prévaloir ses intérêts égoïstes »². Ainsi, le déséquilibre structurel qui existe entre les parties entraîne un déséquilibre contractuel, au profit de la partie forte, qui impose ses conditions. La technique du contrat d'adhésion se développe, interdisant au consommateur de discuter le contenu du contrat.

2) Développement du contrat d'adhésion

410. Le développement nécessaire du contrat d'adhésion. Les contrats d'adhésion se sont révélés indispensables au regard de l'évolution de la société. En effet, dès la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, la production de masse, l'uniformisation des besoins existants ou créés par les professionnels, entraînent le développement de l'uniformisation des contrats, au détriment d'accords personnalisés. Au regard du volume et de la rapidité des opérations commerciales, la technique de conclusion de contrats uniformes est indispensable³. Les commerces de proximité s'essouffent face aux grands magasins⁴. En outre, la société rurale du début du XIX^{ème} siècle se mue en une société urbaine, dont les grandes villes favorisent l'anonymat⁵. Un paradoxe de plus en plus perceptible se développe : la montée de l'individualisme, propre à notre société moderne (particulièrement visible en droit de la famille), se double d'une recherche de la standardisation, d'un modèle unique, afin d'éviter les risques de discriminations⁶. La société appelle le contrat d'adhésion.

411. L'absence de débat possible sur le contenu du contrat d'adhésion. Les contrats d'adhésion sont donc préparés à l'avance, et le consommateur ne peut qu'adhérer, sans

¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 33.

² G. Berlioz, thèse préc., n° 17.

³ G. Berlioz, thèse préc., n° 21 ; D. Yates, *Exclusion clauses in contracts*, op. cit., p. 1 et s..

⁴ Ainsi Zola dépeint-il la chute inéluctable du petit commerce face aux grands magasins dans le roman *Au bonheur des dames* (1882).

⁵ G. Raymond, op. cit., n° 10.

⁶ G. Berlioz, thèse préc., n° 35.

espérer obtenir le changement du contenu¹. Selon M. Berlioz, c'est bien l'absence de débat préalable qui caractérise ces contrats², leur rédaction unilatérale est imposée à l'autre partie. Les sénateurs en 1977 en avaient proposé une définition dans la loi sur les clauses abusives : le contrat d'adhésion est une « convention conclue par le consommateur sans négociation préalable de l'ensemble de ses clauses ou stipulations, d'après un ou plusieurs modèles utilisés par des professionnels d'une manière habituelle »³. Finalement, le contrat d'adhésion entrera directement dans le Code civil, le 1^{er} octobre 2016, au nouvel article 1110 alinéa 2. La définition qui en est donnée rejoint la même idée : « Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties »⁴. L'impossibilité d'influer sur le contenu contractuel pour l'une des parties est bien la principale caractéristique du contrat d'adhésion, impossibilité qui révèle la position de faiblesse du contractant.

Grâce à la rédaction en amont et à l'absence de négociation, le rédacteur obtient une qualité certaine de prévision, dans la mesure où il a réfléchi aux clauses contenues dans la convention, contrairement à celui qui adhère au contrat. Néanmoins, le contrat d'adhésion n'est pas nécessairement un mal en soi. En effet, il peut aussi servir « un but parfaitement légitime en gagnant du temps, évitant les différends, comblant les vides, atteignant une balance des risques appropriée »⁵. Il permet également une réduction des coûts qui se répercutent sur les prix⁶. Il n'en reste pas moins que le plus souvent, il sert les seuls intérêts du rédacteur.

Ainsi, le déséquilibre structurel s'induit de l'existence d'un contrat d'adhésion. Cette notion va donc pouvoir servir de critère efficace pour déterminer la présence d'un déséquilibre abstrait entre les parties.

¹ Le terme contrat d'adhésion a été proposé par Saleilles. Historique rappelé par F. Chénéde, « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », *RDC* 2012, p. 241.

² G. Berlioz, thèse préc., n° 42.

³ Art. 28 Texte n° 64 adopté par le Sénat en 2^e lecture le 18 décembre 1977. Cette limitation de la protection aux seuls contrats d'adhésion ne sera finalement pas retenue dans le texte final, même si en pratique la grande majorité des contrats de consommation sont des contrats d'adhésion.

⁴ Nous soulignons.

⁵ J. P. Benjamin, *Benjamin's sale of goods*, *op. cit.*, n° 13-004.

⁶ D. Yates, *Exclusion clauses in contract*, *op. cit.*, p. 2.

3) Conséquence : le contrat d'adhésion, critère du déséquilibre structurel

412. L'absence de négociation, critère du déséquilibre structurel et du contrat d'adhésion. Le déséquilibre entre les parties, à la lumière de l'étude qui vient d'être menée, se caractérise principalement par une absence de négociation. Celle-ci peut être issue de la domination de fait du cocontractant ; elle peut également provenir du type de contrat proposé, à savoir, un contrat d'adhésion. Cependant, la première hypothèse ne remplit pas les conditions du déséquilibre *structurel*, car elle correspond à un déséquilibre *in concreto* alors que le déséquilibre structurel doit s'entendre *in abstracto*. Seul le second cas doit être retenu, dans une optique de généralisation des règles de validité. Car pour être efficace et légitime, l'encadrement général des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne doit pas dépendre de la preuve d'un déséquilibre circonstanciel entre les parties, mais au contraire découler d'un déséquilibre reconnu abstraitement. Cette approche objective du déséquilibre entre les parties répond en quelque sorte à une statistique : dans la très grande majorité des contrats d'adhésion, l'adhérent est en position de faiblesse vis-à-vis du cocontractant, rédacteur de la convention. Les contrats dont les clauses sont susceptibles d'être encadrées sont les contrats d'adhésion, en ce qu'ils renferment un déséquilibre structurel entre les parties du fait de l'absence systématique de négociation¹. Ils ont d'ailleurs été présentés par un auteur comme « l'archétype des contrats structurellement déséquilibrés »².

413. La définition du contrat d'adhésion. La définition du contrat d'adhésion a été intégrée au Code civil par l'ordonnance portant réforme du droit des contrats du 10 février 2016. Le futur article 1110 alinéa 2 dispose que :

« Le contrat d'adhésion est celui dont les conditions générales, soustraites à la négociation, sont déterminées à l'avance par l'une des parties ».

Autrement dit, il s'agit d'un contrat non négocié, dont les termes ont été rédigés à l'avance par l'une des parties au contrat. L'autre n'a que le choix de l'accepter ou de le refuser.

La référence aux conditions générales n'est pas sans rappeler le droit allemand, qui concentre sa lutte contre les déséquilibres contractuels sur les conditions générales des

¹ G. Viney, « Rapport de synthèse », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, Colloque 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J. 1991, p. 329, spéc. p. 337 : « la rédaction préalable et unilatérale de la clause (...) est plutôt envisagée comme un indice, entre autres, d'une situation d'inégalité économique ou technique qui apparaît, quant à elle, comme le vrai motif du contrôle de validité ».

² Th. Revet, art. préc., *D.* 2015, p. 1217.

contrats¹. Inconnue du droit français, la notion risque d'être difficile à identifier. Faut-il en avoir une approche pratique, c'est-à-dire que les conditions générales soient présentées sur un document à part ? Ou bien une approche substantielle, en considérant que les conditions générales désignent les clauses qui ne sont pas propres au contrat individuellement conclu, mais y sont attachées en raison du type de contrat en cause ? Par exemple, lorsqu'un contrat de vente est conclu, le vendeur y attachera les conditions générales de vente, peu importe la nature du bien vendu. Il en va de même pour un contrat de transport, auquel le transporteur insèrera les conditions générales de transport, peu importe la destination choisie par le passager. Cette seconde conception, plus rigoureuse, devrait être retenue.

Dans tous les cas, l'emploi de l'expression « conditions générales » permet de tenir compte de la réalité des contrats d'adhésion : ce n'est pas parce qu'à la suite d'une discussion, le vendeur fait un geste commercial, comme une remise de prix sur l'article acheté, que le contrat est considéré comme négocié. Toutes les autres clauses sont imposées à l'acquéreur, qui ne peut espérer obtenir de modification. Du reste, comme le souligne M. Chénéde,

« la source potentielle de l'abus dans ce type de contrats (...) ne vient pas des prestations principales, qui sont souvent jugées satisfaisantes, voire avantageuses, par le consommateur, mais des clauses accessoires ou conditions générales, nombreuses, peu claires, pas ou peu lues, qui viennent subrepticement déséquilibrer le contrat au détriment de l'adhérent (ex. : clauses limitatives de responsabilité (...)) »².

C'est donc bien l'absence de négociation des clauses accessoires, appelées conditions générales, qui détermine la qualification de contrat d'adhésion et appelle la protection de l'adhérent.

En théorie, le contrat d'adhésion est facilement identifiable. Toutefois les juges risquent de rencontrer des difficultés à le caractériser en pratique. Comment savoir si les conditions générales ont effectivement été soustraites à la négociation ? Le juge devra utiliser un faisceau d'indices pour déterminer si la négociation n'était pas ouverte à l'autre partie. Le support pré-imprimé, deuxième condition du contrat d'adhésion – le texte prévoit que les conditions générales sont « déterminées à l'avance par l'une des parties » –, ne saurait suffire à prouver l'absence d'ouverture à la négociation. En effet, on pourrait envisager qu'un particulier, par exemple, prépare l'acte à l'avance, pour des raisons purement pratiques, mais que la discussion soit ouverte et que le contrat soit ensuite modifié. Il faut donc entendre ces deux critères comme des conditions cumulatives pour caractériser le contrat d'adhésion. L'approche *in concreto* est susceptible de créer des

¹ §305 et s. *BGB*. Cf. F. Kutscher-Puis, art. préc., CCC 2015, étude 7.

² F. Chénéde, « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, p. 1226, n° 1.

casuistiques importantes, mais ce risque est inhérent à la catégorisation. Dans le domaine consumériste, de grandes difficultés ont été rencontrées pour définir le créancier de la protection prévue par le Code de la consommation. De même, l'introduction en droit commun de la notion de contrat d'adhésion entraînera nécessairement un temps d'ajustement, afin de déterminer, en pratique, ce que recouvre cette notion. Néanmoins, les critères retenus par l'ordonnance semblent assez fonctionnels.

Pour l'application du texte, il nous semble que ce qui doit avant tout retenir l'attention des juges est *l'ouverture* à la négociation du contrat, la *possibilité* de discuter les termes de l'accord. En effet, la seule absence de négociation en pratique ne permettra pas au contractant de bénéficier du régime des contrats d'adhésion.

414. L'indifférence de l'absence de négociation en pratique. Certains contrats ne sont pas négociés en pratique. Peuvent-ils dès lors bénéficier de l'encadrement des clauses relatives à la responsabilité ? Deux cas peuvent être envisagés.

Tout d'abord, on peut penser à une hypothèse mixte : bien que le contrat soit *ouvert à la négociation*, certaines clauses n'ont pas été effectivement négociées. Par exemple les caractéristiques de la prestation pourraient avoir été discutées, et non la clause limitative de réparation. Comment analyser cette absence de négociation sur certaines clauses seulement ?

Pour y répondre, il convient d'appliquer simplement le critère du contrat d'adhésion. Dans ce contrat, l'absence de négociation est due à une impossibilité structurelle, il n'y a aucune ouverture de discussion, les conditions générales sont déjà pré-imprimées. Tandis que dans notre hypothèse, la clause litigieuse n'a pas été négociée alors que la discussion était ouverte. Par conséquent, la convention ne peut être considérée comme un contrat d'adhésion. L'absence de négociation factuelle, que ce soit en raison d'un manque de pouvoir, ou simplement d'attention, ou par choix délibéré, ne peut ensuite déclencher une protection de la partie contre laquelle la clause est invoquée. Le seul déséquilibre prouvé, *in concreto*, n'est pas pris en compte.

Cette position permet de clarifier grandement les règles encadrant les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en droit commun. Elle ne laisse pas pour autant les contractants, parties faibles en pratique, sans aucune ressource. Les vices du consentement, bientôt élargis avec l'introduction de la violence économique¹, ainsi que la paralysie des clauses en cas de comportement particulièrement grave du débiteur défaillant, sont autant d'outils utiles pour paralyser une clause relative à la responsabilité.

Ensuite, à côté des contrats d'adhésion, il est aussi de nombreux contrats qui pourraient théoriquement être négociés, mais qui dans la pratique sont imposés par la partie dominante. Ce peut être entre deux particuliers, ou deux professionnels dont les relations apparemment équilibrées cachent un déséquilibre réel. Ces situations recouvrent une part non négligeable des contrats conclus chaque jour, et pourtant elles ne sauraient bénéficier de la protection légale contre les clauses relatives à la responsabilité imposées. En effet, le déséquilibre présent entre les parties ne peut être prévu théoriquement, il est factuel. Dès lors, le droit ne peut généraliser une protection abstraite sans la certitude théorique d'un déséquilibre entre les parties. Encore une fois, les contractants auront d'autres moyens pour se dégager d'un contrat trop injuste, notamment si leur consentement a été vicié. De plus, si le comportement du débiteur est condamnable, constitutif d'une faute lourde ou dolosive, la clause litigieuse sera paralysée. Par conséquent, ces contractants ne sont pas laissés à la merci de leur partenaire. Ils ne peuvent simplement pas bénéficier d'une protection prévue pour des contractants structurellement faibles.

La protection doit donc bénéficier aux seuls contractants qui sont dans une relation structurellement déséquilibrée, c'est-à-dire, dans le droit commun des contrats, aux parties d'un contrat d'adhésion². Plusieurs raisons permettent de justifier ce choix.

B. Justifications de la prise en compte du déséquilibre structurel

415. *Un équilibre nécessaire entre justice contractuelle et sécurité juridique.* Bien que la justice contractuelle soit un idéal tout à fait louable vers lequel la loi doit tendre en principe, il nous semble aussi que le droit ne peut « sauver » toutes les parties faibles. Car la faiblesse est parfois jouée, le droit de la consommation nous en donne déjà de tristes exemples avec des consommateurs qui abusent de la protection légale au détriment de professionnels impuissants. Or, comment prouver la faiblesse d'un contractant qui par définition n'est pas un consommateur, et n'a pas conclu de contrat d'adhésion ? Certains cas seront évidents, d'autres moins. Une protection aléatoire, en fonction de la situation personnelle, des compétences du créancier, et des conseils dispensés par un tiers, avisés ou

¹ Futur art. 1143 Code civil.

² Comp. Th. Revet, art. préc., *D.* 2015, p. 1217, qui assimile les contrats structurellement déséquilibrés aux contrats d'adhésion.

imprudents, qu'il aura pu recevoir au moment de la conclusion du contrat, n'est pas acceptable. Quant à contrôler tous les contrats même en l'absence d'une partie faible, pour la recherche de la justice contractuelle la plus aboutie, il semble que l'on se heurte à un autre principe du droit des contrats : la sécurité juridique.

La sécurité juridique est indispensable au bon fonctionnement de la société, et elle est, à notre avis, au moins aussi importante que la justice contractuelle qui cherche à rééquilibrer les contrats injustes. Cette dernière trouve déjà un grand champ d'application lorsqu'un déséquilibre structurel entre les parties la justifie ; elle ne saurait dépasser ce champ, au risque sinon d'empiéter sur la sécurité juridique de manière illégitime¹. En outre, on pourrait dire que d'une certaine manière, l'insécurité juridique est source d'injustice pour celui qui en souffre. L'équilibre entre sécurité juridique et justice contractuelle est donc nécessaire.

Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont un outil de prévisibilité contractuelle. Par conséquent, les règles qui les encadrent et le champ d'application qu'elles recouvrent doivent être clairement définis. En limitant la protection aux contractants qui présentent abstraitement une situation de faiblesse, un équilibre est trouvé entre justice contractuelle et sécurité juridique. D'un côté, la partie faible sera protégée dans la majorité des situations. De l'autre côté, les contractants pourront connaître à l'avance les cas dans lesquels la liberté contractuelle leur permettra de stipuler des clauses relatives à la responsabilité, et ceux dans lesquels les clauses seront encadrées ou interdites.

416. *Le soutien des droits voisins et des projets doctrinaux.* Il est intéressant de souligner que l'absence de négociation est un critère très souvent utilisé pour limiter la liberté contractuelle, dans certains droits étrangers ou en droit européen.

Ainsi le Code civil néerlandais prévoit-il la suppression des *conditions générales*, c'est-à-dire des clauses non négociées, qui ne sont pas raisonnables ; le Code civil allemand contient une disposition équivalente². Le Code civil québécois limite la lutte des clauses abusives aux contrats de consommation et aux contrats d'adhésion, hypothèses dans lesquelles le contractant n'a pas pu réellement s'opposer à l'insertion de la stipulation³. Quant au droit anglais, les lois en vigueur y réglementent les clauses relatives à la responsabilité quand l'une des parties contractantes a conclu la convention en qualité

¹ Comp. O. Deshayes, art. préc., *RDC* 2010, p. 1253, spéc. p. 1259, qui s'interroge sur la raison permettant de contrôler l'équilibre du contrat en dehors des hypothèses prévues par la loi (droit de la consommation et de la concurrence).

² Art. 6:233 *BW* (Code civil néerlandais) ; Section 308 *BGB*. V. F. Kutscher-Puis, art. préc., *CCC* 2015, étude 7.

³ Art. 1437 Code civil du Québec. D. Lluellas, B. Moore, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 1831.

de consommateur¹, ou bien qu'il s'agit d'un contrat d'adhésion conclu entre deux professionnels². En revanche, les contrats négociés par deux professionnels, ou conclus par deux particuliers, n'entrent pas dans le champ de l'*UCTA 1977* – excepté les cas particuliers du contrat de vente et de la violation du *duty of care*³. Les juges anglais considèrent alors que lorsque le Parlement n'a pas interdit les clauses relatives à la responsabilité, c'est-à-dire « quand les parties ne présentent pas de pouvoirs de négociation inégaux », il faut « laisser les parties libres de partager les risques comme elles le souhaitent et de respecter leurs décisions »⁴.

Le critère trouve également un soutien en doctrine. Il avait en effet été retenu dans les avant-projets doctrinaux de réforme du droit des obligations français. Ceux-ci limitaient le pouvoir de contrôle judiciaire des clauses aux seules clauses non négociées⁵.

417. La consécration de la prise en compte des contrats d'adhésion dans le Code civil.

L'ordonnance du 10 février 2016 introduit la notion de contrat d'adhésion dans le Code civil. De la sorte, elle modernise sensiblement le droit commun des contrats en consacrant une notion qui connaît une vitalité pratique immense. Pour certains, son introduction est même la justification majeure de la réforme :

« On peut même estimer, sans forcer le trait, que s'il est une raison d'être première à une réforme du droit des contrats, elle réside dans l'intégration, dans le droit commun, de la figure des contrats structurellement déséquilibrés et des règles générales qui lui sont propres »⁶.

Or le texte utilise justement le critère du contrat d'adhésion pour limiter le champ d'application de l'article 1170 relatif à la lutte contre les clauses qui causent un déséquilibre contractuel significatif. Autrement dit, cette réforme s'inscrit parfaitement dans le mouvement que nous avons dégagé de protection de la partie faible contre des clauses défavorables imposées. Elle consacre le critère ainsi retenu du déséquilibre structurel concrétisé par le contrat d'adhésion, et lui donne une assise textuelle très appréciable.

¹ Art. 61 et s., et Schedule 2 *CRA 2015*. Publié le 26 mars 2016, le *Consumer Right Act 2015* remplace l'*Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations 1999*.

² Section 3 *UCTA 1977*. Les clauses relatives à la responsabilité sont prohibées, sauf à satisfaire le *reasonableness test*, conduit par le juge grâce à un faisceau d'indices, comprenant notamment le pouvoir de négociation des parties.

³ G. H. Treitel, E. Peel, *The law of contract, op. cit.*, n° 7-086. Le *duty of care* peut être vu comme une sorte d'obligation de sécurité de moyens mis à la charge du débiteur : il ne doit pas nuire à autrui à l'occasion de l'exécution du contrat.

⁴ *Photo Production Ltd v. Securicor Transport Ltd* [1980] A.C. 827, p. 843 *per* Lord Wilberforce.

⁵ Art. 1122-2 Avant-Projet Catala, art. 67 Projet Terré.

⁶ Th. Revet, art. préc., *D.* 2015, p. 1217, n° 9.

418. Conclusion de la section. L'étude consacrée au sort réservé aux clauses relatives à la responsabilité par les droits spéciaux nous a permis de mettre à jour le critère déterminant de la validité de ces stipulations. Il nous paraît nécessaire, désormais, de tenir compte de la présence d'un déséquilibre structurel entre les parties pour fixer les règles de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

SECTION 2 : PROPOSITION D'UN RÉGIME RESTAURÉ DE VALIDITÉ EN MATIÈRE CONTRACTUELLE

419. Démarche. La démarche consiste ici à établir les règles de validité de droit commun pour les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière contractuelle. Ces règles s'appliqueront donc en l'absence de texte spécial.

Aujourd'hui, la jurisprudence manque de cohérence et de clarté. L'idée est donc de proposer un régime applicable simplement et avec certitude, et offrir ainsi aux contractants une véritable prévisibilité.

Les règles proposées se déclinent en fonction des relations qu'entretiennent les parties, c'est-à-dire de la présence ou l'absence d'un déséquilibre structurel, critère précédemment dégagé. Toutefois, deux limites transcendent cette distinction. Les clauses relatives à la responsabilité sont invalidées lorsqu'elles couvrent le dol ou le préjudice corporel. Contrairement à la nullité des clauses relatives au dommage corporel, qui n'a jamais été véritablement affirmée et revêt donc un caractère nouveau, la prohibition des clauses couvrant le dol est très classique. Issue du Code civil, elle n'a jamais été remise en cause. Sa stabilité n'en fait pas une règle nouvelle, ou même seulement une règle à consolider, contrairement aux règles qui seront proposées par ailleurs. Néanmoins, cette exception traditionnelle à la validité des clauses doit être ici rappelée afin de brosser un portrait complet du régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Une précision s'impose à ce stade. Lorsque la clause est réputée non écrite (ou, par convention de langage, annulée), le juge ne pourra plus y faire référence pour calculer le montant de la réparation du dommage causé par l'inexécution de l'obligation du débiteur. En vertu de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3), il fixera donc les

dommages-intérêts à hauteur du dommage prévisible¹, sauf si la preuve d'un comportement dolosif ou constitutif d'une faute lourde a été apportée².

Il nous faut donc, tout d'abord, énoncer les règles de validité constituant le régime des clauses relatives à la responsabilité contractuelle, communes à tous les contrats, quelle que soit la relation qu'entretiennent les parties (Sous-section 1). Il sera ensuite temps de définir les autres règles de validité, qui seront ordonnancées autour de l'existence d'un déséquilibre structurel entre les parties (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Les règles de validité sans égard à la nature du contrat

420. Deux règles s'appliquent à toutes les clauses, sans distinction quant au contrat conclu et à la relation des parties. La première, très classique, a trait à la faute dolosive du débiteur. Une clause atténuant la responsabilité du débiteur ne peut couvrir son dol (§1). Par ailleurs, une nouvelle règle, déjà pressentie, doit être nettement affirmée : la validité des clauses relatives à la responsabilité ne s'étend pas à la réparation du dommage corporel (§2).

§1. La confirmation de la nullité des clauses couvrant le dol

421. La question de l'influence de la faute sur la validité des clauses relatives à la responsabilité sera étudiée à partir de la faute dolosive, celle-ci étant historiquement le point de départ des réflexions. Les autres fautes qualifiées, considérées comme équivalentes au dol³, auront le même effet que le dol sur les clauses aménageant la responsabilité. Dans le même ordre d'idées, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile prévoit de remplacer le dol par la faute intentionnelle, notion plus restreinte⁴ ; néanmoins, en application du principe d'équipollence, toutes les fautes qualifiées suivent

¹ Sur lequel, I. Souleau, *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse préc..

² Cf. *infra*, n° 500.

³ Selon l'adage *culpa lata dolo aequiparatur*. Sur la valeur de cet adage, V. *infra*, n°s 544 et s..

⁴ Art. 1251 Avant-projet de réforme sur la responsabilité civile du 29 avril 2016.

son régime. Par conséquent, cette modification, qui n'est d'ailleurs pas exempte de critique¹, si elle était adoptée, ne modifierait pas le raisonnement qui va suivre.

Ainsi, la validité des clauses trouve une limite avec la faute dolosive (A). Cette règle classique est parfaitement justifiée (B).

A. Contenu du principe de nullité des clauses couvrant le dol

422. Le principe. Le dol, ou faute dolosive, est traditionnellement présenté comme une exception au principe de validité des clauses relatives à la responsabilité². Le dol peut être défini comme l'inexécution volontaire des obligations contractuelles³. L'intention de nuire n'est pas nécessaire. Concrètement, le débiteur choisit délibérément de ne pas exécuter le contrat. Cette attitude ne peut être couverte par une clause qui atténue sa responsabilité. Il en va de même avec les fautes d'une particulière gravité⁴.

Il faut souligner qu'une telle faute prive de validité la clause limitative ou exonératoire de réparation lorsque celle-ci a prévu expressément de jouer même en cas de faute dolosive du débiteur. Le contrôle portera sur la formation du contrat, et permettra l'annulation de la clause litigieuse.

Cette limite à la validité des clauses relatives à la responsabilité doit donc être distinguée d'un autre effet de la faute dolosive, rencontré plus fréquemment. En effet, celle-ci peut également être invoquée au stade de l'exécution du contrat pour écarter le jeu de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Paralysant l'*efficacité* de la clause, et non sa *validité*, cet effet sera étudié plus tard⁵.

423. En pratique : la portée de la nullité. Concrètement, deux cas peuvent se présenter : la clause peut viser expressément le dol du débiteur, ou bien être rédigée en termes tellement larges qu'ils incluent même ce dol. La première sera annulée sans hésitation. Une telle rédaction est dès lors hautement improbable, en raison de la nullité certaine encourue par la clause.

¹ Cf. *infra*, n° 568.

² V. par ex. H. et L. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations, op. cit.*, n° 635 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité civile et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 1177 ; Ph. Delebecque, *op. cit.*, *J.-Cl. Civil*, fasc. 21, n° 130.

³ Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, pourvoi n° 67-11387, *Bull.* I 60, *D.* 1969 p. 601, note J. Mazeaud. Pour un affinement de la définition, cf. *infra*, n°s 504 et s..

⁴ Cass. civ. 15 mars 1876, *D.* 1876 I p. 449.

⁵ Cf. *infra*, Deuxième Partie, Titre I, Chapitre I.

La seconde hypothèse en revanche est bien plus facilement envisageable. Par exemple, dans une affaire jugée en 1930, la clause inscrite sur un billet d'avion, précisant que les voyageurs « sont transportés entièrement à leurs propres risques, le transporteur déclinant à cet égard toute cause de responsabilité », couvrait bien le dol du transporteur¹. Dans cette hypothèse, fallait-il annuler toute la clause, ou bien restreindre sa portée aux seules fautes non dolosives ?

La Cour de cassation a tranché cette question en validant la clause, dans la mesure où elle était invoquée par la compagnie aérienne pour se décharger de sa responsabilité issue « soit de la faute présumée du pilote, soit des risques de l'air » (la cause de l'accident étant demeurée inconnue). Par conséquent, la Cour n'a entendu paralyser la clause que dans la mesure où elle couvrait le dol et la faute lourde, et la valider dans les autres hypothèses, soulignant qu'il était facile de distinguer « ce qu'elle avait de licite, et ce qu'elle contenait d'inopérant comme contraire à l'ordre public ».

Une telle solution pourrait surprendre. Les magistrats décident d'invalider la clause seulement si elle est invoquée en cas de dol ; sinon, malgré ses termes généraux qui englobent la faute dolosive, elle n'est pas, selon eux, illicite. Le commentateur de la décision nous propose cependant une explication convaincante : la Cour opère une conversion par réduction, afin de valider la clause dans une moindre mesure². Ce faisant, elle reconnaît la nullité de la convention de non-responsabilité portant sur le dol du débiteur, mais lui permet d'avoir un effet en dehors de sa faute grave. En optant pour la conversion par réduction, la Cour de cassation choisit d'être clémente envers le débiteur, en retenant une solution « plus naturelle et plus humaine »³. En effet, en 1930, le transporteur aérien bénéficie d'une certaine bienveillance tant de la part du législateur que de la jurisprudence, afin de favoriser le développement de ce moyen de transport récent⁴. Pour autant, le commentateur affirme que cette solution a une portée générale⁵.

¹ Cass. civ., 12 mai 1930, *DP* 1932, I, p. 5, note G. Ripert : la clause était « libellée en des termes tellement généraux qu'elle tendrait à exonérer le transporteur de la responsabilité même de son délit ou de sa faute lourde équivalente au dol » ; V. aussi civ. 11 février 1931, *S.* 1932, I, p. 121, note F. Gény.

² La conversion peut être définie comme « le phénomène juridique grâce auquel un acte nul, remplissant cependant les conditions requises par la loi pour un autre acte, ayant un résultat semblable et conforme au but envisagé par les parties, sera valable dans cette mesure ». Ph. Simler, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, L.G.D.J., 1969, n° 13. V. aussi A. Boujeka, « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », *RTD com.* 2002, p. 223.

³ F. Gény, note sous civ. 11 février 1931, *S.* 1932, I, p. 121.

⁴ La loi du 31 mai 1924 autorise les transporteurs aériens à stipuler des clauses exonératoires de responsabilité en cas de faute du préposé et de risques de l'air. *Cf. supra*, n° 126.

⁵ G. Ripert, note sous civ. 12 mai 1930, *DP* 1932, I, p. 5, spéc. p. 6 : « cette décision est importante parce qu'elle vise l'interprétation de toutes les clauses d'irresponsabilité. Même conçue en des termes très généraux, une clause d'irresponsabilité n'est pas nulle. Elle vaut dans la mesure où elle peut couvrir certaines fautes ». V. aussi H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., n° 2522 : « une clause d'exonération en cas de dol est nulle (...) ».

Dans un premier temps, cette décision appelle des critiques. En effet, la Cour de cassation valide la clause si elle n'est pas invoquée pour couvrir une faute dolosive. Autrement dit, en fonction du comportement du débiteur, c'est-à-dire au stade de l'exécution, la clause sera annulée ou validée par une conversion. Si l'inexécution provient d'une simple négligence, il pourra bénéficier de la clause. Or celle-ci, en couvrant potentiellement le dol du débiteur, contrevient à l'ordre public. Elle devrait donc être entièrement annulée, peu important que le débiteur soit gravement fautif ou seulement présumé responsable. Il s'agit de sanctionner, au stade de la formation du contrat, la mauvaise foi de celui qui entend s'exonérer de toute responsabilité en cas de dol. Limiter la nullité de la convention d'irresponsabilité en admettant une conversion par réduction revient à réduire la sanction de la mauvaise foi. En outre, la présence même de la clause pourrait induire le cocontractant en erreur et le dissuader d'agir.

Néanmoins, deux arguments en sens contraire permettent de justifier l'approche retenue par la Cour de cassation. En cherchant à sauver une partie de la convention d'irresponsabilité, les juges tendent à conserver le contrat au plus près de ce qu'avaient prévu les parties¹. Grâce à la conversion, ils maintiennent la clause dans la mesure de la licéité. Cette solution apparaît en outre moins sévère pour le débiteur qui, en cas de simple négligence, serait sinon durement sanctionné pour une potentielle maladresse de rédaction. Cependant, pour recevables qu'ils soient, ces arguments ne permettent pas d'effacer les inconvénients techniques d'une telle solution. Les juges glissent de la formation à l'exécution du contrat en validant la clause en fonction du type d'inexécution du débiteur. Pour être plus cohérent, il faudrait en réalité invoquer ici l'inefficacité de la clause, plutôt que son invalidité.

Reste alors à s'interroger sur l'intérêt de conserver la nullité de la clause en cas de dol, en comparaison avec son inefficacité dans une hypothèse similaire. La nullité de la clause, dans la mesure où celle-ci couvre la faute dolosive, présente en réalité deux avantages. Elle permet de « raboter » la clause afin qu'elle ne couvre plus le dol ; l'utilité de cette correction apparaît lorsque le contrat dure dans le temps. De plus, la nullité encourue peut revêtir un rôle prophylactique, en poussant les contractants à soigner la rédaction des clauses en évitant d'utiliser des termes trop généraux, sources de croyance erronée d'une impunité totale du débiteur.

Et une clause générale d'exonération est sans valeur en cas de dol du débiteur ».

¹ F. Gény, note préc., S. 1932 I p. 121.

La clause couvrant le dol sera donc invalidée lorsqu'elle désigne expressément la faute dolosive du débiteur, et lorsqu'elle est rédigée en termes tellement généraux qu'ils aboutissent à englober la faute dolosive dans le champ d'application de la clause, mais seulement dans la mesure de l'illicéité. Cette prohibition est justifiée par de nombreuses raisons.

B. Fondements du principe de nullité des clauses couvrant le dol

424. Fondements légaux. Plusieurs textes légaux permettent de fonder l'invalidation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité couvrant la faute dolosive du débiteur. Les raisonnements ont été initialement menés sur les clauses élusives de responsabilité, mais ont été rapidement élargis aux clauses limitatives de responsabilité par la doctrine¹.

Tout d'abord, une telle stipulation tombe sous le coup de l'article 1174 du Code civil (futur article 1304-2), qui prévoit la nullité des obligations contractées sous condition potestative. En effet, ne pas être responsable en cas de faute dolosive revient à permettre au débiteur de ne pas exécuter son obligation intentionnellement, sans sanction. Une telle possibilité offerte au débiteur aurait pour conséquence de placer son obligation sous condition potestative²: il exécute quand il veut, s'il veut. Il n'est pas véritablement obligé.

Ensuite, l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (futur article 1104) peut également justifier cette position. En affirmant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la disposition condamne la mauvaise foi des contractants. Or, c'est bien faire preuve de mauvaise foi que de ne pas exécuter volontairement une obligation à laquelle on est tenu³. Par conséquent, prévoir l'exonération de son dol reviendrait à « se réserver la possibilité d'être de mauvaise foi »⁴, à « nier le contrat dès l'origine »⁵.

¹ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, Contrat, op. cit.*, n° 1875 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Obligations, op. cit.*, n° 617, A. Sériaux, *La faute du transporteur*, préf. P. Bonassies, Economica, 2^e éd., 1998, n° 295.

² P. Durand, thèse préc., spéc. n° 166.

³ Il a même été remarqué que le terme « dol » avait été utilisé à tort par le législateur dans l'article 1150 du Code civil. Cette disposition est la réplique de l'article 1134 alinéa 3, le terme « dol » devrait être remplacé par la « mauvaise foi ». H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, V° *Fraus omnia corrumpit*, p. 283.

⁴ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 615.

⁵ R. Jambu-Merlin, « Dol et faute lourde », *D.* 1955, chr. p. 89, spéc. p. 91.

Enfin, on peut invoquer une atteinte à l'ordre public¹. L'exonération de sa responsabilité en cas d'inexécution intentionnelle revient à s'autoriser à être de mauvaise foi.

Une telle solution nous paraît dès lors évidente, au vu des nombreux fondements qui peuvent être invoqués à son soutien. Elle est particulièrement importante car elle a pour effet de condamner « toute attitude de négligence systématique »², la faute volontaire ne pouvant être couverte par la clause.

425. Une solution partagée à l'étranger. Les pays qui nous entourent adoptent majoritairement la même attitude. Ainsi le droit allemand³, le droit belge⁴ ou le droit suisse⁵ présentent des règles similaires au droit français, en condamnant la clause qui exclurait toute responsabilité du débiteur coupable d'un comportement particulièrement grave. En revanche, le droit anglais ne prévoit pas cette limite⁶, mais la jurisprudence aura tendance à utiliser le principe de l'interprétation *contra proferentem* pour écarter la clause favorable au débiteur lorsqu'elle n'est pas rédigée assez clairement⁷.

426. Conclusion du paragraphe. En définitive, la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité trouve une limite commune dans la faute dolosive. Les articles 1174 et 1134 alinéa 3 du Code civil (futurs articles 1304-2 et 1104), invalident la clause, au moins dans la mesure où elle couvrirait le dol du débiteur. Il faut toutefois reconnaître qu'en pratique, une telle hypothèse est assez rare, en raison de la nullité certaine de la clause qu'entraînerait une telle rédaction. La faute dolosive, et les fautes qui lui sont assimilées, seront en revanche beaucoup plus fréquemment invoquées pour écarter une clause au stade de l'exécution du contrat. Cette cause d'inefficacité des clauses relatives à la responsabilité sera étudiée ultérieurement⁸.

À la première limite de validité classique des clauses, tenant à la faute intentionnelle couverte le cas échéant par la stipulation, il faut en ajouter une seconde, qui

¹ Cass. civ., 15 mars 1876, D. 1876 I 449, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 615.

² G. Viney, Rapport de synthèse, in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, op. cit., p. 329, spéc. p. 334.

³ Section 276 (3) BGB.

⁴ Art. 1150 Code civil belge.

⁵ Art. 100 Code des obligations suisse.

⁶ Il est remarquable que dans la plupart des ouvrages de *Contract law*, il ne soit fait aucune référence à l'hypothèse du dol couvert par la clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

⁷ H. Beale, « Droit anglais », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, op. cit., p. 155, spéc. p. 158.

⁸ Cf. *infra*, Deuxième partie, Titre I, Chapitre I.

n'est pas encore affirmée en droit positif, et qui a trait à la réparation du dommage corporel.

§2. L'affirmation de la nullité des clauses atténuant la réparation du dommage corporel

427. Une interdiction pressentie. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité heurtent lorsqu'elles touchent à la réparation du dommage corporel. En effet, l'idée même pour un débiteur de décider d'atténuer ou supprimer sa responsabilité lorsque l'inexécution de son obligation engendre des dommages corporels entraîne un malaise. Ce sentiment trouve sa source dans la contradiction à l'ordre public de telles clauses. L'ordre public tend en effet à protéger la personne humaine en refusant une atténuation de l'indemnisation en cas d'atteinte à son intégrité. Pourtant, ni la loi, ni la jurisprudence, n'ont affirmé le principe de nullité des conventions relatives à la réparation du préjudice corporel. Celui-ci doit désormais être consacré (A). Néanmoins, la protection de l'intégrité de la personne n'appelle pas nécessairement une réparation intégrale du préjudice corporel¹. Par conséquent, l'établissement de plafonds légaux est à la fois licite, et nécessaire dans certains domaines (B).

A. L'interdiction des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité relatives au dommage corporel

428. Le soutien des droits spéciaux pour invalider les clauses relatives à la réparation du dommage corporel. Dans les droits spéciaux étudiés et notamment en droit des transports, bien que des limites chiffrées soient souvent prévues pour la réparation des dommages corporels, les clauses de non-responsabilité sont toujours prohibées. En effet, si la prévision contractuelle rend parfois l'édiction de plafond de réparation indispensable même pour les dommages corporels, elle ne saurait justifier la validité d'une clause exonératoire de responsabilité. La réparation des dommages causés au corps humain ne peut être supprimée totalement ; si le respect de l'intégrité de la personne humaine

¹ Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, pourvois n^{os} 01-14259 et 01-14931, *op. cit.*.

n'entraîne pas nécessairement un principe de réparation intégrale, il appelle néanmoins une réparation substantielle. Une suppression totale, même négociée par les parties, ne saurait dès lors être validée.

Les clauses limitatives de réparation ne trouvent pas davantage grâce aux yeux du législateur. On l'a vu, le principe même de limite de réparation paraît envisageable, tant que les limites fixées par la loi ne sont pas dérisoires. Dans certains cas, les droits spéciaux prévoient directement une limitation légale mais refusent au contractant puissant la possibilité de modifier le plafond au détriment de la victime¹. Plus généralement, et surtout en présence d'un déséquilibre structurel, l'aménagement conventionnel de la réparation d'un préjudice corporel avant tout dommage n'est pas autorisé. Ainsi, les droits spéciaux ont tendance à supprimer la possibilité de stipuler une clause limitative de responsabilité relative à la réparation d'un dommage corporel².

Par conséquent, même lorsque les négociations sont possibles, le principe de nullité des clauses limitatives de responsabilité relatives au dommage corporel doit être affirmé. Les différents acteurs de la vie sociale ne semblent d'ailleurs pas souvent enclins à prévoir de telles clauses. Mais lorsqu'une telle occurrence se présente, elle devrait encourir la nullité, en raison de sa contrariété à l'ordre public. Quant à prévoir un plafond légal, cette hypothèse n'est évidemment pas envisageable en droit commun.

Enfin, il est intéressant de souligner que la loi anglaise prohibe de manière générale les clauses relatives au décès ou au préjudice corporel du cocontractant depuis l'*UCTA 1977*, sans égard aux relations existantes entre les parties³, tout comme le Code civil du Québec⁴.

En définitive, les limites et exonérations de réparation du préjudice corporel n'ont pas leur place dans le droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

429. Consécration du principe de nullité dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. L'avant-projet publié par la Chancellerie le 29 avril 2016 propose de limiter la validité de principe posée à l'article 1281 en prévoyant une exception relative au dommage corporel. L'alinéa 2 du même article dispose que « Toutefois, la responsabilité

¹ Fer : art. 30 RU-CIV 1999 ; Mer : art. 7 Convention Athènes 1974 ; art. 4 Convention Londres 1976 ; Air : art. 23 Convention Varsovie 1929.

² V. par ex., dans la responsabilité du fait des produits défectueux, art. 1386-15 Code civil (futur art. 1245-14) ; en droit aérien, art. 24 Convention Montréal 1999 et art. L. 6422-2 Code des transports.

³ Section 2 (1) *UCTA 1977*. Toutefois, ce texte ne s'applique pas aux contrats conclus entre particuliers : Section 1 (1) *UCTA 1977*. Cf. D. Yates, *Exclusion clauses in contracts, op. cit.*, p. 104.

⁴ Art. 1474 Code civil du Québec.

ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel ». Cette prohibition nous paraît tout à fait opportune et sa consécration dans le Code civil emporte une adhésion sans réserve.

430. *Portée pratique de la nullité.* Comme pour le dol, la clause couvrant le dommage corporel sera annulée dès lors que la stipulation le vise expressément. Cette hypothèse se rencontre plus souvent que pour la faute intentionnelle. Par exemple, dans le contrat de tatouage remis avant l'opération, le client doit le plus souvent cocher une case selon laquelle il « *décharge le tatoueur de toutes conséquences dues au tatouage, quelle qu'en soit la nature (malaise, infection, allergie, ...), et déclare en assumer l'entière responsabilité* »¹. En application du principe nouvellement affirmé de nullité de la clause supprimant la réparation du dommage corporel, cette stipulation devrait être réputée non écrite.

Quid de la clause rédigée en termes tellement généraux qu'elle couvrirait le dommage corporel ? Là encore, nous pouvons nous inspirer des solutions retenues pour la faute dolosive. La portée de la clause sera réduite afin qu'elle ne couvre plus le dommage corporel. Si le dommage corporel est cité au sein d'une clause relative à divers préjudices, seule la référence à ce type de dommage sera gommée. La clause ne sera donc pas totalement annulée, et conservera sa portée dans la mesure de la licéité.

La nullité des clauses relatives à la réparation du dommage corporel ne fait aucun doute et doit être affirmée. En revanche, elle n'induit pas nécessairement la prohibition de tout plafond légal relatif à l'indemnisation du préjudice corporel.

B. Limite : l'établissement de plafonds légaux

431. *Une solution acceptable.* L'interdiction de la *nature contractuelle* de la limitation n'emporte pas nécessairement le rejet du *principe* de la limitation de responsabilité. En pratique, l'idée même d'une limite conventionnelle peut heurter : par exemple, dans le cas de la relation médicale, ni les médecins, ni les patients, ne seraient d'accord pour laisser place à la liberté contractuelle à cet égard. En revanche, une limitation encadrée par la loi pourrait s'envisager, dans la mesure où elle serait assez haute pour ne pas déresponsabiliser les praticiens, et harmonisée pour tous. Plus généralement, un plafond de réparation, dès

¹ Contrat de tatouage, *Manutattoo Bodyart*.

lors qu'il est prévu par la loi, ne contrevient pas à l'ordre public, car il ne véhicule pas le risque d'être imposé par un contractant ou de fixer un montant dérisoire.

432. *L'existence de plafonds en droit des transports.* Le droit des transports utilise très largement les plafonds légaux de réparation, même pour les dommages corporels. Cette pratique n'est pas illicite, car on l'a vu, elle ne contrevient pas à l'ordre public. Elle est dictée par des considérations d'opportunité : le partage des risques entre le transporteur et les passagers est indispensable à la survie des entreprises de transport.

Toutefois, cette pratique est limitée au droit des transports. Elle n'a pas été étendue au droit médical, qui pourtant pourrait y trouver de grands bénéfices.

433. *Proposition : création de limites légales et d'un fonds de solidarité.* Le droit médical ne connaît pas aujourd'hui de plafonds de réparation. Pourtant, la pratique de certains spécialistes, tels les gynécologues-obstétriciens et les échographistes, peut être source d'une responsabilité extrêmement lourde, avec des condamnations atteignant plusieurs millions d'euros. Certes, l'assurance leur permet de couvrir une très grande partie de ce risque, mais cette solution n'est pas satisfaisante. La couverture est limitée par un plafond dont le minimum est fixé par un décret en Conseil d'État ; or, le seuil prévu est extrêmement élevé, entraînant des primes d'assurance colossales pour les praticiens. Ce montant se répercute inévitablement sur le prix des consultations (lorsque les praticiens sont libres de le fixer), et donc, sur les patients.

Une solution à cette délicate question de l'équilibre entre l'indemnisation de la victime et le poids des dommages-intérêts dus par le praticien pourrait se trouver dans l'établissement de plafonds légaux de réparation. Déjà adoptée en droit des transports, elle pourrait être étendue à d'autres domaines, notamment médical. Ces plafonds seraient ainsi fixés par la loi à des montants reflétant la conjugaison des différents intérêts en présence. Ils pourraient être propres à chaque spécialité, comme en droit des transports où chaque mode de locomotion bénéficie d'un plafond particulier.

Malgré tout, le défaut d'indemnisation « intégrale » dans ce domaine peut paraître insupportable. Pour y remédier, il pourrait être envisagé, pour compléter l'indemnisation versée par le praticien, un fonds national de soutien pour les victimes d'accidents médicaux causés par un acte de prévention, diagnostic ou soin du praticien. Le fonds de solidarité aurait donc un objectif un peu différent du fonds de garantie déjà en vigueur. Il ne s'agirait pas de se substituer à l'assuré pour le versement des sommes qu'il doit, mais de compléter, au-delà de la responsabilité limitée du praticien, l'indemnisation de la victime. Le fondement serait alors celui de la solidarité nationale, à l'instar de la réparation des

dommages résultant de l'aléa thérapeutique¹. La médecine n'est pas une science exacte, et les praticiens ne sont pas à l'abri d'une erreur, une négligence, qui peut avoir des conséquences dramatiques. Sans les déresponsabiliser, car tel n'est évidemment pas notre propos, il apparaîtrait opportun de limiter leur responsabilité, tout en complétant l'indemnisation fixée par la loi par la création d'un fonds de solidarité.

Poussant au bout la logique, M. Le Tourneau propose de construire un droit des dommages corporels, dont l'indemnisation, forfaitaire et automatique, serait assurée par la Sécurité sociale². Cette proposition est séduisante, mais nécessite une véritable révolution du droit de la responsabilité civile. Il est toutefois intéressant de noter que l'auteur envisage une indemnisation forfaitaire, qui pourrait être complétée par une assurance personnelle. Il ne voit donc pas d'inconvénient à ce que le système prévoie, en principe, une indemnisation qui sera souvent limitée³.

434. Conclusion de la sous-section. En définitive, les clauses relatives à la responsabilité sont réputées non écrites dans deux cas, peu importe la relation établie par les parties au contrat. Première prohibition, une clause ne peut couvrir le dol du débiteur. Celui-ci ne peut en effet prévoir à l'avance de s'exonérer ou même de limiter sa responsabilité en cas de faute volontaire. Seconde prohibition, absente des textes et de la jurisprudence, la nullité des clauses limitatives ou exonératoires de réparation relatives au dommage corporel doit être consacrée. En revanche, le principe même de limitation de l'indemnisation des dommages corporels, dans la mesure où il ne heurte pas l'ordre public, permet l'établissement de plafonds légaux de responsabilité. Déjà présents en droit des transports, ceux-ci pourraient être adoptés par le droit médical afin de parvenir à un meilleur équilibre entre les praticiens et leurs patients. Pour ne pas priver ces derniers d'une réparation intégrale, un fonds de solidarité pourrait toutefois être envisagé, lequel compléterait l'indemnisation des victimes au-delà du plafond légal.

Aux côtés des règles applicables quelle que soit la relation entre les parties et qui ne sont relatives qu'aux cas de la faute dolosive et de la réparation du dommage corporel, il nous faut maintenant déterminer les hypothèses dans lesquelles la validité des clauses peut être remise en cause. Pour cela, le critère du déséquilibre structurel entre les parties va permettre d'affiner le régime en alliant sécurité juridique et justice contractuelle.

¹ Art. L. 1142-1 Code de la santé publique : cette disposition prévoit la prise en charge, par la solidarité nationale, des dommages résultant de l'aléa thérapeutique, c'est-à-dire de tout accident médical, affection iatrogène ou infection nosocomiale survenue en l'absence de faute d'un praticien.

² Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, op. cit., n^{os} 90 et s..

³ « Forfaitaire » n'induit pas nécessairement limitée, mais dès que le dommage subi dépassera le chiffre fixé, l'indemnisation sera en pratique limitée.

Sous-section 2 : Les nouvelles règles de validité construites autour du déséquilibre structurel

435. Le principe directeur du régime renouvelé est celui de la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Il doit néanmoins être affiné. Les nouvelles règles de validité s'agencent autour de l'idée de déséquilibre structurel entre les parties. En l'absence d'un tel déséquilibre, la validité est bien plus étendue (§1) que lorsque les parties ne sont pas, abstraitement, sur un pied d'égalité (§2).

§1. La validité quasi absolue en l'absence d'un déséquilibre structurel entre les contractants

436. *Absence d'un déséquilibre structurel.* L'hypothèse concerne ici tous les contrats conclus soit par des particuliers entre eux, soit par des professionnels qui ne rentreraient pas dans le champ de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, à la condition que ce ne soient pas des contrats d'adhésion. La négociation doit être ouverte, le document contractuel n'est pas pré-rédigé par une partie avec impossibilité d'en modifier le contenu par l'autre.

437. *Le principe de validité affirmé pour toutes les clauses relatives à la responsabilité.* Lorsque le contrat a été librement négocié, ou du moins que les parties en avaient la possibilité, le législateur, dans les droits spéciaux, laisse place à la liberté contractuelle. Les clauses relatives à la responsabilité sont valables en principe. La même solution doit être affirmée en droit commun. La liberté contractuelle reprend sa véritable place et permet de valider les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

La validité de principe des conventions de responsabilité trouve un appui solide en droit prospectif dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, qui propose de consacrer cette règle directrice à l'article 1281. Un tel texte offrirait un fondement légal qui permettrait d'établir durablement le principe de validité.

Dans l'hypothèse d'un contrat ne présentant pas de déséquilibre structurel, le juge n'a pas le pouvoir de contrôler la validité de la clause. Il n'y a pas de protection particulière du contractant contre qui la clause est invoquée. L'absence de déséquilibre structurel fait disparaître la justification permettant de limiter la validité des clauses

relatives à la responsabilité. Le contrôle de la validité des clauses, illégitime en raison de l'absence de partie abstraitement faible, est exclu. Le droit n'a pas à protéger les contractants en l'absence de déséquilibre identifié. Comme l'avait relevé Portalis lors de la préparation du Code civil :

« L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes sous la surveillance des lois ne serait qu'une longue et honteuse minorité et cette surveillance dégènerait elle-même en inquisition. »¹

À trop vouloir aider les contractants, le droit civil risque de leur ôter toute rigueur lors de la rédaction du contrat, car ils s'appuieront sur l'idée que le juge palliera leur éventuel manque d'attention le moment venu.

438. Cette solution pourrait paraître trop stricte et servir de terreau à bien des abus. Néanmoins, il ne faut pas oublier qu'il existe d'autres outils, déjà évoqués. Le contractant pourra, le cas échéant, se fonder sur les vices des consentements issus de la théorie générale des contrats, ou plus particulièrement sur son ignorance de la clause, obstacle à sa validité. Il pourra également invoquer, malgré la présence d'une clause même évasive de responsabilité, l'exécution forcée ou la résolution pour inexécution. Le créancier est donc loin d'être démuni. Enfin et surtout, le créancier pourra se prévaloir de la faute lourde ou dolosive du débiteur, afin de paralyser la clause au stade de l'exécution.

Cette solution est affirmée à rebours du contrôle actuellement mené par la jurisprudence dans tous les contrats au nom de la contradiction à l'obligation essentielle. M. Delebecque est parvenu à la même conclusion, en rejetant le contrôle de la contradiction à l'obligation essentielle pour ne retenir que l'inefficacité en cas de faute grave du débiteur :

« Seules les clauses relatives aux obligations des parties devraient être assujetties à la théorie de l'obligation essentielle du contrat. Les clauses, différentes, par lesquelles les parties se bornent à aménager la responsabilité découlant de l'inexécution d'obligations dûment incluses dans le contenu contractuel, en d'autres termes les clauses d'irresponsabilité proprement dites, ne devraient connaître que la limite du dol et de la faute lourde (...). L'amalgame fait entre les deux catégories de clauses conduit aujourd'hui à remettre trop systématiquement en cause la convention des parties (...). »²

Ainsi, lorsque la clause a été valablement connue et acceptée, et que le comportement du débiteur n'est pas condamnable, la clause relative à la responsabilité sera

¹ J.-E. Portalis, *Discours rapport et travaux inédits sur le Code civil*, Librairie de la Cour de cassation, 1844, p. 53.

² Ph. Delebecque, « Clause de responsabilité et manquement à une obligation essentielle : l'amalgame », *RDT* 2007,

pleinement efficace, en vertu de la force obligatoire des contrats. Le législateur n'a aucune légitimité à intervenir dans cette situation. M. Chénéde le souligne en ces termes : « sauf à en être investi par la loi, le juge n'a pas le pouvoir d'annuler les clauses librement consenties par les contractants »¹.

439. Rappel des exceptions. Pour rappel, deux exceptions doivent être apportées à cette validité de principe des clauses relatives à la responsabilité. La clause sera annulée lorsqu'elle portera directement sur la faute dolosive du débiteur, ou sur la réparation du dommage corporel. La validité des clauses n'est donc pas absolue. Les limites qui sont ainsi prévues s'imposent pour des raisons à la fois juridiques – relatives à l'interdiction des obligations purement potestatives et des conventions contraires à l'ordre public –, et sociétales – s'exprimant par le rejet des comportements intentionnellement nocifs et le refus de l'aménagement conventionnel anticipé de la réparation du dommage corporel.

440. Pour reprendre nos propositions, en dehors des deux limites évoquées de la clause couvrant le dol ou la réparation du dommage corporel, les clauses limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité devraient être parfaitement valables dans les contrats négociés. Les solutions sont plus nuancées en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties.

§2. La validité contrôlée en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties

441. Les règles qui vont être définies s'appliquent en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties à la convention. Aujourd'hui, entre le droit de la consommation, l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, et la plupart des droits spéciaux, il reste peu de contrats qui ne soient pas réglementés sur ce point. Néanmoins, il existe encore des cas dans lesquels un déséquilibre structurel peut se présenter, sans relever de ces matières spéciales. Il s'agit des contrats d'adhésion conclus entre deux professionnels, ou entre deux particuliers. Comme l'énonce très justement M. Denis Mazeaud,

comm. 219.

¹ F. Chénéde, thèse préc., n° 270.

« il est bien évident que l'existence dans un contrat, fût-il conclu entre professionnels, d'une clause qui est le fruit d'une inégalité entre les contractants et la source d'une injustice contractuelle, dans la mesure où elle engendre au profit du contractant en position de force un avantage sans contrepartie réelle, n'est pas admissible »¹.

Le déséquilibre entre les parties appelle donc une protection contre le déséquilibre contractuel, qui passe par un encadrement des clauses relatives à la responsabilité.

Avant de définir les règles de validité des clauses en présence d'un déséquilibre structurel il nous faut souligner qu'au cours de l'étude des différents textes et arrêts, une différence de traitement est clairement apparue entre les clauses limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité. Cette distinction permet d'aboutir à des solutions plus cohérentes et doit donc être maintenue dans le nouveau régime. Elle n'apparaît cependant que lorsqu'il existe un déséquilibre structurel entre les parties, car lorsque celles-ci sont sur un pied d'égalité, les clauses sont valables en tout état de cause. La distinction doit donc ici être retenue (A), et aura un impact sur l'établissement des règles de validité des clauses limitatives et des clauses exonératoires de réparation (B).

A. Le choix de la distinction entre clauses limitatives et clauses exonératoires de responsabilité

442. Position du problème. Il pourrait paraître plus simple d'opter pour un régime unifié pour toutes les clauses relatives à la responsabilité, qu'elles limitent ou suppriment la réparation du débiteur. Cependant, il est apparu plus juste de procéder, au contraire, à une distinction des deux types de clauses, qui ne répondront pas exactement aux mêmes règles de validité, en raison des différences qui les séparent. Cette prise de position est préférable car elle tient mieux compte de la différence qui existe entre les deux stipulations, même si elle entraîne une difficulté inhérente à toute idée de seuil.

443. Une différence fondamentale. Les clauses limitatives et les clauses exonératoires de responsabilité ne répondent pas à la même logique. Si les premières laissent subsister une réparation, même limitée, les secondes suppriment toute indemnisation. Elles font disparaître l'une des sanctions de l'inexécution. Il ne reste au créancier que la résolution pour inexécution, ou le cas échéant l'exception d'inexécution, sanctions certes présentes

¹ D. Mazeaud, « La protection par le droit commun », in *Les clauses abusives entre les professionnels*, Actes du colloque

mais moins sévères pour le débiteur. Par conséquent, pour certains auteurs, plus qu'une différence de degré, il y a une différence de nature entre les deux types de clauses¹. Cette différence de situation appelle à distinguer entre les deux types de clauses pour établir les règles de validité.

444. Difficulté : la clause limitative fixant un montant dérisoire. Ce choix de la distinction fait naître un problème de seuil². Il est des clauses limitatives de réparation qui fixent un seuil tellement bas qu'elles ont en pratique un effet exonératoire. À partir de quel montant le plafond est-il dérisoire et fait-il basculer la clause limitative de réparation dans la catégorie des clauses de non-responsabilité ?

La jurisprudence du début du XX^{ème} siècle en droit des transports nous est ici d'une grande aide. En effet, si les clauses exonératoires de responsabilité ont été interdites par la loi Rabier en 1905, les clauses limitatives de réparation ont au contraire été validées par la jurisprudence. Et pour contrer toute tentative de contournement de la prohibition légale, les juges ont interdit les clauses dont ils jugeaient le montant dérisoire. Le principal critère utilisé était alors la comparaison objective entre la valeur du préjudice subi par le créancier et la somme offerte par la clause³.

Ce critère a été plus récemment repris par plusieurs auteurs, qui l'ont affiné⁴. La véritable comparaison doit être entreprise entre *le chiffre prévu* et *le dommage prévisible* au moment de la conclusion du contrat. En effet, le caractère dérisoire ne saurait être apprécié en fonction du préjudice réellement subi par le créancier sans égard à son caractère prévisible. Il ne faut pas oublier qu'en matière contractuelle, seul le dommage prévisible est réparable par le débiteur. Par conséquent, la limite sera dérisoire si elle est sans commune mesure avec les dommages-intérêts qu'aurait reçus le créancier en l'absence de clause, à hauteur du dommage prévisible. Or la jurisprudence récente adopte une attitude assez stricte lorsqu'elle doit définir le dommage prévisible. Par conséquent, le chiffre de dommages-intérêts à prendre en compte ne sera pas très élevé. Prenons l'exemple d'un voyageur qui, en raison de l'important retard de son train, manque son

du 23 mai 1997, *Economica*, p. 33 n° 3.

¹ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 186 ; B. Starck, art. préc., *D.* 1974, chr. p. 157, n° 32 ; Th. Genicon, art. préc., *in Les immunités de responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 20.

² Afin d'éviter cette difficulté, certains auteurs proposent à l'inverse un régime unique : H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. III, n° 2596.

³ R. Rodière, « La faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ.* 1954, p. 201, spéc. p. 221 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2591.

⁴ Y.-M. Laithier art. préc., *RDC* 2010, p. 1220, spéc. p. 1224 ; Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2014, p. 176, spéc. p. 179.

avion et ainsi ses vacances dans un pays lointain¹. Le transporteur avait pris soin de limiter sa responsabilité en cas de retard à la moitié du prix du billet ce qui équivaut, en l'espèce, à 35 €. Or, le montant du préjudice effectivement subi pour le passager s'élève à 3000 €, comprenant les vols et le séjour à l'étranger. Cependant, le dommage prévisible pour le transporteur est évalué à 70 €, car il ne peut prévoir ce type de conséquence en cas de retard d'un train à destination de Paris, qui n'est pas un aéroport. Par conséquent, le montant de la clause (35 €) devra être comparé au dommage prévisible (70 €) et non au dommage subi (3000 €). Dans cet exemple, la limite conventionnelle ne sera pas dérisoire, bien qu'elle soit ressentie comme telle par le passager au regard de son préjudice réel. Car sans la limite conventionnelle, il n'aurait de toute façon pu obtenir qu'une indemnisation à hauteur du dommage prévisible pour le transporteur.

Ainsi, seule la limite véritablement dérisoire, et non seulement insuffisante, entraînera la requalification de la stipulation en clause de non-responsabilité.

La distinction entre clauses limitatives et clauses exonératoires de responsabilité étant retenue, des règles de validité différentes pour les deux types de stipulations peuvent être proposées.

B. Régime des clauses relatives à la responsabilité

445. Le régime proposé cherche à prévenir les déséquilibres contractuels. Pour ce faire, les clauses exonératoires de responsabilité (a) sont traitées plus sévèrement que les clauses limitatives de réparation (b).

1) Régime des clauses exonératoires de responsabilité

446. Les clauses exonératoires de responsabilité réputées non écrites. Les clauses d'exonération totale ou partielle de responsabilité comportent un risque très important de déséquilibre contractuel. En effet, supprimer totalement sa responsabilité en cas d'inexécution non dolosive sera difficile à compenser. Afin de protéger la partie faible des contrats non négociés, la validité des clauses exonératoires de responsabilité doit être refusée. Il en va de même pour les clauses limitatives de réparation qui prévoient un seuil dérisoire, et sont donc assimilées aux clauses de non-responsabilité.

¹ Ce cas est inspiré de l'arrêt : Cass. civ. 28 avril 2011, pourvoi n° 10-15056, *op. cit.*,

Les clauses de non-responsabilité sont donc réputées non écrites dans les contrats d'adhésion.

447. *Le même traitement réservé aux clauses d'exonération partielle.* La question est plus complexe lorsque le débiteur prévoit une clause d'exonération « partielle », en supprimant sa responsabilité dans des cas limités seulement. Cette clause signifie que dans certains cas, le débiteur sera tenu de réparer le préjudice subi par le créancier ; ainsi, toute réparation n'est pas supprimée. Pour autant, cette clause doit, elle aussi, être condamnée. En effet, lorsque l'hypothèse d'exonération se présente, le créancier n'obtient aucune réparation, par conséquent il se retrouve dans une situation similaire à celle du créancier se voyant opposer une clause d'exonération totale. Là encore, l'absence totale de réparation n'est pas acceptable *lorsqu'elle est imposée* à une partie. L'exonération de responsabilité devrait nécessairement résulter d'une discussion entre les parties, afin notamment que le cocontractant négocie une diminution du prix, et choisisse une assurance adéquate.

448. *Influence sur le droit de la vente.* Les clauses de non-garantie des vices cachées présentes dans les contrats de vente sont aujourd'hui prohibées, même entre professionnels, par une jurisprudence extrême, qui ne distingue pas selon le type de contrat conclu. Le régime de droit commun des clauses relatives à la responsabilité ici proposé pourrait constituer une source d'inspiration très profitable pour faire évoluer cette solution injustifiée¹. Prohibées dans les contrats conclus avec un consommateur par le biais du droit de la consommation, les clauses recouvreraient leur validité première dans les contrats de vente conclus entre hommes de métier. En revanche, si la vente prend la forme d'un contrat d'adhésion, une clause de non-garantie ne pourrait y être valablement insérée.

M. Malinvaud avait proposé cette solution il y a déjà plusieurs décennies :

pour être valable, la clause doit être « librement débattue entre deux partenaires qui ne sont pas nécessairement d'un même poids économique, mais dont aucun n'a été contraint de passer sous les fourches caudines de l'autre. La clause serait au contraire nulle si elle était imposée au professionnel dans un contrat d'adhésion (...) »¹.

Une telle évolution de la jurisprudence aboutirait à un rééquilibrage en profondeur du droit de la vente et ainsi à des solutions bien plus satisfaisantes.

Les clauses exonératoires de responsabilité sont donc en principe réputées non écrites en présence d'un déséquilibre structurel. Les clauses limitatives de réparation bénéficient en revanche d'un régime plus souple.

¹ Cf. *supra*, nos 296 et s..

2) Régime des clauses limitatives de réparation

449. La validité de principe. La prohibition des clauses limitatives de réparation en raison du seul déséquilibre structurel, telle qu'elle a été édictée dans certains droits spéciaux, est critiquable et n'emporte pas l'adhésion. Par conséquent, une telle solution ne devrait pas être étendue au droit commun des clauses limitatives de responsabilité. En effet, le déséquilibre contractuel ne découle pas nécessairement de la présence d'un plafond de réparation, contrairement à l'exonération totale de responsabilité. Or, c'est bien l'existence d'un déséquilibre au sein du contrat qui doit être combattue. Par conséquent, les clauses limitatives de responsabilité doivent être *en principe valables*, à condition qu'elles ne fixent pas une limite dérisoire – et qu'elles soient dans ce cas réputées non écrites, en raison de leur assimilation aux clauses de non-responsabilité.

Toutefois, en plus des exceptions relatives au dol et au dommage corporel, il faut se demander si une exception propre aux clauses limitatives de réparation ne doit pas nuancer ce principe de validité.

450. La contradiction à l'obligation essentielle rejetée ; le déséquilibre significatif pressenti. Le droit commun des clauses limitatives de responsabilité, fixé par la jurisprudence, prévoit aujourd'hui que les clauses sont valables sauf si elles contredisent l'obligation essentielle du débiteur. Or, depuis l'arrêt *Faurecia II*, le contrôle effectivement mené est surtout un contrôle de l'équilibre du contrat. En effet, le juge évalue les contreparties offertes par le cocontractant pour en déduire si la clause est à l'origine d'un déséquilibre trop important pour être maintenue. Grâce à ce glissement du contrôle de la contradiction à celui du déséquilibre contractuel, la notion d'obligation essentielle, qualifiée d'« imprévisible et fluctuante »², ou encore de « vaporeuse et incertaine »³, est évincée. Toutes les clauses relatives à la responsabilité seront contrôlées de la même manière, qu'elles soient relatives à une obligation essentielle ou accessoire⁴. Le juge devra vérifier, au regard de l'ensemble de la convention, si la clause entraîne un déséquilibre

¹ Ph. Malinvaud, art. préc., *JCP G* 1975, I, 2690, n° 20.

² Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2008 p. 982, n°s 8 et s..

³ D. Houtcieff, note préc., *JCP G* 2010, p. 787.

⁴ En pratique, bien que les clauses relatives à une obligation accessoire soient susceptibles d'être réputées non écrites, au même titre que les clauses relatives à une obligation essentielle, elles auront plus difficilement pour effet de créer un déséquilibre significatif. En effet, elles toucheront à une obligation en marge du contrat, et seront donc moins à même d'en modifier tout l'équilibre.

particulièrement grave entre les droits et obligations des parties¹. Cette solution avait déjà été évoquée il y a quelques années par M. Laithier, qui soulignait que :

« Si la référence par le juge à l'obligation essentielle est en réalité moins l'expression de la quête de l'essence d'un contrat donné que l'expression d'une limite à la liberté contractuelle, alors le contrôle judiciaire peut être mené sur le fondement d'un standard (par exemple, l'absence d'abus, le caractère raisonnable, etc.) et la distinction entre obligation essentielle et non essentielle évacuée »².

Ici, le standard retenu serait celui du déséquilibre significatif : en plus d'être consacré par le nouveau droit commun des contrats à l'article 1171 du Code civil, il se présente comme l'outil de lutte contre les déséquilibres contractuels par excellence. Seulement, cet argument est insuffisant pour adopter le déséquilibre significatif dans le régime des clauses limitatives de réparation. Il nous faut éprouver cette proposition au regard de ces stipulations en particulier.

451. Caractérisation du déséquilibre significatif. Comment caractériser le déséquilibre significatif, critère permettant de réputer non écrite une clause limitative de réparation ? La notion de déséquilibre significatif est connue depuis plusieurs décennies en droit de la consommation, présente en droit de la concurrence depuis 2008, et en passe d'entrer dans le droit commun des contrats à l'article 1171 du Code civil, en application de l'ordonnance du 10 février 2016. Le rapport au Président rendu à l'occasion de la publication de cette ordonnance confirme l'unité de la notion dans les différents domaines :

« Les critères d'appréciation du déséquilibre sont déjà connus puisqu'ils sont inspirés de ceux fixés dans le code de la consommation et qu'ils résultent de la transposition de la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 sur les clauses abusives ».

Cette précision n'est pas sans rappeler la solution retenue par le Conseil constitutionnel à l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce³. Il faudrait donc considérer, en droit commun des contrats comme en droit de la concurrence, que la notion de déséquilibre significatif est une simple transposition de celle qui existe depuis plusieurs décennies en droit de la consommation. Cette solution est tout à fait acceptable, à condition de pouvoir définir la notion dans le droit de la consommation.

Or, les textes consuméristes ne donnent pas de définition explicite du déséquilibre significatif. Ce silence provient de la nature même de standard de la notion⁴ : floue et

¹ Comp. G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 215.

² Y.-M. Laithier, art. préc., *RDC* 2010, p. 1220, spéc. p. 1223.

³ CC, 13 janvier 2011, décision n° 2010-85 QPC, *op. cit.*

⁴ C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n°s 297 et s..

flexible, elle laisse au juge une marge de manœuvre qui se révèle indispensable pour effectuer un contrôle *in concreto* du contrat et de la clause¹. Toutefois, une étude approfondie de la notion a permis de faire apparaître des critères fonctionnels d'identification du déséquilibre significatif². Dans un premier temps, pour caractériser l'*existence* d'un déséquilibre entre les droits et obligations des parties, il faut comparer la clause litigieuse à un modèle de référence, constitué par les règles supplétives du droit commun des contrats. Dans un second temps, pour déterminer si le déséquilibre identifié est *significatif*, deux critères ont été dégagés. Le premier manifeste « l'unilatéralisme dans le contrat de consommation, en faveur du professionnel », tandis que le second tient à « la négation des droits du non-professionnel ou consommateur »³.

452. Application aux clauses relatives à la responsabilité. En droit commun des contrats, le créancier d'une obligation peut engager la responsabilité du débiteur défaillant, en application de l'article 1147 du Code civil (futur article 1231-1), et se voir octroyer des dommages-intérêts en réparation du dommage causé par cette inexécution. Cette réparation couvrira le dommage prévisible au jour de la conclusion du contrat. La clause qui limite ou supprime cette réparation constitue bien un écart avec le droit supplétif du créancier à demander réparation. Celui-ci est placé dans une situation moins favorable que celle dont il aurait pu bénéficier en application des règles de droit commun. Il y a donc bien un déséquilibre au détriment de la partie faible, à qui est imposée cette clause.

Il faut ensuite vérifier que le déséquilibre identifié est bien *significatif*. En effet, le moindre déséquilibre ne peut être corrigé ; seuls les déséquilibres les plus graves justifient l'intervention du juge. Des deux critères dégagés par Mme Pégliion-Zika, le second, relatif à la négation d'un droit, retient l'attention pour notre question. Pour cet auteur, la *négation totale* du droit est nécessaire pour qu'un déséquilibre *significatif* soit caractérisé. S'il s'agit d'une *simple dérogation* au droit supplétif, le déséquilibre ne sera pas qualifié de significatif. Ainsi, pour savoir si, en droit commun des contrats, une clause limitative ou exonératoire de réparation est susceptible d'entraîner un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, il faut se demander si elle entraîne une négation totale du droit d'agir en réparation contre le débiteur défaillant. Par conséquent il apparaît que seules les clauses exonératoires de réparation et les clauses limitatives fixant un montant

¹ C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n^{os} 378 et s..

² C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n^{os} 393 et s.. Pour ce faire, Mme Pégliion-Zika s'est appuyée sur la pratique des clauses abusives en droit de la consommation, qui rassemble les décrets en la matière, les recommandations de la Commission des clauses abusives, et la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation.

³ C.-M. Pégliion-Zika, thèse préc., n^o 395.

dérisoire de dommages-intérêts sont susceptibles d'être à l'origine d'un déséquilibre significatif. À l'inverse, les clauses limitatives de réparation, tant qu'elles ne fixent pas un montant dérisoire, n'ont que pour effet d'aménager le droit à réparation supplétif du créancier, ce qui est insuffisant à établir le caractère significatif du déséquilibre. À s'en tenir à ce critère du déséquilibre significatif, une clause limitative qui ne fixe pas un montant dérisoire ne pourra jamais être à l'origine d'un tel déséquilibre.

453. Un second auteur propose une approche un peu différente pour déterminer le caractère significatif du déséquilibre¹. Deux hypothèses couvriraient le déséquilibre *significatif* : un déséquilibre considérable, ou un déséquilibre injustifié. S'agissant de la première proposition, il nous semble que s'attacher au caractère substantiel du déséquilibre ne fait que déplacer la difficulté. Comment apprécier l'excès ? Cette approche quantitative, trop vague, manque de certitude. Néanmoins, appliquée aux clauses limitatives de réparation, elle aboutirait probablement au même résultat, en ne stigmatisant que les clauses fixant un montant dérisoire.

Le déséquilibre peut aussi révéler sa gravité en raison de son caractère injustifié. L'auteur précise cette idée en déclinant cette absence de justification « en deux sous-hypothèses : l'existence d'une prérogative contractuelle arbitraire d'un côté, l'absence de contrepartie au déséquilibre de l'autre ». La première situation, qui fait écho à l'unilatéralisme, n'est donc pas applicable à la clause limitative de réparation, celle-ci n'octroyant pas de prérogative contractuelle arbitraire à l'une des parties. L'absence de contrepartie, en revanche, paraît de prime abord bien adaptée aux limitations conventionnelles de réparation. Elle rappelle d'ailleurs la recherche effectuée par la Cour de cassation dans l'arrêt *Faurecia II*. Néanmoins, à la différence de cette affaire, la question se pose ici dans des contrats non négociés. Cette donnée rend la mise en œuvre du critère très délicate. En effet, comment savoir si la clause limitative répond à une baisse de prix dans un contrat d'adhésion ? En l'absence de discussion, il sera malaisé de déterminer si la stipulation prévue en faveur du contractant puissant est contrebalancée par une autre clause. En conséquence, il nous semble que ce critère ne peut jouer pour déterminer si une clause limitative de réparation cause un déséquilibre significatif au sein d'un contrat d'adhésion.

Autrement dit, seule la condition de négation des droits, développée plus haut, peut être utilisée pour caractériser un déséquilibre significatif provoqué par la présence d'une clause limitative de responsabilité dans un contrat d'adhésion. Or, on l'a vu, seule la clause

qui fixe un montant dérisoire, assimilée à la clause de non-responsabilité, pourra entraîner un tel déséquilibre.

Finalement, au regard de la définition adoptée, le déséquilibre significatif ne semble pas pouvoir être caractérisé lorsqu'il est confronté à une clause limitative de réparation. Nous pouvons donc en conclure que le critère du déséquilibre significatif, applicable aux clauses exonératoires de responsabilité, est en revanche inopérant pour limiter le principe de validité des clauses limitatives de réparation.

454. Conclusion : la validité affirmée des clauses limitatives de réparation dans les contrats d'adhésion. En dehors des hypothèses plus générales du dol et du dommage corporel, les clauses limitatives de réparation doivent être validées. Un temps pressenti, le contrôle de l'équilibre contractuel ne doit finalement pas être retenu car les clauses qui limitent la réparation ne portent pas de véritable risque de déséquilibre. Il faut souligner ici que les clauses qui fixent un montant dérisoire ne bénéficient pas de ce régime, car elles sont assimilées aux clauses exonératoires de responsabilité. Elles seules pourraient d'ailleurs être à l'origine d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties.

Il faut reconnaître que la suppression d'un outil de contrôle des clauses limitatives de réparation peut surprendre, alors même que l'arrêt de mort de la cause a été signé dans l'ordonnance du 10 février 2016. Toutefois, deux idées doivent être gardées à l'esprit. D'une part, la contradiction à l'obligation essentielle, développée dans la jurisprudence *Chronopost*, aboutit en réalité à un résultat assez proche de celui qui vient d'être démontré. D'un fonctionnement plus incertain, elle cherche néanmoins à sanctionner uniquement les clauses qui portent véritablement atteinte à l'obligation essentielle ; or, comme l'a montré l'arrêt *Faurecia II*, une clause limitative qui ne fixe pas un plafond dérisoire ne contrevient pas à l'obligation essentielle du contrat. D'autre part, le choix du déséquilibre significatif n'est pas anodin. Connue et éprouvée, cet outil a démontré son efficacité dans la lutte contre les déséquilibres contractuels. Or il s'agit bien de ne prohiber que les clauses qui créent un véritable déséquilibre contractuel. Alléger le critère en supprimant le caractère significatif du déséquilibre serait inacceptable. Le droit commun des clauses limitatives de réparation ne pourrait être plus protecteur que les droits spéciaux qui ont déjà consacré un système de lutte contre les déséquilibres contractuels. Plus encore, cet outil fait son entrée dans le Code civil à l'article 1171 avec l'ordonnance du 10 février 2016.

¹ L. Gratton, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 22, spéc. p. 28.

Il est temps désormais de confronter le régime proposé aux nouveaux textes du Code civil édictés par l'ordonnance du 10 février 2016 et envisagés par l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

Sous-section 3 : Le régime proposé à l'épreuve de la réforme du Code civil

455. Le droit des obligations est au cœur de plusieurs réformes entreprises au cours de ces derniers mois. Le projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, présenté le 25 février 2015 par la Chancellerie est devenu, après plusieurs mois de consultation et de réécriture, l'ordonnance du 10 février 2016, qui entrera en vigueur le 1^{er} octobre 2016. Cependant, la loi de ratification n'a pas encore été votée. Les textes sont donc susceptibles d'évolution dans un avenir proche.

L'ordonnance ne modifie que très légèrement les textes relatifs à la responsabilité civile. Celle-ci fait l'objet d'une réforme à part entière, qui a été entreprise à nouveau par le Ministère de la Justice. Rendu public le 29 avril 2016, l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile propose de modifier substantiellement les dispositions du Code civil relatives aux responsabilités contractuelle et délictuelle. Il propose en outre d'intégrer plusieurs articles portant directement sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Ainsi, présentes au cœur de ce vaste processus de renouveau législatif, les clauses relatives à la responsabilité vont faire l'objet de nouvelles dispositions au sein du Code civil. Toutefois, les deux réformes ne sont pas encore terminées ; il est donc intéressant de comparer le régime que nous avons bâti aux nouveaux textes, afin d'en proposer, le cas échéant, des modifications. Nous nous intéresserons dans un premier temps aux dispositions issues de l'ordonnance du 10 février 2016 (§1), puis à celles proposées par l'avant-projet publié le 29 avril 2016 (§2).

§1. Les textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016

456. Deux textes. L'ordonnance de réforme du droit des obligations instaure un contrôle des clauses dans deux textes successifs.

« **Article 1170** : Toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite. »

« **Article 1171** : Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.

L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. »

Ainsi, le futur article 1171 du Code civil consacre la lutte contre les clauses abusives dans le Code civil ; l'article 1170 quant à lui entérine la jurisprudence *Faurecia II*. Ces deux dispositions appellent des appréciations différentes.

457. Approbation complète de l'article 1171. Selon l'article 1171, dans les contrats d'adhésion, un contrôle du déséquilibre contractuel peut être opéré et aboutir à réputer non écrite la clause qui entraîne un déséquilibre significatif. Ce choix nous apporte pleine satisfaction, en ce qu'il consacre à la fois le critère du contrat d'adhésion, et entérine le contrôle du déséquilibre contractuel pour réputer une clause non écrite. En effet, au cours de l'analyse de la jurisprudence *Faurecia II*, il est apparu qu'un contrôle de l'équilibre, plutôt que de la cohérence, était plus adéquat pour juger de la validité d'une clause relative à la responsabilité. En pratique, cette disposition aura pour effet de réputer non écrites les clauses exonératoires de responsabilité dans les contrats d'adhésion ; elle offre donc un fondement textuel à la solution que nous proposons.

458. En revanche, en éprouvant le critère du déséquilibre significatif, il est apparu qu'il ne pouvait jouer pour paralyser les clauses limitatives de réparation. Par conséquent, la disposition épargnera ces stipulations, lorsqu'elles ne fixent pas un montant dérisoire. Le principe de validité des clauses limitatives de réparation en ressort renforcé.

459. Appréciation critique de l'article 1170. En revanche, l'autre texte emporte nettement moins l'adhésion. L'article 1170 consacre peu ou prou la règle retenue dans l'arrêt *Faurecia II*. Cet arrêt avait affirmé que « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ». L'article 1170, dans une formulation un peu différente, disposera que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite »¹.

¹ Sur la différence de rédaction, cf. G. Chantepie, « Obligation essentielle et clauses abusives », in *Analyses et propositions du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, ss dir. M. Latina et G. Chantepie, Dalloz, 2015, p. 47 ; F. Chénéde, art. préc., *RDC* 2015, p. 655, n° 11.

Ce choix est très critiquable à un double titre : la disposition est à la fois redondante et dépassée. Redondante, car l'article 1171 relatif aux clauses abusives permettra déjà de réputer non écrites les clauses limitatives ou exonératoires qui créent un déséquilibre significatif au sein du contrat¹. Dépassée, car le contrôle de la contradiction à l'obligation essentielle, bien qu'il soit effectivement annoncé dans l'arrêt *Faurecia II*, laisse place en réalité à un contrôle du déséquilibre contractuel.

En tout état de cause, le choix de la formulation « clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle »² permet de penser que là encore, seules les clauses de non-responsabilité et les clauses fixant un montant de réparation dérisoire tomberont sous le coup de ce texte. Par conséquent, les clauses limitatives de réparation ne devraient pas être réputées non écrites en application de la nouvelle disposition. En revanche, l'article 1170 semble mettre fin au principe de validité des clauses exonératoires de responsabilité dans les contrats négociés, contrairement aux propositions que nous avons développées.

Par ailleurs, il faut ajouter l'absence très regrettable de limitation du champ d'application du texte aux contrats structurellement déséquilibrés, qui entraîne la possibilité d'un contrôle judiciaire injustifié d'un contrat qui a pu être négocié. Cette protection illégitime, qui va à l'encontre des propositions que nous avons formulées pour les parties ne présentant pas de déséquilibre structurel, traduit une infantilisation des contractants qu'il faudrait au contraire responsabiliser.

La justification de l'existence même de l'article 1170 pourrait s'expliquer par le champ de l'article 1171, finalement restreint aux contrats d'adhésion. Ainsi, la première disposition s'appliquerait-elle aux contrats négociés, quand la seconde régirait les contrats d'adhésion. Cependant, comme nous l'avons démontré, le contrôle des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité manque de légitimité dans les contrats négociés. Par conséquent, il nous semble que l'article 1170 nouveau n'a pas sa place dans le Code civil.

À défaut de sa suppression par la loi de ratification, il ne nous reste qu'à espérer que le juge entreprendra le contrôle des clauses relatives à la responsabilité au regard de l'ensemble du contrat comme dans l'arrêt *Faurecia II*, et non de la seule obligation essentielle. Ainsi, sans le dire, il appliquerait le critère du déséquilibre significatif retenu dans l'article 1171, et n'invaliderait pas les clauses limitatives de réparation. Peut-être même la jurisprudence adoptera-t-elle une position particulièrement stricte lorsque le contrat aura été effectivement négocié, attitude dont elle fait déjà preuve aujourd'hui en

¹ F. Chénéde, art. préc., *RDC* 2015, p. 655, n° 11.

² Nous soulignons.

droit de la concurrence. Par ces correctifs, les magistrats pourraient ainsi limiter le jeu de l'article 1170 et renforcer le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. En conséquence, le principe de liberté contractuelle, proclamé au nouvel article 1102 du Code civil, ne serait pas une simple affirmation vide de sens, mais bien un véritable principe directeur du droit des contrats.

Tout récemment, un avant-projet de loi a été publié par la Chancellerie afin de compléter la réforme du droit des obligations.

§2. Les textes proposés par l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016

460. Précision méthodologique. L'avant-projet de réforme vient d'être présenté au public, afin de permettre aux mondes universitaire, professionnel, et même à tout citoyen, de formuler des observations. Le texte a donc de fortes chances d'évoluer substantiellement au cours des prochains mois, à la suite de cette consultation publique, et de la consultation interministérielle qui suivra. Néanmoins, il est intéressant de noter dès à présent la position retenue par le texte quant aux conventions atténuant la responsabilité, et plus particulièrement, des règles de validité retenues.

461. Trois articles. L'avant-projet propose trois textes portant directement sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité :

« **Article 1281** : Les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel. »

« **Article 1282** : En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du préjudice qu'on a causé par sa faute.

Dans les régimes de responsabilité sans faute, le contrat n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait accepté de manière non équivoque. »

« **Article 1283** : En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur, ou lorsqu'elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite.

Elles n'ont pas non plus d'effet si la partie à laquelle elles sont opposées n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat. »

Nous ne traiterons ici que des articles 1281 et 1283, l'article 1282 étant relatif à la matière extracontractuelle, il sera évoqué plus tard¹.

462. La consécration satisfaisante du principe de validité des clauses à l'article 1281.

En proposant d'affirmer, en principe, la validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, tant en matière contractuelle que délictuelle, l'avant-projet offre à ce principe de validité une assise textuelle bienvenue. Il gagne ainsi en certitude et visibilité.

La limite relative à la réparation du dommage corporel permet d'affirmer la prohibition pressentie mais incertaine, et apporte ainsi un fondement solide à cette règle. Là encore, l'avant-projet est très satisfaisant.

Il est en revanche dommage que la faute dolosive ait été omise comme limite au principe de validité. Nous avons vu que la faute qualifiée du responsable n'avait pas seulement un rôle à jouer au stade de l'exécution de la convention (prévu à l'article 1283 de l'avant-projet). Un contractant ne peut prévoir à l'avance de s'exonérer de sa responsabilité en cas de faute volontaire. La convention qui couvrirait un tel comportement doit être réputée non écrite. Si cette interdiction trouve des soutiens textuels auprès de la prohibition des obligations potestatives ou encore des conventions contraires à l'ordre public, il aurait été préférable d'ajouter expressément cette limite aux côtés de celle relative au dommage corporel, par souci de cohérence et de complétude. La Chancellerie pourrait par exemple s'inspirer du Code des obligations suisse, dont l'article 100 est ainsi rédigé : « Est nulle toute stipulation tendant à libérer d'avance le débiteur de la responsabilité qu'il encourrait en cas de dol ou de faute grave ».

463. L'ajout inopportun de l'article 1283. L'article 1283 prévoit de limiter l'effet des clauses atténuant la responsabilité contractuelle, en cas de contradiction à l'obligation essentielle :

« En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur, ou lorsqu'elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite. »²

Sans revenir sur le caractère inopportun de la consécration de la jurisprudence *Faurecia II* et plus encore du critère de la contradiction à l'obligation essentielle, cette rédaction est contestable pour deux raisons. Tout d'abord, la contradiction à la portée de l'obligation essentielle est totalement redondante avec le futur article 1170 du Code civil³. Certes, la

¹ Cf. *infra*, n° 476.

² Nous soulignons.

³ En ce sens, J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, Commentaire des principales

lettre du texte n'est pas identique car il s'agit ici d'une reprise mot pour mot de la solution retenue dans l'arrêt *Faurecia II*, contrairement à l'article 1170 qui s'en éloigne légèrement. Mais la nuance est trop ténue pour que la portée conférée à l'article 1283 de l'avant-projet se démarque véritablement de l'article 1170. Ensuite, la disposition instaure une confusion inacceptable entre validité et efficacité des conventions de responsabilité. Elle prévoit en effet que les clauses « n'ont point d'effet (...) lorsqu'elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite ». Or la question de l'objet de la clause relève de la validité de celle-ci, et non de son efficacité. Elle se pose au moment de la formation du contrat, et non de son exécution. Le texte cherche à paralyser une stipulation qui atténue la réparation de l'obligation essentielle de la convention : il s'agit bien de s'intéresser à la rédaction du contrat et à la portée des clauses qu'il contient. Cette confusion, déjà relevée¹, procède très probablement d'une maladresse de rédaction qui, espérons-le, sera corrigée dans le projet final.

464. En définitive, les solutions que nous proposons sont en accord avec une partie seulement de la réforme du droit des contrats et de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Si l'entrée dans le Code civil du contrôle des clauses par le biais du déséquilibre significatif nous donne pleine satisfaction, en ce qu'il est limité aux contrats d'adhésion, il apparaît en revanche que la consécration de la contradiction à l'obligation essentielle reflète une connaissance trop superficielle de la jurisprudence *Faurecia II* et laisse présager la fin des clauses exonératoires de responsabilité dans le droit commun des contrats. Plus généralement, le principe de validité des clauses mérite sa place dans le Code civil, ainsi que la limite de la réparation du dommage corporel, comme le prévoit l'avant-projet de réforme ; ces règles doivent toutefois être complétées par l'invalidation des clauses couvrant la faute dolosive du débiteur.

dispositions », *D.* 2016, p. 1442, spéc. n° 58, qui dénonce son inutilité.

¹ *Cf. supra*, n° 67.

**SYNTHÈSE : RÈGLES DE VALIDITÉ DE DROIT COMMUN DES CLAUSES LIMITATIVES ET DES
CLAUSES EXONÉRATOIRES DE RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE CONTRACTUELLE**

*Règles proposées et règles envisagées en application des nouveaux textes du Code civil
issus de l'ordonnance du 10 février 2016*

	Clause limitative de réparation <i>(clause limitative de réparation quantitative ou qualitative)</i>	Clause exonératoire de responsabilité <i>(clause d'exonération totale ou partielle, clause limitative de réparation dérisoire)</i>
Contrat sans déséquilibre structurel entre les parties	VALABLE <u>Sauf</u> : Clause relative au dommage corporel ou couvrant le dol	VALABLE <u>Sauf</u> : Clause relative au dommage corporel ou couvrant le dol
Solutions envisagées en application de la réforme	Article 1170 : La seule limitation ne prive pas l'obligation essentielle de sa substance donc : VALABLE	Article 1170 : L'exonération risque de priver l'obligation essentielle de sa substance donc : RÉPUTÉE NON ÉCRITE
Contrat avec déséquilibre structurel entre les parties <i>(contrat d'adhésion)</i>	VALABLE <u>Sauf</u> : Clause relative au dommage corporel ou couvrant le dol	RÉPUTÉE NON ÉCRITE
Solutions envisagées en application de la réforme	Article 1171 : La seule limitation ne crée pas un déséquilibre <i>significatif</i> donc : VALABLE	Article 1171 : L'exonération de responsabilité crée un déséquilibre significatif donc : RÉPUTÉE NON ÉCRITE

CHAPITRE II

POUR LA CONSÉCRATION DU PRINCIPE DE VALIDITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE

465. Au cours de l'étude des différents droits spéciaux, de la jurisprudence, et des écrits doctrinaux relatifs aux clauses relatives à la responsabilité délictuelle, il est apparu que le caractère d'ordre public de la responsabilité extracontractuelle, véritable fer de lance traditionnel pour justifier de la nullité de principe des clauses, peut être totalement remis en cause. Un contexte favorable à la consécration d'un principe de validité des clauses s'est alors dessiné (Section 1). Une fois le principe affirmé, les règles de validité peuvent être affinées (Section 2).

SECTION 1 : LE CONTEXTE FAVORABLE À LA CONSÉCRATION D'UN PRINCIPE DE VALIDITÉ DES CONVENTIONS RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ EXTRACONTRACTUELLE

466. Deux arguments forts permettent de proposer la consécration d'un principe de validité des clauses atténuant la responsabilité en matière extracontractuelle. Tout d'abord, l'absence de caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle permet de lever l'obstacle technique traditionnellement érigé par la jurisprudence (§1). Ensuite, un mouvement plus général de rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle invite à entrevoir l'idée d'une unité de régime des clauses relatives à la responsabilité dans les deux domaines (§2).

§1. L'absence de caractère d'ordre public des textes relatifs à la responsabilité délictuelle

467. L'étude que nous avons menée nous a permis d'arriver à la conclusion que la responsabilité délictuelle n'avait pas le caractère d'ordre public que l'on voulait habituellement lui prêter. Cette conclusion s'est imposée après une discussion théorique, et une étude des textes spéciaux relatifs à la question (A). En outre, les droits étrangers apportent un appui non négligeable à cette hypothèse (B).

A. Le rejet théorique du caractère d'ordre public

468. Un net rejet doctrinal. La doctrine majoritaire s'accorde à nier le caractère d'ordre public des textes relatifs à la responsabilité extracontractuelle, pourtant affirmée par la Cour de cassation¹. Cette assurance affichée par les hauts magistrats n'est d'ailleurs pas si absolue. Premier constat, établi par M. Abras, la référence au caractère d'ordre public des articles 1382 et suivants du Code civil (futurs articles 1240 et suivants) est finalement assez rarement rappelée dans les arrêts. L'auteur la qualifie même d'« extrêmement occasionnelle »². Mais surtout, elle n'apparaît jamais lorsque est en cause une responsabilité objective, fondée sur les articles 1384, 1385 ou 1386 du Code civil (futurs articles 1242, 1243, et 1244). Le caractère d'ordre public de la responsabilité extracontractuelle semble limité, selon la jurisprudence, à la responsabilité pour faute ou négligence.

Or, on l'a vu, la simple évocation du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle par la jurisprudence semble insuffisante à rendre le texte absolument impératif. En outre, d'autres arguments, comme le caractère relatif de la réparation intégrale ou encore du rôle dissuasif de la responsabilité civile, ont fait vaciller ce principe, au point de véritablement le remettre en cause³.

469. La confirmation de la tendance dans les droits spéciaux. Les textes de droits spéciaux qui valident les clauses relatives à la responsabilité délictuelle dans des domaines

¹ V. notamment P. Durand, thèse préc., n° 154 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2571. Cf. *supra*, n° 81.

² J. Abras, thèse préc., n° 86.

³ Cf. *supra*, n° 43.

ponctuels confirment enfin ce rejet du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle. Dans la responsabilité du fait des produits défectueux, et dans une moindre mesure dans le droit des transports, la loi permet la stipulation de limites de responsabilité en matière délictuelle. Par conséquent, il est possible d'affirmer que les articles 1382 et suivants du Code civil (futurs articles 1240 et suivants) ne sont pas d'ordre public, et ainsi que des conventions peuvent modifier les conséquences de la responsabilité délictuelle.

B. Le rejet du caractère d'ordre public par les droits étrangers

470. *La position minoritaire du droit français.* Il faut souligner que la position française de rejet des clauses en raison de leur contrariété à l'ordre public est assez isolée ; la plupart des pays européens ne reconnaissent pas le caractère impératif de la responsabilité délictuelle et permettent la stipulation de telles clauses. Il en va ainsi notamment en Belgique qui, bien que s'appuyant sur notre Code civil, en a déduit le principe opposé au nôtre¹. Le caractère impératif des textes est donc bien relatif. Quant au Royaume-Uni ou à la Suède, la même validité de principe y est reconnue aux clauses relatives à la responsabilité délictuelle ou contractuelle² ; cette validité implique l'absence de caractère impératif de la responsabilité extracontractuelle dans ces pays.

Cette première conclusion est corroborée par le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle.

§2. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle

471. En principe, la responsabilité civile est composée de deux ordres de responsabilité. Bien que des débats aient agité la matière, notamment quant à l'existence même d'une responsabilité contractuelle³, la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle existe toujours. Pour autant, on assiste à un rapprochement entre

¹ Cass. Belg., 21 février 1907, *Pas.* 1907, 1, 135, ou, plus récemment, 15 février 1993, *Pas.*, 1993, 1, 1, cités par J. Abras, thèse préc., n° 131. V. aussi G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 214.

² H. Beale, « Droit anglais », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, *op. cit.*, p. 155, spéc. p. 156 ; B. W. Dufwa, « Droit suédois comparé au droit français », in *Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe*, *op. cit.*, p. 181, n° 10.

³ V. not. Ph. Rémy, « La responsabilité "contractuelle", histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 ; Pour un panorama du débat, G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, nos 161 et s..

les responsabilités contractuelle et extracontractuelle (A), qui appelle une mise en commun des régimes des clauses relatives à la responsabilité (B).

A. Le mouvement de rapprochement des deux ordres de responsabilité

472. Dans le Code civil. Un mouvement de rapprochement des deux ordres qui composent la responsabilité civile est visible aussi bien dans la loi que dans la jurisprudence récente. Le premier exemple, déjà rencontré, se retrouve dans le Code civil avec la responsabilité du fait des produits défectueux. Afin de garantir la réparation à toutes les personnes victimes d'un dommage causé par un défaut d'un produit, la loi supprime les références à un lien contractuel préexistant avec le producteur ou non. Toutes les victimes profitent donc du régime spécial de responsabilité, dans les mêmes conditions. La seule limite concerne l'édiction de clauses relatives à la responsabilité entre professionnels relatives aux dommages aux biens, qui réintroduit une distinction entre parties liées par un contrat ou non. Cet effacement général de la spécificité de la responsabilité contractuelle est motivé par l'idée de protection de la victime, objectif primordial aujourd'hui. D'ailleurs, un raisonnement comparable était déjà présent dans la loi du 5 juillet 1985 sur les accidents de la circulation, qui couvre toutes les victimes, « même lorsqu'elles sont transportées en vertu d'un contrat »¹. Or ce régime spécial devrait lui aussi entrer dans le Code civil prochainement, grâce à la réforme de la responsabilité civile².

473. Dans le droit des transports. Ensuite, le droit des transports, déjà largement étudié, prévoit dans bien des cas un même régime de responsabilité pour le transporteur, que le demandeur soit contractant ou tiers au contrat de transport, dans le but notamment de garantir l'application des limites de responsabilité. On assiste ici à une unification du régime des limites de réparation, que l'action soit contractuelle ou délictuelle.

474. Dans le droit commun de la responsabilité civile : l'identité des fautes contractuelle et délictuelle³. Une troisième donnée participe de ce même mouvement de rapprochement des deux ordres de responsabilité. En 2006, la Cour de cassation a affirmé

¹ Art. 1^{er} L. 5 juillet 1985. V. G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 245.

² Art. 1285 et s. Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

³ Pour des développements plus importants sur la question, *cf. infra*, Deuxième Partie, Titre II.

l'identité des fautes contractuelle et délictuelle¹. Ainsi, l'inexécution contractuelle peut être invoquée par un tiers au contrat pour obtenir réparation du dommage qu'il a subi du fait de cette inexécution. Auparavant, le tiers devait prouver l'existence d'une faute indépendante de l'inexécution contractuelle². La solution nouvelle, très remarquée par la doctrine³, constitue un indice supplémentaire du rapprochement entre les ordres de responsabilité. Il est dès lors possible d'en tirer des conséquences pour le régime des clauses relatives à la responsabilité.

B. Les conséquences de ce rapprochement : l'identité des règles de validité des clauses relatives à la responsabilité

475. Justification de la mise en commun des règles de validité des clauses. À la suite de nombreux auteurs et de certains droits étrangers, il nous paraît souhaitable de définir des règles communes de validité pour les clauses relatives à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité contractuelle⁴.

Au soutien de cette prise de position, un raisonnement peut être mené sur l'identité des fautes contractuelle et délictuelle affirmée par la Cour de cassation en 2006. Depuis cette décision, il n'est plus nécessaire de prouver une faute délictuelle distincte. La responsabilité délictuelle peut donc découler d'une simple inexécution contractuelle. Par conséquent, si, selon la jurisprudence, une faute contractuelle est suffisante pour constituer une faute délictuelle, il peut être considéré que la faute délictuelle présente une gravité comparable à la faute contractuelle. Les deux fautes portent autant atteinte à la société. Or, il est possible d'aménager conventionnellement les conséquences d'une inexécution contractuelle. La validité de principe de ces clauses n'a pas été mise en doute pour un risque d'atteinte à l'ordre public ou à la paix sociale. Dès lors, les conséquences de la faute délictuelle devraient pouvoir être aménagées de la même manière. D'ailleurs, il est intéressant de noter que ce choix jurisprudentiel avait été précédé d'une pratique

¹ Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13255, *Bull. A. P.* n° 9, *op. cit.*

² Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1962, *Bull.* I n° 405, *JCP G* 1962, II, 12910, note P. Esmein.

³ V., entre autres, *GAJ Civ.*, T. II, comm. 177, n°s 12 et s. ; P. Ancel, art. préc., *RDC* 2007, p. 538. Pour des commentaires moins critiques, L. Leveneur, note. préc., *CCC* 2007, comm. 63 ; Ph. Stoffel-Munck, note préc., *RDC* 2007, p. 587. Pour une analyse de cette jurisprudence, *cf. infra*, n°s 685 et s..

⁴ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 215 ; Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd., 1982, n° 363 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n°s 2571 et s., et n° 2580 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, L.G.D.J., 1992, n° 480. Cette solution est en vigueur en droit belge : P. Van Ommeslaghe, « Droit belge », in *Les clauses limitatives ou exonératoires en Europe*, *op. cit.*, p. 231, n° 2, et en droit néerlandais : E. Hondius, « Droit néerlandais », in *Les clauses limitatives ou exonératoires en Europe*, *op. cit.*, p. 289, spéc. p. 290.

assurantielle, qui consiste à couvrir tout type de faute, contractuelle ou délictuelle, par une même assurance de responsabilité civile¹.

Cette approche entraîne deux conséquences pour le régime des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle.

476. Première conséquence : l'absence de distinction entre responsabilité pour faute et responsabilité sans faute. Tout d'abord, il nous faut rejeter la distinction tentante en fonction du type de responsabilité extracontractuelle, qui entraînerait la validation des conventions portant sur la responsabilité sans faute et le rejet de celles aménageant la responsabilité pour faute. La jurisprudence semble pourtant encline à ne valider que les clauses relatives à la responsabilité objective ; de plus, cette solution a été retenue par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile à l'article 1282². Néanmoins, il apparaît souhaitable d'élargir la validité des conventions à celles qui atténuent la responsabilité pour faute. En effet, le caractère d'ordre public n'est pas un obstacle, comme M. Abras le démontre dans sa thèse, dans la mesure où la responsabilité pour faute n'est pas plus d'ordre public que la responsabilité sans faute³. En outre, la réparation de l'inexécution d'une obligation contractuelle peut être conventionnellement limitée ; or, la violation d'une promesse contractuelle n'est socialement pas plus grave que celle d'un devoir général de prudence et diligence. Par conséquent, valider les conventions seulement en matière de responsabilité sans faute établirait une différenciation illégitime et injustifiée avec le domaine contractuel⁴. Enfin, les distinctions supplémentaires risquent de complexifier inutilement la matière⁵.

477. Seconde conséquence : adoption du critère dégagé en matière contractuelle. Ensuite, une fois le choix de l'unité opéré, il est possible d'adopter les solutions retenues en matière contractuelle. Lors de l'étude des clauses relatives à la responsabilité contractuelle, un critère de validité a pu être dégagé. En prenant en compte la situation des parties, et plus exactement la possibilité de négociation, ou inversement la présence d'un contrat d'adhésion, les règles de validité sont modulées pour répondre à la fois à des impératifs de prévisibilité et de justice contractuelles. Ce même critère pourrait donc être

¹ Ph. Stoffel-Munck, art. préc., *RDC* 2007, p. 587, n° 6.

² Cf. G. Viney, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, chr. p. 1378, spéc. p. 1380.

³ J. Abras, thèse préc., nos 174 et s.. L'auteur réserve néanmoins la faute « de malveillance » qui, elle, entraîne une responsabilité d'ordre public.

⁴ Th. Genicon, art. préc., in *Les immunités de responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 26.

⁵ Ph. Le Tourneau, *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd., 1982, n° 365 ; G. Marty, P. Raynaud, *Les obligations*, T.1, *op. cit.*, n° 627 p. 785. V. déjà, P. Durand, thèse préc., n° 154.

repris pour fixer le régime des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle. La présence d'un déséquilibre structurel entre les parties, ou autrement dit de l'absence d'ouverture à la négociation, doit être pris en compte.

Cette proposition trouve un point d'appui précieux dans le règlement *Rome II* relatif à la loi applicable aux obligations non contractuelles¹. En effet, à l'article 14, il est prévu que la liberté de choix de la loi applicable est ouverte dans deux cas : après la survenance du dommage, ou :

« lorsque [les parties] exercent toutes une activité commerciale, par un accord librement négocié avant la survenance du fait générateur du dommage. (...) »².

Cette disposition offre aux parties la possibilité de choisir librement la loi applicable, lorsqu'elles sont toutes deux professionnelles, et que l'accord a été négocié, ou, autrement dit, lorsqu'elles sont sur un pied d'égalité. La condition d'absence de déséquilibre structurel est donc requise pour permettre aux parties d'aménager les conditions de mise en œuvre de leur responsabilité extracontractuelle. Dans le même sens, elles peuvent donc choisir d'aménager les conséquences de leur responsabilité délictuelle, toujours à la condition que cet accord ait été librement négocié, ou du moins que la négociation ait été ouverte.

La solution consistant à prendre en compte l'existence d'un déséquilibre structurel entre les parties peut, nous semble-t-il, être étendue à toute la matière extracontractuelle.

478. Conclusion de la section. Le contexte du rapprochement des deux ordres de responsabilité, conjugué à l'absence de caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle, rend propice l'affirmation de nouvelles règles de validité des clauses relatives à la responsabilité délictuelle. En choisissant d'unifier les deux ordres de responsabilité sur la question relative à la validité des clauses relatives à la responsabilité, le déséquilibre structurel devient, comme en matière contractuelle, la ligne directrice pour bâtir un nouveau régime pour les clauses relatives à la responsabilité délictuelle.

¹ Règlement CE n° 864/2007 du 11 juillet 2007.

² Nous soulignons.

SECTION 2 : PROPOSITIONS DE NOUVELLES RÈGLES DE VALIDITÉ EN MATIÈRE EXTRA CONTRACTUELLE

479. Au vu du contexte favorable et notamment du rapprochement des domaines contractuel et extracontractuel, le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière délictuelle peut être proclamé (§1). Cette validité de principe étant nouvelle, il convient ensuite d'évoquer les conditions formelles nécessaires à la rédaction valable d'une convention atténuant la responsabilité délictuelle de son auteur (§2).

§1. La consécration du principe de validité

480. Comme en matière contractuelle, le pivot central des règles de validité n'est autre que la présence ou non d'un déséquilibre structurel. Par conséquent, la validité sera étendue en l'absence d'un tel déséquilibre (A), et à l'inverse restreinte lorsqu'il sera identifié (B).

A. La validité étendue en l'absence d'un déséquilibre structurel entre les parties

481. Validité de principe. Les conventions qui aménagent la responsabilité délictuelle sont le plus souvent conclues entre des personnes prévoyantes, et, en permettant d'éviter un futur procès pour déterminer le montant de la réparation, participent à la paix sociale. Loin d'être dangereuses, elles doivent au contraire être validées. En effet, l'ouverture d'une discussion entre les parties illustre l'absence de déséquilibre structurel dans leurs relations, et par conséquent, l'illégitimité de l'immixtion du juge. Par conséquent, négociées par des parties qui sont en bonne intelligence, ces conventions n'ont pas à être contrôlées par le juge.

Cette règle s'applique en l'absence de déséquilibre structurel. Ainsi, seules les parties n'ayant pas été déjà définies comme présentant un déséquilibre structurel par le législateur, et qui n'ont pas conclu un contrat d'adhésion, peuvent prétendre à ce régime de validité très étendu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière délictuelle. Il existe néanmoins deux exceptions classiques.

482. Exception : la clause relative au dommage corporel. Le principe de validité connaît néanmoins une exception, comme en matière contractuelle. Les clauses relatives à la réparation du dommage corporel doivent être rejetées, pour les raisons déjà évoquées. La protection de l'intégrité du corps humain à travers la notion d'ordre public, à laquelle s'ajoutent des raisons morales et sociales de rejet de la limitation de la réparation du préjudice corporel, dictent cette prohibition.

483. Exception –bis : la clause couvrant la faute dolosive. Comme en matière contractuelle, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité dans le domaine délictuel ne pourrait couvrir la faute intentionnelle du responsable. Il ne peut bénéficier d'une immunité conventionnelle pour causer sciemment un dommage. La faute dolosive ou intentionnelle ne peut donc être l'objet de la clause relative à la responsabilité. Cette règle s'applique également à la faute lourde, grâce à son assimilation au dol.

Un auteur a proposé de moduler la *validité* des clauses en fonction de la gravité du comportement à l'origine du dommage¹. Autrement dit, la validité de la limite conventionnelle de responsabilité dépendrait du fait générateur. Cependant, cette prise en compte, au stade de l'exécution, de l'attitude du responsable devrait avoir pour effet de paralyser l'*efficacité* de la clause, et non sa *validité*. Il s'agit d'une simple application du régime de droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, applicable que la clause ait pour objet la responsabilité contractuelle ou délictuelle. Autrement dit, une telle proposition doit être rejetée, car elle tend à confondre validité et efficacité des clauses, et à oublier le régime de droit commun des clauses relatives à la responsabilité.

Ainsi, la réserve de la faute intentionnelle, issue du droit commun des clauses relatives à la responsabilité, porte bien sur le champ couvert par la lettre de la clause. Elle n'intéresse que les clauses qui visent expressément le dol ou la faute lourde du responsable potentiel. En revanche, il ne saurait être tenu compte de la gravité du fait générateur, postérieure à la rédaction de la clause, pour définir la validité de la clause.

Les règles doivent ensuite être complétées par la question de la validité de l'atténuation de responsabilité dans l'hypothèse d'une convention conclue par deux personnes présentant un déséquilibre structurel.

¹ J. Abras, thèse préc., nos 173 et 178 et s..

B. La validité restreinte en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties

484. Avant de formuler le régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties (2), il nous faut vérifier la réalité pratique d'une telle situation (1).

1) Opportunité d'évoquer l'hypothèse d'un déséquilibre structurel pour les clauses relatives à la responsabilité délictuelle

485. Occurrences des clauses conclues en présence d'un déséquilibre structurel. L'hypothèse en question est celle d'une convention relative à la responsabilité extracontractuelle conclue alors qu'il existe un déséquilibre structurel entre les parties, c'est-à-dire lorsque les termes de la convention sont imposés à l'autre sans possibilité de modification, ou que les relations préfigurent un déséquilibre. La situation semble de prime abord assez exceptionnelle. Les arrangements entre voisins, ou au cours des pourparlers, sont négociés par les parties. Un contrat d'adhésion portant uniquement sur la responsabilité délictuelle du responsable potentiel paraît improbable ; une simple clause dans un contrat non négocié n'est pas tellement plus envisageable.

En revanche, les déséquilibres structurels identifiés par le législateur en matière contractuelle peuvent être étendus à la matière délictuelle. Le déséquilibre structurel qui existe entre des parties ne tient pas compte du type de responsabilité qui sera engagée, mais uniquement de la relation inégale qui existe entre les deux protagonistes. Prenons un exemple. Le chef d'entreprise, propriétaire d'une usine, voudrait proposer à ses voisins une convention limitant sa responsabilité en cas de pollution de leurs propriétés. Le contrat sera conclu entre un professionnel et un particulier, et tombera donc sous le coup du déséquilibre structurel identifié dans le domaine du droit de la consommation, alors même qu'il aura été négocié. C'est le propre du déséquilibre structurel, qui identifie en amont, en fonction de la seule nature des parties, les relations inégales qui ont de fortes chances de les régir. D'ailleurs, cet exemple met en lumière les limites d'une protection objective. Pour les hypothèses marginales, où les parties sont concrètement sur un pied d'égalité, la protection est moins justifiée. Mais comme nous l'avons déjà vu, cette automaticité est nécessaire pour une protection vraiment efficace de la partie faible.

Par conséquent, bien que peu fréquente, la situation dans laquelle des personnes présentant un déséquilibre structurel peuvent conclure une convention atténuant la

responsabilité délictuelle d'un contractant étant possible, il convient d'établir des règles de validité pour ces clauses.

2) Régime des conventions de responsabilité en présence d'un déséquilibre structurel

486. Nullité des conventions exonératoires de responsabilité. Dans cette hypothèse, les conventions qui suppriment totalement la réparation du préjudice subi par la victime doivent être prohibées. Les conditions de la disparition de la responsabilité délictuelle doivent pouvoir être négociées et ne sauraient être imposées à la victime potentielle. Si les articles 1382 et suivants du Code civil (futurs articles 1240 et suivants) ne sont pas d'ordre public, ils ont néanmoins pour but d'encadrer la réparation et, moins directement, les comportements. La validation des clauses exonératoires de responsabilité alors même que la victime n'est pas libre d'en choisir les modalités porterait une grave atteinte à ces principes.

487. Validité des conventions limitatives de réparation. En revanche, les véritables limitations de réparation, qui ne fixent pas un montant dérisoire, peuvent être validées. La simple atténuation de la responsabilité délictuelle est acceptable, là où l'exonération ne l'est plus. En limitant la réparation du préjudice éventuellement subi par le cocontractant, la stipulation ne nie pas toute indemnisation à la victime potentielle. Par conséquent, le contrôle du juge fondé sur l'existence d'un déséquilibre structurel ne permettrait pas, comme en matière contractuelle, de réputer la clause non écrite.

En revanche, le principe de validité n'est pas absolu ; les limites classiques à la validité des conventions relatives à la responsabilité, là aussi, s'appliquent. La clause atténuant la réparation du responsable ne peut prévoir de jouer en cas de faute intentionnelle de ce dernier. L'autre limite réside dans la nullité des clauses qui atténueraient la réparation du préjudice corporel, pour les raisons de rejet social et d'ordre public déjà été évoquées.

488. Spécificités inhérentes à la matière extracontractuelle. Bien que les deux ordres de responsabilité se rejoignent sur de nombreux points, elles conservent encore certaines spécificités qui entraînent des conséquences non négligeables.

Tout d'abord, pour savoir si la clause fixe un montant dérisoire, le juge doit comparer le chiffre proposé au dommage effectivement subi. Cette solution diffère de la matière contractuelle, qui s'attache au dommage prévisible¹. Cette distinction s'explique logiquement par l'une des dernières différences qui subsistent entre les deux matières. La responsabilité contractuelle ne permet d'indemniser que le dommage qui a pu être prévu par les parties lors de la conclusion du contrat, alors que la responsabilité délictuelle est gouvernée par le principe de réparation intégrale. Par conséquent, le seuil sera dérisoire, en matière délictuelle, s'il est sans commune mesure avec le préjudice effectivement subi par la victime. En revanche, si la limitation offre tout de même une réparation non négligeable, elle sera valable.

Ensuite, l'hypothèse dans laquelle la limite de réparation revêt la forme d'une convention à part entière est bien plus fréquente en matière délictuelle. Or, dans ce cas, la convention ne saurait être prévue sans contrepartie². La plupart du temps, les conventions relatives à la responsabilité délictuelle constituent un échange de bons procédés. Une réparation limitée contre un droit de chasse, ou contre une somme forfaitaire. Dans ce dernier cas, la victime est alors gagnante si elle ne subit pas de dommage. À l'inverse, on ne peut permettre au potentiel responsable d'imposer une convention dans laquelle il atténue sa responsabilité sans aucune contrepartie pour la victime. Ce contrat serait condamné en raison de son absence de cause, ou contrepartie.

489. Synthèse. Finalement, les règles de validité sont communes à toutes les clauses relatives à la responsabilité, qu'elles soient relatives à la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. En principe valables, les conventions de responsabilité ne sont toutefois pas recevables lorsqu'elles limitent la réparation du préjudice corporel ou d'un dommage causé par une faute volontaire, ou encore lorsqu'elles suppriment la responsabilité de la partie forte dans une relation déséquilibrée. Toutefois en pratique, ces règles n'auront pas la même portée. En matière extracontractuelle, les clauses non négociées sont rares, quand elles sont légions en matière contractuelle. Les règles seront donc appliquées beaucoup moins fréquemment en matière délictuelle. En revanche, les conventions exonératoires ou limitatives de réparation négociées bénéficieront quant à elles d'une portée pratique bien plus importante.

Une fois la validité de principe affirmée, encore faut-il définir comment, concrètement, l'exclusion ou la limitation de responsabilité délictuelle peut se présenter.

¹ Sur laquelle, *cf. supra*, n° 444.

² Futur art. 1169 du Code civil.

§2. Les conditions formelles

490. *Position du problème.* Dans la mesure où le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière délictuelle est reconnu, il est nécessaire de vérifier les conditions auxquelles ces conventions doivent répondre pour être valables. Comme tout contrat, la convention doit remplir les conditions de fond de validité classiques. Le consentement doit notamment être clairement identifié¹. C'est pourquoi il est nécessaire de fixer les conditions formelles de validité des conventions de responsabilité en matière délictuelle.

La question est décisive en la matière en raison de la présence très fréquente de panneaux cherchant à exonérer celui qui les appose du danger annoncé. Ainsi, bien que le principe du consensualisme n'impose aucune forme (A), la question du support doit être soulevée (B).

A. Le principe du consensualisme

491. *Applicabilité du principe.* Le principe du consensualisme présent dans le droit commun des contrats s'applique ici ; l'écrit n'est donc pas obligatoire. Il est néanmoins vivement conseillé afin de faciliter la preuve de l'existence de la convention. Un document écrit et signé des deux parties permettra ensuite de faire valoir la limitation ou l'exonération de responsabilité sans difficulté.

Le principe du consensualisme autorise la convention aménageant la responsabilité à prendre, en théorie, toutes les formes possibles et imaginables. Cependant, cette liberté ne doit pas compromettre la validité du consentement du cocontractant. Or, la pratique consistant à prévenir d'un danger est très courante, et celui qui appose le panneau espère ainsi être libéré de toute responsabilité extracontractuelle. La valeur de cette affiche est en réalité bien moindre. Le choix du support est loin d'être anodin.

¹ Contrairement à ce qu'énonce l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, l'acceptation de la clause est bien une condition de validité, et non d'efficacité, de celle-ci. Cf. art. 1282 al. 2.

B. La question du support

492. *La tentative d'exonération par panneau.* Que penser d'un panneau interdisant un comportement ? Si la victime outrepassé l'interdiction, l'auteur de l'affiche peut-il s'exonérer de sa responsabilité ? Souvent, ces panneaux interdisent l'accès à un site et précisent que leur auteur décline toute responsabilité en cas d'accident. De prime abord, les termes de la pancarte laissent à penser qu'il s'agit d'une convention de non-responsabilité.

Néanmoins, cette première analyse pose des difficultés. En effet, comment être certain de la connaissance du panneau par la victime ? Elle ne l'a peut-être pas remarqué. Dans tous les cas, la preuve de la connaissance, et *a fortiori* de l'acceptation de la victime, sera fort délicate à apporter. Or, la clause atténuant la responsabilité délictuelle du potentiel responsable doit être connue et acceptée de la victime éventuelle. Ce préalable est indispensable pour que le contrat soit formé¹. Par conséquent, l'affichage empêchera dans bien des cas la formation d'un contrat en raison de l'absence d'acceptation par la victime.

493. *Une acceptation des risques ?* En outrepassant l'interdiction, on pourrait soutenir que la victime, connaissant les risques, les a acceptés. Ce serait donc moins une question relevant des clauses de non-responsabilité que de la théorie de l'acceptation des risques. Mais outre le fait que cette théorie est de plus en plus délaissée en droit positif², et concerne principalement le droit du sport³, elle présente la même difficulté, relative à la connaissance du panneau, et donc du risque. Il est un peu rapide d'affirmer que la victime a accepté les risques, si l'on ne peut dans un premier temps être certain qu'elle les a seulement connus.

494. *Une piste pour définir la faute de la victime.* En réalité, l'affiche n'a qu'une valeur informative. Le panneau n'est présent que pour permettre de mieux définir à l'avance la faute de la victime en cas de dommage. Il ne s'agit que d'un indice, pour guider les juges. Ainsi auront-ils à juger de la connaissance de l'affiche, puis à mesurer la gravité du comportement de la victime, qui pourra éventuellement supprimer ou diminuer la responsabilité délictuelle de celui qui a posé le panneau. Ce raisonnement est confirmé en jurisprudence. En effet, la Cour de cassation a validé le raisonnement d'une cour d'appel qui refusait de retenir la faute de la victime malgré la présence d'un panneau d'interdiction

¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 127.

² Cass. civ. 2^e, 4 novembre 2010, pourvoi n° 09-65947, *Bull.* II n° 176, *op. cit.*, et civ. 2^e, 21 mai 2015, pourvoi n° 14-14812, à paraître, *op. cit.*

³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, nos 737 et 801-1.

d'accès au chantier, en raison notamment des autorisations précédentes et des liens d'amitié noués avec les entrepreneurs¹. La décision confirme l'idée que le panneau d'interdiction permet de délimiter la faute de la victime, mais qu'il n'est qu'un indice que les juges apprécient ensuite selon les circonstances de l'espèce. D'ailleurs, cette analyse n'est pas sans rappeler les panneaux présents dans les hôtels, qui permettent là aussi de définir la faute de la victime et ne sauraient exonérer automatiquement les hôteliers de leur responsabilité, car le client en prend connaissance après la conclusion du contrat². Au soutien de cette idée, on peut également évoquer le Code civil du Québec, qui a consacré cette solution à l'article 1476 : « on ne peut, par un avis, exclure ou limiter, à l'égard des tiers, son obligation de réparer ; mais, pareil avis peut valoir dénonciation d'un danger ». L'avis aura donc une valeur informative, et pourra le cas échéant permettre d'établir la faute de la victime.

Ces panneaux sont très fréquents en pratique, aussi bien pour limiter l'accès à un chemin, un chantier, qu'à une propriété privée dans laquelle se trouve un animal (« *attention, chien dangereux, je décline toute responsabilité en cas d'accident* » prévient le maître)³. Ceux qui apposent ces affiches cherchent à se prémunir contre les conséquences des éventuels accidents. En réalité, ces panneaux ne permettent pas de supprimer automatiquement leur responsabilité, mais fourniront au juge un bon indice pour caractériser la faute commise par celui qui aura pénétré dans le lieu interdit.

495. En conclusion, les conventions relatives à la responsabilité délictuelle ne peuvent prendre la forme d'une pancarte ou affiche. Elles doivent être expressément acceptées par la victime potentielle. Par conséquent, les panneaux annonçant qu'un agent décline toute responsabilité en cas d'accident après avoir interdit l'accès à un lieu n'ont d'autre objet que de définir les contours de la faute de la victime ; ils auront néanmoins comme effet indirect de décharger partiellement ou totalement le responsable de son obligation de réparation si la faute est retenue.

496. Conclusion du chapitre. Il nous était apparu dans les deux premiers titres de notre étude que le principe de nullité des clauses relatives à la responsabilité délictuelle était un principe facilement énoncé en doctrine, mais très difficilement justifiable juridiquement.

¹ Cass. civ. 2^e, 21 novembre 1990, pourvoi n° 89-18342 et 89-19105, *Bull.* II n° 243.

² Cf. *supra*, n° 169.

³ La réalité pratique est bien illustrée sur internet, notamment par la présence de nombreuses questions posées sur des forums par des propriétaires d'animaux, qui ne savent comment réagir face à l'intrusion d'inconnus dans leurs prés ou leur cour, et redoutent l'accident avec leurs bêtes. Ils s'interrogent donc sur les formulations à adopter sur des pancartes, qui n'auront, nous venons de le voir, qu'une portée limitée.

De ce fait fort contestable, il était en outre peu opportun. Partant, le renversement du principe était souhaitable. Nous proposons donc de valider en principe les clauses relatives à la responsabilité délictuelle. Plus précisément, les règles de validité devraient suivre le même schéma que celles proposées en matière contractuelle ; en effet, la distinction de régime des clauses qui pourrait être opérée entre les deux ordres de responsabilité n'a pas lieu d'être. Des règles communes peuvent donc être proposées, et s'agencer pareillement autour de l'existence ou non d'un déséquilibre structurel entre les parties.

497. Conclusion de la première partie. Au terme de cette première partie, nous avons acquis la conviction qu'un renouvellement des règles de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité était indispensable. En effet, la multiplication des atteintes aux règles classiques diminue d'autant la cohérence de l'ensemble du système. Or, si les prohibitions légales tendent vers un même but, la protection du contractant faible, cet objectif fait défaut lorsque la jurisprudence statue en droit commun des contrats. Notamment la « saga *Chronopost* » qui, bien qu'inspirée par une idée de justice contractuelle, ne pose aucune limite lorsqu'elle dégage de nouvelles prohibitions ; celles-ci sont donc susceptibles de s'appliquer à tous les contrats, même négociés. Dès lors, nous proposons de suivre les enseignements tirés des droits spéciaux, c'est-à-dire de l'existence – ou non – d'un déséquilibre structurel entre les parties, pour établir de nouvelles règles de validité des clauses.

Mais étudier les règles de validité des clauses n'est pas suffisant. Elles ne constituent qu'une des deux composantes du régime, qui doit être complété par les règles relatives à l'efficacité des clauses au stade de l'exécution du contrat. Par conséquent, il nous faut désormais nous intéresser à l'efficacité des clauses, afin d'avoir une vision complète de la question de l'applicabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

DEUXIÈME PARTIE

L'EFFICACITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

498. Une fois la validité de la clause reconnue, les obstacles à son application ne sont pas pour autant tous franchis. Bien que valable, une clause limitative ou exonératoire de responsabilité peut être inefficace au stade de l'exécution, et ce pour deux raisons. Elle peut être paralysée en raison du comportement du débiteur, ou encore inopposable au créancier s'il est considéré comme tiers au contrat.

Ces règles relèvent du droit commun des clauses relatives à la responsabilité ; elles sont donc applicables à toutes les clauses, peu importe le type de contrat en cause, tant qu'une règle spéciale ne les contredit pas. Néanmoins, les droits spéciaux seront utiles pour éclairer les évolutions connues par les diverses notions qui constituent ces deux obstacles à l'effectivité des clauses.

Les limites à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité tendent à se développer entre les parties (Titre I) ; en contrepoint, l'opposabilité des clauses permet leur rayonnement au-delà du contrat, et doit être encouragée au service de la prévisibilité (Titre II).

Titre I : Les limites à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité entre les parties

Titre II : Le rayonnement des clauses relatives à la responsabilité à l'égard des tiers

TITRE I

LES LIMITES À L'EFFICACITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ ENTRE LES PARTIES

499. Il est deux manières de limiter l'efficacité d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité à l'égard du cocontractant. Elle peut être totalement paralysée, ou bien révisée par le juge pour en modifier le seuil. La paralysie des clauses découle traditionnellement du comportement gravement fautif du débiteur. Cette règle est toujours d'actualité, et doit même être renforcée afin d'achever la construction d'un régime de droit commun des clauses relatives à la responsabilité cohérent. À côté, d'autres pistes ont été explorées pour tenter de moduler l'efficacité des clauses valablement stipulées. Cependant, faute de fondements théoriques et d'intérêt pratique suffisant, ces propositions ne peuvent être retenues dans le régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Ainsi, seule l'attitude gravement répréhensible du débiteur supprime l'efficacité des clauses limitatives ou exonératoires (Chapitre I). Les pistes alternatives de paralysie des clauses seront ensuite analysées pour s'assurer de leur inopportunité (Chapitre II).

CHAPITRE I

LA SUPPRESSION DE L'EFFICACITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ EN RAISON DE LA GRAVITÉ DE LA FAUTE DU RESPONSABLE

500. Lorsque le débiteur ou l'auteur du dommage commet une faute particulièrement grave à l'origine de l'inexécution du contrat ou du préjudice subi, la clause limitative ou exonératoire dont il aurait pu se prévaloir est écartée. Cet effet, très important, doit toujours être gardé à l'esprit. Le régime des clauses doit être appréhendé dans sa globalité, ses différentes facettes ne pouvant être étudiées indépendamment les unes des autres. Ainsi, raisonner sur la seule validité des stipulations sans tenir compte des limites à leur efficacité entraînerait des raisonnements biaisés et par là, erronés.

L'étude de l'impact des fautes graves du responsable sur l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité (Section 2) pourra être menée une fois ces fautes identifiées (Section 1).

SECTION 1 : IDENTIFICATION DES FAUTES

501. Différentes fautes ont pour effet de paralyser les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Traditionnellement, la faute dolosive, à laquelle est assimilée la faute lourde, joue ce rôle. Plus récemment la faute inexcusable a fait son apparition dans les droits spéciaux. Simples en apparence, ces notions ne sont cependant pas toujours aisées à définir au regard des critères jusqu'alors avancés. Cette difficulté fait apparaître la nécessité d'établir de nouveaux critères permettant de mieux les distinguer. En outre, dans l'objectif de construire un régime cohérent, la restauration d'un large

principe de validité des clauses relatives à la responsabilité doit aller de pair avec une redéfinition des fautes susceptibles de paralyser ces stipulations, afin que les comportements très graves, et pas seulement exceptionnellement graves, puissent écarter les clauses relatives à la responsabilité.

Il nous faut donc d'abord tenter de dresser un état des lieux des trois notions de faute dolosive, faute lourde et faute inexcusable, en droit positif (Sous-section 1), avant d'en apporter une clarification par des propositions de nouvelles définitions des trois fautes en droit prospectif (Sous-section 2).

Sous-section 1 : Présentation des différents types de faute

502. Seules trois fautes commises par le débiteur ou l'auteur du dommage permettent d'écarter le bénéfice d'une clause relative à la responsabilité au profit du responsable ; mais toutes trois présentent des difficultés de définition. La première est la faute dolosive, également appelée faute intentionnelle. Pourtant, les deux expressions ne sont pas véritablement synonymes, et illustrent bien la dualité de la notion de faute dolosive en droit positif (§1). Au dol sont assimilées deux autres fautes, la faute lourde et la faute inexcusable, qui sont elles aussi sources de débats (§2).

§1. La faute dolosive, une notion dualiste

503. Il est traditionnellement enseigné que la faute intentionnelle doit être pareillement entendue dans les domaines contractuel et délictuel, et que faute dolosive et faute intentionnelle sont synonymes¹. Cependant, un courant initié par Jambu-Merlin en 1955 a cherché à distinguer la faute dolosive en matière délictuelle et contractuelle². Reprenant cette idée, la jurisprudence a étendu l'acception de la faute dolosive en matière contractuelle, créant ainsi une distinction avec la matière extracontractuelle³. Il convient

¹ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 226-1.

² R. Jambu-Merlin, art. préc., *D.* 1955 chr. p. 89.

³ En poussant plus loin la distinction J. Ghestin propose de circonscrire la faute intentionnelle à la matière délictuelle, et la faute dolosive à la matière contractuelle. Ainsi, le dol a pu être considéré comme relevant uniquement de la responsabilité contractuelle, alors que la faute intentionnelle couvrirait la responsabilité extracontractuelle. *Cf.* J. Ghestin, « La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance de responsabilité », *D.* 1974, chr. p. 31, spéc. p. 33.

par conséquent de distinguer la faute dolosive selon que l'on se situe en matière contractuelle (A), ou délictuelle (B).

A. La faute dolosive, notion évolutive dans le droit commun de la responsabilité contractuelle

504. Classiquement, faute dolosive et faute intentionnelle étaient synonymes, et évoquaient la faute la plus grave, commise avec la volonté de causer le dommage. Cependant, au sein même de la responsabilité contractuelle, les deux notions se sont dissociées, en raison d'une acception plus souple de la notion de faute dolosive, indépendamment de la faute intentionnelle. L'évolution de la faute dolosive en jurisprudence au cours du XX^{ème} siècle a ainsi entraîné un élargissement de sa définition (1), élargissement qui s'est révélé pérenne (2).

1) De la conception restrictive à la conception extensive de la notion de faute dolosive

505. La jurisprudence a étendu parallèlement la définition de la faute dolosive dans deux domaines voisins : le droit commun des contrats (a) et le droit des assurances (b).

a) L'extension jurisprudentielle de la définition de la faute dolosive en droit commun des contrats

506. La faute dolosive avant l'arrêt du 4 février 1969. Classiquement, la doctrine majoritaire optait pour une acception stricte et unitaire de la faute dolosive, apparentée au *dolus* romain¹. Elle retenait comme critère la volonté de causer le dommage². Certains auteurs avançaient même la nécessité de prouver l'intention de nuire. Cependant, l'intention de nuire, entendue comme l'intention de nuire à autrui, de vouloir le mal pour le mal, en prenant compte du mobile de l'agent³, n'était pas recherchée par les juges. Il suffisait que le dommage ait été voulu, même dans un intérêt personnel⁴. D'ailleurs, selon

¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, Obligations*, 6^e éd., n° 409 ; G. Brière de l'Isle, « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973 chr. p. 259, spéc. p. 261.

² V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 7 avril 1965, pourvoi n° 63-11408.

³ Ph. Stoffel-Munck, thèse préc., n° 42.

⁴ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, *op. cit. loc. cit.* ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*,

Jean Mazeaud, l'intention de nuire en matière contractuelle, c'est-à-dire le refus d'exécuter le contrat dans l'unique but de nuire à son cocontractant est une hypothèse d'école¹.

Cependant, la proposition de Jambu-Merlin en 1955 va remettre en cause cette vision traditionnelle². Selon cet auteur, si le dol, en matière délictuelle, est caractérisé par une « attitude active volontairement nuisible », en matière contractuelle, « une simple attitude volontairement passive, non agressive, dénotera la mauvaise foi » et permettra de constituer le dol contractuel. La distinction proposée se fonde sur la différence de relation entre les parties. En matière extracontractuelle, les individus n'ont aucun lien juridique, par conséquent il faut prouver l'intention de nuire pour caractériser la faute intentionnelle. À l'inverse, en droit de la responsabilité contractuelle, les parties sont déjà liées juridiquement, il suffit donc que l'un des contractants fasse preuve de mauvaise foi en décidant de sortir du « cercle contractuel » par l'inexécution de ses obligations contractuelles. Quelques années plus tard, cette thèse trouvera écho dans la jurisprudence, avec la décision du 4 février 1969.

507. L'arrêt du 4 février 1969, Société des Comédiens français : la disparition de la volonté de causer un dommage. L'arrêt *Société des comédiens français* donne une définition renouée de la faute dolosive³. La décision a été rendue dans le cadre d'un contrat conclu entre un comédien et la Comédie Française. Celle-ci lui reprochait d'avoir accepté de tourner dans un film, malgré la défense qui lui en avait été faite, et demandait en conséquence des dommages-intérêts nettement plus élevés que ceux fixés par la clause pénale prévue dans le contrat. Le comédien entendait au contraire bénéficier de cette clause pénale qui, en raison d'un plafond particulièrement bas, jouait le rôle d'une clause limitative de responsabilité. La Comédie Française a fait valoir que cette clause devait être écartée en raison de la faute dolosive du comédien. La Cour de cassation, contrairement à la cour d'appel, a donné raison à la Comédie Française, au motif que :

« le débiteur commet une faute dolosive lorsque, de propos délibéré, il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant ».

Cette solution appelle deux remarques. Tout d'abord, les hauts magistrats affirment que l'intention de nuire n'est pas requise pour caractériser la faute dolosive. Ils précisent

op. cit., n° 619.

¹ J. Mazeaud, note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, *D.* 1969 p. 601.

² R. Jambu-Merlin, art. préc., *D.* 1955 chr. p. 89.

³ Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, pourvoi n° 67-11387, *Bull.* I, n° 60, *op. cit.*.

bien qu'il s'agit de l'intention de nuire « à son cocontractant ». Or, on l'a vu, cette intention de nuire à son cocontractant n'était déjà pas indispensable avant cette décision. Par conséquent, sur ce point, la précision n'apporte rien de nouveau, si ce n'est une confirmation de la nécessité d'adopter une conception plus large du dol que la seule intention de nuire à autrui.

Ensuite, il n'est fait aucune référence à la volonté de causer le dommage, ni même à la certitude qu'un dommage pourrait résulter de l'acte. C'est là l'apport principal de la solution de la Cour de cassation. Alors qu'auparavant, il fallait apporter la preuve de la volonté du débiteur de causer le dommage, désormais la seule inexécution délibérée, par un contractant, de ses obligations contractuelles, suffit à caractériser la faute dolosive.

En réalité, la solution ne semble pas tant motivée par l'idée de tenir compte des relations contractuelles existantes entre les parties, que par le désir de paralyser la clause relative à la responsabilité lorsque le comportement du débiteur est particulièrement répréhensible. L'élargissement de la notion de faute dolosive permet en effet de paralyser un plus grand nombre de clauses limitatives de responsabilité ; la solution retenue par la Cour de cassation est avant tout finaliste, c'est-à-dire guidée par un souci d'opportunité, celui de sanctionner des attitudes qu'elle estime néfastes.

Ainsi entendu, le dol contractuel se démarque de la faute intentionnelle, qui demeure la faute commise avec l'intention de causer un dommage. Par conséquent, la faute dolosive, *largement entendue*, comprend aujourd'hui deux acceptions distinctes : le dol tel qu'il résulte de l'arrêt de 1969 et la faute intentionnelle. Cette dualité est confirmée par l'évolution de la faute dolosive en droit des assurances.

b) La confirmation du mouvement en droit des assurances

508. Précision méthodologique. Le droit des assurances connaît des spécificités propres à sa matière. La démarche consiste à retracer l'évolution de l'acceptation de la notion de faute dolosive, à côté de celle de faute intentionnelle, puis à comparer ce mouvement jurisprudentiel à celui qui existe, parallèlement, en responsabilité civile.

509. Faute intentionnelle et faute dolosive : entre unicité et dualité. L'alinéa 2 de l'article L. 113-1 du Code des assurances énonce que « l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré ». Cette disposition a semé le doute : la faute intentionnelle est-elle synonyme de faute dolosive ? La réponse à cette question a fluctué en jurisprudence, en raison de la situation paradoxale qu'entraîne la faute extrêmement grave de l'assuré. En effet, une telle faute paralyse

l'assurance du responsable. L'assureur ne peut garantir les comportements les plus graves, volontairement recherchés. Or, de l'autre côté, si le comportement est à l'origine d'un dommage et que l'auteur de la faute est insolvable, la victime ne pourra être indemnisée du préjudice causé par une faute d'une extrême gravité, en ce qu'elle est intentionnelle. Dès lors, le résultat est pour le moins paradoxal : la victime qui souffre d'un dommage causé par une faute très grave ne sera pas indemnisée. Par conséquent, l'enjeu de la définition, stricte ou large, de la faute inassurable, s'apparente à un numéro d'équilibriste entre ces impératifs, que sont la sanction des comportements condamnables, et la protection de la victime.

Dans un premier temps, la solution de l'assimilation a été retenue ; les deux qualificatifs correspondaient à la volonté de l'agent de créer le dommage. Les deux expressions étaient considérées comme « équivalentes, elles répondent à la même notion »¹. Bien que quelques arrêts aient décidé du contraire, en distinguant les deux termes², probablement sous l'influence des idées de M. Jambu-Merlin³, la Cour de cassation a réaffirmé rapidement l'unité de la faute inassurable⁴. Pour autant, les arrêts n'utilisent à l'époque que le terme « intentionnelle ». Il avait donc été reconnu que la faute intentionnelle « absorbe » la faute dolosive⁵.

Changeant à nouveau de cap, les magistrats du quai de l'Horloge distinguent aujourd'hui les deux notions.

510. Droit positif : la faute inassurable au double visage. Depuis quelques années, plusieurs arrêts de la Cour de cassation utilisent la notion de faute dolosive pour caractériser la disparition de l'aléa du contrat d'assurance, et par là, l'exclusion de garantie⁶. Cette solution était devenue nécessaire, en raison de l'étrécissement de la notion de faute intentionnelle.

¹ M. Godart, rapporteur de la loi du 13 juillet 1930, cité par le *Lamy Assurances*, 2015, n° 209. L'article L. 113-1 du Code des assurances provient de l'article 12 de la loi du 13 juillet 1930.

² Cass. civ. 1^{re}, 6 décembre 1977, pourvoi n° 76-12855, *R.G.A.T.* 1978. 376 : « attendu cependant que la faute intentionnelle, qui exclut la garantie de l'assureur, est celle qui implique la volonté de causer le dommage et que la faute dolosive exige de la part de son auteur des agissements frauduleux constitutifs du dol ». V. aussi, Cass. civ. 1^{re}, 8 octobre 1975, pourvoi n° 74-12205, *R.G.A.T.* 1976 p. 191.

³ Cf. *supra*, : R. Jambu Merlin, art. préc., *D.* 1955 chr. p. 89.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 25 mars 1980, pourvoi n° 78-16137 : « il n'y a faute intentionnelle ou dolosive, exclusive, en vertu de ce texte, de la garantie de l'assureur, que si l'assuré a voulu non seulement l'action ou l'omission génératrice du dommage, mais encore ce dommage lui-même ».

⁵ J. Kullmann, « Chronique de droit des assurances », *JCP G* 2009, I, 133, 1) 3.

⁶ La faute volontaire est inassurable car elle supprime l'aléa, c'est-à-dire le risque. Or l'assurance a pour fonction de couvrir le risque ; à défaut de risque, l'assurance ne doit plus jouer. J. Bigot, *Le contrat d'assurance, Traité de droit des assurances*, T. 3, 2002, n° 1112.

En effet, la faute intentionnelle est définie comme un geste intentionnel, avec la volonté de rechercher le dommage¹. Il faut donc apporter la double preuve de l'intention de l'assuré, à la fois dans la faute, mais aussi dans le dommage². Certains auteurs proposent par conséquent de parler de dommage volontaire³ plutôt que de faute intentionnelle afin de mettre l'accent sur l'intention de créer le dommage. Cette solution a connu une brève période d'assouplissement dans les années 1970⁴, fruit de l'influence de l'arrêt *Société des Comédiens français*⁵, et fort critiquée⁶. Mais rapidement, un très grand nombre d'arrêts a réaffirmé la position très stricte de la Cour de cassation : le dommage doit avoir été voulu *tel qu'il est survenu*⁷. La définition est ici encore plus stricte qu'en responsabilité civile, qui n'exige pas le dommage tel qu'il est survenu, mais seulement la volonté de créer un dommage. Ce mouvement jurisprudentiel illustre le triomphe de la protection des victimes sur la moralisation des contrats d'assurances. Des auteurs ont dénoncé cette attitude excessive, qui entraîne le jeu de l'assurance dans « des situations peu justifiables »⁸.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1974 et civ. 1^{re}, 12 juin 1974, *R.G.A.T.* 1975. 214, à propos d'un coup donné par un joueur de rugby (1^{re} espèce), la Cour de cassation affirme que « le fait dont la loi prohibe l'assurance implique la volonté chez l'assuré de provoquer le dommage avec la conscience des conséquences de son acte »; et à propos de la responsabilité d'un notaire (2^e espèce), elle affirme que l'exonération prévue par l'article L. 113-1 al. 2 du Code des assurances ne joue qu'« au cas où l'assuré a voulu, non seulement l'action ou l'omission génératrice de dommages, mais encore ces dommages eux-mêmes ». Par la suite, de nombreux arrêts ont confirmé cette définition. V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 2 février 1994, pourvoi n° 92-10844, *Bull.* I n° 37.

² La question s'est alors posée de savoir dans quelle mesure l'agent devait avoir voulu le dommage : devait-il l'avoir voulu dans l'exacte mesure de sa réalisation, ou simplement devait-il avoir voulu le dommage abstraitement, peu important si les conséquences de son acte n'étaient pas exactement celles qu'il avait voulues ? Après une certaine hésitation dans la jurisprudence des années 1970 – une autre conséquence de l'arrêt du 4 février 1969 –, la Cour de cassation est revenue à sa position première, c'est-à-dire la plus stricte : le dommage doit être voulu tel qu'il a été réalisé : Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 1993, pourvoi n° : 90-16363 : la personne qui ouvre le gaz pour se suicider ce qui entraîne l'explosion de l'immeuble, n'a pas commis de faute intentionnelle car elle voulait bien l'acte dommageable, mais non les répercussions de l'acte.

³ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 384.

⁴ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 10 février 1972, pourvoi n° 70-13531, civ. 1^{re}, 24 octobre 1973, *D.* 1973, p. 90. Ces affaires relatives à l'assurance de responsabilité des notaires retiennent que la simple conscience de l'agent de la réalisation du dommage comme conséquence de son acte suffit à caractériser une faute intentionnelle. cf. J. Ghestin, *chr. préc.*, *D.* 1974 *chr.* p. 31, spéc. n° 12.

⁵ À moins que cette jurisprudence ne soit circonscrite. M. Brière de l'Isle invoque, concernant les décisions relatives à l'assurance des notaires, une motivation opportune, afin de permettre à la profession notariale de s'assainir elle-même, en laissant à sa charge la responsabilité des fautes professionnelles les plus graves. Il relève que les juges ont voulu sanctionner les « quelques notaires de la région méditerranéenne » qui, par leur faute, avaient causé des préjudices considérables à leurs clients. En effet, les décisions de cours d'appel relevées par M. Ghestin proviennent des cours de Nîmes, Nice, Aix et Chambéry, autant d'indices géographiques qui confortent l'analyse de M. Brière de l'Isle. G. Brière de l'Isle, *op. cit.*, *D.* 1973, *chr.* p. 259, spéc. p. 264.

⁶ Déjà, les formules employées dans ces arrêts « ne sont pas toujours très rigoureuses » selon M. Ghestin, et dénotent une « tendance laxiste » selon Mlle Viney. En outre, une telle extension de la faute dolosive a été décrite comme un mouvement dangereux pour les victimes des dommages (G. Durry, « La notion de faute intentionnelle », *RTD civ.* 1974, p. 414), qui risquaient de ne pas pouvoir bénéficier du jeu de l'assurance du responsable. En effet, un équilibre devait être trouvé entre la moralisation du contrat d'assurance, qui ne peut couvrir le dommage volontaire, et la réparation du dommage dont souffre la victime, qui doit alors supporter le poids de la faute intentionnelle lorsque le responsable ne peut lui-même réparer le dommage.

⁷ Cass. civ. 3^e, 9 novembre 2005, pourvoi n° 04-11856, *Bull.* III n° 214 ; civ. 2^e, 1^{er} juillet 2010 (deux espèces), pourvois n°s 09-14884 et 09-10590, *Bull.* II n°s 129 et 131 ; civ. 1^{re}, 9 juin 2011, pourvoi n° 10-15933; Cass. civ. 2^e, 30 juin 2011, pourvoi n° 10-23004, *Bull.* II n° 145 ; civ. 2^e, 12 juin 2014, pourvoi n° 13-18844.

⁸ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 394.

La critique a été entendue. La jurisprudence admet désormais la notion de faute dolosive, indépendamment de la faute intentionnelle. Depuis quelques années, la Cour de cassation retient qu'une inexécution volontaire du contrat constitue une faute dolosive, et fait ainsi échec à l'assurance. La formule employée puise son inspiration dans celle de l'arrêt *Société des comédiens français*¹. Il s'agit bien d'une inexécution volontaire, avec connaissance du dommage, mais sans caractérisation de la volonté de causer ce dommage. Cette ouverture à la faute dolosive a été confirmée par un arrêt publié, qui étend la faute dolosive à des situations non contractuelles². Dans cette espèce, un automobiliste avait emprunté un chemin traversé par une rivière. Ayant calé au moment de traverser le cours d'eau, il n'avait pu repartir, causant des dommages importants à son véhicule. La Cour de cassation valide le raisonnement de la cour d'appel, en retenant qu'une faute dolosive était constituée par le fait d'avoir « volontairement tenté de franchir le cours d'une rivière avec un véhicule non adapté à cet usage »³. Ce comportement faussait, selon les juges du fond, « l'élément aléatoire attaché à la couverture du risque ». Là encore, la définition retenue est propre au droit des assurances⁴. Mais ce qui importe, c'est de noter que la faute dolosive est mobilisée afin d'élargir la faute inassurable, l'acceptation de la faute intentionnelle étant trop restreinte.

511. On peut donc dire aujourd'hui que la faute inassurable revêt un double visage. La faute pourra être intentionnelle, s'il y a la volonté de causer le dommage tel qu'il est survenu, ou dolosive, si l'assuré a refusé d'exécuter volontairement ses obligations contractuelles ou a délibérément pris des risques, avec la conscience qu'un dommage allait en découler⁵. Dès lors, les fautes intentionnelle et dolosive ne peuvent être considérées comme synonymes. Elles se complètent pour former la notion de faute inassurable. Ce constat nous permet de conforter la distinction en droit commun des contrats, entre la faute dolosive strictement entendue, et la faute intentionnelle, dans le but de paralyser non pas le jeu du contrat d'assurance, mais la clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

¹ Cass. civ. 3^e, 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-17969, *RCA* 2009, ét. 6, note M. Asselain : « la société GHTP s'était volontairement abstenue d'exécuter les travaux conformément aux prévisions contractuelles et avait délibérément violé par dissimulation ou par fraude ses obligations contractuelles, sans ignorer que des désordres allaient apparaître très rapidement » (*rejet*). V. aussi Cass. civ. 2^e, 16 octobre 2008, pourvoi n° 07-14373, (*cassation*), *RGDA* 2008, p. 912, note J. Kullmann.

² Cass. civ. 2^e, 12 septembre 2013, pourvoi n° 12-24650, *Bull.* II n° 168, *JCP G* 2014, 383, p. 604, note A. Pélissier.

³ Cité par A. Pélissier, note préc., *JCP G* 2014, 383, p. 604.

⁴ A. Pélissier, note préc., *JCP G* 2014, 383 p. 604, spéc. p. 607.

⁵ D. Bakouche, « Aléa et faute intentionnelle », *RCA* 2014, dossier 7 : il faut considérer qu'« à côté de la faute intentionnelle entendue comme la faute volontaire commise avec l'intention de causer le dommage tel qu'il est survenu, la faute dolosive est conçue comme absorbant tous les autres cas où la faute fait disparaître l'aléa, le comportement délibéré de l'assuré qui rend inéluctable la réalisation du dommage étant incompatible avec le caractère aléatoire du contrat d'assurance ».

2) Le droit positif : la dualité de la notion de faute dolosive

512. Aujourd'hui la faute dolosive *lato sensu* revêt deux facettes. La faute dolosive, *stricto sensu*, entendue comme l'inexécution volontaire du contrat, se démarque de la faute intentionnelle, qui induit une volonté de causer le dommage. Il peut désormais être affirmé que la faute dolosive, acception souple pour faire obstacle aux clauses relatives à la responsabilité (a) se distingue de la faute intentionnelle, notion bien plus stricte (b).

a) L'acception souple de la faute dolosive pour faire obstacle aux clauses relatives à la responsabilité

513. Le maintien réaffirmé de l'acception souple de la faute dolosive. Depuis l'arrêt de 1969, la Cour de cassation a plusieurs fois réaffirmé la définition élargie de la faute dolosive. Ainsi, un arrêt rendu dans des conditions similaires à la décision *Société des comédiens français* affirme que la faute dolosive était caractérisée par « la volonté arrêtée de ne pas exécuter l'obligation »¹.

En outre, une décision de la cour d'appel de Paris rendue le 15 septembre 1992 a été interprétée par certains auteurs comme une confirmation de ce courant jurisprudentiel². Cette décision condamne une pratique assez répandue au sein des compagnies aériennes, la surréservation. En l'espèce, trois personnes voyageant pour Libreville avec une escale à Bruxelles n'avaient pu embarquer dans l'avion à destination du Gabon en raison d'une survente des places pour ce vol. Elles arrivèrent finalement à destination le lendemain du jour prévu, mais leur retard les empêcha de conclure le contrat espéré. Elles décidèrent donc de se retourner contre la compagnie ayant pratiqué la méthode de la surréservation. Cette pratique est définie par la cour d'appel comme « le fait, pour un transporteur aérien, d'offrir à la réservation de sa clientèle un nombre de places supérieur à celui que permet la capacité de l'avion, dans chaque classe, [ce qui] correspond à une politique commerciale de surréservation destinée à accroître la rentabilité financière des vols au détriment des intérêts légitimes des passagers ». La juridiction du second degré écarte les limitations de responsabilité invoquées par la compagnie en se fondant sur le dol :

¹ Arrêt *Jacques Martin* Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975, pourvoi n° 74-13217, *Bull.* I n° 290, *D.* 1976, p. 151, note J. Mazeaud : l'auteur « avait eu la volonté arrêtée de ne pas exécuter l'obligation qu'il avait contractée » (...) ainsi, il « avait commis une faute dolosive ».

² CA Paris, 15 septembre 1992, *D.* 1993, p. 98, note Ph. Delebecque.

« Considérant que le choix d'une telle politique [de surréservation], en connaissance du risque qu'elle implique de ne pouvoir assurer l'embarquement de la totalité des passagers ayant réservé dans un vol déterminé, est constitutif d'un dol pour ceux desdits passagers, (...) à l'égard desquels le transporteur s'est mis, consciemment, dans l'impossibilité d'honorer ses obligations contractuelles ».

Si toute la doctrine n'a pas été convaincue par ce raisonnement¹, certains auteurs ont vu dans cette décision une application de la jurisprudence de 1969². Il y a bien une inexécution délibérée de l'obligation contractuelle ; elle n'est certes pas due à un refus de s'exécuter, mais à une impossibilité, provenant du fait même du contractant. Cette solution paraît donc bien être dans la suite de l'arrêt *Société des comédiens français*.

Enfin, une autre décision plus récente, rendue par la Cour de cassation, a repris les termes de l'arrêt *Société des comédiens français*, dissipant ainsi tout doute quant à la pérennité de cette solution³. Un transporteur s'était vu confier du matériel Hi-Fi pour son acheminement à une société. Malgré l'interdiction prévue dans le contrat de faire appel à un sous-traitant, le transporteur avait délégué la mission. Le matériel fut volé en pleine nuit sur une aire d'autoroute. La Cour de cassation condamne très clairement cette violation du contrat :

« attendu que le transporteur qui a été chargé de transporter une marchandise en s'étant vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur et qui sous-traite l'opération, se refusant ainsi, de propos délibéré, à exécuter son engagement, commet une faute dolosive qui le prive du bénéfice des limitations d'indemnisation que lui ménage la loi ou le contrat ».

Cette solution retenue en 1969 est donc bien acquise en droit positif.

514. Une solution justifiée. Somme toute, les arrêts sur la question de la distinction entre faute dolosive et faute intentionnelle sont plutôt rares. La raison en est simple : la théorie de l'équipollence des fautes lourdes et dolosives permet au contractant qui souhaite empêcher le jeu d'une clause relative à la responsabilité de ne prouver qu'une faute lourde et non une faute dolosive largement entendue. Dès lors, la question de la définition de la faute dolosive *lato sensu* n'est pas soulevée, les débats portant sur la notion de faute lourde.

¹ M. Delebecque relève ainsi que le contractant n'a pas refusé d'exécuter son obligation, mais « s'est simplement mis dans l'impossibilité d'y satisfaire ». Cette faute aurait donc dû être qualifiée de faute inexcusable ou même lucrative. Cf. Ph. Delebecque, note préc., *D.* 1993, p. 98, et du même auteur, « La dispersion des sources de la responsabilité du transporteur aérien de passagers », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 325, spéc. p. 334.

² G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 626.

³ Cass. com., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-11790, *Bull.* IV, n° 53, *JCP G* 2008, II, 10079, note L. Guignard, *RDC* 2008, p. 750, note G. Viney.

C'est alors qu'apparaît l'incohérence de cette jurisprudence favorisant une définition élargie de la faute dolosive, dans le cadre des clauses limitatives ou exonératoires de réparation. La raison de la protection des victimes est insuffisante à expliquer cette différence de traitement. En effet, le jeu de l'adage *culpa lata* permet de ne prouver qu'une faute lourde pour écarter une clause relative à la responsabilité. Quel était donc l'intérêt d'élargir la faute dolosive à la simple mauvaise foi du contractant ?

Il a été avancé qu'ainsi était évitée une zone de « faute non qualifiée », qui serait placée entre la faute intentionnelle entendue comme la volonté de causer le dommage, et la faute lourde, à laquelle il manque l'intention¹. En adoptant une conception restrictive de la faute dolosive, les fautes commises par un contractant qui veut seulement l'inexécution du contrat, et non le dommage qui pourrait en découler, ne pourraient recevoir cette qualification, ni celle de faute lourde. Par conséquent elles n'auraient pas d'effet sur une clause aménageant la responsabilité, alors même qu'une faute lourde, sans doute moins grave (du moins d'un point de vue moral) car non intentionnelle, le pourrait. Il est donc nécessaire de conserver une définition élargie de la faute intentionnelle, pour une question de cohérence.

Cette démonstration emporte l'adhésion. En effet, la faute lourde, définie comme une « négligence d'une extrême gravité », ne peut couvrir l'inexécution volontaire. L'artiste qui refuse de chanter au concert prévu car il préfère répondre à une invitation plus prestigieuse n'est pas coupable d'une négligence à proprement parler. Il ne cherche pas non plus à causer un dommage. Il refuse simplement d'exécuter l'obligation contractuelle prévue. Il est donc nécessaire de garder une conception élargie de la faute dolosive pour couvrir toutes les fautes les plus graves et mettre ainsi en échec les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité dans toutes ces hypothèses.

b) Le maintien de la faute intentionnelle

515. La faute intentionnelle reçue dans les droits spéciaux. La faute intentionnelle est bien plus stricte que la faute dolosive *stricto sensu*, car elle impose la recherche de la volonté de créer le dommage. Elle sera donc rarement invoquée devant les tribunaux, car la faute dolosive permettra d'obtenir le même résultat malgré une charge probatoire moins importante. Néanmoins, la faute intentionnelle conserve une certaine vigueur. En effet, elle est parfois prévue dans certains textes spéciaux, sans que référence ne soit faite à la faute

¹ J. Mazeaud, note préc., *D.* 1969 p. 601 ; H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Leçons de droit civil, Obligations*,

dolosive. Ainsi, en droit des transports, elle permet la mise en échec des limitations de responsabilité¹. Ces textes ont voulu, à l'inverse de la jurisprudence, maintenir les limites de réparation au profit du transporteur en ne permettant leur paralysie que dans des cas stricts, que sont la faute intentionnelle et la faute inexcusable.

En définitive, la distinction entre faute intentionnelle et faute dolosive existe bien en droit positif. Elle est mise en lumière par le maintien de la faute intentionnelle, distincte de la faute dolosive, dans certains droits spéciaux². Elle est en outre corroborée par la jurisprudence rendue dans le domaine des clauses relatives à la responsabilité qui emploie exclusivement le terme de faute *dolosive* lorsqu'elle applique la solution rendue le 4 février 1969. Ainsi, la faute dolosive, *stricto sensu*, sera caractérisée dès lors que le contractant n'a pas exécuté, de manière délibérée, une de ses obligations contractuelles. La faute intentionnelle, quant à elle, ne sera retenue qu'en présence d'une volonté de créer le dommage. Distincte, ces deux notions n'endossent pas moins le même rôle. En effet, en droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, la faute dolosive suffit à en paralyser le jeu ; *a fortiori* la faute intentionnelle aura la même conséquence.

Cette deuxième notion revêt un vif intérêt pour les clauses relatives à la responsabilité délictuelle.

B. La faute dolosive, notion claire dans le droit de la responsabilité extracontractuelle

516. Intérêt de la question. En droit positif, la définition de la faute dolosive *lato sensu* dans le domaine délictuel n'a pas d'intérêt car les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont prohibées et la faute ne peut donc leur faire obstacle. Néanmoins, dans la première partie de cette étude, nous avons proposé de valider en principe les conventions atténuant la responsabilité extracontractuelle de ses signataires. Il est donc nécessaire, dans un second temps, d'étudier la faute dolosive *lato sensu* dans la matière délictuelle pour savoir quel serait le sort de ces clauses.

op. cit., n° 447 : le débiteur « n'a pas voulu réaliser le dommage, ni refuser l'exécution du contrat ».

¹ V. par ex., art. L. 5121-3 al. 3 Code des transports : « Toutefois, elles ne sont pas en droit de limiter leur responsabilité s'il est prouvé que le dommage résulte de leur fait ou de leur omission personnels et qu'il a été commis avec l'intention de provoquer un tel dommage ou commis témérairement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement ».

² *Contra*, G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 626-2.

Dans cette hypothèse, la convention ne porte que sur l'atténuation de la réparation d'un dommage qui trouve sa cause dans un comportement extracontractuel. C'est donc ce comportement qui doit être analysé pour savoir si, en raison de sa gravité, il peut constituer un obstacle à l'application de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité.

517. La nécessité de la conception stricte de la faute intentionnelle. Classiquement, il est enseigné que la faute intentionnelle en matière délictuelle connaît la même définition que la faute intentionnelle en matière contractuelle¹. Faut-il dans ce cas y inclure la faute dolosive telle qu'elle a été définie par la jurisprudence de 1969, utilisée justement pour faire échec aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité contractuelle ?

L'absence de relations de nature contractuelle – autre que la convention relative à la responsabilité – empêche d'adopter la définition extensive de la faute dolosive. En effet, aucune obligation contractuelle ne peut faire l'objet d'une inexécution volontaire dans le cadre de la responsabilité délictuelle. Quant à la faute dolosive entendue comme la conscience de prendre un risque, il s'agit d'une acception propre au droit des assurances². En effet cet acte volontaire, qui n'a pas pour objet de vouloir le dommage, mais seulement d'adopter un comportement potentiellement dommageable, entraîne la suppression de l'aléa, élément indispensable du contrat d'assurance. Une telle définition est difficilement transposable au droit commun de la responsabilité civile.

Par conséquent, seule la faute intentionnelle, entendue comme le comportement mu par la volonté de créer le dommage, peut entraîner la paralysie d'une clause relative à la responsabilité délictuelle³. Autrement dit, la définition classique de la faute intentionnelle est commune aux deux responsabilités, contrairement à la faute dolosive *stricto sensu* dont l'expansion est inconnue en matière extracontractuelle.

518. En définitive, la faute dolosive entendue largement, comme la faute volontaire à l'origine du dommage, se scinde en deux notions distinctes, la faute intentionnelle et la faute dolosive *stricto sensu*. Ces deux notions se complètent, en permettant de sanctionner tout comportement délibéré, de la simple inexécution volontaire de l'obligation contractuelle à la volonté de causer le dommage. Si ces deux sous-catégories se rencontrent en matière contractuelle, seule la faute intentionnelle, la plus stricte, est applicable à la

¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 727. L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse Paris I, 2011, n° 25. *Contra*, Ph. Malinvaud, D. Fenouillet, M. Mekki, *Droit des obligations*, *op. cit.* n° 621 : la faute intentionnelle est, pour ces auteurs, plus stricte en matière délictuelle car elle n'est caractérisée qu'avec l'intention de nuire.

² *Cf. supra*, n° 510.

³ L. Sichel, thèse préc., n° 192.

responsabilité délictuelle, en raison de l'absence de contrat mettant des obligations à la charge des parties.

La faute dolosive *lato sensu* représente le comportement le plus grave que puisse adopter le responsable, et entraîne nécessairement la paralysie des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Pour autant, cette faute ne constitue pas l'unique obstacle à l'efficacité de ces stipulations. Deux autres fautes lui sont assimilées.

§2. Les fautes équivalentes à la faute dolosive

519. La faute dolosive n'est pas la seule notion dotée d'un pouvoir d'inhibition des clauses relatives à la responsabilité. Grâce au principe d'équipollence de certaines fautes graves au dol, nombre de comportements particulièrement condamnables, mais qui ne répondent pas à la définition de la faute dolosive, auront cet effet paralysant sur les clauses. Il nous faut donc identifier ces notions (A), puis vérifier la vitalité du principe d'assimilation (B).

A. L'identification des fautes couvertes par le principe d'équipollence

520. Longtemps, une seule notion a été susceptible d'enrayer le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité au même titre que le dol : la faute lourde. Aujourd'hui encore la faute lourde conserve son importance dans le droit commun de la responsabilité civile. En témoignent les différents courants jurisprudentiels qui tendent à affiner sa définition. Néanmoins, son champ d'application a été réduit par l'apparition d'une notion voisine en droit des transports, la faute inexcusable. Dans ce domaine spécial, le contentieux de la paralysie des clauses relatives à la responsabilité est désormais focalisé sur cette nouvelle faute grave. Si sa définition ne pose guère de difficulté, d'autres interrogations se sont fait jour, notamment quant à l'appréciation du comportement fautif. Les deux notions méritent donc d'être étudiées tour à tour, afin de tenter d'en dessiner les contours malgré les rebondissements jurisprudentiels et doctrinaux dont elles ont été le théâtre.

Nous nous concentrerons dans un premier temps sur la faute lourde (1), avant d'approfondir, dans un second temps, la notion de faute inexcusable (2).

1) La faute lourde, notion classique du droit commun

521. Une notion aux multiples facettes. La faute lourde se situe, dans la gradation classique des fautes, entre la faute dolosive et la faute légère¹. Il est en réalité très difficile de définir précisément la faute lourde en une formule. En effet, elle recouvre des réalités très diverses. Ainsi, ont été considérés comme autant de fautes lourdes, le fait de laisser toute une nuit en stationnement sur un parking non gardé, peu éclairé et situé dans une zone sensible à proximité de Marseille, un camion chargé de bouteilles de pastis², la livraison, sans vérification préalable, de graines de betteraves fourragères au lieu de betteraves sucrières³, l'excès de vitesse de 10 km/h entraînant le renversement du véhicule, et endommageant la marchandise⁴, le fait de ne pas placer les bulletins du Loto dans les bacs prévus à cet effet, empêchant le joueur de participer au tirage⁵, l'omission par l'annonceur du numéro de téléphone du donneur d'ordre dans un annuaire⁶, le fait de transporter des produits pharmaceutiques à température bien plus basse que celle requise par le contrat, entraînant la perte des produits, en raison du transport dans le même véhicule des denrées alimentaires surgelées⁷, ou encore le retard dans la remise d'une lettre due à une erreur d'adresse de la part du transporteur⁸.

Cette variété d'illustrations de la faute lourde dans la pratique judiciaire laisse entrevoir la difficulté de définition à laquelle nous sommes confrontés. S'il est certain que la faute lourde n'est pas une faute intentionnelle, ni une inexécution volontaire d'une obligation contractuelle et se démarque en cela de la faute dolosive, comment la distinguer de la faute légère ? Quel est le seuil à partir duquel la gravité du comportement permet de caractériser une faute lourde ? Pour tenter de cerner la définition de la faute lourde, il nous faut étudier l'attitude de la jurisprudence face à la notion de faute lourde. Or il apparaît que les juges ont adopté différentes conceptions de la faute lourde (a) et différents critères (b) pour l'identifier. En revanche, l'appréciation qu'ils ont retenue est toujours une appréciation *in abstracto* (c).

¹ La faute inexcusable a ensuite été ajoutée entre la faute dolosive et la faute lourde.

² Cass. com., 26 septembre 2006, pourvoi n° 04-18232, *CCC* 2007, comm. 3, note L. Leveneur.

³ Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1966, *Bull.* I n° 466, *JCP G* 1967, II, 15193, note G. de la Pradelle.

⁴ Cass. com., 28 juin 2005, pourvoi n° 03-20744, *Bull.* IV n° 147, *CCC* 2005, comm. 201, note L. Leveneur, *RCA* 2005, comm. n° 256, note H. Groutel, *JCP G* 2006, I, 111, n° 14, obs. Ph. Stoffel-Munck.

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, pourvoi n° 82-15103, *Bull.* I n° 27, *JCP G* 1985, II, 20372, note J. Mouly, *RTD civ.* 1984, p. 727, obs. J. Huet.

⁶ Cass. com., 9 mai 1990, pourvoi n° 88-17687, *Bull.* IV n° 142, *RTD civ.* 1990, p. 667, obs. P. Jourdain.

⁷ Cass. com., 21 février 2012, pourvoi n° 11-11145, *Bull.* IV, n° 50, *RTD com.* 2012, p. 395, obs. B. Bouloc.

⁸ Cass. com., 10 mars 2009, pourvoi n° 08-15457, *Bull.* IV, n° 38.

a) Conception objective et conception subjective de la faute lourde

522. Position du problème. La difficulté de définir la faute lourde provient du fait que, pendant de nombreuses décennies, aucune définition n'a été posée par la loi ni par la jurisprudence. Malgré la réticence de nombreux auteurs à garder cette notion dans le droit français, en raison du manque de précision qu'elle présentait, la jurisprudence a continué de s'y référer. En 1951, la Cour de cassation a proposé une définition subjective de la faute lourde, attachée au comportement de l'agent. Par la suite, les juges ont cependant décidé de prendre en compte les conséquences du comportement de l'agent, retenant ainsi une conception objective de la faute lourde. Celle-ci a perduré plusieurs décennies et n'a été abandonnée que dans les années 2000.

523. La conception initiale de la faute lourde : la conception subjective. En 1951, la Cour de cassation définit la faute lourde comme « une négligence d'une extrême gravité dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée »¹. Cette définition révèle une conception subjective de la faute lourde : le comportement particulièrement grave adopté par le débiteur caractérise la faute lourde. Il s'agit d'une grossière erreur, d'un comportement stupide, d'une négligence énorme². Les juges s'attachent à sanctionner l'attitude particulièrement répréhensible de l'auteur de la faute.

524. Le développement de la conception objective de la faute lourde. Parallèlement, s'est développée en jurisprudence une conception objective de la faute lourde pendant plusieurs décennies. Elle provient d'une sorte d'extension de la conception subjective. Les tribunaux, afin de relever l'inaptitude de l'agent, ont analysé moins le comportement que les conséquences dommageables de ses actes. Ils en déduisaient ainsi l'existence d'une faute lourde. Comme l'a justement relevée Mme Sichel, « il existe deux manières, pour un acte, d'être grave ; ce peut être soit en raison de l'écart de conduite considérable qu'il constitue, soit en raison de l'ampleur de ses implications dommageables »³. Cette extension de la faute lourde conservait donc la logique de la notion, fondée sur la gravité du comportement.

¹ Cass. com. 17 décembre 1951, *Bull.* II n° 396.

² L. Sichel, thèse préc., n° 35.

³ L. Sichel, thèse préc., n° 37.

Cependant, les tribunaux ont rapidement déplacé leur contrôle : l'accent est alors mis sur le type d'obligation inexécutée. Lorsque l'obligation a été rendue particulièrement stricte par le créancier, ou présente un caractère essentiel pour celui-ci, le simple fait d'y manquer caractérise la faute lourde du débiteur. Ce déplacement suit logiquement l'extension de la notion avec la prise en compte de la gravité des *conséquences* de l'acte. En effet, les juges considèrent que le manquement à une obligation essentielle entraîne inévitablement des conséquences lourdes pour la victime. Tel est le cas d'un commis qui se présente à la banque avec la clé d'un coffre-fort et obtient l'accès à la salle des coffres sans aucune difficulté, alors qu'il n'y était pas habilité¹. L'obligation stricte de surveillance de la banque se traduit par une obligation de vérifier que la personne qui se présente est bien titulaire d'une habilitation ; l'ouverture du coffre sur le seul souvenir de ce que le commis avait déjà accompagné une personne habilitée est constitutive d'un manquement à cette obligation fondamentale, et par conséquent, d'une faute lourde. Tel est encore le cas, dans une nouvelle affaire de Loto, de l'omission de la buraliste de placer les bulletins de jeu dans les bacs prévus à cet effet². Cette négligence constitue bien un manquement à l'obligation essentielle du buraliste, mandataire du Loto, de remplir la procédure prévue par le règlement du jeu. La conséquence pour le joueur était considérable : sa participation n'avait pas pu être prise en compte. En retenant la faute lourde du buraliste, la Cour de cassation a permis de faire obstacle à la clause exonératoire contenue dans le règlement du jeu et au gagnant de toucher son lot.

Ce mouvement objectif avait germé durant la première moitié du XX^{ème} siècle³, mais n'a été véritablement consacrée en jurisprudence que dans les années 1960⁴.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, pourvois n^{os} 86-18970 et 87-10263, *Bull.* I n^o 318, *D.* 1989 p. 349, note Ph. Delebecque.

² Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, pourvoi n^o 82-15103, *Bull.* I n^o 27, *op. cit.*: les juges du fond ont pu décider qu'en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée et de la gravité des conséquences possibles du manquement constaté, celui-ci « s'analysait en une faute lourde faisant obstacle à l'application à l'espèce de la clause exonératoire de responsabilité ». C'est la première fois dans une affaire de Loto que la Cour de cassation retient la faute lourde de la buraliste, et permet au gagnant, *in fine* de toucher son lot en entier.

³ P. Durand, thèse préc., n^o 167 p. 432. V. les références jurisprudentielles citées p. 432. L'auteur relève que le manquement à une obligation rendue plus stricte par le créancier constitue une faute lourde. V. aussi P. Voisenet, *La faute lourde en droit privé français*, Rousseau et Cie, 1934, p. 440, qui souligne le cas où le créancier attachait une importance particulière à l'exécution de l'obligation.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1966, *Bull.* I. n^o 466, *op. cit.*: un agriculteur commande des graines de betteraves sucrières. Il découvre, au moment des récoltes, que ce sont des betteraves fourragères, et demande alors réparation aux vendeurs. La Cour de cassation reconnaît la faute lourde des vendeurs qui ne s'étaient pas assurés de la qualité du produit mis en vente, faisant ainsi échec à la clause limitative de responsabilité contenue dans le contrat. Il s'agit ici d'un manquement total à l'obligation dont était tenu le débiteur, qui n'a pas livré les graines commandées. L'explication avancée par le commentateur est éclairante. Il part du principe que s'obliger consiste à promettre une certaine diligence dans l'exécution des obligations. Ne pas apporter toute la diligence promise lors de l'exécution est constitutif d'une faute; n'apporter aucune diligence caractérise la faute lourde. Or, ne pas exécuter du tout une obligation essentielle, même sans mauvaise foi, signifie qu'aucune diligence n'a été apportée par le débiteur. Ainsi, la faute lourde est caractérisée par la preuve de l'inexécution d'une obligation essentielle. Prévoir une exonération de responsabilité dans ce cas revient à vider de toute substance l'obligation essentielle. Par conséquent, la faute lourde, caractérisée par le manquement à une obligation

Exploitant cette nouvelle conception de la faute lourde, les juges du fond ont admis de plus en plus facilement la faute lourde, dès lors qu'un manquement à une obligation essentielle était prouvé. Les juges se sont éloignés du raisonnement qui avait abouti à cette solution, pour en faire une règle autonome¹. Le raccourci qui permettait de découvrir, par le biais du manquement à une obligation essentielle, l'inaptitude du débiteur, a perdu sa qualité de raccourci, pour devenir un critère à part entière. Le simple fait de manquer à une obligation essentielle entraîne automatiquement la caractérisation de la faute lourde². Par cette tendance jurisprudentielle, le champ de la faute lourde s'est très largement étendu. L'automatisme de la qualification éloignait celle-ci de la notion traditionnelle de faute lourde³.

525. *Le retour à la conception subjective.* La jurisprudence a été encore plus loin dans ce mouvement d'objectivation, afin de paralyser les clauses relatives à la responsabilité, en supprimant totalement le recours à la faute lourde. La seule inexécution de l'obligation essentielle suffit à invalider la clause⁴. En évinçant la référence à la faute lourde, la Cour de cassation a basculé de l'efficacité à la validité des clauses. En conséquence, la notion de faute lourde n'est plus nécessaire pour écarter le jeu des clauses relatives à la responsabilité. Partant, il n'est plus besoin d'élargir à outrance l'acceptation de la faute lourde⁵. Dès lors, la Cour de cassation a mis fin à ce courant jurisprudentiel d'objectivation de la faute lourde⁶. Réunie en chambre mixte, elle a réactualisé la définition subjective posée en 1951 en affirmant que :

« seule une faute lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle, peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat-type établi annexé au décret ».

essentielle doit écarter l'exonération de responsabilité. Autrement dit, l'inexécution d'une obligation essentielle, en ce qu'elle caractérise une absence totale de diligence de la part du débiteur, est constitutive d'une faute lourde.

¹ Cass. com., 9 mai 1990, pourvoi n° 88-17687, *Bull.* IV n° 142, *RTD civ.* 1990, p. 667, obs. P. Jourdain. L'arrêt retient que « la cour d'appel a dès lors pu décider qu'en raison du caractère essentiel de l'obligation inexécutée, le manquement constaté constituait à la charge de la société ODA une faute lourde » (la chambre commerciale retient la faute lourde d'un annonceur qui a omis le numéro de téléphone de l'artisan qui avait souscrit à l'insertion d'une annonce publicitaire dans un annuaire professionnel).

² Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, pourvoi n° 95-21907, *Bull.* I n° 349, *JCP G* 1998, I, 144, n° 10 et s., obs. G. Viney, *RTD civ.* 1998, p. 673, obs. J. Mestre. V. déjà Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, pourvois n°s 86-18970 et 87-10263, *Bull.* I n° 318 ; civ. 1^{re}, 23 février 1994, pourvoi n° 92-11378, *Bull.* I n° 76.

³ Pour une analyse détaillée de cette évolution jurisprudentielle, voir L. Sichel, thèse préc. n° 37.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1994, pourvoi n° 92-11378, *Bull.* I n° 76 ; com., 22 octobre 1996, *Chronopost*, *op. cit.*.

⁵ G. Viney, note sous Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1994, *JCP G* 1994, chr. p. 3809, n° 15.

⁶ Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14112, *Bull.* mixte n° 4, *op. cit.*.

Ce retour à la conception subjective de la faute lourde a été confirmé par de nombreux arrêts¹, et notamment quelques années plus tard, dans l'arrêt Faurecia II par une formule sans équivoque :

« Mais attendu que la faute lourde ne peut résulter du seul manquement à une obligation contractuelle, fût-elle essentielle, mais doit se déduire de la gravité du comportement du débiteur »².

Ainsi, lorsque la faute lourde est invoquée pour écarter l'application d'une clause relative à la responsabilité, que celle-ci soit d'origine légale³ ou conventionnelle⁴, la seule conception désormais admise est la conception subjective, ou comportementaliste. Les juges du fond ne peuvent retenir la faute lourde du débiteur qu'eu égard à son comportement particulièrement grave lors de l'exécution du contrat.

Des hésitations quant à la portée de ces arrêts, et surtout à la portée du rejet de la conception subjective, ont été émises, à juste titre⁵. En effet, la Cour de cassation a toujours rendu ces décisions dans le cadre des clauses limitatives de responsabilité ; le doute est donc permis sur l'extension de la solution à d'autres matières. En revanche, l'incertitude n'a guère de place dans notre étude qui se concentre sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

526. Si la conception subjective est désormais seule retenue en matière de clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, la définition de la faute lourde n'est pour autant pas tout à fait éclaircie. Encore faut-il déterminer les critères permettant de caractériser la faute lourde.

¹ V. par ex. : Cass. com. 10 mars 2009, pourvoi n° 08-15457, *Bull.* IV, n° 38, *RDT* 2009, comm. 85, note Ch. Paulin ; Cass. com., 1^{er} décembre 2009, pourvoi n° 08-15015, *Bull.* IV, n° 158, *D.* 2010, p. 409, obs. J.-P. Tosi.

² Cass. com., 29 juin 2010, *Faurecia II*, pourvoi n° 09-11841, *Bull.* IV, n° 115, *op. cit.*.

³ V. déjà, Cass. Ass. Plén. 30 juin 1998, pourvoi n° 96-11866, *Bull.* A.P. n° 2, *JCP G* 1998, I, 187, obs. G. Viney, et II, 10146, note Ph. Delebecque, *D.* 1999, p. 262, note D. Mazeaud, *RTD civ.* 1999, p. 119, obs. P. Jourdain, *CCC* 1998, comm. 143, note L. Leveneur. Cet arrêt retient qu'une faute lourde peut faire échec à une limitation légale de responsabilité, même lorsque le texte ne l'a pas prévu : « attendu que les dispositions exonératoires de responsabilité prévues par ce texte ne s'imposent que dans le cas où La Poste, ou le transporteur que celle-ci s'est substitué, n'a commis aucune faute lourde dans l'exécution de sa mission ».

⁴ La solution rendue par la chambre mixte de la cour de cassation le 22 avril 2005 ne portait que sur les limitations légales de responsabilité; l'arrêt Faurecia II a étendu la solution aux limitations d'origine conventionnelle. Cette décision est particulièrement bienvenue, car la chambre commerciale avait dans un premier temps refusé d'appliquer la solution rendue par la chambre mixte aux clauses de responsabilité convenues par les parties (Cass. com., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-14832, *Bull.* IV n° 157, *op. cit.*), maintenant la référence au seul manquement à une obligation essentielle.

⁵ L. Sichel, thèse préc., n° 34.

b) Les critères insaisissables de la faute lourde

527. Une casuistique sans fin. Au regard de la jurisprudence, tant ancienne que récente, la faute lourde peut relever des situations les plus diverses, avec de prime abord un important sentiment de confusion. La définition jurisprudentielle donnée en 1951 par la Cour de cassation n'est pas d'une grande aide. Une « négligence d'une extrême gravité » peut recouvrir des attitudes extrêmement variées. Surtout, la réalité de la pratique des juges du fond est différente. Ils se bornent à contrôler le comportement du débiteur et en déduisent une faute lourde, sans s'encombrer d'une définition¹. C'est la Cour de cassation qui l'invoque pour contrôler la qualification des tribunaux, mais là encore l'application ne peut être stricte, en raison de l'imprécision des termes employés.

Malgré ce constat quelque peu décourageant, il est possible d'observer des dénominateurs communs au fil des décisions. Ces indices peuvent être relevés pour tenter de dessiner les contours de la faute lourde.

528. Indices pour caractériser la faute lourde. Tout d'abord et traditionnellement, selon la conception justinienne, la faute lourde est celle que même l'homme le plus stupide n'aurait pas commise. Lorsque l'agent commet une faute lourde, il ne comprend pas ce que tout le monde comprend, « *non intelligere quod omnes intelligunt* » selon la formule d'Ulpian². Mais prise à la lettre, cette conception aurait pour conséquence de décerner à l'auteur de la faute lourde « un brevet d'imbécilité ou d'ignorance »³. Or une personne fort intelligente peut être extrêmement négligente, et commettre une faute que l'on serait tenté de qualifier de lourde. Finalement, la faute lourde, en étendant quelque peu la vision traditionnelle, se caractérise par son « énormité »⁴. Une énormité qui dénonce l'incapacité du débiteur à exécuter son obligation.

L'appréciation du comportement du débiteur peut aussi être menée eu égard à la facilité de l'exécution, et corrélativement aux moyens mis à la disposition du débiteur⁵. Sa compétence personnelle peut également être prise en compte. Se rattache à ce critère de la compétence le caractère habituel, répété de l'exécution. Finalement, il s'agit de contrôler

¹ V. par ex. CA Versailles ch. 12, section 1, 10 septembre 1998, n° 2553/95, qui retient la faute lourde du transporteur qui laisse circuler « un véhicule à fort tonnage à vitesse excessive, alors que le conducteur se trouvait dans un état de somnolence avancé, dû au non respect de la réglementation sociale, puis en le faisant repartir avec un chargement mal arrimé et non bâché, exposé délibérément aux intempéries ».

² Cité par Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 3543.

³ L. Jossierand, note sous civ. 29 juin et 3 août 1933, *DP* 1933, I, 49.

⁴ *Ibid.*

⁵ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 611.

les circonstances de l'inexécution compte tenu des moyens (personnels comme matériels) dont disposait le débiteur pour éviter la faute.

Un autre cas de figure est retenu par la jurisprudence. L'accumulation de fautes légères, alors même que le débiteur en a conscience, dénote une négligence particulièrement grave de sa part, et cette accumulation constitue une faute lourde¹.

Enfin, les juges ont parfois égard à la prévisibilité, ou la probabilité, du dommage, c'est-à-dire la connaissance que le débiteur avait ou aurait dû avoir du risque de dommage².

Tous ces indices, relatifs à l'énormité de la faute, aux moyens dont disposent l'agent, à la répétition, ou encore à la prévisibilité du dommage, permettent en réalité de rechercher l'inaptitude du débiteur à l'exécution de sa tâche. La souplesse de ces critères offre aux juges une grande marge de manœuvre. La matière est donc affaire de casuistique.

529. La faute lourde : une notion éminemment fonctionnelle. Grâce à une formule large et flexible posée par la jurisprudence, les juges du fond peuvent modeler le concept de faute lourde selon les faits de l'espèce. En pratique, il arrive fréquemment que la faute lourde soit retenue alors que l'attitude ne semble pas présenter une « extrême » gravité. Certes, la Cour de cassation exerce un contrôle de la qualification de la faute, mais ce contrôle est souple et laisse une liberté importante aux juges du fond, pourvu qu'ils motivent suffisamment leurs décisions³.

Quoi qu'il en soit, la démarche est fonctionnelle⁴. Selon les circonstances, les juges voudront supprimer le jeu de la limitation de responsabilité, en raison du comportement de l'agent ; dans ce cas, ils caractériseront la faute lourde pour arriver à cette fin, alors même que le comportement litigieux ne démontrerait pas l'inaptitude du débiteur à réaliser la fonction qui lui est impartie. Le but réel du juge consiste à sanctionner le professionnel négligent, l'agent qui fait preuve d'une impéritie flagrante. Il ne s'agit donc pas de qualifier une faute de lourde parce qu'elle remplit certains critères, mais parce que les

¹ V. par ex. Cass. civ. 1^{re}, 5 février 1957, *D.* 1957, p. 232, qui retient la faute lourde de l'hôtelier en raison de la fréquence des vols dans son établissement.

² G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 611-1.

³ Cass. com. 13 octobre 1981, pourvoi n° 80-10534, *Bull.* IV n° 356.

⁴ D. Ngyuen Thanh-Bourgeois, « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes », *RTD civ.* 1973, p. 496, spéc. p. 511 ; L. Sichel, thèse préc., spéc. n° 37 ; Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2008, p. 982, spéc. p. 1002 n° 22, définit la notion fonctionnelle comme « une notion dont le contenu varie en fonction de l'usage que l'on en fait et de la finalité qui lui est assignée ».

juges ont décidé qu'il fallait écarter l'application d'une limitation de responsabilité. En ce domaine, la fin explique le moyen.

Il a même été affirmé que la fonction essentielle de la faute lourde était de faire échec aux limitations de responsabilité¹. La faute lourde est moins une notion qu'un moyen, un moyen de justice². Autrement dit, la faute lourde est surtout et avant tout un outil judiciaire, dont le maniement est facilité par la souplesse de la notion. Des critères précis ne peuvent être définis *a priori*, tout est question de circonstances et d'espèce. Cette flexibilité a cependant des conséquences néfastes.

530. Une formule trop souple, source d'insécurité juridique. Les divergences de jurisprudence sont le lourd tribut d'une formule trop souple. À deux situations similaires, deux réponses opposées pourront être apportées par les tribunaux. Par exemple, le vol de marchandises lors du transport routier alimente depuis quelques décennies un contentieux fourni³. Dans la plupart des cas, le vol a lieu pendant la nuit, alors que le chauffeur dort dans sa cabine ou à proximité. Or, en étudiant de près la jurisprudence récente, on remarque que la faute lourde sera retenue dans certains cas⁴, mais pas dans d'autres⁵. Les critères retenus par la Cour de cassation, lors du contrôle de la qualification de la faute, sont divers : la réputation de la dangerosité de l'aire d'autoroute, la possibilité de choisir l'aire pour le chauffeur, les instructions données par le créancier, la localisation de l'aire (l'Italie a fort mauvaise presse), parfois combinée à la nature de la marchandise (une cargaison de pastis près de Marseille...⁶).

Ce contentieux illustre bien la spécificité de la matière : tout est question de nuances, le contentieux est traité au cas par cas et entraîne par conséquent une incertitude judiciaire regrettable, à la fois pour les victimes et pour les responsables, qui ignorent si la limite de réparation pourra jouer ou si elle sera paralysée.

¹ L. Sichel, thèse préc., n° 37. La faute lourde a également une autre fonction, mineure : elle est, dans quelques cas posés par la loi, nécessaire à la mise en jeu de la responsabilité du débiteur. Il en va ainsi, entre autres, de l'État, dans le cadre du service de la justice, qui n'engage sa responsabilité qu'en raison d'une faute lourde ou d'un déni de justice (art. L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire), ou de la responsabilité des contrôleurs nommés par le juge-commissaire lors de l'ouverture de la procédure de sauvegarde d'une entreprise, qui n'ont à répondre que de leur faute lourde.

² P. Voisenet, thèse préc., p. 469.

³ Ce contentieux devrait sensiblement s'amoinrir, du moins sur la question de la faute lourde, depuis que la loi du 8 mars 2009 a substitué à la faute lourde la faute inexcusable comme équipollente au dol dans les transports terrestres intérieurs (art. L. 133-8 Code de commerce).

⁴ Cass. com., 28 mars 2000, pourvoi n° 97-20247 ; com. 11 juin 2002, pourvoi n° 00-10163 ; com. 26 septembre 2006, pourvoi n° 04-18232 ; com., 20 janvier 2009, pourvoi n° 07-21084 ; com. 11 mai 2010, n° 08-20666.

⁵ Cass. com. 4 mars 2008, pourvoi n° 07-11790, *Bull.* IV n° 53 ; com. 9 décembre 2008, pourvoi n° 07-20934, *Bull.* IV n° 204 ; com., 16 juin 2009, pourvoi n° 08-12593.

⁶ Cass. com., 26 septembre 2006, pourvoi n° 04-18232.

Si la *conception* de la faute lourde a été l'objet de débats nourris et de revirements jurisprudentiels, il est en revanche un point sur lequel la jurisprudence est unanime : l'*appréciation* du comportement doit être menée *in abstracto*.

c) Une certitude : l'appréciation in abstracto de la faute lourde

531. Un comportement « anormalement déficient ». Si les juges prennent en compte les circonstances propres aux faits de l'espèce, c'est en raison de l'appréciation *in abstracto* du comportement qu'ils mènent. En effet, la faute lourde est un « comportement anormalement déficient ». Autrement dit, il existe un écart énorme entre la conduite suivie et la conduite qui aurait dû être adoptée¹. Les juges comparent donc l'attitude de l'agent fautif à celle qu'aurait adoptée une personne raisonnable dans les mêmes conditions. Cette analyse *in abstracto*, caractérisée par la comparaison avec le comportement qu'aurait eu une personne raisonnable dans la même situation, provient de la nature même de la faute, non intentionnelle. Il n'est dès lors pas besoin de sonder l'état d'esprit du responsable, pour savoir s'il avait conscience de l'ampleur de sa faute au moment où il l'a commise. Il s'agit seulement d'apprécier son comportement par rapport à celui qu'aurait adopté une personne raisonnable dans les mêmes circonstances et, si l'écart est flagrant, d'en déduire une faute lourde.

Tous les indices précédemment relevés peuvent alors être exploités : les moyens mis à la disposition de l'agent, sa connaissance du risque, etc. permettront de connaître au mieux la situation et de juger de la gravité du manquement. La faute lourde pourra être retenue si les circonstances le justifient.

532. Finalement, après de longues hésitations jurisprudentielles, la définition de la faute lourde reste délicate à établir, en raison de sa vocation fonctionnelle. Grâce à son assimilation à la faute dolosive, elle a en effet pour principal objet de paralyser le jeu des limitations et exonérations de responsabilité.

Une autre faute, qui a fait son entrée plus récemment dans le droit français par le biais des droits spéciaux, permet également d'aboutir à cet effet de paralysie des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

¹ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 611.

2) La faute inexcusable, notion en pleine expansion dans les droits spéciaux

533. *Champ d'étude.* La faute inexcusable a été introduite dans notre droit par le législateur en 1898, au sein d'une loi relative aux accidents du travail¹. Elle a ensuite été utilisée dans des règles propres aux transports. La faute inexcusable est donc une notion d'origine légale, utilisée de façon ponctuelle, dans certains droits spéciaux. Elle est en revanche absente du droit commun de la responsabilité civile². Par conséquent, la faute inexcusable ne se retrouve pas dans la responsabilité extracontractuelle.

En droit du travail, la faute inexcusable de l'employeur permet à la victime d'un accident de travail d'obtenir une indemnisation complémentaire ; en matière d'accident de la circulation, la loi Badinter supprime l'indemnisation de la victime adulte lorsqu'elle a commis une faute inexcusable³. Ainsi, bien que la faute inexcusable ait une influence sur l'indemnisation des victimes, elle n'est, dans ces cas, pas en lien avec la question des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Dans les contrats de transports non soumis à la loi Badinter, à l'inverse, la faute inexcusable du transporteur a pour effet de supprimer les limitations de responsabilité prévues par le texte, ou par les parties lorsque la loi l'autorise⁴. C'est donc dans ce champ particulier du droit des transports que l'étude sera menée.

a) Apparition et expansion de la faute inexcusable en droit des transports

534. *Apparition de la notion en vue d'une harmonisation des solutions.* Au sein du droit des transports, la faute inexcusable est d'abord apparue dans le droit aérien. En 1955, le protocole de la Haye modifie l'article 25 de la Convention de Varsovie relative aux transports internationaux de passagers, en remplaçant la faute « considérée comme équivalente au dol » par la faute inexcusable⁵.

Ce changement était nécessaire en raison des difficultés d'interprétation rencontrées par la notion initiale. En effet, la définition de cette faute équivalente au dol dépendait de la

¹ Loi du 9 avril 1898, art. 20, aujourd'hui art. L. 452-1 Code de la sécurité sociale.

² L. Sichel, thèse préc., n° 29.

³ Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

⁴ Par ex., l'article L. 5422-14 du Code des transports ne précise pas la nature de la limitation de responsabilité, légale ou conventionnelle.

⁵ Protocole de la Haye signé le 28 septembre 1955 et entré en vigueur le 1^{er} août 1966.

loi applicable au litige. Ainsi, en France, la faute retenue était la faute lourde¹, alors qu'au Royaume-Uni les parties devaient prouver une *wilful misconduct*², c'est-à-dire une faute consciente, « à mi-chemin entre le dol et la faute lourde »³. L'objectif d'harmonisation entre les pays ne pouvait donc être atteint. Or, face à l'ampleur des transports internationaux, une unité des règles de responsabilité s'était avérée indispensable. En outre, la disparité des solutions entraînait des conséquences absurdes. Ainsi, deux personnes assises côte à côte dans un même avion, pouvaient obtenir une réparation différente en fonction de leur voyage (vol direct, vol avec escale, qui change le pays de destination et donc potentiellement la loi applicable)⁴. C'est pourquoi la Convention a été modifiée. L'article 25 retient désormais la faute inexcusable, définie comme l'acte ou l'omission accompli « témérement et avec conscience qu'un dommage en résultera probablement ». Il s'agit en réalité de la description de la *wilful misconduct*, faute beaucoup plus stricte que la faute lourde⁵.

Dans le même temps, le législateur national a voulu lui aussi contribuer à ce mouvement d'harmonisation du droit aérien, en alignant les régimes de responsabilité des transporteurs aériens internes et internationaux. Ainsi, la loi du 2 mars 1957 retient la faute inexcusable à côté de la faute intentionnelle comme outil de mise à l'écart des limitations de responsabilité.

535. *Alignement dans les droits relatifs aux autres modes de transports.* Par la suite, la plupart des droits des autres modes de transport se sont alignés. D'abord, le droit maritime a intégré la faute inexcusable au régime des transports internationaux en 1968⁶, puis au régime des transports internes par la loi du 23 décembre 1986. Aujourd'hui, la faute inexcusable côtoie la faute dolosive dans tout le droit maritime⁷.

Ensuite, la législation relative au transport ferroviaire international a évolué en 1980 par la signature de la Convention de Berne. Les appendices A et B de la Convention,

¹ P. Chauveau, « Le projet de loi sur la responsabilité du transporteur par air », *D.* 1955, chr. p. 81, spéc. p. 83.

² A. Sériaux, thèse préc., n° 344.

³ H. Mankiewicz, « Le sort de la convention de Varsovie en droit écrit et en common law », in *Mélanges P. Roubier*, Dalloz et Sirey, 1961, T. 2. p. 105, spéc. p. 124.

⁴ P. Chauveau, art. préc., *D.* 1955, chr. p. 81.

⁵ H. Mankiewicz, art. préc., in *Mélanges P. Roubier, op. cit.*, p. 105, spéc. p. 133.

⁶ Art. 2 du Protocole du 23 février 1968 (« Règles de Visby »), qui a modifié l'article 4 de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924, aujourd'hui transposé à l'article L. 5422-14 du Code de transport.

⁷ Art. L. 5121-3 (disposition générale), L. 5421-5 (dommage aux personnes), L. 5422-14 (transport de marchandises) du Code de transports. Aucune distinction n'est opérée entre transport interne et international.

relatifs au transport de personnes et de marchandises, ont intégré la faute inexcusable¹. Toutes deux reprennent la définition du Protocole de La Haye 1955.

Enfin, le droit français du transport terrestre interne s'est aligné en 2009 : la loi du 8 décembre 2009 a créé l'article L. 133-8 du Code de commerce pour remplacer par la faute inexcusable la faute lourde comme faute équipollente au dol. La disposition rappelle ensuite la définition de la faute inexcusable, reprise de la loi du 2 mars 1957.

536. Désormais, seul le transport routier international échappe à la faute inexcusable. En transport de marchandises, la formulation est restée similaire à la convention de Varsovie d'avant 1955 : seuls le dol et la faute « équivalente au dol » peuvent tenir en échec les limitations de responsabilité². Cette faute est toujours la faute lourde, la Cour de cassation recherchant l'équivalence dans le droit commun³. Il en va de même pour le transport routier de personnes, régi par la Convention de Genève, qui en outre prévoit expressément la faute lourde du transporteur⁴.

À part cette exception, le droit des transports ne fait plus référence qu'à la faute inexcusable, dont la définition ne soulève pas de difficulté.

b) Certitude de la définition de la faute inexcusable

537. Une définition légale. La faute inexcusable gagne du terrain, en ce qu'elle a remplacé la faute lourde dans tous les contrats spéciaux de transports, sauf le transport international routier. Pourquoi un tel changement ? La faute lourde est une notion flexible, délicate à appréhender. Cette nature s'accorde mal avec un objectif d'harmonisation entre différents pays. À l'inverse, il apparaît que la faute inexcusable répond à une définition plus précise, dans laquelle le juge a moins de latitude, ce qui représente un véritable avantage en termes d'unification des droits.

Cette certitude est obtenue grâce à l'origine de la définition, qui, contrairement à la faute lourde, est fixée par les textes. Deux définitions similaires ont été retenues dans le Code des transports. La première est issue d'un texte international, transposé en droit français : la faute inexcusable est caractérisée à l'encontre des personnes assimilées au

¹ Art. 48 de la RU-CIV (transport de voyageurs) et art. 36 de la RU-CIM (transport de marchandises).

² Art. 29§2 de la CMR (Convention sur le contrat de transport international de marchandises par route) signée à Genève le 19 mai 1956.

³ Cass. com., 5 janvier 1988, pourvoi n° 86-14735, Cass. com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-10071, *Bull.* IV n° 189.

⁴ Art. 18§2 du la CVR (Convention relative au Contrat de transport international de Voyageurs et de bagages par Route), signée le 1^{er} mars 1973 à Genève.

propriétaire du navire¹, si le dommage « résulte de leur fait ou de leur omission personnels et qu'il a été commis (...) témérement et avec conscience qu'un tel dommage en résulterait probablement ». La seconde a été directement rédigée par le législateur français : « est inexcusable la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable »². Toutes deux reprennent en fin de compte les mêmes éléments : la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire. Le législateur français a simplement ajouté deux précisions : la faute est délibérée, et l'acceptation n'est pas motivée par des « raisons valables », ce qui n'apporte qu'un affinement de la définition, sans en changer le cœur. Ces deux éléments pourraient « s'induire respectivement des deux autres éléments communs »³. La ressemblance est telle que la dualité de formulation ne pose en réalité guère de difficulté⁴.

538. Le champ de la définition limité au droit des transports. La définition de la faute inexcusable est en définitive assez simple à établir en droit des transports. Une telle conclusion ne peut en revanche être étendue aux autres droits spéciaux. En effet, une retentissante jurisprudence de la chambre sociale a allégé la définition de la faute inexcusable de l'employeur en cas de maladies professionnelles en supprimant la condition d'exceptionnelle gravité⁵. Toutefois, cette entorse à la définition ne concerne pas le droit des transports et reste donc hors de notre champ d'étude. Dans le prisme du droit des clauses relatives à la responsabilité, la faute inexcusable répond bien à une définition unitaire, qui implique, selon les différents textes, la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire.

Ainsi, la définition de la faute inexcusable est, dans notre domaine, assez aisée ; en revanche, le contrôle effectué par les juges pour la caractériser est plus incertain.

¹ Ces personnes sont désignées à l'article L. 5121-2 du Code des transports : les dispositions s'appliquent « à l'affréteur, à l'armateur, à l'armateur-gérant ainsi qu'au capitaine ou à leurs autres préposés terrestres ou nautiques agissant dans l'exercice de leurs fonctions, de la même manière qu'au propriétaire lui-même ».

² Art. L. 6422-3 Code des transports. Cette définition avait été proposée par le doyen Chauveau: art. préc., *D.* 1955, chr. p. 81, spéc. p. 84, note 1.

³ A. Sériaux, thèse préc., n° 345.

⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 617-1.

⁵ Cass. soc., 28 février 2002, pourvoi n° 00-10051, *Bull.* V n° 81, *JCP G* 2002, II, 10053, concl. A. Benmakhlof : « Mais attendu qu'en vertu du contrat de travail le liant à son salarié, l'employeur est tenu envers celui-ci d'une obligation de sécurité de résultat (...) ; que le manquement à cette obligation a le caractère d'une faute inexcusable, au sens de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, lorsque l'employeur avait ou aurait dû avoir conscience du danger auquel était exposé le salarié, et qu'il n'a pas pris les mesures nécessaires pour l'en préserver ».

c) Incertitude de l'appréciation de la faute inexcusable

539. L'appréciation in concreto induite par les textes. Selon les textes, l'appréciation *in concreto* de la faute inexcusable semble s'imposer. En effet, ce mode d'appréciation se déduit logiquement de la notion de conscience du danger qu'a l'agent au moment où il commet la faute. Cette appréciation *in concreto* a pour conséquence de rapprocher la faute inexcusable de la faute intentionnelle, à tel point que leur différence semble tenir, selon un auteur, au degré de gravité de la faute et non à la nature de la faute¹. Les juges doivent caractériser soit la conscience d'un dommage certain (faute intentionnelle), soit la conscience d'un dommage probable (faute inexcusable)². La faute inexcusable appartient alors à la même catégorie de faute : celle du dol élargi, caractérisé par la mauvaise foi³.

Cependant, cette conception pose une difficulté pratique importante. Les juges du fond se sont rapidement rendus compte qu'en appréciant la faute inexcusable *in concreto*, celle-ci n'était que très rarement caractérisée. En effet, il est toujours délicat de connaître l'état d'esprit du pilote d'avion juste avant l'accident, celui-ci ayant souvent des difficultés à le restituer (à supposer qu'il en soit physiquement capable). Or, une acception trop restrictive de la faute inexcusable aurait pour effet de maintenir, dans l'immense majorité des cas, le plafond légal ou conventionnel de réparation. Un privilège injustifié risquerait alors de s'installer au bénéfice des compagnies de transport⁴.

540. L'appréciation in abstracto majoritairement adoptée par la jurisprudence. Par conséquent, la Cour de cassation, contrairement à ce que laissaient présager les textes, a adopté une appréciation *in abstracto* de la faute inexcusable. D'abord implicitement, en cassant un arrêt qui n'avait pas retenu la faute inexcusable en raison de l'absence de certitude de la conscience effective de l'auteur de causer un dommage⁵. Puis clairement, dans une décision du 5 décembre 1967, en précisant que la faute inexcusable « doit être appréciée objectivement »⁶. Remarquons que cette solution a été suivie par certains pays de *Common Law*⁷. Il suffit donc d'établir que l'agent connaissait, ou *aurait dû* connaître, le risque d'accident, pour que sa faute inexcusable soit caractérisée. Les juges du fond

¹ Ch. Larroumet, S. Bros, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 624 p. 726.

² *Ibid.*

³ A. Sériaux, thèse préc., n° 357.

⁴ G. Viney, art. préc., *D.* 1975 p. 263, spéc. p. 267.

⁵ Cass. civ. 2^e, 5 mars 1964, *Bull.* II n° 213, *JCP G* 1964, II, 13696, note M. de Juglart.

⁶ Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 1967, *JCP G* 1968, II, 15350, concl. R. Lindon. Par conséquent, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel : « la cour d'appel en se fondant sur une appréciation subjective des erreurs commises par l'équipage, n'a pas tiré des faits par elle constatés les conséquences qu'elles comportaient ».

⁷ A. Sériaux, thèse préc., n° 362 : la Cour de New York, ainsi que la Cour fédérale du Canada, ont retenu une approche

comparent l'attitude du conducteur ou du pilote à celle qu'aurait eu « une personne normalement avisée et prudente » dans les mêmes circonstances, pour en déduire qu'il a eu conscience de la probabilité du dommage¹.

Cependant, il faut souligner que les juges ont adopté, dans certaines espèces, une appréciation subjective de la faute inexcusable². Malgré ces quelques arrêts dissidents, la Cour de cassation adopte dans la majorité des cas une appréciation *in abstracto* de la faute inexcusable³.

541. *Justification.* La motivation des juges pour adopter un contrôle objectif est double. L'impératif d'indemnisation, du côté de la victime, correspond à la politique actuelle en droit de la responsabilité civile et se vérifie dans cette matière spéciale. En effet, ce choix de l'appréciation objective a pour effet de condamner beaucoup plus fréquemment les compagnies de transport à la réparation intégrale, la limite de responsabilité prévue étant écartée par la faute inexcusable de l'agent⁴. Mais du côté de l'agent fautif, il y a également une certaine volonté de le punir, lorsque l'acte est particulièrement grave. On retrouve d'ailleurs cette idée dans la jurisprudence relative à la faute lourde : les juges cherchent à sanctionner l'indignité de l'agent, qui a adopté une attitude en inadéquation totale avec ses fonctions.

542. Finalement, l'appréciation de la faute inexcusable se trouve prise entre deux objectifs à première vue inconciliables. D'un côté, le choix d'une appréciation *in concreto* permet de suivre la lettre du texte, qui définit la faute inexcusable comme l'acte commis avec la *conscience* qu'un dommage en résulterait probablement ; mais un tel choix entraîne une qualification rare en raison de la difficulté à connaître l'état d'esprit de l'agent au moment du comportement fautif. De l'autre côté, le choix d'une appréciation *in abstracto*

objective de la *wilful misconduct*.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 16 avril 1975, pourvoi n° 73-13630 (confirme l'expression utilisée par la Cour d'appel de Paris), CA Basse Terre, 12 Décembre 1983, JurisData n° 1983-600761 ; consécration dans un attendu de principe de la Cour de cassation : civ. 1^{re}, 17 novembre 1987, pourvoi n° 85-17808.

² Cass. com. 21 mars 2006, pourvoi n° 04-19246, *Bull.* IV n° 77, *RTD com.* 2007, p. 519, obs. Ph. Delebecque, *JCP G* 2006, II, 10090, note M. Mekki. L'affaire concernait un retard d'un jour lors du transport express d'un pli important ; la solution se rapproche donc, comme le souligne très justement M. Delebecque, de la décision rendue en matière de transport terrestre du 22 mai 2005, dans la saga Chronopost, arrêt qui avait consacré le retour à une conception plus stricte (et donc subjective) de la faute lourde du transporteur. L'arrêt de 2006 semble donc rejoindre ce courant jurisprudentiel plus qu'opérer un véritable revirement de jurisprudence quant à l'appréciation de la faute inexcusable.

³ V. encore, Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2007, pourvoi n° 04-13003, *Bull.* I n° 317, *JCP G* 2007, II, 10190, note Ph. Delebecque. Dans le même sens, L. Sichel, thèse préc., n° 236.

⁴ O. Deshayes remarque à ce propos que l'adoption de l'approche *in abstracto* rapproche grandement la faute inexcusable de la faute lourde, et ne supprimera donc pas nécessairement les oscillations jurisprudentielles engendrées par la faute lourde. O. Deshayes, « La disparition de la faute lourde en droit des transports », *RDC* 2010, p. 615.

permet une plus large acception de la notion entraînant une paralysie plus fréquente des plafonds de réparation au profit des victimes, mais elle est difficilement justifiable au regard de la définition légale. Une prise de position nette de la jurisprudence serait la bienvenue. Pour l'aiguiller, une proposition de retour à la conception *in concreto* sera développée ultérieurement¹.

Nous avons pu identifier trois fautes susceptibles de paralyser les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité : la faute dolosive, la faute lourde, et la faute inexcusable. Si cet effet est prévu par la loi pour la faute dolosive, il tient, pour les deux autres fautes, au principe d'équipollence avec le dol.

B. La survivance du principe d'équipollence

543. Les deux notions de faute lourde et faute inexcusable présentent une particularité commune. Elles sont toutes deux assimilées à la faute dolosive afin de produire les mêmes effets qu'elle, à savoir la paralysie des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Cette équivalence est rendue possible par le jeu d'un adage classique, *culpa lata dolo aequiparatur*, qui s'applique à la faute lourde et trouve son origine dans la jurisprudence (1). Il a été repris en substance par la loi pour la faute inexcusable (2).

1) L'assimilation jurisprudentielle de la faute lourde à la faute dolosive, une règle contestée

544. L'adage *culpa lata dolo aequiparatur* fonde l'assimilation de la faute lourde au dol². Cette règle permet, malgré la différence de nature entre les deux fautes, d'appliquer les effets de la faute dolosive lorsqu'une faute lourde est caractérisée. Le débiteur fautif sera sanctionné de la même façon, qu'il ait commis une faute intentionnelle ou une faute non intentionnelle particulièrement grave.

Concrètement, les principaux effets spécifiques attachés à la faute dolosive sont relatifs aux limitations de responsabilité, qu'elles soient d'origine conventionnelle ou légale. Le dol écarte ces limitations, afin de permettre à la victime d'obtenir la réparation

¹ Cf. *infra*, n^{os} 575 et s..

² La maxime se retrouve sous différentes formes : *culpa lata dolo comparabitur*, ou encore *magna culpa dolus est*, *culpa lata dolus est*. Cf. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, *op. cit.*, n^o 69.

de son entier dommage. Or cet effet paralysant est justement à l'origine de l'assimilation de la faute lourde au dol. En effet, afin d'écartier plus fréquemment les limitations de responsabilité, dans des cas où le caractère intentionnel de la faute extrêmement grave du débiteur n'était pas prouvé, la jurisprudence a étendu les effets du dol à une faute « équivalente au dol ». La faute lourde est donc, à l'origine, une « excroissance du dol »¹.

Bien que cet adage ait une portée assez générale (a), les arguments permettant de justifier cette règle sont débattus, au point d'entraîner une remise en cause doctrinale de la solution (b). Celle-ci doit pourtant être conservée (c).

a) La portée de l'adage

545. Un principe. Toute faute lourde est-elle assimilée au dol contractuel ? L'adage pose assurément un principe, qui est exposé comme tel par la jurisprudence, depuis plusieurs décennies et aujourd'hui encore². D'ailleurs, la règle trouve écho dans plusieurs textes de loi³. Parfois expresse, l'assimilation peut aussi être désignée par une périphrase : la convention de Genève relative au transport de marchandises par la route vise « une faute qui (...), d'après la loi de la juridiction saisie, est considérée comme équivalente au dol »⁴. En droit français, il s'agira de la faute lourde⁵. L'adage pose bien une règle de principe, qui se développe principalement dans le domaine des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité⁶.

¹ G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable, et faute dolosive », *D.* 1975, chr. p. 263. D'un point de vue historique, l'origine de l'adage est cependant assez floue. Si les origines romaines de l'adage sont affirmées par certains auteurs (cf. H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, *op. cit.* n° 69 : « en droit post-classique, pour des raisons d'équité, la faute lourde fut assimilée au dol » ; adde R. Rodière, *La responsabilité civile*, in *Cours de droit civil français*, T. IX bis, Rousseau et cie, 1952, n° 1422), elles sont mises en doute par d'autres (cf. G. Viney, art. préc., *D.* 1975, p. 263 : « bien que son origine romaine soit des plus douteuses »).

² Cass. com., 15 juin 1959, *D.* 1960, p. 97, note R. Rodière : « Attendu que, seuls, le dol ou la faute lourde de la partie qui invoque, pour se soustraire à son obligation, une clause d'irresponsabilité insérée au contrat et acceptée par l'autre partie, peuvent faire échec à l'application de ladite clause » ; Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-21981, *Bull.* I n° 180, *D.* 2015, p. 188, note V. Mazeaud, *CCC* 2015, comm. 3, note L. Leveneur.

³ Art. L. 511-11 al. 2 et L. 511-28 al. 3 Code de commerce relatifs au porteur d'une lettre de change ; art. L. 191-5 Code des assurances relatif à la déchéance de l'assuré (règles particulières applicables aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle en matière d'assurance générale), ou encore art. L. 131-24 Code monétaire et financier. Peuvent être ajoutées les dispositions qui prévoient un régime spécial pour la faute lourde, sans référence à la faute dolosive ; *a fortiori*, ce régime sera appliqué au dol. Ce cas se rencontre en droit des transports : art. L. 5341-12, L. 5621-13, L. 5622-4 Code des transports, ainsi qu'en droit social : art. L. 2511-1 Code du travail.

⁴ Art. 29 CMR, Convention signée à Genève le 19 mai 1956.

⁵ Cette affirmation aurait pu être mise en doute par l'article L. 133-8 du Code de commerce qui, depuis 2009, prévoit l'équipollence du dol et de la faute inexcusable en matière de transport terrestre. Si le droit commun des clauses limitatives ou exonératoires affirme toujours l'équivalence du dol et de la faute lourde, il n'en est plus ainsi pour le transport interne. Cependant, le juge se réfère, au moment de définir la faute « équivalente au dol », à l'interprétation de l'article 1150 du Code civil, et non à l'article L. 133-8 du Code de commerce. Cass. com., 16 octobre 2012, pourvoi n° 11-10071, *Bull.* IV, n° 189.

⁶ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 608 *in fine*.

Cependant ce principe n'est pas absolu, et connaît de nombreuses entorses légales et jurisprudentielles.

546. Des exceptions. L'article 12 de la loi du 13 juillet 1930 relative aux assurances terrestres interdit l'assurance de la seule faute intentionnelle. La faute lourde peut donc être assurée, ce qui consacre son autonomie vis-à-vis de la faute dolosive, laquelle est inassurable. La solution a été reprise dans le domaine particulier des assurances sociales, qui ne couvrent pas les accidents, les maladies, infirmités et blessures résultant de la faute intentionnelle de l'assuré¹. En outre, le nombre de dispositions affirmant la règle de l'assimilation diminue. Ainsi, l'article 505 du Code de procédure civile, prévoyant la prise à partie des juges en cas de faute lourde ou dol, a été abrogé².

De manière plus indirecte, l'introduction de la faute inexcusable dans le droit des transports a eu un effet similaire. Le remplacement de la faute lourde par la faute inexcusable comme faute équivalente, dans leurs effets, au dol, a eu pour effet de faire cesser l'application de l'adage dans ces cas précis³. Inspirée du droit international, cette solution est aujourd'hui le droit positif en droit interne des transports, depuis une loi du 8 décembre 2009⁴.

La jurisprudence a également écarté le principe d'équipollence pendant un temps pour une partie du transport interne de marchandises, ainsi que pour le transport de courrier par voie postale⁵. Mais la Cour de cassation a ensuite supprimé certaines de ces exceptions jurisprudentielles afin d'appliquer les règles « de droit commun », c'est-à-dire l'assimilation du dol et de la faute lourde⁶. Dans tous les cas, la généralisation de la faute

¹ Art. L. 453-1 et L. 375-1 Code de la sécurité sociale. À l'inverse, il convient de noter qu'en matière de transports maritime et fluvial, la faute inassurable englobe la faute intentionnelle et la faute inexcusable (art. L. 172-13 et 174-5 Code des assurances).

² Art. 26 Loi n° 2007-1787 du 20 décembre 2007 relative à la simplification du droit.

³ Ancien art. 44, devenu art. 36 de la Convention signée à Berne le 9 mai 1980 (CIM), art. 25 de la Convention de Varsovie modifiée par le Protocole de la Haye du 28 septembre 1955, ou encore art. 2e de la Convention de Bruxelles du 25 août 1924 modifiée par le Protocole de Bruxelles du 23 février 1968. Cf. J.-P. Tosi, *Responsabilité aérienne*, Litec droit, 1978, n° 274.

⁴ L. n° 2009-1503, 8 décembre 2009. L'article 34 prévoit la création de l'article L. 133-8 du code de commerce, qui s'applique à tous les transports internes de marchandises, et assimile la faute inexcusable au dol.

⁵ Cass. civ. 3 août 1932, *D.* 1933 I p. 49, note Jossierand (pour le transport ferroviaire) ; ch. mixte, 23 mars 1973, pourvoi n° 69-13998, *Bull.* mixte n° 1 p. 1 (pour le transport de courrier). La solution a été réaffirmée de nombreuses fois relativement au transport ferroviaire. La raison avancée était que les tarifs, homologués par le ministère chargé des transports, avaient force de loi.

⁶ Cass. com., 7 mai 1980, pourvois n°s 77-14009 et 78-12382, *Bull.* IV n°s 184 et 185, *D.* 1981, p. 245, note F. Chabas, *JCP G* 1980 II 19473, note R. Rodière : « la faute lourde (...) devait, comme de droit commun, être assimilée au dol de sorte que la limitation d'indemnisation prévue par le tarif applicable ne pouvait produire effet ». Ce retour à l'équipollence du dol et de la faute lourde a été étendu au transport par voie postale : Cass. Ass. Plén., 30 juin 1998, pourvoi n° 96-11866, *Bull.* A.P. n° 2 *op. cit.*. La Cour de cassation n'est pas officiellement revenue sur sa position concernant les transports ferroviaires de marchandises, mais il semblerait que ces solutions soient « devenues caduques depuis la réforme tarifaire [D. 23 décembre 1971] conférant aux tarifs une nature contractuelle et non plus réglementaire » selon Ph. Delebecque, note préc., *JCP G* 1998, II, 10146, n° 4.

inexcusable dans le droit des transports, en lieu et place de la faute lourde, met un terme à ces écarts jurisprudentiels.

547. Portée pratique : la paralysie des limites de réparation. En somme, malgré quelques exceptions, l'adage reste le principe dans le droit des clauses relatives à la responsabilité. C'est d'ailleurs sa principale utilisation : grâce à l'assimilation, les limites de réparation sont rendues inefficaces dès qu'une faute lourde est prouvée par le créancier. Il faut souligner qu'en raison du principe de nullité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière délictuelle, l'adage n'est pas employé dans ce domaine. Délit et quasi-délit sont traités pareillement par la responsabilité extracontractuelle, entraînant tous deux une réparation intégrale du préjudice. Il sera intéressant de réfléchir ensuite, dans une optique prospective, à l'extension de la règle à la matière délictuelle, laquelle accueillera le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Pour l'heure, il est temps de comprendre les fondements de cette règle d'équipollence.

b) Des justifications débattues

548. Deux justifications ont été avancées pour légitimer l'assimilation du dol et de la faute lourde. L'une tient le principe pour une règle de preuve (i), l'autre pour une règle de fond (ii).

i. L'assimilation, simple règle de preuve ?

549. Une règle probatoire ? Classiquement, l'assimilation est justifiée comme étant une règle de preuve. L'adage serait une présomption de dol à l'égard du débiteur ayant commis une faute lourde, une présomption de mauvaise foi. Effectivement, il est souvent très délicat d'apporter la preuve de l'intention nécessaire à la caractérisation du dol¹. Une telle présomption permettrait de contourner cette difficulté. En outre, cela éviterait, selon la célèbre formule d'Henri et Léon Mazeaud, que l'auteur de la faute revête « le masque facile de la bêtise »¹. En effet, il suffirait que celui qui a agi intentionnellement plaide sa sottise, et évite ainsi les conséquences de sa faute dolosive. La règle de l'assimilation

¹ Même si la notion de dol a été assouplie, il faut toujours prouver le manquement *délibéré* du débiteur à ses obligations, c'est-à-dire l'intention qu'il a eue de ne pas exécuter ses obligations.

permet de faire obstacle à cette défense trop confortable. C'est donc pour des raisons éminemment pratiques que la règle de l'assimilation subsiste².

Certains auteurs ont adopté une approche un peu différente. Ils expliquent la règle de l'assimilation, non pas comme étant un renversement de la charge de la preuve, mais une présomption du fait de l'homme³ : la gravité de la faute est telle que le juge peut présumer le dol. L'idée est proche de la première explication, mais le point de vue est différent. Tandis qu'Henri et Léon Mazeaud se placent du côté de l'auteur de la faute, afin de l'empêcher de se dérober en invoquant sa propre stupidité, cette seconde approche se concentre sur la victime, en lui facilitant l'établissement de la faute dolosive. Comme le relève Voisenet, « l'énormité du manquement est telle qu'on peut, à juste titre, présumer l'intention coupable »⁴.

550. Difficultés. Cependant, ces deux idées, assez proches, ont été décriées comme contraires au principe selon lequel la bonne foi se présume, posé à l'article 2274 du Code civil en matière de preuve, et dotée d'une portée générale⁵. En réalité, ce principe n'est valable que là où il n'existe pas de règle contraire ; or, l'adage *culpa lata* pose une règle contraire⁶. Par conséquent, la contradiction n'est qu'apparente. Cette solution ne serait d'ailleurs pas choquante, car elle existe déjà dans notre droit : dans certains cas particuliers, la loi et la jurisprudence posent une présomption de mauvaise foi ou de fraude, qu'il appartient au débiteur de renverser. Il en va ainsi de la présomption de fermage en matière de baux ruraux⁷, ou encore de la présomption de connaissance des vices en matière de vices cachés⁸. Il serait alors acceptable de reconnaître que l'assimilation entre faute lourde et faute dolosive permet de poser une présomption de mauvaise foi à l'égard du débiteur fautif.

¹ L. Mazeaud, « L'assimilation de la faute lourde au dol », *DH* 1933, chron. p. 49, spéc. p. 53.

² H. et L. Mazeaud, traité préc., T. I, nos 404 et s. ; H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, *op. cit.*, n° 69.

³ A. Sériaux, thèse préc., n° 379.

⁴ P. Voisenet, thèse préc., p. 419. *Adde*, p. 458 : « un manquement grossier à la plus élémentaire prudence pourra faire présumer l'intention de nuire ».

⁵ H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, *op. cit.*, n° 38 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 576 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3598.

⁶ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 414.

⁷ Prévue à l'article L. 411-1 du Code rural et de la pêche maritime. Cette disposition a pour objet d'appliquer, même lorsque cela n'a pas été prévu explicitement par les parties, le statut de fermage – particulièrement contraignant – au bailleur. Lors de sa création, de nombreux auteurs ont vu dans cette disposition une présomption de fraude. En effet, cette mesure a été prévue afin d'empêcher le contournement du statut de fermage, pratique très fréquente avant la loi.

⁸ Cass. civ. 1^{re}, 24 novembre 1954, pourvoi n° 54-07171, *Bull.* I n° 338, *op. cit.* : la jurisprudence pose une présomption de connaissance du vice lorsque le vendeur est professionnel. *Cf.* G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 328.

551. Rejet de la justification. Le problème de cette justification probatoire du principe de l'équipollence se situe ailleurs. La présomption de l'intention dolosive, telle que sous-entendue par l'assimilation de la faute lourde au dol, devrait pouvoir être renversée¹. En effet, aux termes de l'article 1352 du Code civil (futur article 1354), seule la loi peut donner aux présomptions un caractère irréfragable. La présomption posée par l'adage ne devrait donc être qu'une présomption simple. Cette idée est corroborée par l'injustice à laquelle pourrait aboutir la thèse de l'assimilation absolue. Dans certaines situations, il est évident que l'agent n'a pas commis de faute intentionnelle ; par conséquent la preuve d'absence d'intention sera très facile à apporter. Il en va ainsi de l'auteur d'une faute qui, par exemple, blesse non seulement des tiers mais se blesse aussi lui-même. Dans la plupart des cas, sa bonne foi sera aisée à prouver. Il ne saurait être traité comme s'il avait agi intentionnellement.

Pourtant, la jurisprudence n'admet pas la preuve contraire². Or, la présomption irréfragable, en plus d'être injuste, entraîne une conséquence importante : elle devient une règle de fond. Toute faute particulièrement grave est alors considérée comme ayant été commise intentionnellement. L'assimilation n'est pas limitée aux effets des fautes, mais s'étend même aux notions, ce qui est inacceptable. L'explication selon laquelle l'adage ne serait qu'une simple règle de preuve devient alors inexacte. Pour cette raison, cette justification d'ordre probatoire doit être rejetée.

Une autre proposition de justification a été formulée : le principe d'équipollence édicterait effectivement une règle de fond.

ii. L'assimilation, une règle de fond

552. Exposé de l'argument. La règle de l'assimilation a pu également être expliquée comme étant une règle de fond. La faute commise est tellement grave qu'elle révèle un souci particulièrement faible des intérêts des autres, et mérite donc la même sévérité que s'il s'agissait d'une faute dolosive. « Un stupide est peut-être plus dangereux qu'un méchant » avancent certains auteurs³. L'assimilation n'est alors plus une règle de preuve, mais bien une règle de fond. Le comportement est tellement grave qu'il appelle les mêmes

¹ L. Mazeaud, chron. préc., *DH* 1933, chron. p. 49, spéc. p. 53 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 576.

² V. par ex. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. I, n° 414 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, T. 1 *Les sources*, 2^e éd., 1988, n° 472 p. 532 ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 3598.

³ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 447.

sanctions que lorsqu'une faute intentionnelle a été commise. La faute lourde et la faute dolosive se rapprochent ; elles sont toujours de nature différente, mais leurs régimes se rejoignent. L'assimilation repose alors « sur des considérations évidentes de morale et d'équité »¹.

553. Confrontation de l'analyse aux différentes définitions de la faute lourde. Cette conception mérite d'être confrontée à la définition de la faute. Si la notion de la faute lourde retenue est la formule classique, c'est-à-dire le fait de ne pas comprendre *quod omnes intelligunt*, cette explication paraît alors tout à fait défendable. L'énormité du manquement est telle qu'elle est effectivement dangereuse d'un point de vue social et économique².

On observe aussi cette idée dans la définition de la faute lourde donnée par la Cour de cassation le 26 février 1985, qui reprend la formule posée par l'arrêt du 17 décembre 1951, en y ajoutant que la négligence doit être « d'une extrême gravité, confinant au dol »³. Cette définition sera reprise dans de nombreux arrêts⁴. La formule justifie l'assimilation du dol et de la faute lourde. En effet, cette dernière est tellement grave qu'elle se rapproche beaucoup du dol, au point d'en confondre leurs effets. L'expression « confinant au dol » peut ainsi être entendue comme une indication quant à la gravité de la faute et servir de justification jurisprudentielle à l'assimilation de leurs régimes⁵.

Cette approche est séduisante, mais résiste-t-elle à la pratique des tribunaux ? Malgré le rappel de la définition consacrée en 1951, les juges qualifient de faute lourde des comportements qui ne sont pas toujours, en réalité, d'une extrême gravité, lorsqu'il s'agit de faire obstacle à des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Dès lors, l'assimilation devient plus difficile à justifier. La critique a notamment été émise lorsque la faute lourde est caractérisée par la répétition de fautes légères. Si la qualification de faute lourde ne fait pas de doute⁶, l'assimilation avec le dol, en revanche, est des plus contestables. M. Voisenet relève ainsi que « l'assimilation n'est plus tolérable, quand la faute lourde se décompose en plusieurs fautes légères »⁷.

¹ L. Sichel, thèse préc., n° 250.

² R. Roblot, « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943, p. 1, spéc. p. 12.

³ Cass. com., 26 février 1985, pourvoi n° 83-10811, *Bull. IV* n° 82.

⁴ V. par ex., Cass. com., 3 avril 1990, pourvoi n° 88-14871, *Bull. IV* n° 108 ; Cass. com., 27 février 2007, pourvoi n° 05-17265, *Bull. IV*, n° 73.

⁵ P. Voisenet considère la faute lourde comme, traditionnellement, « un manquement voisin du dol, par son énormité », thèse préc., p. 458.

⁶ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 575 (voir les arrêts cités note 3).

⁷ P. Voisenet, thèse préc., p. 458.

Toutefois la critique ne tient pas. On peut avancer que le débiteur qui répète maintes et maintes fois les mêmes fautes, alors qu'il a conscience de celles-ci, fait preuve d'une négligence énorme, en ne corrigeant pas son attitude¹. Il doit donc être traité à la même enseigne que celui qui commet une faute d'une extrême gravité. Ainsi, tant que le comportement est très grave, qu'il ait été commis en un trait de temps ou qu'il soit décomposé en une succession de fautes légères avec la conscience de leurs effets, l'assimilation est acceptable.

Un autre courant jurisprudentiel d'élargissement de la faute lourde, de grande ampleur, a posé une véritable difficulté concernant la règle de l'équipollence. Il s'agit de la conception objective de la faute lourde, retenue pendant près d'un demi-siècle par la Cour de cassation. Oubliant la dimension fautive de l'inexécution², la jurisprudence caractérisait la faute lourde dès lors qu'était prouvée l'inexécution d'une obligation essentielle. L'automatisme de la qualification était très contestable. Mais surtout, en étendant démesurément la notion de faute lourde, la jurisprudence permettait le jeu de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur* bien au-delà des situations initialement prévues, et ainsi faisait profiter le créancier de la paralysie des clauses relatives à la responsabilité en l'absence d'un comportement particulièrement grave du débiteur. Fort heureusement, l'abandon en 2005 de cette déviance jurisprudentielle a permis de retrouver une cohérence, tant dans la définition de la faute lourde que dans la justification de l'assimilation de celle-ci à la faute dolosive.

En somme, tant que l'approche de la notion de faute lourde par les tribunaux reste subjective, l'assimilation à la faute dolosive est justifiée par la gravité de l'attitude, qui appelle une sanction aussi forte qu'en cas de faute intentionnelle. En revanche, l'extension objective de la faute lourde dresse un obstacle à la légitimité de l'assimilation.

Néanmoins, plusieurs critiques ont été formulées à l'encontre de cet argument de la règle de fond. Celles-ci ne sont pour autant pas convaincantes.

554. Des critiques infondées. Dans un premier temps, il pourrait être soulevé que les motivations profondes du maintien de la règle de l'équipollence sont uniquement finalistes. Le seul but des magistrats réside dans la suppression des plafonds de réparation en cas de conduite fortement blâmable de l'agent. Or, classiquement, la fin ne saurait justifier les

¹ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 3592, qui cite Aristote (*Rhétorique*, L., chap. XIV): « retomber souvent dans les mêmes fautes est une circonstance qui les aggrave et les rend punissables ».

² L. Sichel, thèse préc., n° 430.

moyens. Le seul objectif de paralyser des clauses relatives à la responsabilité en raison du caractère grave de l'attitude du débiteur ne devrait pas suffire à valider la règle de l'équipollence, qui revêt elle-même une certaine gravité en assimilant une faute non-intentionnelle au dol. La confusion entre dol et faute lourde opérée par le jeu de l'équipollence serait donc insuffisamment justifiée pour être recevable.

Cependant, une réponse peut être avancée, qui a trait à la particularité du domaine dans lequel le raisonnement est mené. Celui-ci doit être poursuivi au regard des effets de la règle de l'équipollence, et non abstraitement, hors du contexte dans lequel l'adage est susceptible d'être invoqué. Une vision tronquée, abstraite, de la question entraîne un raisonnement biaisé. Il ne faut pas accorder une importance excessive à la règle en tant que telle, en omettant le rôle auquel elle est destinée. Or, dans le contexte des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, l'adage constitue le moyen pour la faute lourde d'atteindre son principal objectif, à savoir écarter le jeu des limites de réparation lorsque le débiteur s'en est révélé indigne¹. Le jeu de l'adage est même indispensable pour atteindre cet objectif. En effet, ni l'article 1150 du Code civil qui fonde la règle de la paralysie dans le droit commun des clauses, dans sa rédaction antérieure à la réforme du droit des contrats², ni les textes spéciaux, ne prévoient directement la mise à l'écart des clauses relatives à la responsabilité en cas de faute lourde. Autrement dit, la règle de l'assimilation et la notion même de faute lourde sont indissociables. Dans ces circonstances, il nous semble que la fin justifie à elle seule les moyens, en raison de la légitimité du but poursuivi. Cet objectif nécessaire a d'ailleurs été souligné par les détracteurs eux-mêmes de l'adage³. La sanction des comportements très graves est indispensable à la bonne marche la société, d'un point de vue tant économique que moral, car elle a en outre une visée prophylactique. L'idée selon laquelle la fin justifie les moyens, dans ce domaine particulier, nous paraît recevable, et suffisante à justifier le principe d'équipollence.

Dans un second temps, on pourrait reprocher à l'argument de manquer de vigueur et d'emprunter la voie de la facilité. Des bases juridiques plus solides confortent toutefois la survivance de la règle. L'argument juridique nécessaire à la légitimation de la règle de

¹ V. par ex. P. Voisenet, thèse préc., p. 469, qui décrit la faute lourde comme « un moyen de justice ».

² Le futur article 1231-3 ajoute la faute lourde au dol comme exception à la réparation du seul dommage prévisible.

³ L. Sichel, thèse préc., n° 246 : l'auteur se demande si la fin justifie les moyens. Tout en reconnaissant la nécessité de la sanction d'un comportement hautement blâmable, Mme Sichel rejette la règle de l'assimilation et répond ainsi à son

l'assimilation existe bien, et a déjà été exposé plus haut. La gravité de l'attitude du débiteur appelle une sanction similaire à celle retenue pour la faute intentionnelle. Malgré la différence de nature entre les deux fautes, celles-ci doivent produire les mêmes effets sur les clauses relatives à la responsabilité.

Cependant, un auteur en particulier souligne le danger d'une règle de fond consistant à assimiler les deux notions, alors qu'elles diffèrent fondamentalement dans leur nature, l'une étant intentionnelle, et l'autre, dépourvue d'intention¹. Même si la gravité peut être comparable, le défaut d'intention empêche d'accepter toute tentative d'assimilation entre les deux fautes. L'équipollence entre les deux fautes risquerait même d'entraîner la dénaturation de la faute lourde, en la rapprochant par trop de la faute intentionnelle, au point de les confondre, dans leur nature même.

Il nous semble pourtant que ce risque, s'il peut s'induire des écrits de certains auteurs², n'est en réalité pas justifié. Le sens de la règle n'est autre que d'octroyer à la faute lourde les mêmes effets que la faute dolosive. En aucun cas il n'est question de rapprocher les deux notions au stade de leur définition. Seuls leurs effets sont communs, en ce qui concerne les limites de réparation. Et la justification qui permet d'expliquer cette règle tient à la gravité de la faute lourde, qui appelle une sanction similaire à la faute dolosive, ainsi qu'un effet dissuasif nécessaire³. M. Loiseau le formule très clairement :

« Il s'agit moins d'opérer une mise en équivalence des fautes du débiteur, de nature distincte, que de tenir compte, pour la production de leurs effets, de leur degré anormal de gravité vis-à-vis du créancier victime de l'inexécution : celui-ci doit être intégralement indemnisé de ses préjudices »⁴.

Assimilation quant aux effets ne signifie pas confusion quant aux définitions. À aucun moment la Cour de cassation ne prétend déceler une intention dans la caractérisation d'une faute lourde. D'ailleurs, des distinctions entre les deux notions sont maintenues dans d'autres domaines⁵. Quand la jurisprudence ne semble pas vouloir emprunter cette voie, les écrits d'une certaine partie de la doctrine sont insuffisants à créer un véritable glissement du régime commun des deux fautes à une hypothétique nature unique. Ainsi, la critique

questionnement par la négative. Nous ne suivons pas ici la sévérité de son approche.

¹ L. Sichel, thèse préc., n° 259.

² H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n° 675-2.

³ A. Sériaux, thèse préc., n° 383 : le sens de la règle de l'équipollence est d'écarter la limitation de responsabilité « en considération du comportement particulièrement grave du débiteur. « L'ordre public contractuel » est intéressé à ce que l'auteur d'une faute lourde ne puisse se retrancher derrière une clause l'exonérant en tout en partie de sa responsabilité ».

⁴ G. Loiseau, « La faute lourde oblige le contractant auquel elle est imputable à réparer le préjudice imprévisible lors de la conclusion du contrat », *CCE* 2014, comm. 94.

⁵ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 607.

n'est pas déterminante et ne fait pas obstacle au maintien de l'adage dans notre droit. Une condition doit toutefois être posée.

c) Le maintien conditionné du jeu de l'adage

555. Une règle nécessaire et opportune. Le maintien de l'adage *culpa lata dolo aequiparatur* est à la fois nécessaire et opportun. Nécessaire afin de sanctionner les comportements particulièrement graves, en entraînant le rejet des clauses relatives à la responsabilité ; opportun car il constitue le moyen connu et reconnu pour que la faute lourde endosse ce rôle. Toujours appliqué en jurisprudence¹, cette maxime doit perdurer. La réforme du droit des contrats consacre d'ailleurs cette analyse.

556. La consécration de l'équipollence dans le Code civil. L'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats a modifié l'article 1150 du Code civil avec le nouvel article 1231-3, qui dispose que :

« Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive. »²

Loin d'être abandonnée, l'équipollence de la faute lourde à la faute dolosive est au contraire consacrée par le Code civil. Ainsi, la réforme confirme le maintien nécessaire de cette règle. Mieux, elle lui donne une assise textuelle, balayant ainsi les critiques relatives aux origines brumeuses de l'adage. Le nouveau texte offre une vigueur nouvelle à cette règle opportune.

La réforme du droit de la responsabilité civile, dont la concrétisation a débuté par la publication d'un avant-projet le 29 avril 2016, prévoit de modifier le nouvel article 1231-3 du Code civil, notamment en remplaçant la faute dolosive par la faute intentionnelle³. En revanche, l'avant-projet conserve l'équipollence des fautes intentionnelle et lourde. Après son entrée le 1^{er} octobre 2016 dans le Code civil, le principe d'assimilation ne devrait donc pas disparaître de la loi dans les années à venir.

557. Condition du maintien de l'équipollence : la conception subjective de la faute lourde. Le jeu de l'adage n'est justifié que tant que la notion de faute lourde n'est pas

¹ Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-21980, *Bull.* I, n° 180, *op. cit.*.

² Nous soulignons.

³ *Cf. infra*, n° 568.

dévoquée par les juges qui ont pu en adopter une définition trop large. Il n'est donc valable qu'en présence d'une conception subjective de la faute lourde, sanctionnant l'attitude inadmissible adoptée par le débiteur¹. Cette approche restrictive, après avoir été affirmée en chambre mixte et confirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, vient d'être consolidée par la première chambre civile². Elle permet donc d'assurer la pérennité du jeu de la règle de l'assimilation entre la faute lourde et la faute dolosive.

La réforme ne précise pas l'approche de la faute lourde (objective ou subjective) qui doit être retenue en application du nouvel article 1231-3 du Code civil. Néanmoins, dans la mesure où la jurisprudence est stable depuis une décennie, on peut considérer que le législateur a voulu faire entrer dans le Code civil la notion de faute lourde telle qu'elle est désormais appréhendée par les magistrats. La conception subjective de la faute lourde devrait donc subsister, lors de l'application du nouveau texte.

Le principe traditionnel d'équipollence entre la faute lourde et la faute dolosive doit être conservé, malgré les débats qui ont agité la matière. Appliqué à la faute inexcusable, le principe d'assimilation ne pose à l'inverse aucune difficulté.

2) L'assimilation légale de la faute inexcusable à la faute dolosive, une règle acquise

558. La loi, source de la règle d'équipollence de la faute inexcusable à la faute dolosive. La faute inexcusable est assimilée au dol pour paralyser les limites de responsabilité dans le droit des transports. La règle d'équivalence trouve sa source directement dans la loi. Cette origine légale est parfaitement logique dans la mesure où la faute inexcusable a été elle-même consacrée par le législateur dans ce domaine.

Elle apparaît dans le protocole modificatif de la Convention de Varsovie relative aux transports aériens, en 1955, aux côtés de la faute dolosive. Remplaçant la périphrase « une faute qui, d'après la loi du tribunal saisi, est considérée comme équivalente au dol », les rédacteurs ont directement inséré la définition de la faute qui aura le même effet que la faute intentionnelle. La référence au principe de l'équipollence n'est plus expresse, mais persiste en filigrane. En effet, la faute inexcusable, définie dans les textes à côté de la faute intentionnelle, produira les mêmes effets, et peut donc lui être assimilée. L'idée des rédacteurs du protocole était d'éradiquer les différences de traitements selon les pays, qui

¹ Comp. L. Sichel, thèse préc., n° 261, qui, pour atteindre la même solution, préfère abandonner la règle de l'assimilation et adopter le concept « d'indignité » de l'auteur du dommage.

² Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-21980, *op. cit.*.

provenaient des différentes fautes pouvant être assimilées à la faute dolosive¹. En définissant eux-mêmes la faute équivalente au dol, ils ont supprimé cette difficulté.

Cette modification a été suivie en droit français dans les différents textes du droit des transports. L'équivalence entre la faute inexcusable et la faute dolosive ne fait aucun doute désormais. En 2009, le Code de commerce l'adopte pour tout le droit des transports internes de marchandises, et la formulation choisie est très claire : « Seule est équipollente au dol la faute inexcusable du voiturier ou du commissionnaire de transport ». Reprenant le terme même d'équipollence, issu de l'adage classique, la loi française affirme clairement la vitalité du principe de l'assimilation de la faute inexcusable à la faute dolosive.

559. L'absence de critique justifiée. Nous l'avons vu, de nombreuses critiques ont été soulevées au regard du maintien du principe d'équivalence de la faute lourde et de la faute dolosive. Le principal argument portait sur la différence fondamentale de nature entre les deux fautes, l'une présentant une dimension intentionnelle, contrairement à l'autre. Fort logiquement, la vivacité de la critique s'éteint quand il s'agit d'équipollence entre la faute intentionnelle et la faute inexcusable. Cette dernière étant délibérée, volontaire, elle confine véritablement au dol et son assimilation n'entraîne, par conséquent, pas de difficulté, contrairement à la faute lourde. Le principe d'équivalence trouve une justification similaire à celui envisagé plus haut, à savoir que la gravité du comportement de l'agent appelle une sanction aussi sévère que s'il avait agi avec l'intention de créer le dommage.

560. Conclusion de la sous-section. Plusieurs fautes sont susceptibles de paralyser le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. La faute dolosive, entendue largement comme l'inexécution volontaire de son obligation contractuelle, la faute lourde, définie par la jurisprudence comme « une négligence d'une extrême gravité dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de la mission contractuelle qu'il a acceptée » et la faute inexcusable, caractérisée par un comportement délibéré qui implique la conscience de la probabilité du dommage. Ces trois fautes auront le même effet paralysant sur les clauses limitatives ou exonératoires de réparation, en application de la règle traditionnelle *culpa lata dolo aequiparatur*. Bien que débattu pour la faute lourde, ce principe doit être maintenu. Découlant des textes pour la faute inexcusable, la règle de l'équipollence ne pose pas de difficulté en ce domaine.

¹ En France, la faute assimilée était la faute lourde, alors qu'au Royaume-Uni, il s'agissait de la *wilful misconduct*, entendue plus strictement que la faute lourde française. Cf. *supra*, n° 537.

Au cours de l'établissement de cet état des lieux en droit positif, il est apparu que les définitions des différentes fautes posaient difficulté. Le manque de certitude, vecteur d'insécurité juridique, appelle une clarification de ces trois notions en droit prospectif.

Sous-section 2 : Renouveau des différentes notions

561. Une certaine confusion ressort des notions de droit positif. Les définitions, d'origine légale ou jurisprudentielle, ne sont pas toujours suivies par les juges lorsqu'il s'agit de caractériser le caractère dolosif, inexcusable ou lourd de la faute dommageable.

En outre, il est apparu lors de l'étude des règles de validité des clauses relatives à la responsabilité que le principe de validité devait être renforcé, notamment pour des raisons de sécurité juridique. Cette ode à la liberté contractuelle doit aller de pair avec une paralysie juste et mesurée des clauses lorsque le comportement du débiteur est condamnable. Car on l'a vu, c'est en réalité lorsque la faute de celui qui cherche à se prévaloir de la limite de responsabilité est grave que la clause semble inacceptable. C'est donc sur ce plan que la sévérité doit s'exprimer, et non celui de la validité. Dans cette optique, il est nécessaire de clarifier les différentes fautes susceptibles d'écarter le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

À cet égard, dans une étude aussi riche que limpide, Mme Sichel a proposé en 2011 de redéfinir la gravité de la faute et les différentes fautes qualifiées. Tout d'abord, l'auteur identifie deux éléments composant la gravité de la faute. L'élément intellectuel, qui se caractérise par la conscience de l'agent des effets potentiellement dommageables de sa conduite, et l'élément matériel, constitué par les conséquences importantes que le comportement a entraîné¹. À partir de ces deux dimensions de la gravité, qu'elle qualifie de subjective et d'objective, l'auteur peut redéfinir ensuite les différentes fautes graves présentes dans la responsabilité civile, à savoir la faute intentionnelle, la faute inexcusable, et la faute lourde. La finesse de l'analyse et la rigueur des propositions emporte une réelle adhésion. Pour autant, le prisme à travers lequel cette étude a été menée est différent du nôtre. Il sera donc nécessaire de replacer ces nouvelles définitions dans le cadre du droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, afin d'éprouver leur pertinence dans le cadre de notre étude.

¹ L. Sichel, thèse préc., n° 323.

Les notions de faute dolosive (§1), faute inexcusable (§2), et faute lourde (§3) seront successivement réexaminées, avec pour objectif d'en clarifier les critères d'identification et d'en faire des outils efficaces pour les juges et sûrs pour les justiciables.

§1. La notion unitaire de faute dolosive

562. La dualité de la notion de faute dolosive est nocive à la compréhension de la matière. Une clarification est nécessaire (A) et, pour ce faire, sera proposée une redéfinition de la faute dolosive, afin d'unifier la faute dolosive ou intentionnelle (B).

A. Une nécessaire clarification

563. *La dualité prégnante de la notion de faute dolosive dans le droit commun des clauses relatives à la responsabilité.* En droit positif, la faute dolosive se distingue de la faute intentionnelle, les juges ayant adopté une définition plus large de la première afin de pouvoir paralyser plus facilement les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité¹. Il nous faut ici préciser le point de vue adopté. En effet, dans une perspective plus large, qui embrasse tout le droit de la responsabilité, la conception élargie du dol est en principe rejetée ; elle subsiste seulement dans le domaine particulier des clauses relatives à la réparation². Dans le cadre de notre étude, le prisme adopté est justement celui du régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Par conséquent, cette solution est pour nous de la plus haute importance, quand elle paraît relever plutôt de l'exception pour qui adopte un point de vue plus général. Il nous est donc indispensable de clarifier la confusion qui règne au sein de la faute dolosive.

¹ Cf. *supra*, n° 513.

² L. Sichel, thèse préc., n° 198 : « Si l'on considère l'état actuel de la jurisprudence, il apparaît que seul un domaine assez circonscrit connaît véritablement le rayonnement d'un dol assimilé à la simple mauvaise foi contractuelle. Il s'agit principalement des hypothèses qui permettent d'augmenter la dette de réparation imputable au débiteur fautif, que ce soit en tenant en échec une limitation conventionnelle ou légale de responsabilité, ou en donnant libre jeu à la réserve finale de l'article 1150 (...) ».

B. Une proposition de redéfinition

564. La proposition consiste à donner une définition unitaire de la faute dolosive (1), proposition aboutissant à une requalification de l'inexécution contractuelle volontaire (2).

1) La conscience de la réalisation certaine du dommage

565. Retour à l'unité. Dans sa thèse, après avoir clairement exposé les difficultés engendrées par la dualité de la notion de faute dolosive, Mme Sichel en propose une nouvelle définition. L'idée ici est de clarifier la matière en retrouvant une véritable unité pour la notion de faute dolosive, ou intentionnelle, les deux termes redevenant, par voie de conséquence, synonymes.

566. Nouvelle définition de la faute dolosive. L'auteur propose de redéfinir la faute intentionnelle comme la conscience de la réalisation certaine du dommage par le responsable¹. Grâce à cette définition, la faute permet de couvrir à la fois les cas les plus graves, c'est-à-dire la volonté de créer le dommage avec l'intention de nuire, mais également le dommage voulu tel qu'il est survenu, ou encore le comportement adopté en toute connaissance de cause, la prévision du dommage ayant été acceptée mais non voulue².

567. Parallèle avec le projet de réforme de la responsabilité civile. Si la toute récente réforme du droit des contrats a prévu de conserver, au futur article 1231-3 du Code civil, la faute dolosive comme cause de déplafonnement de la réparation du dommage prévisible en matière contractuelle, l'avant-projet de réforme du 29 avril 2016 se démarque de cette solution traditionnelle. L'article 1251 de l'avant-projet propose de remplacer la notion de faute dolosive par celle de faute intentionnelle. Ce faisant, le nouveau texte entérinerait la proposition formulée ci-dessus, consistant à réunifier faute dolosive et faute intentionnelle en retenant l'acception la plus stricte.

Cependant, en adoptant la faute intentionnelle à la place de la faute dolosive, il faut envisager le sort de l'actuelle faute dolosive *stricto sensu*.

¹ L. Sichel, thèse préc., n^{os} 342 et s.

² L. Sichel, thèse préc., n^o 346 et n^o 360.

2) *La requalification de l'inexécution volontaire*

568. Silence de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Bien qu'il remplace la faute dolosive par la faute intentionnelle, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile reste silencieux sur l'hypothèse de la faute dolosive largement entendue, qui sanctionne la simple inexécution délibérée du contrat. Pourtant, il est indispensable de tenir compte de la jurisprudence *Société des comédiens français*, qui fait preuve de réalisme. Car rappelons-le, la faute intentionnelle, entendue comme la volonté de créer le dommage, ou l'acceptation de la réalisation certaine du dommage en droit prospectif, est particulièrement rare dans le domaine contractuel, et la faute lourde ne peut couvrir l'inexécution délibérée d'une obligation contractuelle.

L'inexécution volontaire pourrait alors être placée dans une autre catégorie de faute qualifiée, afin d'éviter que la notion de faute intentionnelle ne soit ensuite étendue par la jurisprudence.

569. Requalification de l'ancienne faute dolosive, dans son acception issue de la jurisprudence *Société des comédiens français*, en faute inexcusable. La simple inexécution volontaire du contrat permet d'imaginer la survenance d'un dommage potentiel, mais non d'en être certain. Or, la certitude entre dans la définition nouvelle de la faute intentionnelle ou dolosive. Pour résoudre simplement cette difficulté, il suffit de placer l'hypothèse de l'inexécution volontaire dans la catégorie, redéfinie elle aussi, des fautes inexcusables. En 1969, la faute inexcusable n'en était encore qu'au stade d'ébauche, cantonnée à quelques droits spéciaux. Il était dès lors inenvisageable d'y faire appel pour invalider une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Aujourd'hui, avec l'extension de cette notion, qui tend à se généraliser, le choix d'y recourir est tout à fait acceptable¹. La simple inexécution contractuelle volontaire doit donc être qualifiée de faute inexcusable, et non de faute dolosive.

Pour combler la carence de l'avant-projet de réforme, il suffirait d'ajouter aux articles 1251 (limite à la réparation du dommage prévisible) et 1283 (limite à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité) la faute inexcusable, aux côtés des fautes intentionnelle et lourde.

¹ Comp. G. Viney, art. préc., *D.* 1975, chr. p. 263, spéc. p. 264, qui lui prédit une extension au-delà des quelques domaines spéciaux initialement concernés.

570. Conséquence sur la règle d'équipollence des fautes dolosive et inexcusable. Cette nouvelle qualification de l'inexécution volontaire sans aucune intention de créer le dommage entraîne une conséquence importante. La faute inexcusable, aujourd'hui d'origine uniquement légale, est assimilée à la faute dolosive en vertu des textes qui la prévoient. La règle d'équipollence n'a pas de raison d'être invoquée par la jurisprudence sans texte. En ouvrant la catégorie de faute inexcusable à des domaines autres que le droit des transports, il faut également affirmer le principe d'assimilation des fautes dolosive et inexcusable, grâce à un raisonnement *a fortiori*. Si le droit de la responsabilité civile admet le principe d'équipollence entre la faute lourde et la faute dolosive, *a fortiori* il doit l'appliquer entre les fautes inexcusables et dolosives. En raison de la proximité des deux notions et de la sanction similaire qu'elles appellent, cette règle d'assimilation peut être invoquée par la jurisprudence. L'extension de l'assimilation des fautes inexcusable et intentionnelle est indispensable pour maintenir la cohérence de l'ensemble du système ainsi redéfini.

571. En définitive, la nouvelle définition de la faute dolosive, qui permet d'englober les cas les plus graves, sans pour autant pécher par une trop grande largesse, emporte l'adhésion la plus complète. Surtout, elle permet d'unifier les notions de dol et de faute intentionnelle. En plus d'une clarification bienvenue, cela nous permet, dans le cadre de notre étude, de poursuivre le mouvement de rapprochement du régime des clauses en matière contractuelle et délictuelle. En effet, une unique définition de la faute dolosive ou intentionnelle sera applicable pour paralyser les clauses, quelle que soit la nature de la responsabilité qu'elles sont destinées à limiter.

Une fois la faute dolosive redéfinie, il convient de s'intéresser à la faute qui la suit sur l'échelle de la gravité, la faute inexcusable.

§2. L'approche rénovée de la faute inexcusable

572. La rénovation de la faute inexcusable passe surtout par l'appréciation du caractère inexcusable que les juges doivent mener. La définition, établie par les textes, n'a pas posé de véritable difficulté. Elle ne mérite donc qu'une légère modification, dans un objectif de cohérence, afin d'être en concordance avec les autres définitions proposées. En revanche,

les oscillations jurisprudentielles portant sur l'appréciation objective ou subjective de la faute ont eu pour effet de faire douter de la définition même de la faute inexcusable¹. Celle-ci ne doit cependant pas être remise en cause (A). Le renouvellement de la faute inexcusable se concentre donc sur le type d'appréciation qui doit être retenu (B).

A. Le maintien de la définition

573. Maintien du fond, proposition de simplification de la formulation. La définition en elle-même ne pose pas de difficulté particulière en droit des transports, grâce à ses fondements textuels et non jurisprudentiels. Une simplification, qui ne modifie pas le fond de la notion, peut toutefois être proposée.

La faute inexcusable relève de la même catégorie que la faute dolosive, en ce qu'elle est une faute volontaire, délibérée². Pour l'une et l'autre, la *conscience* de l'agent se trouve au cœur de la définition. La différence avec la faute intentionnelle tient à l'objet de la conscience. Quand la faute intentionnelle nécessite la conscience de la réalisation *certaine* du dommage, la faute inexcusable est quant à elle caractérisée dès lors que la survenance du préjudice n'est que *probable*³. Cette définition reprend donc le cœur de la définition actuelle de faute inexcusable, à savoir la conscience de la probabilité du dommage ; mais elle supprime son acceptation téméraire, qui s'induit en réalité de la première partie de la définition, à savoir la conscience de la réalisation probable du dommage. En effet, c'est bien en raison du maintien du comportement, en dépit de la connaissance du risque de dommage, que la faute inexcusable a été commise.

Si une légère modification de la définition peut être proposée pour plus de clarté, il n'est pas question d'en modifier la substance. L'évolution de la faute inexcusable se cristallise en réalité autour du contrôle effectué par les juges pour identifier la notion.

¹ M. Larroumet expose ainsi deux approches de la faute inexcusable. L'une est de même nature que la faute intentionnelle, mais moins grave, et l'autre est une faute involontaire plus grave que la faute lourde. Ch. Larroumet, S. Bros, *Les obligations, op. cit.*, n° 624, p. 728.

² A. Bénabent, *Les obligations*, L.G.D.J., 14^e éd., 2014, n° 412-1 ; A. Sériaux, thèse préc., n° 352.

³ L. Sichel, thèse préc., n° 340.

B. L'approche renouvelée de l'appréciation in concreto de la faute inexcusable

574. L'idée ici est de restaurer l'appréciation subjective de la faute inexcusable, en harmonie avec la lettre des textes¹. Nous rejoignons là encore la proposition de Mme Sichel, qui nous paraît opportune à plus d'un titre (1) Pour être acceptable, elle doit toutefois être conditionnée à un assouplissement de l'approche *in concreto* et à la révision des plafonds de réparation légaux en droit des transports (2).

1) Les avantages d'une appréciation in concreto

575. ***Une solution plus cohérente.*** Sur le plan théorique, l'appréciation *in concreto* de la faute inexcusable est heureuse pour une double raison. Elle est d'abord conforme à la lettre des textes, qui prévoient, dans la définition de la faute inexcusable, la conscience que l'agent a eue de la probabilité du dommage. En outre, elle est logique en raison de la nature même de la faute. La conscience est placée au cœur de la définition de la faute inexcusable, révélant la gravité subjective de la faute². Il faut dès lors tenir compte de la personnalité de l'agent pour apprécier la gravité subjective de cette faute.

Par ailleurs, d'un point de vue international, il est intéressant de souligner que l'adoption d'une analyse *in concreto* de la faute inexcusable permettrait à la France de s'aligner sur les autres pays signataires des conventions internationales qui, dans leur grande majorité, retiennent une appréciation subjective, en application des textes³.

Louable d'un point de vue théorique, le contrôle *in concreto* de la faute inexcusable doit répondre à certaines conditions pour être recevable sur le plan pratique.

2) Les conditions de l'appréciation in concreto

576. Le retour à une appréciation *in concreto* de la faute inexcusable n'est acceptable qu'à deux conditions. De manière générale, elle doit être assouplie pour que la faute inexcusable ait une véritable portée pratique (a). Puis, dans le droit spécial des transports, elle doit s'accompagner d'une procédure de révision des plafonds légaux de réparation, pour assurer la cohérence du système (b).

¹ L. Sichel, thèse préc., n^{os} 387 et s..

² L. Sichel, thèse préc., n^{os} 326 et s., et n^{os} 366 et s..

³ A. Sériaux, thèse préc., n^o 356 ; L. Sichel, thèse préc., n^o 389.

a) L'assouplissement de l'appréciation in concreto

577. Une appréciation subjective assouplie. Sur le plan pratique, l'appréciation *in concreto* est le plus souvent rejetée par les juges en raison de la difficulté à établir le caractère inexcusable de la faute, alors que la paralysie des plafonds conventionnels de réparation paraît indispensable en réponse à la faute particulièrement grossière du transporteur.

Afin d'éviter cet écueil, nous proposons, à la suite de Mme Sichel, d'adopter une conception souple de l'appréciation *in concreto*¹. Plus exactement, cet auteur propose de faciliter la charge de la preuve en permettant aux juges de déduire des circonstances extérieures, de l'expérience et la personnalité de l'agent, l'existence d'une faute inexcusable. Autrement dit, la faute inexcusable est bien appréciée subjectivement, dans la mesure où la personne du responsable est prise en compte, « avec ses compétences et ses faiblesses » ; mais sa conscience de la probabilité du dommage est seulement « supposée », elle n'a pas besoin d'être effectivement établie². La difficulté relative à la preuve de l'état d'esprit de l'agent au moment de la faute est ainsi contournée, tout en maintenant une appréciation subjective de son comportement.

L'appréciation subjective, ainsi entendue, permet de réconcilier la lettre du texte avec son objectif : sanctionner les comportements particulièrement graves, sans tomber dans les extrêmes, que ce soit le refus trop strict ou au contraire l'acceptation trop aisée de la faute. En effet, l'acception souple du contrôle *in concreto* permet de qualifier certains comportements de faute inexcusable ; celle-ci a donc une portée réelle. Inversement, l'appréciation *in concreto* permet d'éviter l'écueil inverse, à savoir se rapprocher dangereusement de la faute lourde, ou même de la faute légère³.

b) La nécessité de réviser les plafonds légaux en droit des transports

578. Droit positif : des plafonds déconnectés de la réalité. Un tel changement en jurisprudence aura pour effet de retenir moins souvent la faute inexcusable du transporteur, ce qui entraînera un maintien plus fréquent des plafonds de réparation. À cette critique,

¹ L. Sichel, thèse préc., n° 382.

² *Ibid.*

³ A. Sériaux, thèse préc., n° 365.

Mme Sichel répond que les limites sont souvent très élevées et permettent une réparation sinon intégrale, du moins substantielle du dommage subi. Qu'il nous soit permis ici de ne pas partager l'avis optimiste de l'auteur. La procédure pour réviser les montants fixés par les conventions internationales est lourde et rarement déclenchée¹. Or, les seuils se détachent de la réalité pratique en raison de l'érosion monétaire² et de l'inflation, malgré l'utilisation d'une unité de compte, les DTS (droits de tirages spéciaux), plutôt que d'une seule monnaie identifiée. Curieusement, la seule convention qui ait prévu une révision des seuils tous les cinq ans ne prévoit pas la déchéance de la limitation en cas de faute inexcusable³.

579. Pour une révision régulière des plafonds. Par conséquent, ce retour à l'appréciation *in concreto* de la faute inexcusable, en ce qu'elle entraînera une baisse de son application et donc de mise hors-jeu des limites de responsabilité, doit impérativement s'accompagner de révisions régulières des plafonds de réparation. L'idéal serait de prévoir une procédure systématique de révision dans toutes les conventions, comme celle qui est instituée par la Convention de Montréal de 1999 pour le transport aérien. Le système imaginé par les rédacteurs est convaincant. Tous les cinq ans, l'organisation dépositaire de la convention internationale calcule le coefficient pour inflation des dernières années, c'est-à-dire le taux moyen d'inflation des différentes monnaies composant le DTS grâce aux chiffres fournis par le FMI⁴. Si ce coefficient dépasse les 10%, une révision des limites est proposée aux États membres⁵. En l'absence d'un rejet par une majorité d'États membres, les nouveaux seuils sont adoptés. Cette procédure permet de tenir compte de la réalité économique actuelle plutôt que de réviser automatiquement les plafonds, ce qui offre une bien meilleure acceptation des nouvelles limites. En outre, les États n'ont pas à se réunir pour modifier la convention ; il leur suffit, le cas échéant, d'exprimer leur désapprobation, ou à l'inverse, de rester silencieux s'ils acceptent la révision. La simplicité de la procédure offre une bonne garantie de son succès.

¹ Pour modifier une convention internationale, il faut recueillir l'approbation de la majorité plus ou moins large des États membres (V. par ex. les articles 36 et 37 CMNI).

² A. Vialard, art. préc., *DMF* 2009, p. 21, spéc. n° 6 et 10.

³ Art. 24 Convention Montréal 1999. La CMNI 2000 prévoit également une procédure de révision des limites de réparation, mais elle n'est ni systématique (elle est déclenchée à la demande des États membres), ni simple à mettre en œuvre (cf. art. 37), ce qui risque d'être un obstacle à son utilisation.

⁴ Pour la Convention de Montréal, l'organisme en charge de ce calcul est l'Organisation de l'aviation civile internationale (OACI). Cf. A. Lemarié, « Transport aérien : révision des limites de responsabilité de la convention de Montréal », *RDT* 2010, étude 4.

⁵ Une autre voie s'ouvre aux États membres directement, lorsque le coefficient dépasse 30% (art. 24. 3 Convention Montréal).

Nous appelons donc de nos vœux une révision des autres conventions internationales en vigueur, afin d'ajouter une telle stipulation. L'équilibre du droit des contrats de transports, atteint notamment grâce à la responsabilité objective et limitée du transporteur, conjuguée à la déchéance des limitations en cas de faute dolosive ou inexcusable d'autre part, serait ainsi conservé.

Il nous reste maintenant à étudier les pistes ouvertes pour renouveler la définition de la faute lourde.

§3. La définition renouvelée de la faute lourde

580. La définition de la faute lourde est aujourd'hui difficilement saisissable. L'idée est ici de proposer une orientation plus précise afin de gagner en clarté et cohérence avec le reste du régime renouvelé des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité (A). Ce nouveau régime comprend notamment la validation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière délictuelle. La règle de l'équivalence des fautes lourde et dolosive doit donc être étendue en ce domaine (B).

A. Une définition toujours souple mais précisée

581. Dans l'espoir de mettre fin aux oscillations jurisprudentielles relatives à la caractérisation de la faute lourde, il faut en donner une définition claire et affirmer le caractère abstrait de l'appréciation qui doit être portée par les juges. Dans cette optique, il est nécessaire de se concentrer sur les conséquences prévisibles de l'attitude de l'agent (1). La question de l'inexécution d'une obligation essentielle s'y intègre alors sans difficulté (2).

1) Une faute « lourde de conséquences prévisibles »

582. Exposé de la nouvelle définition. Une formulation renouvelée de la définition de la faute lourde, proposée par Mme Sichel, peut être adoptée. Laissant de côté les critères attachés à l'état d'esprit de l'agent, la nouvelle définition se concentre sur les conséquences dommageables de ses actes. En effet, la gravité d'une faute peut s'induire soit de la conscience du risque de dommage, soit des conséquences prévisibles de l'acte. Attribuant

la première branche aux fautes intentionnelle et inexcusable, l'auteur propose de définir la faute lourde comme une faute *lourde de conséquences prévisibles*.

De prime abord, la prise en compte des conséquences de la faute pourrait paraître dangereuse. En effet, la gravité du comportement n'est pas toujours à la mesure des conséquences qu'il entraîne. Une négligence légère peut entraîner de très graves préjudices, et à l'inverse une faute grossière n'avoir aucun effet dommageable¹. Après avoir relevé cette difficulté, il est aisé de s'en détacher en proposant de tenir compte, non pas des conséquences effectives de l'acte, mais de celles qui étaient prévisibles au regard du comportement adopté².

L'idée est donc d'identifier si les conséquences gravement dommageables étaient raisonnablement prévisibles dans la situation de l'agent. Ensuite peut être conduite l'analyse du comportement de l'agent, dans sa dimension matérielle. Le maintien de son attitude, alors que des conséquences préjudiciables étaient prévisibles, caractérise la gravité de la faute³. Autrement dit, la faute lourde est caractérisée lorsque le comportement de l'agent était de nature à causer un préjudice important.

583. Mise en œuvre. Actuellement, la jurisprudence prend très souvent en compte le comportement de l'agent. La nouvelle définition permet simplement d'affiner l'analyse des juges. Afin de caractériser la gravité de ce comportement, il leur faut vérifier si les conséquences qu'une telle attitude pouvait engendrer étaient prévisibles. Ce contrôle doit s'opérer objectivement. Il n'est pas question de sonder l'état d'esprit de l'agent pour vérifier s'il a eu effectivement conscience du risque dommageable de son comportement, mais au contraire d'évaluer si, objectivement, une personne raisonnable placée dans la même situation pouvait prévoir les conséquences dommageables de l'acte.

Un arrêt récent effectue ce contrôle de la prévisibilité des conséquences, montrant ainsi la pertinence de la définition proposée⁴. En l'espèce, un couple avait conclu un contrat de déménagement entre l'île de la Réunion et Montpellier avec une entreprise spécialisée. Après avoir placé les biens dans un conteneur, le déménageur avait confié ce dernier à un transporteur maritime. Un mois et demi plus tard, le conteneur arrivait à destination ; mais faute d'avoir prévu un système de ventilation et des absorbeurs

¹ L. Sichel, thèse préc., n° 330.

² L. Sichel, thèse préc., n° 330 et 407.

³ L. Sichel, thèse préc., n°s 405 et s.. Comp. G. Marty et P. Raynaud, *Les obligations, Les sources*, T. I, *op. cit.*, n° 472 : « la faute lourde se situe dans la zone où le dommage devait apparaître comme la suite probable de l'acte ou de l'omission : en pareil cas il y a faute grave à ne pas s'être comporté de façon à l'éviter ».

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, pourvoi n° 13-21980, *Bull. I* n° 180, *op. cit.*.

d'humidité, les biens arrivèrent couverts de moisissures. Les époux agirent contre le déménageur et lui reprochèrent sa faute lourde. La Cour de cassation relève que le déménageur avait manqué aux règles de l'art, alors même qu'il était spécialiste des déménagements dans les zones insulaires, et en déduit l'existence d'une faute lourde. Bien que l'énoncé de la définition de la faute lourde ne soit pas modifié, la Cour de cassation tient en réalité compte des conséquences *prévisibles* du comportement fautif : le déménageur pouvait prévoir le risque de moisissure au regard tant des conditions de transport, une escale étant prévue en Malaisie où « les conditions d'humidité et de température habituelles dans ce pays sont des éléments connus ou prévisibles », que de sa qualité de professionnel spécialisé ; or, il n'a pas installé le dispositif adéquat dans le conteneur. En raison de la gravité des conséquences prévisibles de cette abstention, les hauts magistrats ont pu déduire l'existence d'une faute lourde¹.

584. Intérêt au regard du droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Dans la première partie de notre étude, nous avons défendu la restauration du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité contractuelle et la consécration du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle. La validité de ces conventions va de pair avec leur paralysie dès lors que celui qui s'en prévaut en est indigne. Ainsi, plutôt que d'invalider les clauses en brandissant des arguments fallacieux, et de restreindre ensuite la faute lourde à une faute « d'une extrême gravité confinant au dol », nous souhaitons inverser la tendance en proposant un principe de validité et un contrôle de la faute lourde renforcés.

La nouvelle définition de la faute lourde permet d'arriver à cette fin. Le critère d'extrême gravité disparaît, pour être remplacé par des conséquences prévisibles lourdes. Le comportement reste bien au centre de la faute lourde. Seulement, pour en déterminer la gravité, il est fait référence aux conséquences qu'il risquait d'emporter. En maintenant son comportement alors que de lourdes conséquences étaient prévisibles, l'agent a commis une faute très grave, mais non extrêmement grave.

Cette nouvelle définition laisse une marge de manœuvre importante aux juges. La faute lourde reste un outil flexible, élément indispensable pour atteindre le but pour lequel elle a été pensée : supprimer le jeu des clauses relatives à la responsabilité lorsque l'agent ne le mérite pas. Au fond, la faute lourde se révèle par le sentiment de révolte qui s'empare

¹ V. Mazeaud, note préc., *D.* 2015, p. 188, n° 6 : « La solution met ainsi en lumière un critère qui paraît décisif pour établir la faute lourde : ce n'est pas la gravité du préjudice effectivement subi qui importe mais, différemment, la prévisibilité des conséquences dommageables de la faute ».

du lecteur des faits de l'espèce. L'attitude fautive est honteuse, choquante, parfois irréaliste (« comment a-t-il pu oser se comporter de la sorte ? ») et appelle instantanément une réaction de rejet du bénéfice des clauses relatives à la responsabilité : après avoir commis une telle faute, le débiteur ne peut prétendre à une réduction de sa responsabilité. La nouvelle définition permet de mettre des mots, nécessaires, sur ce sentiment qui habite le magistrat lors du jugement de l'affaire. Si l'agent est indigne, c'est en raison de la prévisibilité de graves conséquences que son comportement pouvait engendrer. Ainsi, le chauffeur routier qui laisse son véhicule toute une nuit sur un parking non surveillé commet une faute lourde car le vol de son chargement, conséquence très grave, était hautement prévisible.

La définition nouvelle permet de conserver une certaine flexibilité, tout en gagnant en prévisibilité pour les contractants. En effet, la définition actuelle ne contient en réalité aucun critère précis. Une faute extrêmement grave, qui révèle l'inaptitude de l'agent à remplir sa mission contractuelle, ne permet pas véritablement de prédire si telle faute sera jugée lourde ou non. À l'inverse, le comportement aux conséquences lourdes et prévisibles semble plus apte à définir les contours de la faute lourde.

585. Attitude voisine de la jurisprudence anglaise. L'*UCTA 1977*, régissant le sort des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, ne fait pas référence aux fautes lourdes et dolosives. Étonnamment, la jurisprudence anglaise ne recherche pas non plus si une faute grave a été commise par le débiteur pour lui refuser le bénéfice de la clause. Cependant, le comportement du débiteur peut être pris en compte de manière incidente par les juges, grâce à une interprétation stricte de la clause. Ils seront peu enclins à appliquer la clause lorsque le débiteur n'a pas exécuté son obligation délibérément ou a commis une faute de grave imprudence ou négligence¹. Les juges retiendront que la clause ne pouvait couvrir un tel comportement. Dans le même ordre d'idée, ils pourront paralyser la clause en raison des conséquences particulièrement graves de l'inexécution². Ainsi la gravité du comportement du débiteur peut être établie au regard des conséquences de la négligence. Il faut néanmoins noter que cette ligne jurisprudentielle d'interprétation des clauses est surtout affaire de casuistique, la gravité des conséquences comme celle du comportement ne sont que des indices et n'entraînent pas systématiquement la paralysie de la clause.

¹ G. H. Treitel, E. Peel, *The law of contract, op. cit.*, n° 7-028.

² G. H. Treitel, *The law of contract, op. cit.*, n° 7-029, et n° 7-025, qui cite notamment *Kenyon Son & Craven Ltd v. Baxter Hoare & Co Ltd* [1971] : cet arrêt relève que le dommage provient d'un « *gross and culpable failure from the defendant* ».

Cette attitude de la jurisprudence anglaise rejoint finalement celle des juges français qui utilisent la faute lourde comme un outil flexible de paralysie des clauses.

Comme autre indice pour décider de l'application de la clause, les juges anglais peuvent tenir compte de l'importance de l'obligation inexécutée. Le droit français aurait tout intérêt à suivre cette approche, en attribuant à l'inexécution d'une obligation essentielle la valeur d'indice de la gravité du comportement du débiteur.

2) L'inexécution d'une obligation essentielle, simple indice de la gravité de la faute

586. Position du problème. Une précision importante doit être apportée concernant la question de l'inexécution de l'obligation essentielle. Durant plusieurs décennies, la Cour de cassation avait objectivé la notion de faute lourde afin de la caractériser dès lors que l'obligation essentielle n'avait pas été exécutée. Les clauses limitatives de responsabilité étaient donc systématiquement paralysées lorsqu'elles avaient trait à l'obligation essentielle du contrat. Mais à la suite d'un revirement jurisprudentiel magistral et attendu, la Cour de cassation est revenue à la définition subjective de la faute lourde¹. La définition de droit prospectif conserve cette approche subjective de la notion de faute lourde. L'inexécution de l'obligation essentielle doit-elle demeurer totalement étrangère à la qualification de faute lourde ?

587. Voie intermédiaire. À la suite de différents auteurs, il nous semble qu'une voie intermédiaire peut être empruntée². L'inexécution de l'obligation principale du contrat doit servir d'indice pour caractériser la faute lourde. Elle ne serait donc ni totalement étrangère, ni irrémédiablement liée à la faute lourde. Cette solution est tout à fait compatible avec la nouvelle définition de la faute lourde. Si l'agent n'exécute pas l'obligation fondamentale du contrat, il est d'autant plus prévisible que de graves conséquences s'ensuivront pour le créancier³. La tâche probatoire sera donc simplifiée pour le créancier, sans être supprimée.

Un auteur propose d'aller plus loin, et de poser une présomption de faute lourde. La présomption porterait non pas sur la faute, mais sur la gravité de celle-ci. Ainsi, dès lors

¹ Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14112, *Bull. mixte* n° 4, *op. cit.*

² P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 2005, p. 604, spéc. p. 606 ; G. Loiseau, note sous Cass. com., 13 juin 2006, *JCP G* 2006, II, 10123 : « (...) sans se fonder dans le caractère essentiel de l'obligation inexécutée, il peut tout de même être tenu compte de celui-ci dans l'appréciation de la faute et de sa gravité. Le présent arrêt y invite d'ailleurs en excluant que la faute lourde puisse se déduire du seul manquement à une obligation essentielle ».

³ L. Sichel, thèse préc., n° 431 : « L'obligation essentielle étant au cœur même du contrat, il semble aller de soi qu'y contrevenir présente un risque important de créer une situation hautement préjudiciable pour le créancier dont les attentes sont déçues ».

que le comportement fautif serait prouvé, s'il porte sur l'obligation essentielle, la faute lourde pourrait être présumée¹. Si la proposition est séduisante, elle n'emporte pas pour autant l'adhésion, en raison d'une difficulté déjà évoquée. L'obligation essentielle, ou fondamentale, est une notion fuyante. Dans des conventions très simples, elle pourra être aisément identifiée. Il en va ainsi du vendeur qui manque à son obligation de délivrance. En revanche, dès que le contrat se complexifie, comporte différentes prestations, dure dans le temps, l'obligation essentielle n'est plus si simple à reconnaître. C'est ainsi que l'obligation du bailleur d'entretenir la chose a pu être qualifiée d'essentielle dans un arrêt², avant de se voir refuser cette qualification dans une autre décision³. Cette difficulté pose dès lors une réelle difficulté probatoire. En effet, si le créancier doit prouver que l'obligation inexécutée est bien essentielle, pour pouvoir ensuite se prévaloir de la présomption de faute lourde, le fardeau probatoire n'est pas vraiment allégé. La jurisprudence confirme cette crainte, en qualifiant d'essentielle des obligations qui, à première vue, ne semblaient pas relever de cette catégorie⁴. D'ailleurs, l'auteur à l'origine de cette proposition évoque cette difficulté⁵. Elle est pour nous dirimante.

En définitive, l'inexécution d'une obligation essentielle ne saurait être plus qu'un simple indice permettant de faciliter la caractérisation de la faute lourde.

Ainsi, la définition de faute lourde pourrait être précisée, en se focalisant sur les conséquences graves et prévisibles du comportement. Dans cette démarche prospective, il faut également s'intéresser à la portée de la règle d'équipollence entre la faute lourde et la faute dolosive.

B. L'extension de la règle d'équipollence à la matière délictuelle

588. La nécessaire extension de la règle d'équipollence au domaine délictuel. Dans la première partie, nous proposons de consacrer le principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière extracontractuelle. S'il ne fait pas de doute que la faute intentionnelle leur fera échec, il faut se demander s'il en va de même avec la

¹ L. Sichel, thèse préc., n^{os} 431 et s..

² Cass. Req. 19 janvier 1863, *DP* 1863, I, p. 248.

³ Cass. civ., 28 mai 1945, *RTD civ.* 1947, p. 200. Cf. Th. Genicon, art. préc., *RDC* 2008, p. 982, n^o 8.

⁴ Com., 5 juin 2007, pourvoi n^o 06-14832 *Bull.* IV, n^o 157, *op. cit.*. Cet arrêt casse, pour défaut de base légale, l'arrêt qui ne recherche pas si « l'impossibilité de localiser les marchandises » n'était pas une obligation essentielle du commissionnaire de transport. L'obligation de traçabilité pourrait donc être considérée comme telle.

⁵ L. Sichel, thèse préc., n^o 431 note 1616.

faute lourde. La grave négligence peut-elle être assimilée au dol en matière extracontractuelle ?

Il nous semble que toutes les raisons invoquées pour le maintien du principe en matière contractuelle peuvent être transposées en matière délictuelle. Le comportement très grave de l'agent doit être sanctionné avec autant de vigueur. Dans le domaine extracontractuel, les deux parties à la convention se sont mises d'accord pour régler à l'avance les conséquences dommageables de l'activité de l'un d'eux. Celui-ci ne peut dès lors être totalement négligent. Il est question ici de bonne marche de la société, et de santé des clauses relatives à la responsabilité. Pour admettre le principe de validité de ces clauses, sans prêter le flanc à la critique du risque accru de négligence, il faut sanctionner les graves négligences au même titre que les fautes intentionnelles.

589. Conclusion de la section. Le comportement particulièrement grave du débiteur doit être sanctionné, par la paralysie de la clause relative à la responsabilité dont il souhaitait se prévaloir. Cependant, les fautes qualifiées qui appellent une telle sanction revêtent des définitions peu certaines en droit positif. Ce manque de clarté entraîne une insécurité juridique quant à l'applicabilité de la clause ; l'enjeu de l'éventuelle mise à l'écart de la stipulation est donc très important pour les parties au litige.

Adoptant dans les grandes lignes les propositions de Mme Sichel, qui servent parfaitement notre étude, il nous paraît nécessaire de redéfinir les différentes fautes qui permettent de paralyser les clauses relatives à la responsabilité. La faute dolosive pourrait être définie comme la conscience de la réalisation *certaine* du dommage. La faute inexcusable en diffère par la conscience de la réalisation *probable* du dommage. Ces deux fautes devraient être appréciées *in concreto*, afin de véritablement prendre en compte la personnalité de l'agent, son état d'esprit, critère au centre de ces notions. Ces propositions entraînent deux conséquences. La première résiderait dans la requalification de la faute dolosive largement entendue, issue de l'arrêt *Société des comédiens français*, en faute inexcusable. En effet, la simple inexécution volontaire ne comprend pas nécessairement la conscience de la réalisation *certaine* du dommage, mais induit plus sûrement la conscience qu'un préjudice *pouvait* en découler. La seconde porterait sur la révision des plafonds légaux prévus en droit des transports, afin que l'équilibre contractuel soit réel et qu'ainsi les juges ne soient pas tentés de caractériser trop fréquemment la faute inexcusable, et s'en tiennent ainsi à l'appréciation subjective, largement entendue, préconisée pour cette faute.

La faute lourde apparaîtrait elle aussi sous un nouveau jour, plus net, sans perdre en souplesse. Il s'agirait désormais d'un comportement induisant des conséquences graves et

prévisibles ; ainsi, la nouvelle définition offrirait à la fois flexibilité et prévisibilité, deux impératifs nécessaires et pourtant absents de notre droit positif.

Enfin, il faut souligner une autre conséquence de ces modifications. À rebours de nombreux auteurs qui souhaitent la suppression de la règle d'assimilation des fautes lourde ou inexcusable à la faute dolosive, nous appelons au contraire à son extension. D'une part, l'assimilation de la faute inexcusable à la faute dolosive devrait pouvoir être invoquée en l'absence de fondement textuel. D'autre part, l'équipollence de la faute lourde à la faute dolosive devrait être étendue au domaine extracontractuel. Ces deux extensions participeraient de la cohérence du système, et seraient en réalité de simples conséquences de la redéfinition des catégories des fautes dolosive et inexcusable, et de la validité de principe des clauses atténuant la responsabilité délictuelle.

L'avant-projet de réforme de la responsabilité publié le 29 avril 2016 ne pose aucune définition des différentes fautes qualifiées. Ouvert à la consultation publique, ce projet est susceptible d'évolutions. Peut-être les rédacteurs entendront-ils le besoin de clarification de la matière pour enrichir le texte de définitions précises et adaptées.

L'identification des fautes qualifiées achevée, il faut maintenant déterminer leur rôle sur le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

SECTION 2 : EFFET DES FAUTES SUR LE JEU DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

590. La faute dolosive, ainsi que les fautes qui lui sont assimilées, ont pour effet d'écarter le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Cet effet paralysant est fondamental dans la compréhension du régime de ces clauses. Même valables, les conventions de responsabilité sont inefficaces lorsque le débiteur a commis une faute particulièrement grave. Car l'hypothèse ici est bien celle d'une clause valable, qui n'est point en contradiction avec les textes spéciaux ou la jurisprudence limitant la validité de droit commun des clauses relatives à la responsabilité. C'est donc au stade de l'exécution du contrat que le juge se place, et après avoir relevé l'attitude gravement fautive du débiteur, lui refuse le jeu de la clause qui devait limiter ou exclure sa responsabilité.

La paralysie des clauses est une règle importante du droit commun des clauses relatives à la responsabilité (§1) ; elle connaît néanmoins quelques rares exceptions dans certains droits spéciaux (§2).

§1. Le principe de droit commun : l'inefficacité des clauses relatives à la responsabilité en présence d'une faute très grave

591. Après avoir rappelé le contenu de la règle (A), il sera intéressant d'étudier les divers arguments qui permettent de la justifier (B).

A. Contenu de la règle

592. Lorsque le créancier a pu prouver la faute lourde, inexcusable ou dolosive du débiteur, il peut prétendre à une réparation intégrale de son préjudice, alors même qu'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité était prévue dans la convention. En effet, la preuve d'une telle faute emporte l'inefficacité de la clause, inefficacité évidemment limitée au litige (1). Cet effet paralysant connaît un large champ d'application, et peut donc être invoqué dès qu'une faute très grave a été prouvée, sans autre condition (2).

1) L'inefficacité des clauses limitée au cas d'espèce

593. L'inefficacité au stade de l'exécution du contrat. Lorsque l'inexécution de l'obligation contractuelle provient de la faute dolosive, lourde ou inexcusable du débiteur, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité dont il espérait se prévaloir est écartée¹. Elle devient inefficace en raison de la gravité de son comportement. Cette inefficacité, au stade de l'exécution du contrat, ne saurait être confondue avec l'invalidité de la clause, qui sanctionne un vice dans la formation. Elle s'induit des circonstances de

¹ V. par ex., Cass. civ. 3^e, 21 janvier 2009, pourvoi n° 08-10439, *Bull.* III, n° 13, *JCP G* 2009, I, 248, n° 12, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RDC* 2009, p. 1044, note S. Carval : « (...) une faute lourde permettant d'écarter la clause exclusive de responsabilité ».

l'espèce. La clause demeure valable au sein du contrat, et, le cas échéant, pourra être invoquée une prochaine fois.

La distinction entre validité et efficacité, bien qu'évidente sur le plan théorique, n'est pourtant pas si visible dans certaines œuvres doctrinales. C'est ainsi que l'avant-projet Catala semble confondre les deux notions, en édictant à l'article 1382-2, que :

« un contractant ne peut exclure ou limiter la réparation du dommage causé à son co-contractant par une faute dolosive ou lourde ou par le manquement à l'une de ses obligations essentielles ».

Cette imprécision, provenant de l'expression « ne peut exclure ou limiter », qui ne fait pas explicitement référence à l'inefficacité (et au contraire se rapproche plutôt de l'invalidité) est d'autant plus malheureuse que les notes explicatives de Mlle Viney sur la question sont pourtant très claires et font bien le départ entre les deux notions¹. Dans le même sens, certains ouvrages classent les fautes graves dans les exceptions à la validité des clauses, tout en précisant ensuite qu'elles entraînent leur inefficacité². Certes, il ne faut pas oublier que le dol peut entraîner la nullité de la clause lorsque celle-ci y fait directement référence. Mais l'hypothèse étudiée ici est celle d'une clause valable, qui, par définition, ne couvre pas la faute dolosive ou lourde. L'effet du comportement particulièrement répréhensible du débiteur est alors l'inefficacité de la clause limitative ou exonératoire de réparation dont il voulait bénéficier. Cette règle bénéficie d'un champ d'application important.

2) Le large champ d'application de la règle d'inefficacité

594. Un principe de droit commun. L'effet paralysant des fautes lourde et dolosive connaît un large champ d'application. En effet, la faute très grave du débiteur écarte aussi bien les clauses d'origine conventionnelle que les clauses d'origine légale. En outre, l'inefficacité de la stipulation est également affirmée, que la faute lourde ait été commise par le débiteur ou par son préposé.

595. Indifférence de l'origine de la limitation. Tout d'abord, il faut souligner que l'origine de l'exonération ou la limite de réparation n'est pas prise en compte. Qu'elle ait

¹ « Le texte consacre également certaines solutions d'ores et déjà admises par la jurisprudence, notamment l'inefficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en présence d'un dol ou d'une faute lourde et la nullité de celles qui ont pour effet de libérer le débiteur contractuel de toute responsabilité pour les conséquences du manquement à l'une de ses obligations essentielles ». G. Viney, *Avant-projet Catala*, p. 149.

² V. par ex. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, nos 1138 et 1140.

été prévue librement par les parties, ou fixée par un texte, la limitation de responsabilité est écartée en cas de faute lourde ou dolosive du débiteur.

Ce large champ d'application, aujourd'hui affirmé en jurisprudence¹, a pourtant été mis en doute par quelques arrêts de la Cour de cassation, qui refusaient d'écartier le jeu des limites fixées par un texte impératif en cas de faute lourde. Cette hésitation provenait du silence des textes, qui prévoyaient un plafond ou une exclusion de réparation sans réserver le cas de la faute lourde ou inexcusable, ni même dolosive. Tel était le cas dans l'ancien Code des postes et télécommunications, des articles L. 7 et suivants qui limitaient ou excluaient la responsabilité de la poste pour perte ou retard dans la livraison des plis, sans aucune référence aux fautes qualifiées. La question s'est alors posée de savoir si les textes étaient totalement impératifs ou si les plafonds prévus cédaient en cas de faute dolosive ou lourde².

Après avoir refusé un temps d'octroyer un effet aux fautes qualifiées du débiteur³, la Cour de cassation a procédé à un revirement de jurisprudence et affirmé l'effet paralysant de la faute lourde, même en l'absence de précision dans le régime spécial de responsabilité. Dans un arrêt d'assemblée plénière, les hauts magistrats ont ainsi décidé que :

« les dispositions exonératoires de responsabilité prévues par ce texte ne s'imposent que dans le cas où La Poste, ou le transporteur que celle-ci s'est substitué, n'a commis aucune faute lourde dans l'exécution de sa mission »⁴.

La solution doit s'étendre, *a fortiori*, à la faute dolosive. Malgré quelques doutes relatifs à la portée de cette décision⁵, la majorité de la doctrine a voulu voir dans cet arrêt l'unification des régimes des clauses d'origine légale et d'origine conventionnelle⁶.

Cette solution est parfaitement sensée et doit être approuvée. L'origine de la limite de réparation importe peu ; en revanche, l'indignité du débiteur doit être sanctionnée de la même manière, quel que soit le cadre contractuel dans lequel il a agi¹. En outre, un auteur a souligné que les limites légales de responsabilité, en intégrant le contrat, revêtaient une

¹ Cette solution concerne aussi bien les plafonds fixés par des textes spéciaux que la limite de réparation au dommage prévisible prévue à l'article 1150 du Code civil. Pour cette dernière, *cf.* Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, *op. cit.*

² Par ex : Art. L. 13 (anc.) : « [La Poste] n'encourt aucune responsabilité en cas de retard dans la distribution ou de non-remise par exprès ; dans ce dernier cas, le remboursement du droit spécial est obligatoire ». Depuis, ces dispositions (art. L. 7 et s.) ont été abrogées par une loi n° 2005-516 du 20 mai 2005, le texte actuel renvoyant principalement au droit commun de la responsabilité, et notamment aux articles 1134 et s. et 1382 et s. du Code civil (art. L. 7 à L. 9 nouveaux). Par ailleurs, le code a été rebaptisé en Code des postes et communications électroniques.

³ Cass. ch. mixte, 23 mars 1973, pourvoi n° 69-13998 70-10996, *Bull.* mixte n° 1, *D.* 1973, p. 305, concl. Schmelck, *JCP G* 1973 II 17484, note M.-A.

⁴ Cass. Ass. Plén., 30 juin 1998, pourvoi n° 96-11866, *Bull.* A. P. n° 2, *op. cit.*. Pour une application plus récente dans le même domaine : civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, pourvoi n° 05-17769, *CCC* 2008, comm. 1, note L. Leveueur.

⁵ D. Mazeaud, note préc., *D.* 1999, p. 262.

⁶ Ph. Delebecque, note préc., *JCP G* 1998, II, 10146 ; P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 1999, p. 119 ; L. Leveueur, note préc., *CCC* 1998, n° 143. *Contra*, G. Viney, *JCP G* 1998, I, 187, n° 28, spéc. n° 29.

nature conventionnelle² ; par conséquent, il n'était pas justifié de distinguer selon l'origine du plafond de réparation.

596. Indifférence de la personne fautive. Ensuite, la jurisprudence affirme que la faute du préposé entraîne les mêmes conséquences que la faute du commettant³. Cette solution n'était pas évidente, en raison d'un traitement différent de la question par le droit des assurances. En effet, celui-ci permet l'assurabilité de la faute intentionnelle du préposé, contrairement à celle de l'assuré. Toutefois, cette solution doit rester cantonnée au domaine spécial de l'assurance. L'affirmation de l'identité de traitement pour la faute grave du débiteur ou de son préposé repose sur plusieurs arguments.

Théoriquement, la responsabilité du fait d'autrui étant engagée selon les mêmes règles que la responsabilité du fait personnel du commettant, les règles de validité et d'efficacité des clauses doivent également être alignées, que l'inexécution provienne du commettant ou du préposé⁴. En pratique, nombreux sont les arguments qui militent pour cette solution⁵. Ainsi, « celui qui s'adresse à une entreprise est indifférent à la personnalité de celui qui, physiquement, accomplira la prestation »⁶. En cas d'inexécution, l'identité de l'agent ne devrait pas entraîner un traitement défavorable du créancier. En outre, cette assimilation peut avoir une vertu incitatrice : le commettant choisira « des préposés dignes de confiance » et leur donnera « des instructions précises », puis vérifiera leur respect. Enfin, cette solution donne une certaine effectivité au principe d'inefficacité des clauses en cas de faute lourde ou dolosive, qui sinon serait très rarement appliqué. Car le commettant étant souvent une personne morale, sa faute lourde n'est pas envisageable⁷.

Il faut donc là encore approuver le choix d'une application large de la règle de l'inefficacité, qui permet d'écartier le jeu des clauses même en cas de faute du préposé du débiteur, tant pour des raisons théoriques que pratiques.

La règle de l'inefficacité bénéficie donc d'un champ assez large. Par ailleurs, elle puise sa légitimité dans différents textes de droit commun.

¹ Ph. Delebecque, note préc., n° 8.

² B. Starck, art. préc., *D.* 1974, chron. p. 157, n° 19.

³ Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1981, pourvoi n° 79-17129, *Bull.* I n° 112, *RTD civ.* 1981, p. 859, obs. G. Durry.

⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 838 ; Ph. Delebecque, note sous Cass. Ass. Plén, 30 juin 1998, *op. cit.*, n° 10.

⁵ G. Durry, obs. préc., *RTD civ.* 1981, p. 859, spéc. p. 860.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

B. Justifications de la règle d'inefficacité

597. La règle de l'inefficacité, qui peut être considérée comme une exception à l'application d'une clause valable, peut s'expliquer par divers moyens, qui diffèrent selon que la clause a trait à la responsabilité contractuelle (1) ou à la responsabilité extracontractuelle du débiteur (2).

1) En matière contractuelle

598. L'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3). Contrairement à certains droits, tels le droit québécois¹, qui énoncent expressément la règle de l'inefficacité des clauses en cas de faute lourde ou intentionnelle, le droit français ne dispose pas de texte particulier. Néanmoins, l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) peut être invoqué comme fondement. Il prévoit en effet que seuls les dommages prévisibles sont réparables, à moins de prouver le dol du débiteur. L'expression qui a été employée de « dommages et intérêts qui ont été prévus » peut désigner la clause limitative de responsabilité. Ainsi, en apportant la preuve de la faute dolosive du débiteur, ou d'une faute qui lui est assimilée, le créancier peut obtenir une réparation dépassant ce qui a été prévu. Autrement dit, la clause limitative ou exonératoire de responsabilité est inefficace. La jurisprudence s'appuie volontiers sur cette disposition pour justifier la mise à l'écart de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité².

Cependant, une fois la règle énoncée, la justification reste obscure. Pourquoi le dol permet-il de faire obstacle au principe posé par l'article 1150 (futur article 1231-3) ? Les explications divergent.

Pour certains, l'exception n'est autre qu'une sanction, une peine infligée à celui qui a commis une faute particulièrement grave³. Toutefois, cette sanction a pour objet la réparation intégrale du dommage ; elle n'aura donc pas l'effet d'une peine privée, qui permettrait d'enrichir celui qui en profite¹. Adoptant un autre point de vue, d'autres soutiennent que l'article 1150 est une faveur faite au débiteur, en limitant la réparation

¹ Art. 1474 Code civil du Québec : « Une personne ne peut exclure ou limiter sa responsabilité pour le préjudice matériel causé à autrui par une faute intentionnelle ou une faute lourde (...) ».

² Par ex. : Cass. com. 4 mars 2008, pourvoi n° 07-11790, *Bull.* IV n° 53, *RDC* 2008, p. 750, obs. G. Viney. Cf. A. Sériaux, thèse préc., n° 296.

³ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., n° 2376 ; I. Souleau, thèse préc., nos 529 et s., A. Bénabent, *Les obligations, op. cit.*, n° 415.

qu'il doit en cas d'inexécution². Faveur balayée par son comportement blâmable, qui fait réapparaître le principe de réparation intégrale³. Mais cette explication ne s'accorde pas avec la justification classique du principe, lequel repose sur l'autonomie de la volonté, les parties au contrat étant engagées à hauteur de ce qu'elles ont pu prévoir.

Il nous semble que la justification se trouve entre ces deux explications. La réparation du dommage imprévisible en cas de dol est bien une sanction infligée au débiteur fautif. Il n'a « pas joué le jeu » du contrat, en refusant d'exécuter l'obligation qu'il avait pourtant acceptée. Il ne peut donc ensuite se prévaloir des bénéfices qu'il s'était réservé dans la convention. La règle relative au dommage prévisible est donc bien fondée sur l'autonomie de la volonté, et l'idée que les contractants se sont engagés dans la limite de ce qu'ils pouvaient prévoir au stade de la conclusion du contrat. Mais en refusant d'exécuter la convention⁴, le débiteur sort du cadre du contrat ; il ne saurait ensuite en bénéficier⁵. Autrement dit, en renonçant à exécuter ses obligations, il renonce également aux autres clauses du contrat. Une précision doit être apportée : il n'est pas ici question de lui refuser le jeu de la responsabilité contractuelle, mais seulement celui des clauses stipulées en sa faveur⁶.

La faute lourde, qui est assimilée au dol, appelle la même sanction. En n'apportant absolument aucun soin à l'accomplissement de la mission, le contractant manque de respect au contrat et à son cocontractant. Il ne peut ensuite se prévaloir d'une disposition favorable. Finalement, l'explication latente de l'article 1150 (futur article 1231-3) se rapproche de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil (futur article 1104), qui peut constituer un deuxième fondement à la règle de l'inefficacité.

599. *L'article 1134 alinéa 3 du Code civil (futur article 1104).* Ce texte précise que les conventions doivent être exécutées de bonne foi. Or le dol est l'expression de la mauvaise foi, laquelle doit être sanctionnée⁷.

¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, n° 964.

² L. Aynès, *Les obligations*, Cujas, 9^e éd., 1998, n° 839. Opinion à laquelle se rattache Y.-M. Serinet, thèse préc., n° 644.

³ G. Durry, obs. in *RTD civ.* 1976, p. 353.

⁴ R. Jambu-Merlin, art. préc. *D.* 1955 chr. p. 89, spéc. p. 90: « l'inexécution intentionnelle ou la mauvaise exécution intentionnelle sont des négations du contrat ». R. Rodière, note sous com. 15 juin 1959, *D.* 1960, p. 97.

⁵ Comp. L. Josserand, *DP* 1927, I, p. 105, note sous Cass. Req. 14 décembre 1926, spéc. p. 108, qui évoque l'hypothèse où « le débiteur, s'évadant lui-même délibérément de la charte conventionnelle, aurait commis un dol » et en déduit que la responsabilité délictuelle refait alors surface. La règle du non-cumul des deux ordres de responsabilité interdit cependant d'adhérer à cette proposition.

⁶ Comp. H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., n° 2376 *in fine*.

⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 565.

Cette idée peut être étendue aux fautes inexcusable et lourde. La faute inexcusable est une faute délibérée, qui implique également une volonté de s'écarter de la bonne exécution du contrat. Quant à la faute lourde, bien qu'elle ne soit pas intentionnelle, elle révèle une négligence très grave, qui fait apparaître l'indifférence du contractant face au contrat. Alors qu'il doit accomplir une mission précise, il agit sans prudence ni soin, au point qu'il donne l'impression d'être insensible aux conséquences que pourrait entraîner sa conduite.

600. *L'adage fraus omnia corrumpit.* Ensuite, l'adage *fraus omnia corrumpit* peut être invoqué, surtout pour la faute dolosive. En effet, la fraude corrompt tout, elle fait échec à toutes les règles. Or, le dol n'est qu'un aspect de la fraude; il empêche donc le jeu d'une règle, celle de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité¹.

601. *Droit prospectif : l'article 1283 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile.* L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, publié le 29 avril 2016, prévoit un fondement spécifique à l'inefficacité des clauses relatives à la responsabilité en cas de faute qualifiée. En effet, l'article 1283, alinéa 1^{er}, est ainsi formulé : « En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur (...) ». Cette consécration explicite de la règle de l'inefficacité en cas de faute particulièrement grave constitue un apport très positif pour le régime des conventions atténuant la réparation du débiteur défaillant.

602. En définitive, l'inefficacité des clauses en matière contractuelle en cas de faute très grave s'explique par différents arguments juridiques, et également par des considérations de bon sens. Le débiteur qui agit en méconnaissance totale du contrat ne peut ensuite chercher à en bénéficier. Sa mauvaise foi est sanctionnée par la désactivation des clauses qui lui sont favorables.

Une autre explication permet de justifier la règle dans le domaine extracontractuel.

2) En matière extracontractuelle

603. *Une attitude « anti-sociale » condamnée au nom de l'ordre public.* Les fautes intentionnelles délictuelles paralysent la convention de responsabilité en raison d'une grave

¹ B. Starck, art. préc., *D.* 1974, chr. p. 157, n° 30.

atteinte à l'ordre public, « à la plus élémentaire morale »¹. En effet, la recherche du dommage est nocive pour la société et doit être sanctionnée. L'agent ne peut prévoir à l'avance de limiter sa responsabilité au cas où un dommage se produirait, et ensuite causer ce préjudice intentionnellement, en toute impunité. C'est donc en toute logique, au regard de l'ordre public, que les conventions de responsabilité relatives à la responsabilité délictuelle doivent être déclarées inefficaces en cas de faute intentionnelle.

Le même raisonnement peut être appliqué aux fautes qui lui sont assimilées. La très grave négligence, ou la faute volontaire, sont autant de comportements anti-sociaux que le droit ne peut laisser impunis. La victime a certes consenti à aménager la responsabilité de l'agent, de prévoir à l'avance les conséquences d'un éventuel dommage ; elle ne lui a en revanche certainement pas donné la permission d'agir sans aucun respect de ses intérêts.

604. *Le silence regrettable de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile.*
L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile limite l'inefficacité des clauses en raison du comportement grave de l'auteur du dommage à la seule matière contractuelle, sans évoquer les clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle (article 1283). Ce choix restreint s'explique très probablement par la disposition précédente : « on ne peut exclure ou limiter la réparation du préjudice qu'on a causé par sa faute » (1282). Sans doute les rédacteurs ont trouvé inutile de préciser que les conventions étaient inefficaces en cas de faute grave, dans la mesure où la simple faute de l'agent permet d'engager sa responsabilité.

Toutefois, ce choix est regrettable car il tend à confondre validité et efficacité des clauses. La rédaction de l'article 1282 peut s'interpréter comme une limite à la validité des clauses en matière extracontractuelle². Or, une fois valable, la convention supprimant la responsabilité sans faute de l'auteur du dommage devrait pouvoir être paralysée si celui-ci a agi témérairement. Certes, plutôt que d'invoquer l'inefficacité de la clause, la victime pourrait changer de terrain d'action pour se placer sur celui de la responsabilité pour faute. Elle aboutira au même résultat, à savoir la mise en œuvre de la responsabilité de l'auteur du dommage. Néanmoins, il serait à la fois plus simple et plus cohérent de demander la simple paralysie de la clause en raison de la faute qualifiée de l'agent. Là encore, un

¹ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., n° 2574 : l'idée est développée dans le cadre des limites à la validité des clauses de responsabilité en matière délictuelle, mais elle peut parfaitement être transposée à la question de l'inefficacité de ces clauses en cas de dol ou faute lourde de celui qui cherche à se prévaloir de la clause.

² Rappr. commentaire sous l'article 1382-4 Avant-Projet Catala. L'article prévoit la même limite que dans l'avant-projet de réforme du 29 avril 2016, et le commentateur précise dans l'avant-projet Catala que « cette disposition limite sérieusement la portée du principe posé par l'article 1382 [relatif à la validité des clauses de responsabilité en matière délictuelle] ».

certain flou entre validité et efficacité des clauses se dégage des textes proposés. La règle de l'inefficacité de la convention en présence d'une faute volontaire devrait donc être étendue expressément à la matière extracontractuelle.

En définitive, la condamnation des comportements délictuels les plus graves, que sont la faute dolosive ou intentionnelle et les fautes qui lui sont assimilées apparaît nécessaire, au nom de l'ordre public.

605. Conclusion du paragraphe. La faute qualifiée du responsable entraîne l'inefficacité de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité stipulée en sa faveur. Cette règle trouve sa légitimité dans de nombreux textes en matière contractuelle et dans le respect de l'ordre public en matière délictuelle. Fondamentale dans le régime de droit commun des clauses relatives à la responsabilité, la règle de l'inefficacité connaît toutefois des exceptions dans des cas isolés au sein de certains droits spéciaux.

§2. Les exceptions des droits spéciaux

606. Bien que les fautes lourde, inexcusable et dolosive soient les outils de paralysie des clauses relatives à la responsabilité dans la très grande majorité des droits spéciaux, il existe quelques exceptions. Issues de textes supranationaux, ces exceptions demeurent limitées à des cas très précis. Par conséquent, elles n'entament aucunement le principe d'inefficacité des clauses en présence d'une faute qualifiée. Deux mouvements peuvent être recensés. Soit le texte restreint les droits du créancier, en ne condamnant pas les clauses en cas de faute qualifiée (A) ; soit le texte établit un régime plus strict pour le débiteur, par l'activation de la faute simple comme outil de paralysie des clauses relatives à la responsabilité (B).

A. Un régime plus strict pour le créancier : la paralysie des clauses limitée à la faute dolosive

607. La Convention de Montréal relative au transport aérien a supprimé la cause classique de déplafonnement relative aux fautes qualifiées du transporteur, qui existait

pourtant dans la Convention de Varsovie 1929 (1). Cette suppression, difficilement justifiable, est hautement critiquable (2).

1) La suppression de la cause de déplaçonnement pour le transporteur aérien de marchandises

608. Disparition des fautes qualifiées dans la Convention de Montréal. En 1999, la Convention de Montréal a révisé en profondeur le droit international du transport aérien. Outre les modifications relatives aux limites de responsabilité, elle a supprimé deux causes de déplaçonnement qui étaient prévues dans la Convention de Varsovie de 1929. Ainsi, elle ne réserve plus le cas de l'absence ou irrégularité de la lettre de transport aérien, ni celui de la faute dolosive ou inexcusable, pour écarter l'application des plafonds de responsabilité qu'elle prévoit. Si la première cause s'explique parfaitement par l'évolution des modes de communication, et notamment le développement des billets électroniques, la seconde modification est plus étonnante. La suppression de la faute grave du transporteur est limitée au transport de marchandises. En effet, celui des personnes n'est pas visé par les limitations de responsabilité ; quant aux dommages consécutifs à un retard ou quant aux dommages aux bagages, la faute dolosive ou inexcusable reste une cause de déplaçonnement¹.

Auparavant, la faute dolosive et la faute inexcusable empêchaient le transporteur de se prévaloir des limites de la convention. Désormais, en l'absence de fondement textuel, une faute d'une telle gravité ne pourra plus paralyser les limites légales de responsabilité dans le transport de marchandises. Néanmoins on peut exprimer certains doutes à l'égard de cette solution exceptionnelle.

609. Doutes. On pourrait objecter que le silence de la convention ne signifie pas pour autant que les fautes inexcusable et dolosive n'ont aucun effet sur la limite de réparation prévue par le texte. Solution classique, elle serait tellement connue qu'elle n'aurait pas été rappelée par le nouveau texte. Il appartiendrait donc à la jurisprudence d'appliquer ces limites habituelles à l'application des plafonds de responsabilité légaux. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a en effet affirmé, en 1998, le rôle paralysant de la faute lourde – et *a fortiori* inexcusable et dolosive – sur les limites légales de responsabilité,

¹ Art. 22.5 Convention Montréal 1999.

même en l'absence de disposition en ce sens. Dans le silence des textes, le droit commun s'applique, par conséquent les fautes très graves font échec aux limites de réparation.

Néanmoins, il est permis de douter du bien-fondé d'un raisonnement aussi optimiste. La Convention de Montréal est à portée internationale, avec un objectif certain d'harmonisation des droits, et il est difficile de faire appel à une jurisprudence interne pour l'interpréter. En outre, il serait particulièrement regrettable que les rédacteurs aient pensé à la faute inexcusable, mais ne l'aient pas insérée dans le texte final. Bien au contraire, il semble que ce silence exprime bien la volonté des rédacteurs de supprimer cette cause classique de déplafonnement¹.

Une véritable objection peut néanmoins être avancée pour la faute dolosive. Sans doute aura-t-elle tout de même un effet paralysant, car ce n'est qu'un des visages de la fraude, et celle-ci fait échec à toutes les règles². Mais pour l'instant, aucune décision de la Cour de cassation ne permet de confirmer cette hypothèse. Si la faute dolosive est en effet assez rare, elle n'est pas pour autant inédite³. Il faut donc espérer que le dol empêchera bien l'application des limitations de responsabilité.

Il apparaît ainsi que cette exception au principe de l'inefficacité des clauses en présence d'une faute qualifiée du transporteur est fort critiquable.

2) Un choix très critiquable

610. Tentative d'explication. L'absence des fautes qualifiées comme cause de déplafonnement étonne. Une faute inexcusable, comme son nom l'indique, ne peut être excusée et doit donc empêcher le jeu de limites de responsabilité. Il en va de même pour le dol, faute encore plus grave.

Cette faveur offerte au transporteur de marchandises pourrait s'analyser comme la contrepartie de la responsabilité illimitée qu'il risque d'engager en cas de dommage corporel, et qu'il ne peut absolument pas prévoir. Toutefois, cet argument n'est valable que pour les compagnies qui ont une subdivision cargo (par exemple, Air France Cargo) ; pour

¹ Ph. Delebecque, art. préc., *RDT* 2007, comm. 45.

² En ce sens, Ph. Delebecque, « Transport sous température dirigée : quelle exonération de responsabilité pour la compagnie ? Quelles limites de responsabilité ? », *RDT* 2014, comm. 13 ; *Lamy Droit des transports*, T. 2, 2012, n° 1168.

³ Le 28 novembre 2012, onze bagagistes et deux agents de maintenance ont été interpellés dans le cadre d'une enquête concernant des vols de bagages à Roissy. En tout, entre 2008 et 2012, trois réseaux de bagagistes qui volaient des objets de valeur dans les valises des passagers avant de les placer sur le tapis roulant ont été démantelés. Source : article du 28 décembre 2012 sur www.lemonde.fr. Cet exemple concerne certes un vol de bagages, mais permet d'illustrer l'existence de faute dolosive dans ce domaine.

les compagnies aériennes spécialisées dans le transport de marchandises (par exemple, UPS air cargo), ce type de calcul n'est pas applicable.

En réalité, l'explication est plus probablement politique : sans doute est-ce une des contreparties à la responsabilité objective – et accessoirement à l'augmentation des plafonds –, obtenues par les lobbys des compagnies aériennes¹. Ainsi, la prévisibilité des sommes en jeu est-elle perfectionnée. En effet, les limites chiffrées sont prévues par le texte, ou par le transporteur dans le cas d'une limite plus élevée, et aucune faute, même très grave, du transporteur ou de son préposé, ne pourra modifier les limites initialement prévues. Au moment de la conclusion du contrat, le transporteur connaît déjà dans quelle mesure sa responsabilité pourra être engagée en cas de dommages aux biens.

611. Critique. La prévisibilité est certes une donnée primordiale dans le droit des contrats ; elle ne devrait pourtant pas primer sur la bonne foi dans les relations contractuelles et l'exécution des obligations². Un certain équilibre est nécessaire. D'un côté, les limites légales sont assez basses, faveur au transporteur ; de l'autre côté, l'expéditeur ne devrait pas avoir à supporter les fautes inexcusables du transporteur ou de son préposé. Or, dans la Convention de Montréal, l'expéditeur ne dispose plus d'aucune cause de déplafonnement au moment de l'exécution du contrat.

En pratique, les imprudences inexcusables seront peu fréquentes. En effet, le transport de marchandises revêt une dimension commerciale ; le transporteur a donc tout intérêt à exécuter au mieux ses obligations, en évitant toute faute inexcusable. Son image de marque, sa réputation, sont en jeu. Car s'il est de notoriété publique qu'une compagnie de fret perd ou endommage fréquemment les marchandises, le nombre de clients va diminuer sensiblement. En outre, l'organisation et la sécurité du fret aérien se sont améliorées, réduisant les risques de commission d'une faute grave. Ainsi les incidences pratiques de cette disparition de la faute inexcusable ou dolosive seront, il faut l'espérer, de peu d'importance. Un tel constat ajoute un grief à cette solution déséquilibrée, injuste, voire *contra legem* : pourquoi avoir supprimé cette cause de déplafonnement, si un tel choix pose de réels problèmes juridiques et ne se justifie même pas par un véritable besoin pratique ?

¹ Ces augmentations concernent surtout les dommages consécutifs au retard, le transport de bagages et, bien sûr, le transport de personnes (responsabilité illimitée pour les dommages corporels) ; elles sont moins visibles dans le transport de marchandises.

² La faute inexcusable dénotant l'inaptitude du débiteur à remplir sa mission, on peut en déduire que les moyens nécessaires à l'exécution des obligations (c'est-à-dire ici un agent compétent) n'ont pas du tout été mis en œuvre.

La principale modification apportée par la Convention de Montréal en matière de transport aérien de marchandises n'est pas convaincante et devrait être supprimée. Il faut à tout le moins espérer qu'une telle solution ne contaminera pas les droits des autres modes de transport. Les Règles de Rotterdam relatives au transport maritime de marchandises en date de 2008 sont rassurantes sur ce point car elles conservent la faute intentionnelle et la faute inexcusable comme causes de paralysie des clauses relatives à la responsabilité¹. En conséquence, on peut espérer que la Convention de Montréal demeurera une exception.

Le droit du transport aérien de marchandises semble ainsi se défaire de la règle de l'inefficacité des clauses en cas de faute qualifiée du transporteur. À l'inverse, dans les contrats de dépôts spéciaux, la loi impose au débiteur un régime plus strict que celui prévu par le droit commun.

B. Un régime plus strict pour le débiteur : la paralysie des clauses étendue à la faute simple

612. À l'opposé du transport aérien, le dépôt hôtelier connaît un régime plus strict pour le débiteur, qui ne peut bénéficier des limites légales de responsabilité dès lors que sa faute simple est prouvée (1). Cette originalité, reprise récemment dans le cadre du dépôt hospitalier (2), est difficile à justifier (3).

1) La faute simple de l'hôtelier, obstacle à la limitation légale

613. Une solution consacrée par la loi du 24 décembre 1973. Les textes relatifs au dépôt hôtelier prévoient une limite légale de réparation en cas de vol ou détérioration des effets du voyageur². Toutefois, la limite de responsabilité tombe si le client parvient à prouver la faute de l'hôtelier, ou de ses préposés³. En retenant la simple faute de l'hôtelier comme cause de déplafonnement, la solution déroge au droit commun des clauses limitatives de responsabilité. Cette règle provient de la loi de 1973, qui a intégré en droit français la Convention de Paris de 1962 sur le dépôt hôtelier. L'article 1953 du Code civil a été modifié, et précise désormais que la responsabilité est illimitée « lorsque le voyageur démontre que le préjudice qu'il a subi résulte d'une faute de celui qui l'héberge ou des

¹ Art. 59 Règles de Rotterdam 2008.

² Art. 1953 Code civil.

³ Art. 1953 al. 3 *in fine* Code civil.

personnes dont ce dernier doit répondre ». Il n'est pas question ici de faute lourde ou dolosive. La simple faute de l'hôtelier ou de son préposé permettra au client détroussé d'obtenir une réparation intégrale¹. En pratique, la faute de l'un de ses préposés n'est quasiment jamais invoquée, probablement pour des difficultés de preuve².

614. La caractérisation de la faute de l'hôtelier. Comment cette faute peut-elle être caractérisée ? Devant les tribunaux, les demandeurs invoquent souvent une défaillance dans la sécurité de l'hôtel, ou un défaut de surveillance, manquements qui revêtent un caractère fautif pour l'hôtelier. La jurisprudence, qui a pu être qualifiée de « floue »³, règle en réalité la question au cas par cas. Par exemple, dans un hôtel luxueux, le coffre-fort individuel de la chambre a été volé. Les juges ont retenu que la fixation sommaire du coffre « ne répondait pas aux conditions de sécurité que les clients sont en droit d'attendre d'un hôtel de cette catégorie »⁴. À l'inverse, dans une autre affaire, la Cour de cassation a confirmé la décision des juges du fond qui refusaient de voir une faute de l'hôtelier en raison des diverses mesures prises contre les cambriolages⁵.

De manière générale, les juges semblent plus enclins à trouver une faute de l'hôtelier lorsque le vol a été commis dans un établissement de luxe. Cette casuistique se rapproche de la jurisprudence flexible attachée à la faute lourde en droit commun des clauses limitatives de responsabilité. Dans les deux cas, le but poursuivi par les juges est le même : faire tomber la limite de responsabilité lorsque cela leur paraît opportun.

615. Le cas particulier du vol de véhicule. Toutefois, la Cour de cassation a eu une appréciation assez contestable de la faute de l'hôtelier en cas de vol de voiture dans le parking de l'hôtel. Dans un premier arrêt du 2 avril 1996, la Cour de cassation casse l'arrêt d'appel qui avait retenu une faute de l'hôtelier sans avoir caractérisé l'engagement, par

¹ Cass. civ. 1^{re}, 27 janv. 1982, pourvoi n° 80-15154, *Bull.* I n° 50, *JCP G* 1983, II, 19936, note F. Chabas.

² Ce système n'est pas sans rappeler le régime mixte de responsabilité du transporteur aérien de personnes, récemment adopté en droit français. La preuve de la simple faute du débiteur permet de faire tomber la limite légale. Ainsi, pour les dommages évalués à un montant inférieur à la limite légale, la responsabilité de l'hôtelier est engagée de plein droit et il ne peut être libéré qu'en prouvant la force majeure, le vice de la chose ou la faute de la victime. Pour la part du dommage supérieur à la limite légale, le client doit prouver la faute de l'hôtelier. Autrement dit, la responsabilité de l'hôtelier devient, pour cette part, une responsabilité pour faute. Ainsi, l'obligation de résultat de surveillance, liée à la garde, devient une obligation de moyens. Ce glissement s'explique logiquement par le fait que l'hôtelier n'a pas la détention matérielle des biens. Mais à la différence du droit aérien, il est, par principe, libéré de la part au-delà de la limite légale, et c'est au client d'apporter la preuve de sa faute. Par conséquent si cette analogie avec le droit aérien n'est pas fautive, elle ne correspond pas exactement à la lettre du texte qui a pour objet de faire tomber la limitation en cas de faute de l'hôtelier, et non de prévoir une cause d'exonération de la responsabilité au-delà de la limite fixée, comme la Convention de Montréal du 28 mai 1999.

³ P. Jourdain, obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, *Bull.* I n° 208, *RTD civ.* 2001, p. 156.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-17339.

⁵ Cass. civ. 11 juin 2002, pourvoi n° 00-13399.

l'hôtelier, d'assurer la sécurité des véhicules¹. Une nouvelle obligation de sécurité à la charge de l'hôtelier, indépendante de l'obligation de surveillance qui découle de la garde des biens du client, doit désormais être caractérisée, et seule sa violation entraînera une faute. Cette décision a été vivement critiquée². En effet, on comprend mal pourquoi une nouvelle obligation, d'une autre nature, s'ajouterait à l'obligation de garde³. Finalement, cet arrêt est assez favorable à l'hôtelier : n'ayant pris aucune disposition particulière pour assurer la sécurité, il faut en déduire qu'il n'a pas cherché à assurer la sécurité du parking, par conséquent il n'est pas fautif en cas de vol. Ce résultat est pour le moins paradoxal.

Une seconde solution confirme ce sentiment d'incohérence. Dans un arrêt rendu le 6 juillet 2000, la Cour de cassation retient que les nombreuses installations de sécurité permettaient de prouver l'engagement de l'hôtelier à une obligation de sécurité de résultat envers les biens de ses clients, par conséquent le vol permettait automatiquement de reconnaître sa faute⁴. Concrètement, l'hôtelier qui a mis en place différentes mesures de sécurité sera déclaré fautif, en raison du vol qui a été commis malgré ces mesures, tandis que celui qui n'aura rien prévu pour la sécurité du lieu n'aura commis aucune faute, puisqu'il ne s'est engagé à aucune obligation de sécurité.

616. Critiques. Cette acception de la faute est très critiquable. Déjà, sur le plan pratique, comme nous venons de le voir, elle aboutit à des solutions dépourvues de logique. De plus, il convient de rappeler que le but initial est de chercher à définir la faute de l'hôtelier ; or, ce deuxième arrêt ne semble pas véritablement prouver de faute. Il est en effet peu cohérent (et assez injuste) de découvrir une obligation de sécurité de résultat là où il faut prouver une faute. Car la faute se déduit alors directement de l'inexécution de l'obligation de résultat, c'est-à-dire, concrètement, du vol. Or, si la simple invocation du vol permet d'obtenir la responsabilité illimitée de l'hôtelier, la limite légale est totalement désactivée. Lorsque l'obligation de sécurité peut être déduite de considérations de fait par les juges, cette solution est très favorable au client, qui se trouve être la victime ; elle est en revanche injuste pour l'hôtelier, qui n'a pas commis de faute. En outre, elle semble être *contra legem*, car la limite de responsabilité est ici supprimée *sans* faute de l'hôtelier.

Au regard de l'article 1953 du Code civil, le régime de responsabilité de l'hôtelier devient en quelque sorte un régime pour faute au-delà de la limite légale. Autrement dit, l'obligation de surveillance n'est plus une obligation de résultat, elle devient une obligation

¹ Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, pourvoi n° 94-12859, *Bull. I* n° 161, *RTD civ.* 1996, p. 917, obs. P. Jourdain.

² P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 1996, p. 917.

³ *Ibid.*

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, pourvoi n° 98-10051, *Bull. I* n° 208, *RTD civ.* 2001, p. 156, obs. P. Jourdain.

de moyens. Mais selon ces arrêts, il semblerait plutôt que l'obligation de surveillance disparaisse, au profit d'une nouvelle obligation de sécurité, indépendante, dont l'acceptation par les parties s'induit des circonstances de l'espèce. M. Jourdain, après avoir relevé cet étonnant raisonnement, en conclut que « toute cette construction a des odeurs d'artifice », et n'a d'autre but que d'obtenir la réparation illimitée, là où aucune faute ne pouvait être retenue contre l'hôtelier¹.

Néanmoins, il faut, semble-t-il, nuancer cette analyse sévère. Tout d'abord, cette jurisprudence est cantonnée au vol de véhicule sur les parkings des hôtels. La faute de l'hôtelier, pour les vols des effets personnels dans la chambre d'hôtel, se caractérise toujours en fonction des mesures préventives prises par l'hôtelier et de la classe de l'hôtel. Ensuite les arrêts sont rares, et concernant les vols de véhicules, les revirements fréquents². Il faut donc espérer que cette acception de la faute de l'hôtelier sera abandonnée au plus tôt.

Le dépôt hôtelier prévoit donc un déplaçonnement de la réparation versée par l'hôtelier dès qu'il a commis une faute simple. Cette solution a été étendue au dépôt hospitalier.

2) L'extension de la solution au dépôt hospitalier

617. La faute simple de l'établissement hospitalier comme cause de déplaçonnement.

Le dépôt hospitalier a fait l'objet d'une réglementation dans la loi du 6 juillet 1992, codifiée dans le Code de la santé publique aux articles L. 1113-1 et suivants. La logique du dépôt hôtelier a été reprise dans le domaine de l'hôpital : lorsqu'un patient est hospitalisé et donc en quelque sorte logé, il peut déposer ses effets personnels auprès de « préposés commis à cet effet ou d'un comptable public »³. La responsabilité de l'hôpital est alors engagée de plein droit en cas de vol ou destruction des biens régulièrement déposés, mais le montant de la réparation est en principe limité. Le texte ajoute que :

« Toutefois, cette limitation ne s'applique pas lorsque le vol, la perte ou la détérioration des objets résultent *d'une faute* de l'établissement ou des personnes dont ce dernier doit répondre »⁴.

¹ P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 2001, p. 156.

² P. Servant, « L'extrême rapidité des revirements de jurisprudence en matière de responsabilité hôtelière », *D.* 2001, p. 2914.

³ Art. L. 1113-1 Code de la santé publique. Le dépôt hospitalier n'est pas ouvert aux personnes accueillies en consultation externe.

⁴ Art. L. 1113-2 Code de la santé publique. Nous soulignons.

Le régime du dépôt hospitalier est donc très nettement inspiré de celui prévu pour le dépôt hôtelier. La faute simple de l'établissement ou de ses préposés suffit à écarter la limite de réparation prévue par les textes. Ce choix légal, effectué en 1973 pour le dépôt hôtelier et étendu en 1992 au domaine hospitalier, n'est pour autant pas aisé à justifier.

3) Un choix difficilement justifiable

618. La piste internationale. Pourquoi avoir prévu un régime aussi strict pour l'hôtelier ? Pèse déjà sur lui une lourde responsabilité : le Code civil prévoit une responsabilité de plein droit, et qui plus est, une responsabilité du fait des tiers élargie, en ce sens qu'elle n'est pas limitée aux tiers qu'il a sous sa garde mais à tous ceux qui vont et viennent dans son établissement.

De prime abord, on pourrait penser que cette solution, consacrée par la loi de 1973, qui intègre la Convention de Paris dans notre droit interne, est issue d'un consensus européen distinct de notre tradition juridique relative à la faute lourde et dolosive. Néanmoins, en observant de plus près la jurisprudence antérieure à ce changement de législation, il apparaît que la Cour de cassation retenait déjà la simple faute de l'hôtelier pour supprimer le plafond légal.

619. La piste historique. Sous l'influence de l'ancien droit¹, cette solution est apparue au début du XX^{ème} siècle. À l'époque, la limite légale de réparation ne concerne que les biens précieux (elle sera étendue à tous les biens du client en 1973). Par ailleurs, le cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle est appliqué en jurisprudence. Considérant que l'hôtelier conserve, malgré la limite de responsabilité, une obligation générale de surveillance, le voyageur peut obtenir réparation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, s'il prouve un manquement à cette obligation².

Cette solution a été réaffirmée à partir des années 1940, mais sur un autre fondement. Les hauts magistrats relèvent d'abord que la surveillance de l'hôtel relève de l'obligation contractuelle de l'hôtelier ; puis, ils affirment que l'article 1953 (ancien) du Code civil met « à la charge de la victime, contrairement au droit commun de l'article 1952, le fardeau de la preuve de la faute contractuelle de l'hôtelier susceptible d'entraîner

¹ J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, 2010, n° 665 : au XIII^{ème} siècle, un auteur étudie la responsabilité de l'hôtelier qui est une hypothèse particulièrement sévère. Ce traitement provient notamment de la méfiance qu'inspirent les hôteliers, considérés comme peu honnêtes.

² Cass. Req., 30 mars 1909, *DP* 1909, I, p. 351.

une responsabilité dépassant 1000 fr. »¹. Autrement dit, si l'hôtelier est bien débiteur d'une obligation de surveillance, il n'est tenu que d'une obligation de moyens lorsque les objets précieux, de plus de 1000 francs, n'ont pas été remis entre ces mains². La preuve de la simple faute de l'hôtelier par le client suffit à le déclarer responsable du vol de la chose. Le raisonnement est pour le moins étonnant au regard de la lettre du texte, qui disposait à l'époque que « cette responsabilité est limitée à mille francs pour les (...) objets précieux de toute nature non déposés réellement (...) ». Il est donc clairement fait référence à une limite de réparation, prévue par les parlementaires pour alléger la très lourde responsabilité qui pèse sur l'hôtelier³. Plutôt que de raisonner sur la faute comme cause de déplafonnement d'une responsabilité limitée, la Cour de cassation invite le client à prouver la faute de l'hôtelier pour engager sa responsabilité au-delà de la limite légale. L'écart entre la lettre des textes et l'esprit de la loi, et son interprétation par la jurisprudence, est difficile à expliquer. Peut-être la Cour de cassation a-t-elle voulu maintenir une certaine cohérence avec sa jurisprudence de 1909, tout en éludant le passage par la responsabilité délictuelle. Mais ce choix l'a éloignée de la lettre des textes.

Critiquée⁴, cette solution a pourtant été maintenue au fil des années⁵, pour être finalement consacrée par la loi en 1973. Ainsi, la faute simple de l'hôtelier suffit à écarter le jeu du plafond légal de réparation, exception injustifiée au régime commun des limitations de responsabilité.

620. Conclusion de la section. Valables au stade de la formation du contrat, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne pourront produire aucun effet en présence d'une faute qualifiée du débiteur lors de l'exécution. Cette inefficacité, limitée au cas d'espèce, vise à sanctionner le comportement particulièrement blâmable de l'agent défaillant. Ce principe connaît cependant quelques exceptions. Dans certains droits spéciaux, la règle a été assouplie, en permettant le jeu des clauses même en cas de faute qualifiée du transporteur aérien de marchandises, ou au contraire renforcée, lorsque la simple faute de l'hôtelier suffit à engager sa responsabilité illimitée.

¹ Cass. civ., 9 janvier 1940, *D.* 1940, I, p. 49, note L. P.

² L. P., note sous civ. 9 janvier 1940, *D.* 1940 I p. 49, spéc. p. 50.

³ « Objet et économie de la loi », Note 1 sous Loi 8 avril 1911 modifiant l'article 1953 du Code civil, *DP* 1911, IV, p. 125.

⁴ H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., n° 2349.

⁵ Cass. Civ., 17 mai 1950, *D.* 1950, p. 465 ; civ. 1^{re}, 5 février 1957, *D.* 1957, p. 232 ; civ. 1^{re}, 13 octobre 1965, *JCP G* 1965, II, 14402.

621. Conclusion du chapitre. L'attitude blâmable du débiteur est sanctionnée, en droit commun des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, par l'inefficacité de ces clauses au stade de l'exécution. Afin de gagner en sécurité juridique, les différentes fautes qui entraînent leur paralysie doivent être redéfinies. Quant à la règle de l'équipollence des fautes lourdes et inexcusable à la faute dolosive, qui se rattache au système, nous proposons de la renforcer afin de gagner en cohérence.

La sanction de l'attitude répréhensible du débiteur par la paralysie des clauses relatives à la responsabilité est le vecteur traditionnel de l'inefficacité des clauses au stade de l'inexécution. D'autres voies ont été explorées pour tenter de moduler le jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

CHAPITRE II

L'EXCLUSION DES PISTES ALTERNATIVES POUR MODULER L'EFFICACITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

622. Parallèlement à la cause traditionnelle de paralysie des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, attachée au comportement du débiteur, d'autres pistes ont été explorées pour moduler leur efficacité. Ainsi, afin de maintenir plus fréquemment les clauses, notamment lorsqu'elles fixent un chiffre dérisoire, l'on a songé à leur révision judiciaire (Section 1). À l'inverse, lorsqu'il s'agit de leur octroyer une portée moindre, la jurisprudence a proposé de les paralyser en cas de résolution du contrat (Section 2). Cependant, ces deux voies pèchent, on le verra, par des faiblesses dans leurs fondements théoriques et leur opportunité pratique.

SECTION 1 : LE REJET DE LA RÉVISION JUDICIAIRE DES CLAUSES LIMITATIVES DE RÉPARATION

623. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont soit appliquées telles quelles, soit purement et simplement écartées en raison de leur invalidité ou du comportement particulièrement répréhensible du débiteur. Le choix du « tout ou rien » a pu paraître abrupt à une partie de la doctrine qui a proposé, en réponse, la révision de la clause limitative de réparation¹, solution médiane et par-là plutôt séduisante. En effet, plutôt que de supprimer des clauses fixant un montant dérisoire, qui créent un réel déséquilibre au

¹ Y. Gontier, *Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité*, préf. J. Mestre, thèse Aix-Marseille 2002, imprimée en 2005 ; J. Pellerin, thèse préc., n^{os} 143 et s. ; M. S. Al Jondi, thèse préc., n^{os} 437 et s. ; G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n^o 228.

sein du contrat, la révision judiciaire permettrait de maintenir l'idée d'une limitation tout en restaurant un certain équilibre.

Il apparaît cependant qu'au-delà de la simple évocation de l'idée, sa mise en œuvre soulève de graves difficultés, sur lesquelles il convient de s'arrêter afin de déterminer si une révision peut effectivement être envisagée sur le plan théorique (§1), et de s'assurer de son intérêt pratique (§2).

§1. La faiblesse du fondement théorique

624. « Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » proclame l'article 1134 du Code civil (futur article 1103). La révision judiciaire d'une clause prévue par les parties est une dérogation au principe, qui ne peut être permise que par un texte de loi. Dans le silence du législateur concernant les clauses limitatives de réparation, la doctrine a proposé de faire appel à l'article 1152 alinéa 2 du Code civil (futur article 1231-5 alinéa 2)¹ relatif aux clauses pénales – du moins à première vue –, qui offre au juge le pouvoir de réduire ou rehausser une clause manifestement excessive ou dérisoire. Cependant, l'utilisation de ce fondement se heurte à une double difficulté. En effet, pour légitimer l'application de cette disposition aux clauses atténuant la réparation, deux arguments peuvent être avancés. D'abord, s'est posée la question de savoir si les clauses limitatives de réparation rentraient simplement dans le champ d'application du texte (A). À défaut, leur possible assimilation aux clauses couvertes par le texte a été invoquée (B).

A. Le strict champ d'application de l'actuel article 1152 du Code civil

625. L'article 1152 du Code civil a été modifié par la loi du 9 juillet 1975 afin de doter le juge d'un pouvoir de révision des clauses chiffrant à l'avance les dommages-intérêts. À l'époque, l'idée était d'offrir au juge un moyen de réviser les clauses excessives qui fleurissaient dans de nombreux contrats, notamment de crédit-bail². Aujourd'hui, toute la

¹ Les débats sur le champ d'application de l'article 1152 du Code civil se sont tenus avant la réforme du droit des obligations ; pour cette raison, l'ancienne numérotation sera conservée pour la suite des développements.

² La réforme avait été appelée avec force par la doctrine. V. par ex., Ph. Malaurie, note sous Cass. com., 4 juillet 1972, D. 1972, p. 732 : « un texte qui rend licite le terrorisme contractuel doit d'urgence être réformé ».

question est donc de savoir quel est le contour exact du champ d'application de ce texte, ce qui a donné lieu à des débats (1), et a été tranché en particulier sur la question des clauses limitatives de réparation (2).

1) Débat général sur le champ d'application

626. Le champ de l'article 1152 du Code civil en question. L'article 1152 du Code civil est habituellement présenté comme étant relatif aux clauses pénales, bien qu'il ne les vise pas expressément et que celles-ci bénéficient de dispositions particulières aux articles 1226 et suivants dans une section intitulée « des obligations avec clauses pénales ». Cette distinction s'explique historiquement. Comme le rappelle M. Malinvaud, en 1804, le Code civil visait plus largement toute évaluation forfaitaire à l'article 1152, et seulement les clauses pénales aux articles 1226 et suivants¹. D'ailleurs, seul l'article 1226 fait référence au caractère comminatoire de la clause pénale, contrairement à l'article 1152, qui vise toutes les clauses qui évaluent les dommages-intérêts de manière forfaitaire.

Cependant, très rapidement, la doctrine classique a circonscrit le champ d'application de l'article 1152 du Code civil aux seules clauses pénales². Ce mouvement a été très clairement confirmé lors de l'adjonction du pouvoir de révision judiciaire à l'alinéa 2, en 1975. En effet, d'une part, l'intitulé de la loi ne laisse aucun doute sur l'état d'esprit du législateur, puisque celle-ci est relative aux « articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale », ce qui entérine la restriction du champ de l'article 1152 aux seules clauses pénales. D'autre part, les plaideurs ont alors tenté à de nombreuses reprises d'invoquer le nouveau texte pour obtenir la clémence du juge lorsqu'ils étaient débiteurs d'une trop lourde somme, pourtant prévue dans le contrat, mais sans constituer des clauses pénales. Sources d'un contentieux important, ces tentatives se sont majoritairement soldées par un échec³. Les indemnités d'immobilisation, clauses de dédit, contreparties à une clause de non-concurrence, *etc.* ne peuvent être révisées sur ce fondement. La ligne de la jurisprudence est claire. Seules les clauses pénales, comprises comme l'évaluation forfaitaire et anticipée des dommages-intérêts afin d'assurer l'exécution d'une obligation⁴,

¹ Ph. Malinvaud, « De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », *in Mélanges F. Terré, op. cit.*, p. 689, spéc. p. 692.

² Ph. Malinvaud, *op. cit. loc. cit.*, qui cite notamment Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 1877, t. 27, n° 606.

³ Sur les autres clauses susceptibles d'entrer dans le champ d'application de la disposition, V. G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, nos 246 et s. ; les nombreuses observations de J. Mestre à la *RTD civ.* 1985, p. 372, 1988, p. 110, 1990, p. 75 et p. 655, et 1994, p. 857 ; G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », *RTD civ.* 1985, p. 647 ; N. Rontchevsky, « La révision de la clause pénale, aujourd'hui et demain », *in Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 695.

⁴ Art. 1152 et 1226 Code civil. À partir du 1^{er} octobre 2016, l'article 1152 se trouvera à l'article 1231-5, et l'article 1226

peuvent être révisées par le juge. Dès lors, les clauses limitant ou excluant la responsabilité du débiteur sont exclues du champ d'application du texte.

2) L'exclusion particulière des clauses limitatives de responsabilité du champ d'application

627. Le refus jurisprudentiel d'appliquer l'article 1152 aux clauses limitatives de réparation. Bien que la jurisprudence soit assez abondante sur la question du champ d'application de l'article 1152 du Code civil, elle n'a eu qu'une seule fois, semble-t-il, l'occasion de se positionner sur le sort des clauses relatives à la responsabilité, et encore, de manière assez indirecte. Elle rejette, là encore, la tentative d'extension du champ de l'article 1152 aux plafonds de responsabilité¹.

Il s'agit de l'arrêt du 18 décembre 2007, dit *EDF*, portant sur la validité d'une clause limitative de responsabilité insérée dans un contrat de fourniture d'électricité par EDF². Une coupure inopinée de courant ayant endommagé les équipements de l'entreprise cocontractante, celle-ci voulait mettre en jeu la responsabilité du fournisseur d'électricité, qui lui avait opposé une limite de réparation. L'entreprise avait alors invoqué la violation de l'article 1152 du Code civil, déduire de l'erreur de qualification retenue pour la clause litigieuse : la stipulation en question n'était pas une clause limitative de réparation, mais une clause pénale, susceptible d'être révisée. La Cour de cassation balaya l'argument au motif que la clause fixait bien un plafond d'indemnisation, et non une indemnisation forfaitaire. En poursuivant le raisonnement, on comprend que la qualification de clause limitative de responsabilité fait obstacle au jeu de l'article 1152 invoqué dans le pourvoi.

628. Le caractère forfaitaire de la clause, critère déterminant du champ d'application de l'article 1152. Cette solution se justifie pleinement au regard de la lettre du texte. La disposition vise la clause fixant un montant forfaitaire au titre de dommages-intérêts en cas d'inexécution. Ce caractère forfaitaire étant absent de la définition des clauses limitatives de réparation, celles-ci se trouvent exclues du jeu de l'article 1152 du Code civil³.

sera supprimé.

¹ G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 246.

² Cass. com. 18 décembre 2007, pourvoi n° 04-16069, *Bull.* IV n° 265, *D.* 2008, p. 154, obs. X. Delpéch, *RTD civ.* 2008, p. 310, obs. P. Jourdain, *RLDA* 2008, p. 37, note Ch. Boillot, *RDC* 2008, p. 287 note G. Viney.

³ V. D. Mazeaud, thèse préc., n° 127 : « Autrement dit, lorsqu'une évaluation conventionnelle de dommages-intérêts est dérisoire, il s'agit soit d'une clause d'indemnisation forfaitaire prévue et définie par l'article 1152 du Code civil, soit d'une clause limitative de réparation, soit d'une clause évasive de responsabilité ». Cette énumération alternative exclut les clauses de responsabilité du champ de l'article 1152, limité aux clauses forfaitaires.

Cette position a été remise en cause par M. Denis Mazeaud¹, qui, se fondant sur un article de M. Mestre, en a déduit l'applicabilité de la disposition litigieuse aux stipulations atténuant la responsabilité du débiteur. En 1985, M. Mestre avait tenté de broser les contours de la clause visée par l'article 1152². Il relevait ainsi que les trois conditions permettant l'application du texte étaient l'évaluation *conventionnelle*, de *dommages-intérêts*, pour les cas d'*inexécution* de la convention. À la lecture du début de l'alinéa 1^{er} de l'article 1152, on ne peut en effet que constater que le caractère forfaitaire de la somme n'est pas mentionné, et que les trois conditions inventoriées semblent suffisantes. Or, la clause limitative de responsabilité remplit ce cahier des charges³. Toutefois, on ne saurait omettre la suite de l'alinéa 1^{er} de l'article 1152, qui affirme que dans ce cas, le juge ne peut allouer une somme « plus forte, ni moindre ». Autrement dit, le cas visé est bien celui d'une indemnisation forfaitaire. Si le caractère forfaitaire n'apparaît pas comme une condition explicite d'application du texte, il est en réalité indispensable au regard de la suite de l'alinéa, qui sinon perdrait tout son sens. Sans doute ce détail déterminant n'apparaissait-il pas dans l'écrit de M. Mestre car les clauses qu'il analysait, à savoir une indemnité de licenciement et une indemnité d'immobilisation, étaient forfaitaires. Ce caractère était évident et non débattu. Par conséquent, les trois critères dégagés par l'auteur ne peuvent valablement servir de fondement à l'élargissement du champ de l'article 1152 du Code civil aux des clauses limitatives de réparation.

629. En définitive, la lettre de l'article 1152 du Code civil interdit d'inclure les clauses limitatives de responsabilité dans son champ d'application⁴. La réforme du droit des contrats ayant repris l'article 1152 du Code civil (futur article 1231-5) sans le modifier, l'analyse est toujours valable. Reste à étudier si ce premier obstacle ne pourrait pas être surmonté grâce à l'assimilation des clauses limitatives de responsabilité aux clauses pénales, qui permettrait d'invoquer le pouvoir judiciaire de révision.

¹ D. Mazeaud, thèse préc., n° 597.

² J. Mestre, « De la notion de clause pénale et de ses limites », *RTD civ.* 1985, p. 372, spéc. p. 375.

³ D. Mazeaud, thèse préc., n° 597. L'auteur en déduit l'applicabilité de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité.

⁴ Comp. Ph. Malinvaud, art. préc., in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, p. 698 : « or, si rien dans le texte de l'article 1152 ne paraît s'opposer à son application aux clauses limitatives, il n'en demeure pas moins qu'il s'agit là d'une extension injustifiée du domaine du texte ».

B. L'impossible assimilation des clauses limitatives de responsabilité aux clauses pénales

630. À défaut de pouvoir appliquer directement l'article 1152 du Code civil (futur article 1231-5) aux clauses limitatives de responsabilité, il pourrait être envisagé d'assimiler celles-ci aux clauses pénales et ainsi de contourner la difficulté du champ d'application restreint. Plusieurs arguments pourraient être avancés au soutien de cette idée, tels la similitude d'effets des deux types de clauses (1), ou encore le traitement identique de la clause en cas de dol (2). Ils ne parviennent cependant pas à convaincre.

1) L'insuffisance de la similitude d'effets des deux types de clause

631. Présentation de l'argument : la similitude entre la clause limitative et la clause pénale fixant un montant dérisoire. Le premier argument consiste à observer que les deux types de clauses peuvent jouer un rôle similaire, et à en tirer les conséquences. Dans le cas d'une clause pénale manifestement dérisoire, hypothèse prévue par l'article 1152 alinéa 2 du Code civil (futur article 1231-5 alinéa 2), la stipulation aboutit au même résultat qu'une clause limitative de responsabilité¹. En effet, la peine prévue se trouve finalement bien en-deçà du préjudice subi et constitue *de facto* une limite de réparation. Et réciproquement, la clause limitative de responsabilité particulièrement basse se confond avec un forfait, car « le dommage lui est toujours supérieur », et « le plafond est donc toujours atteint »². Les clauses limitatives de responsabilité pourraient donc être assimilées aux clauses pénales puisqu'elles parviennent au même résultat, et ainsi bénéficier de la révision judiciaire légalement prévue pour les secondes.

632. L'irréductible différence de nature entre les clauses. Séduisant, l'argument révèle pourtant rapidement ses faiblesses. En comparant une clause pénale exprimée sous forme de plafond et une clause limitative de réparation, M. Denis Mazeaud relève, à très juste titre, qu'« on ne saurait déduire de cette identité fortuite de résultats une parenté juridique »³. En effet, les deux clauses conservent leur nature distincte, l'une forfaitaire, l'autre limitative.

¹ J. Pellerin, thèse préc., n° 176 ; M. S. Al Jondi, thèse préc., p. 290, p. 437 et s., spéc. p. 447.

² G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 228. V. aussi, Y. Gontier, thèse préc., n° 198 : c'est ainsi que l'auteur rend l'application de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil possible aux clauses limitatives de responsabilité. Celles-ci étant inférieures au préjudice réellement subi, elles jouent un rôle identique au forfait et peuvent par conséquent être assimilées à des clauses d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts.

³ D. Mazeaud, thèse préc., n° 595.

Concrètement, dans le cas de la clause pénale, le créancier n'aura pas à prouver la réalité de son préjudice et obtiendra nécessairement le montant prévu par la convention ; à l'inverse, dans l'hypothèse d'une clause limitative de réparation, l'absence de préjudice, ou bien un préjudice évalué à une somme inférieure au plafond, entraînera une réparation moins importante que le chiffre conventionnellement fixé. Même dérisoire, la limite est susceptible de ne pas être atteinte. Contrairement à ce qui a pu être écrit, il nous semble que le dommage ne sera pas *toujours* supérieur et donc le plafond pas *toujours* atteint¹. Dans tous les cas, le préjudice devra être prouvé, contrairement à l'hypothèse du forfait, qui est dû, peu importe la réalité de l'atteinte². Cette différence de nature irréductible empêche une assimilation pure et simple des deux notions³.

633. La tentative infructueuse de recours à la notion de clause d'évaluation forfaitaire. La différence de nature des deux clauses aurait pu être contournée en arguant que l'article 1152 alinéa 2 couvre, en plus des clauses pénales, les clauses d'évaluation forfaitaire. Cette position est motivée notamment par l'idée selon laquelle une clause pénale dérisoire n'existe pas⁴. En effet, elle ne peut être dérisoire et comminatoire. Or ce dernier caractère est absolument essentiel dans la notion de clause pénale. Partant, la clause « manifestement dérisoire » évoquée par la disposition du Code civil ne peut faire référence à une clause pénale. Le texte serait donc bien applicable aux clauses d'évaluation forfaitaire.

Néanmoins, une autre interprétation peut être avancée. La clause pénale étant effectivement comminatoire, une clause pénale dérisoire ne serait que le fruit d'une erreur, que le juge viendrait modifier grâce au pouvoir de révision que lui offre le législateur¹. Le texte serait donc bien circonscrit aux clauses pénales.

En outre, cette interprétation ne supprime pas la difficulté. En effet, ce n'est pas l'absence de caractère comminatoire de la clause limitative de responsabilité qui empêche son assimilation aux clauses révisables sur le fondement de l'article 1152 du Code civil

¹ G. Viney, P. Jourdain, *op. cit. loc. cit.*.

² V. par ex. Cass. civ. 3^e, 20 décembre 2006, pourvoi n° 05-20065, *Bull.* III n° 256. Cette différence, à notre avis fondamentale, est omise par Y. Gontier, thèse préc., n°s 198 et 199 : l'auteur relève que « le cas du préjudice réel s'avérant supérieur au plafond fixé dans la clause limitatives de responsabilité, est l'hypothèse la plus courante », car le plafond conventionnel est « calculé pour que son montant soit le plus bas possible » ; par conséquent, les clauses limitatives de réparation seront presque toujours des clauses d'évaluation forfaitaire des dommages-intérêts. Pourtant, il nous semble que le simple fait que la clause limitative atteigne un effet similaire à celui d'une évaluation forfaitaire de dommages-intérêts ne signifie pas qu'elle change de nature.

³ Ph. Delebecque, « Régime de réparation, Clause pénale », *J.-Cl. Civil*, art. 1152, fasc. 22, n° 126 ; Ph. Malinvaud, art. préc., in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, p. 698 : « il existe une telle différence de nature entre une clause limitative de responsabilité et une clause pénale dérisoire que l'application de l'article 1152, alinéa 2, à une telle clause constitue un véritable forçage du texte ».

⁴ V. not. J. Mestre, art. préc., *RTD civ.* 1985, p. 372 ; D. Mazeaud, thèse préc., n° 127.

(futur article 1231-5), mais bien sa nature limitative, et non forfaitaire. Par conséquent, la clause limitative de réparation ne peut pas être assimilée à une clause d'évaluation forfaitaire pour entrer dans le champ de l'article 1152 du Code civil (futur article 1231-5).

2) Le recours inefficace à l'argument du dol

634. La réception du dol dans le régime des clauses pénales. Bien que l'assimilation ne soit pas juridiquement recevable, on pourrait soutenir qu'elle a déjà été consacrée par la jurisprudence sur un autre aspect du régime des clauses pénales. En effet, celles-ci sont écartées au même titre que les clauses limitatives de responsabilité, lorsque le débiteur commet une faute dolosive ou lourde². Il s'agit ici du second argument avancé pour justifier une assimilation des clauses limitatives de réparation aux clauses pénales : puisqu'elles suivent le même régime quant au dol, pourquoi ne pas aller plus loin dans l'alignement en permettant la révision judiciaire pour les clauses limitatives de responsabilité ?

635. Un raccourci trop rapide. Cependant, là encore, une objection peut être soulevée. L'obstacle que constitue le dol à l'application de la clause pénale trouve sa source moins dans une assimilation avec la clause limitative de responsabilité que dans la simple application de l'article 1150, qui a une vocation générale³. En effet, la lettre de cette disposition ne limite pas son champ d'application aux clauses limitatives de responsabilité, mais fixe au contraire une règle générale relative au dommage prévisible, que celui-ci soit prévu conventionnellement ou non. La clause pénale ayant également une dimension indemnitaire, elle rentre sans difficulté dans le cadre de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3)⁴. Dès lors, il n'y a pas de véritable assimilation des deux clauses, mais plutôt un point de convergence entre deux régimes distincts.

636. En définitive, aucune assise théorique véritable ne permet de valider le jeu de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil (futur article 1231-5 alinéa 2) au bénéfice des clauses limitatives de réparation. Ni l'extension du champ du texte, ni l'assimilation des clauses

¹ Ph. Malinvaud, art. préc., in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, p. 691. J ; Pellerin, thèse préc., n° 144 p. 299.

² Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, *Bull.* I n° 60, *op. cit.* ; Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975, pourvoi n° 74-13217, *Bull.* I n° 290, *D.* 1976 p. 151, note J. Mazeaud.

³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 625.

⁴ Art. 1229 Code civil. Cf. D. Mazeaud, thèse préc., n° 600.

limitatives aux clauses visées par le texte ne sont envisageables sans utiliser d'artifices ou sans forcer le texte. La jurisprudence confirme cette idée. Faudrait-il plaider pour une modification législative en vue d'autoriser la révision des clauses limitatives de responsabilité ? La réponse ne sera affirmative que si cette révision présente un réel intérêt pratique, ce qui doit être maintenant analysé.

§2. La remise en cause des intérêts pratiques de la révision

637. Dans son plaidoyer pour une révision des clauses relatives à la responsabilité, M. Gontier identifie deux situations distinctes dans lesquelles la révision judiciaire aurait un réel intérêt pratique¹. La première, objective et évidente, est caractérisée par la présence d'une clause fixant un montant dérisoire, qui justifierait d'activer le pouvoir de révision du juge. La seconde, subjective et plus originale, consiste à réagir face au comportement particulièrement grave du débiteur. À l'analyse, il apparaît pourtant que des difficultés particulièrement gênantes entravent ces deux propositions. Ainsi, la révision des clauses limitatives de réparation ne peut intervenir ni en raison de leur caractère dérisoire (A), ni en raison de la faute très grave du débiteur (B).

A. Le manque d'intérêt pratique de la révision de la clause limitant la réparation à un montant dérisoire

638. La première utilité qui vient à l'esprit quand on imagine la révision des clauses limitatives de réparation est bien évidemment de rehausser les plafonds dérisoires. En effet, dans ce cas, la clause se confond avec une clause exonératoire de responsabilité, tant le plafond prévu est sans commune mesure avec le préjudice. Néanmoins, pour que le juge soit en mesure d'augmenter le seuil de réparation, encore faut-il qu'il soit confronté à une clause dérisoire, hypothèse qu'il n'est pas toujours aisé d'identifier (1). En outre, ce pouvoir octroyé au juge semble sinon dangereux, du moins inutile (2).

¹ Y. Gontier, thèse préc., n^{os} 245 et s..

1) Difficultés à définir la clause révisable

639. Débat sur le critère pour déterminer le caractère dérisoire du montant de la clause. Pour déterminer les clauses limitatives fixant un chiffre dérisoire, M. Gontier propose ici de ne tenir compte que des montants véritablement dérisoires, compris comme affichant « une inadéquation flagrante et considérable de la limitation conventionnelle au préjudice »¹. Il précise que le montant du plafond stipulé doit être « sans commune mesure avec celui du dommage effectivement prouvé ». L'hypothèse est simple : les parties avaient choisi d'insérer une clause limitative de réparation dans leur contrat ; cependant, l'inexécution du débiteur a causé un dommage tel à son cocontractant que le plafond se révèle ridicule face au préjudice effectivement subi².

Si cette situation apparaît sans doute injuste pour le créancier, elle ne peut cependant pas être corrigée par la révision judiciaire. En effet, un principe fondamental irrigue la responsabilité contractuelle, qui ne saurait être oublié. L'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) prévoit que seul le dommage prévisible sera réparé, sauf en cas de dol du débiteur. Nous ne nous situons pas dans l'hypothèse d'un comportement particulièrement répréhensible à l'origine de l'inexécution contractuelle. Par conséquent, seul le dommage prévisible pourra, au mieux, être couvert par l'indemnisation. Autrement dit, le caractère dérisoire de la clause limitative de réparation ne peut pas être issu de la comparaison entre le plafond et le préjudice *effectivement subi*, mais de la comparaison entre le plafond et le dommage seulement *prévisible*, qui serait réparé en l'absence de clause³.

640. Distinction entre la clause pénale et la clause limitative de réparation. Pour autant, il apparaît que la jurisprudence relative à la révision de la clause pénale sur le fondement de l'article 1152 alinéa 2 du Code civil (futur article 1231-5) tient compte du préjudice réellement subi pour en déduire la disproportion manifeste de la peine conventionnellement fixée⁴. Il était donc tentant de reprendre la solution pour l'appliquer aux clauses relatives à la responsabilité. Néanmoins, la différence déjà soulignée entre clause pénale et clause limitative de réparation interdit de transposer le raisonnement jurisprudentiel. En effet, lorsqu'une clause pénale est manifestement dérisoire, elle ne joue

¹ Y. Gontier, thèse préc., n° 251.

² Y. Gontier, thèse préc., nos 352 et s..

³ Y.-M. Laithier, art. préc., *RDC* 2010, p. 1220, spéc. p. 1224 ; T. Genicon, art. préc., *RDC* 2014, p. 176, spéc. p. 179.

⁴ Ph. Malinvaud, art. préc., in *Mélanges F. Terré, op. cit.*, p. 695 ; G. Viney, P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 120.

plus le rôle comminatoire qui lui était en théorie attribué. C'est donc bien en comparaison avec le dommage réellement subi que le juge peut vérifier l'absence du caractère comminatoire de la clause. Quant à la clause pénale manifestement excessive, son montant est nécessairement au-dessus du dommage prévisible, car tel est le rôle d'une clause pénale ; le dommage prévisible ne peut donc servir de repère. L'objection qu'aurait pu constituer la jurisprudence concernant la révision judiciaire des clauses pénales n'est donc pas transposable aux clauses limitatives de responsabilité.

Pour déterminer le caractère dérisoire, et donc révisable, de la clause limitative de réparation, il faut donc s'attacher à comparer le plafond conventionnel au dommage prévisible et qu'une grave disproportion apparaisse. Sans être un cas d'école, l'hypothèse sera plutôt rare. Partant, il nous faut maintenant vérifier le véritable intérêt pratique de la révision du montant dérisoire d'une clause limitative de réparation.

2) Inutilité ou risque d'arbitraire de la révision

641. Pour déterminer une nouvelle limite en présence d'une clause fixant un montant jugé dérisoire, le juge a le choix de fixer les dommages-intérêts à hauteur du dommage prévisible, ou bien de décider d'un chiffre en-deçà du montant du dommage prévisible.

642. *L'inutilité d'une limite révisée à hauteur du dommage prévisible.* Il est évident que la révision à hauteur du dommage prévisible n'a aucun intérêt pratique¹. La clause limitative dérisoire, aujourd'hui requalifiée par le juge en clause exonératoire de responsabilité, a toutes les chances d'être réputée non écrite en raison d'une contrepartie insuffisante dans la convention, afin d'être remplacée par le montant du dommage prévisible. En outre, même sans requalification, la clause limitative de réparation dérisoire pourrait être écartée en application de la jurisprudence *Chronopost*¹. Fixer la nouvelle limite à hauteur du dommage prévisible n'apporte aucune amélioration par rapport à la pratique actuelle.

643. *Grave risque d'arbitraire d'une limite révisée librement.* Le juge peut décider, afin que la révision judiciaire ait une portée réelle, de définir une nouvelle limite qui se situerait alors entre le chiffre établi par les parties, qualifié de dérisoire, et le dommage prévisible, limite légale des dommages-intérêts fixée par l'article 1150 du Code civil (futur article

¹ Y.-M. Laithier, art. préc., *RDC* 2010, p. 1091, spéc. p. 1106.

1231-3). Cette opération aurait donc pour objectif de redonner à la clause limitative de responsabilité son véritable objectif de limitation, abandonnant ainsi son effet exonératoire².

C'est ici qu'apparaît le problème soulevé par cette liberté judiciaire. Comment ne pas craindre l'arbitraire le plus total dans la fixation de la nouvelle limite de responsabilité³ ? Rappelons que le pouvoir de révision n'intervient que lorsque les clauses sont valables. Or le législateur les condamne dans nombre de contrats spéciaux, dans tous les contrats de consommation, et semble-t-il aussi dans les contrats entre partenaires commerciaux. Les hypothèses de validité des clauses, en droit positif, sont aujourd'hui assez rares, et correspondent dans la majorité des cas à des conventions conclues sur un pied d'égalité. Dès lors, il nous paraît inadmissible que le juge s'immisce dans le contrat pour réévaluer la clause, au détriment des prévisions des parties⁴. Sous couvert d'équité, l'intervention judiciaire est en réalité illégitime et comporte un risque réel pour la sécurité juridique.

644. Finalement, l'opportunité affichée d'une révision judiciaire des stipulations limitant la réparation à un montant dérisoire se délite lorsque la question est étudiée de plus près. Lorsqu'elle n'est pas inutile, la révision apparaît comme un pouvoir arbitraire offert au juge, instrument de démolition des prévisions des parties.

Une voie tierce, proposant la révision en présence d'un comportement grave du responsable, a été un temps envisagée, mais l'évolution de la jurisprudence sur la définition des fautes graves a entraîné sa caducité.

B. La caducité de la proposition de révision des clauses en fonction du comportement du débiteur

645. *La révision de la clause en raison de la faute lourde du débiteur.* Dans sa thèse, M. Gontier proposait un deuxième cas de révision, plus original, lié au comportement du débiteur. Fort de la jurisprudence hautement critiquable en vigueur à l'époque, il avait souligné la problématique assimilation de la faute lourde, très largement entendue par les

¹ Cf. *supra*, n^{os} 318 et 327.

² Y. Gontier, thèse préc., n^o 257 et n^{os} 361 et s..

³ Ph. Malinvaud, art. préc., in *Mélanges F. Terré*, *op. cit.*, p. 697.

⁴ Comp. Ph. Malinvaud, art. préc., in *Mélanges F. Terré*, *op. cit.*, p. 699 et s..

juges, au dol contractuel. Dès lors, afin de procéder à une gradation des sanctions à hauteur de la gravité des comportements¹, il eut l'idée de désactiver l'adage *culpa lata* et de permettre la révision des clauses limitatives de responsabilité lorsque la source de l'inexécution trouvait son origine dans une faute lourde du débiteur². Pour cet auteur, le plafond se révélait disproportionné face au comportement gravement fautif du cocontractant³.

Il nous semble assez étonnant de relier la révision du plafond à la gravité du comportement. En effet, dans cette hypothèse, le montant initialement fixé n'est pas nécessairement dérisoire. La gravité du comportement rendrait, selon cet auteur, la limite conventionnelle inacceptable. En revanche l'existence même d'une limite serait recevable, puisque le juge pourrait la maintenir en la révisant simplement. En pratique, la nuance risque d'être ténue lorsque la clause n'est pas dérisoire, car là encore, la révision de la clause ne pourra dépasser le dommage prévisible. En effet, la désactivation de l'assimilation entre faute lourde et dol entraîne l'inapplicabilité de la réserve prévue à l'article 1150 du Code civil *in fine*, qui permet de réparer le dommage imprévisible en cas de faute dolosive du débiteur. Le juge ne peut donc prévoir une limite qui dépasserait le dommage prévisible, limite des dommages-intérêts en l'absence de clause et de dol. La marge de manœuvre du juge étant très faible, la sanction de la faute lourde n'aura pas de véritable portée.

646. Une proposition caduque. Justement, l'idée qui sous-tendait la proposition de M. Gontier était de mettre fin à l'absence de gradation de la sanction des comportements répréhensibles du débiteur, alors que la faute lourde était entendue objectivement, dès qu'une inexécution de l'obligation essentielle était établie. La faute lourde pouvait donc n'être en réalité qu'une faute simple. L'assimilation au dol était dès lors inacceptable, et la faute lourde appelait une sanction bien moins sévère que pour la faute dolosive.

Mais depuis le revirement jurisprudentiel effectué par la Cour de cassation en 2005⁴, la faute lourde a retrouvé son acception initiale, confinant au dol. Par conséquent, il n'est plus nécessaire de lutter contre une assimilation dévoyée de deux notions lointaines. Bien au contraire, comme il a été démontré plus haut, l'assimilation conserve aujourd'hui sa légitimité et son intérêt. La gradation des sanctions n'est plus nécessaire. Lorsqu'une faute lourde a été commise par le débiteur, le comportement est tellement grave qu'il

¹ Y. Gontier, thèse préc., n° 338.

² Y. Gontier, thèse préc., nos 265 et s., nos 319 et s..

³ Y. Gontier, thèse préc., n° 348.

⁴ Cass. ch. mixte, 22 avril 2005, pourvoi n° 03-14112, *Bull. mixte* n° 4, *op. cit.*.

appelle une paralysie totale de la clause, pour offrir au créancier la réparation du préjudice réellement subi. La révision est nettement moins intéressante pour lui car elle laisse subsister une limite de réparation, alors même qu'il subit déjà l'inexécution gravement fautive de son cocontractant. Enfin la consécration de l'équipollence des fautes lourdes et dolosives au sein du futur article 1231-3 du Code civil achève de convaincre sur la caducité d'un tel raisonnement.

647. *L'absence de la révision judiciaire des clauses limitatives de réparation dans l'avant-projet de réforme.* L'article 1284 de l'avant-projet, relatif aux clauses pénales, prévoit la révision de celles-ci. En revanche, il n'est pas prévu d'étendre le champ de cette disposition aux clauses limitatives de réparation. La Chancellerie n'affiche donc pas non plus d'ambition en matière de révision par le juge des limites conventionnelles.

648. *Conclusion de la section.* En conclusion, la révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité, loin de s'imposer, rencontre au contraire de graves obstacles qui empêchent sa mise en place. Autant sur le plan théorique, où l'article 1152, alinéa 2 du Code civil (futur article 1231-5 alinéa 2) ne peut être invoqué comme fondement, que sur le plan pratique, où la difficulté de mise en œuvre côtoie des risques d'arbitraire inacceptables. La révision judiciaire ne peut donc pas constituer une alternative pour moduler l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité.

SECTION 2 : LE MAINTIEN DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ EN CAS DE RÉOLUTION POUR INEXÉCUTION

649. Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ont pour objet de fixer le montant maximal des dommages-intérêts. Lorsque le créancier demande la résolution du contrat pour inexécution du débiteur, il peut également obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution. Dans ce cadre, il paraîtrait logique de faire appel à la clause qui détermine les règles de calcul des dommages-intérêts. Cependant, il pourrait aussi être soutenu que la résolution, anéantissant tout le contrat, fait barrière au jeu des clauses qui le composaient. La résolution pourrait donc être un obstacle supplémentaire à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité.

Il nous faut brièvement rappeler l'opportunité pratique de la résolution pour inexécution, par rapport au simple engagement de la responsabilité du débiteur défaillant (§1), avant de démontrer la possibilité du jeu des clauses relatives à la responsabilité en cas résolution (§2),

§1. L'opportunité de la résolution pour inexécution

650. *Le mécanisme de la résolution pour inexécution.* Différents mécanismes viennent sanctionner le débiteur en cas d'inexécution totale ou partielle, de mauvaise exécution, ou de retard dans l'exécution. Outre la responsabilité contractuelle, qui prend la forme de dommages-intérêts dans la majorité des cas, le créancier peut notamment demander la résolution du contrat pour inexécution. Prévues à l'article 1184 du Code civil (futurs articles 1224 et suivants), cette technique juridique a pour objet l'anéantissement rétroactif du contrat, en principe prononcé par le juge¹. Les effets passés du contrat sont supprimés, et les parties sont libérées pour l'avenir. Outre les restitutions liées à l'effet rétroactif de la résolution², dues par les deux parties le cas échéant, le débiteur peut être condamné à réparer le préjudice subi par le créancier du fait de l'inexécution. Autrement dit, la victime peut obtenir des dommages-intérêts en plus de la résolution du contrat¹.

651. *Les avantages de la résolution pour inexécution.* Si l'on compare la seule responsabilité contractuelle consistant à demander réparation du préjudice causé par l'inexécution de son obligation par le débiteur sans l'anéantissement du contrat, et la résolution judiciaire pour inexécution, le second cas apparaît plus intéressant pour le créancier. Certes, si le contrat n'a reçu encore aucun commencement d'exécution, le prononcé de la résolution entraînera sa disparition, mais sans aucune restitution ; des dommages-intérêts pourront néanmoins être attribués. En revanche, si le créancier a déjà exécuté son obligation, il pourra récupérer le prix du contrat (ou la chose vendue par exemple), en plus de la réparation de son préjudice. Cet avantage existe aussi bien en présence d'une clause limitative de réparation, que d'une clause élisive de responsabilité.

¹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Résolution.

² La résolution a un effet rétroactif à partir du moment de l'inexécution. Pour les contrats à exécution instantanée, la résolution a pour effet d'effacer totalement le contrat et de revenir au *statu quo ante*. En revanche, pour les contrats à exécution successive, les restitutions ne couvriront que la partie inexécutée du contrat, laissant intacte la partie bien exécutée, sauf lorsque la convention forme un tout indivisible. Sur ce point, V. C.-E. Bucher, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, préf. L. Leveneur, Dalloz, 2011, n° 401.

En effet, dans ce dernier cas, le créancier ne recevra aucune réparation, mais la résolution pour inexécution lui permettra d'obtenir la restitution des sommes qu'il a versées, le cas échéant, à défaut d'être indemnisé.

À l'époque de l'arrêt *Chronopost*, il avait été souligné que dans la mesure où la clause fixait la réparation au prix du contrat, elle pouvait également s'analyser comme une clause exonératoire de responsabilité, car sa mise en œuvre aboutissait au même résultat qu'une résolution pour inexécution, sans dommages-intérêts². Autrement dit, si l'engagement de la responsabilité du débiteur entraîne le seul remboursement du prix du contrat, elle s'apparente à une résolution pour inexécution, sans dommages-intérêts, c'est-à-dire sans responsabilité du débiteur. La clause exonère donc le débiteur de sa responsabilité. Pour séduisante qu'elle soit, cette identité de résultat est en réalité illusoire. Pour s'en convaincre, il nous faut reprendre la distinction entre responsabilité contractuelle simple et résolution pour inexécution vue plus haut. Si le créancier opte pour la résolution, alors qu'une clause limitative de réparation égale au prix du contrat est prévue dans la convention, il obtiendra deux fois le prix du contrat : une première fois au titre des restitutions, et une seconde au titre des dommages-intérêts plafonnés. Par conséquent, elle ne peut se confondre avec une clause exonératoire de responsabilité, qui elle ne permettra effectivement d'obtenir que le prix du contrat en cas de résolution pour inexécution.

Au bout du compte, lorsqu'il y a déjà eu commencement d'exécution, le créancier a intérêt à demander la résolution pour inexécution plutôt que le simple engagement de la responsabilité du débiteur, afin d'obtenir la restitution du prix du contrat en plus des dommages-intérêts. Cependant, la résolution se heurte souvent à des obstacles pratiques qui la rendent inopportune.

652. Les obstacles pratiques à la résolution. Il est fréquent que la résolution ne soit pas praticable. Dans certains cas, le créancier préférera l'exécution à la résolution (par exemple, le client préfère recevoir la voiture qu'il a commandée plutôt que d'être remboursé du prix), et agira simplement en responsabilité contractuelle afin d'obtenir une indemnisation du préjudice subi. Dans d'autres cas, la résolution sera inadaptée à la situation (pensons à la victime d'un accident de transport causé par l'inexécution de l'obligation de sécurité pesant sur le transporteur : le remboursement du prix du transport

¹ Art. 1184 Code civil.

² L. Leveneur, « Sort des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité », *CCC* 1997, n° 24.

ne pourra pas la replacer dans la situation où elle se trouvait avant de subir ce préjudice corporel).

Finalement, bien que financièrement intéressante, la résolution ne sera pas systématiquement demandée en justice. Mais dès lors qu'elle est opportune, les demandeurs auront tout intérêt à l'invoquer devant le juge.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Faurecia*, la résolution des contrats était demandée, ainsi qu'une indemnité. Prononcée par la cour d'appel, la résolution des contrats n'a plus été débattue devant la Cour de cassation ; il n'était désormais plus question que de la validité et l'efficacité de la clause limitative de réparation¹. Le 29 juin 2010, date du fameux arrêt *Faurecia II*, la clause a été validée par la chambre commerciale de la Cour de cassation. Le créancier a donc obtenu une réparation limitée, qui s'ajoute cependant aux restitutions, conséquences des résolutions de contrat². Mais un an plus tard, un autre arrêt, plus confidentiel, a directement statué sur la question et abouti à une solution diamétralement opposée³. La résolution pourrait bel et bien constituer un obstacle à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité. Cet arrêt a ouvert le débat sur la question.

§2. Le jeu des clauses relatives à la responsabilité en question en cas de résolution pour inexécution

653. Récemment, une décision de la Cour de cassation a semé le doute quant au jeu de la clause limitative ou exonératoire de réparation en cas de résolution (A). Néanmoins, le maintien de la clause apparaît en réalité indispensable et invite, tout naturellement, à rejeter la paralysie des clauses relatives à la responsabilité en cas de résolution pour inexécution (B).

¹ V. CA Paris, ch. 25, 26 novembre 2008, n° 07/07221, arrêt rendu par la cour d'appel après renvoi de Cass. com. 13 février 2007, *Faurecia I* : « Considérant que les dispositions de l'arrêt de la cour d'appel de Versailles prononçant la résolution partielle du contrat de licences et la résiliation du contrat de formation aux torts de la société Oracle sont devenues définitives; (...) que restent en litige l'application de la clause limitative de responsabilité ainsi que l'étendue du préjudice subi par la société Faurecia ».

² Ph. Stoffel-Munck, note préc., *JCP E* 2010, 1790, n° 11.

³ Cass. com. 5 octobre 2010, pourvoi n° 08-11630, *JCP G* 2011, chr. 63 p. 132, n° 12, obs. P. Grosser ; *RDC* 2011, p. 431, note Th. Genicon.

A. L'apparition d'un doute

654. La remise en cause du maintien dans un arrêt inédit. La question du jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en cas de résolution pour inexécution a été débattue et tranchée en faveur du maintien par la doctrine¹. En revanche, la jurisprudence n'a pas eu à connaître de la question pendant de nombreuses décennies. La solution était donc uniquement théorique.

Or, dans un arrêt inédit du 5 octobre 2010², la chambre commerciale de la Cour de cassation a semé le doute quant au maintien des clauses limitatives de réparation en cas de résolution pour inexécution. En effet, elle a affirmé que :

« la résolution emportant anéantissement rétroactif du contrat et remise des choses en leur état antérieur, la cour d'appel en a exactement déduit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer les clauses limitatives de responsabilité ».

Très nette, cette décision refuse donc l'application des clauses limitatives de responsabilité présentes dans le contrat en raison de l'anéantissement de la convention par résolution pour inexécution. L'article 1184 du Code civil permet au créancier d'obtenir des dommages-intérêts en sus de la résolution pour inexécution. Avec cet arrêt, il faut donc comprendre que la réparation ne sera pas limitée au plafond prévu par les parties.

655. La faible portée de l'arrêt. Toutefois, si la formulation de l'arrêt ne laisse guère de place au doute, sa non-publication en diminue sensiblement la portée. En étant inédit, l'arrêt se situe, dans la hiérarchie des arrêts rendus par la Cour de cassation, tout en bas de l'échelle. Comme le précise M. Weber, président de chambre de la Cour de cassation, dans une fiche méthodologique destinée à comprendre les arrêts rendus par les hauts magistrats, « ce sont les arrêts qui, pour les chambres, n'apportent rien à la doctrine de la Cour de cassation »³. La portée exacte de cet arrêt a une importance fondamentale. En effet, comme nous allons le voir, le rejet du maintien des clauses relatives à la responsabilité aurait un effet catastrophique sur l'efficacité des clauses. Il nous faut donc espérer qu'il s'agit simplement d'un arrêt d'espèce, appelé à ne connaître aucune suite particulière. Car les arguments favorables au maintien des clauses rendent indiscutable le rejet de cette solution inédite et isolée.

¹ Th. Genicon, *La résolution pour inexécution*, préf. L. Leveneur, L.G.D.J., 2007, n° 761 et s ; J. Ghestin Ch. Jamin, M. Billiau, *Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3^e éd., 2001, n° 488.

² Cass. com. 5 octobre 2010, pourvoi n° 08-11630, *op. cit.*

³ J.-F. Weber, Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile, Fiche méthodologique, accessible sur

B. Le rejet nécessaire de la paralysie des clauses relatives à la responsabilité en cas de résolution pour inexécution

656. La solution posée par la Cour de cassation se heurte à un grand nombre d'obstacles, qui militent en faveur du maintien des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en cas de résolution pour inexécution. La paralysie des clauses est à la fois pratiquement inopportune (1), et théoriquement irrecevable (2).

1) Une solution pratiquement inopportune

657. Une différence de traitement en fonction de la demande du créancier. D'un point de vue pratique tout d'abord, la suppression des clauses limitatives de responsabilité en cas de résolution entraîne une conséquence inadmissible au regard de la logique des clauses. Au départ, les parties ont convenu d'une limite de réparation en cas d'inexécution du débiteur. Lorsqu'advient cette hypothèse, le créancier a donc le choix entre différentes actions. Il peut notamment demander des dommages-intérêts, qui seront limités par la clause, sauf en cas de faute lourde, ou bien opter pour la résolution du contrat avec indemnisation, si l'inexécution lui a causé un préjudice. Dans le cas d'une faute simple du débiteur, la réparation sera limitée par le plafond conventionnel dans le premier cas ; il devrait l'être pareillement dans le second. Refuser l'application de la clause limitative en cas de résolution aboutit sinon à un résultat défiant toute logique. Pourquoi en effet, en réponse à un même comportement, le jeu de la clause dépendrait-il uniquement de la demande du créancier ?

Refuser le maintien de la stipulation permet finalement de tourner le jeu des clauses relatives à la responsabilité, et donc d'enrayer les prévisions des parties « par un bien mauvais tour de passe-passe »¹. Concrètement, dès lors que les conditions de la résolution pour inexécution seront remplies, le créancier pourra obtenir la réparation de son préjudice sans tenir compte de la clause. Autant dire qu'avec une telle prise de position, la Cour de cassation porte un sérieux coup à l'efficacité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

le site internet de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr.

¹ Th. Genicon, note préc., *RDC* 2011, p. 431, spéc. p. 433.

La solution est certainement inopportune. Elle est de surcroît injustifiable d'un point de vue théorique.

2) Une solution théoriquement indéfendable

658. La Cour de cassation justifie le rejet des clauses relatives à la responsabilité par la rétroactivité de la résolution. Cependant cet argument ne tient pas. Il a en effet été prouvé que la rétroactivité était un « faux obstacle »¹ et qu'au contraire, les clauses limitatives de responsabilité pouvaient être maintenues, par exception, après la résolution. Deux séries d'arguments permettent d'appuyer cette assertion. L'exemple du sort des clauses pénales permet de nous mettre sur la voie du maintien (a), confirmée par des arguments propres aux clauses relatives à la responsabilité (b).

a) Le maintien certain des clauses pénales

659. L'affirmation jurisprudentielle du maintien des clauses pénales. Tout d'abord, il est permis de faire un parallèle avec les clauses pénales, qui ont également pour objet de prévoir à l'avance le montant des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution. La question a été largement débattue², contrairement au traitement des clauses limitatives de responsabilité. Or, force est de constater que le maintien des clauses pénales en cas de résolution est aujourd'hui certain.

Après une jurisprudence oscillant entre le maintien et le rejet de la clause pénale³, la cause est aujourd'hui entendue. La Cour de cassation valide sans hésiter le jeu de la clause pénale en cas de résolution pour inexécution⁴. Une décision récente confirme cette ligne jurisprudentielle⁵. L'affaire portait, d'après les termes de l'arrêt, sur la caducité d'une cession d'actions. En réalité, il s'agissait d'une véritable résolution, dans la mesure où elle

¹ Th. Genicon, thèse préc., n° 764.

² Pour le maintien des clauses : D. Mazeaud, thèse préc., n° 188 ; J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Les effets du contrat*, op. cit., n° 490 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, op. cit., n° 879. Plus anciennement, pour l'inapplicabilité des clauses : H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2637 : au début du XX^{ème} siècle, la jurisprudence optait pour la chute de la clause pénale avec le contrat : cf. les arrêts cités en note de bas de page du n° 2637. Toutefois, J. Ghestin (n° 490) relève que ces arrêts avaient tous pour objet le retard dans l'exécution et non l'inexécution totale.

³ D. Mazeaud, thèse préc., n° 188.

⁴ Cass. com., 4 juillet 1972, pourvoi n° 71-11194, *Bull.* IV n° 213, *D.* 1972 p. 732, note Ph. Malaurie : « (...) mais a exercé son option en poursuivant seulement la résiliation du contrat assortie du paiement par le locataire de l'indemnité fixée d'un commun accord entre les parties ». V. aussi, com., 30 avril 1974, pourvoi n° 72-14479, *Bull.* IV n° 138 ; com. 10 juillet 1990, pourvoi n° 89-12804, *Bull.* IV n° 204 ; civ. 3^e, 6 janvier 1993, pourvoi n° 89-16011.

⁵ Cass. com., 22 mars 2011, pourvoi n° 09-16660, *Bull.* IV n° 49, *D.* 2011, p. 2179, note A. Hontebeyrie.

intervenait à la suite de l'inexécution fautive de l'un des contractants¹. La solution retenue s'applique donc bien à la résolution pour inexécution. La formule ciselée de la Cour de cassation est sans appel :

« Attendu que la caducité d'un acte n'affecte pas la clause pénale qui y est stipulée et qui doit précisément produire effet en cas de défaillance fautive de l'une des parties ».

La clause pénale n'a vocation à être mise en œuvre qu'en cas d'inexécution de l'un des contractants. Selon la Cour de cassation, il est donc parfaitement logique qu'elle joue en cas de défaillance fautive de l'une des parties, c'est-à-dire en cas d'inexécution ; la disparition du contrat ne saurait y faire obstacle. La résolution et la clause pénale jouent cumulativement, les deux mécanismes présentant la même finalité, à savoir la sanction du débiteur défaillant².

Ce raisonnement se rattache à la fonction punitive de la clause pénale, qui bénéficie donc d'une autonomie complète par rapport à l'exécution du projet contractuel prévu dans la convention. Or, ce caractère fait justement défaut aux clauses relatives à la responsabilité, qui n'ont en commun avec les clauses pénales que la prévision des dommages-intérêts en cas d'inexécution³. Simples cousines, les deux clauses ne peuvent être assimilées. Par conséquent, la solution retenue pour les clauses pénales en cas de résolution est un bon indicatif, mais elle est insuffisante à valider le maintien des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Celui-ci doit être démontré.

b) L'absence d'obstacle au maintien des clauses limitatives de responsabilité

660. L'article 1184 et le futur article 1228 du Code civil. La première justification d'un maintien des clauses relatives à la responsabilité fait appel au texte de loi qui régit la résolution pour inexécution. L'actuel article 1184 du Code civil prévoit en effet que la résolution n'exclut pas l'octroi de dommages-intérêts pour le créancier. Or, pour fixer le montant de la réparation due par le débiteur, il est parfaitement logique de se référer à la clause prévue par les parties sur ce point. Il n'y a aucune raison de ne pas tenir compte de la clause qui, par définition, règle les suites de l'exécution, alors que la résolution a

¹ A. Hontebeyrie, note préc., *D.* 2011, p. 2179, spéc. p. 2181 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, n° 879 note 33.

² D. Mazeaud, thèse préc., n° 188 ; Ch. Hugon, « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », *JCP G* 1994, I, 3790, n° 22 ; A. Hontebeyrie, note préc., spéc. p. 2183.

³ Certains auteurs (V. not. Th. Genicon, thèse préc., n° 789) proposent de distinguer selon que la clause pénale présente ou non ce caractère ; en l'absence de dimension punitive, il ne s'agit plus que d'une évaluation forfaitaire et conventionnelle de la réparation. Il nous semble qu'elle ne répond donc plus à la qualification de clause pénale. En ce sens, D. Mazeaud, thèse préc., nos 148 et s., pour qui le caractère comminatoire de la clause pénale relève de son essence :

justement été prononcée en raison de l'inexécution du débiteur. Comme le précise judicieusement un auteur,

« puisque la convention implique par elle-même le droit à des dommages-intérêts en cas de résiliation, les clauses de cette convention ne peuvent être considérées comme inexistantes quand il s'agit d'apprécier ces dommages-intérêts ; bien au contraire, c'est précisément à ces clauses qu'il faut se reporter pour connaître les prévisions des parties et, par conséquent, apprécier en parfaite connaissance les éléments de l'indemnité »¹.

Néanmoins, le futur article 1228 du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, sera ainsi rédigé :

« Le juge peut, selon les circonstances, constater ou prononcer la résolution ou ordonner l'exécution du contrat, en accordant éventuellement un délai au débiteur, ou allouer seulement des dommages et intérêts ».

La nouvelle formulation semble distinguer la résolution des dommages-intérêts, sans qu'il soit désormais possible de cumuler les deux sanctions. Une telle interprétation ne peut toutefois être retenue. La fin de la disposition fait en réalité écho à une jurisprudence stable selon laquelle, en l'absence d'une inexécution suffisamment grave, le juge peut refuser de prononcer la résolution et n'octroyer que des dommages-intérêts. Il s'agit donc de consacrer cette solution, et non de supprimer le cumul entre résolution et dommages-intérêts. Bien au contraire, celui-ci est reconnu au futur article 1217 relatif aux sanctions de l'inexécution, qui précise *in fine* que « les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter ». La résolution pourra donc être assortie de dommages-intérêts, le cas échéant.

661. La confusion entre résolution et nullité. La raison avancée par l'arrêt du 5 octobre 2010 pour faire obstacle au jeu de la clause s'appuie sur le caractère rétroactif de la résolution. Emportant tout le contrat, l'anéantissement ainsi prononcé fait obstacle au jeu des clauses qui n'existent plus. Bien qu'utiles, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne peuvent donc recevoir application car la résolution les a supprimées.

Le motif avancé par la cour d'appel et validé par la Cour de cassation procède en réalité d'une erreur d'analyse qui avait déjà été vigoureusement dénoncée par M. Genicon dans sa thèse². La résolution ne saurait être confondue avec la nullité¹. Or, si cette dernière

« une clause n'est donc pénale que si elle a un caractère comminatoire ».

¹ Note anonyme sous Cass. civ. 2 août 1911, S. 1912 1 p. 228, cité par Th. Genicon, note préc., RDC 2011, p. 431, spéc. p. 438. Bien que cette remarque ait été formulée pour la résiliation, elle peut être transposée à la question de la résolution.

² Th. Genicon, thèse préc., n° 22, n°s 761 et s. ; V. aussi, D. Mazeaud, thèse préc., n° 188.

a effectivement pour objet de faire disparaître une convention qui n'aurait jamais dû voir le jour en raison d'un vice présent au moment de sa conclusion, la résolution a pour seul effet d'effacer ses effets passés. En aucun cas il n'est question de faire « comme si le contrat n'avait pas été conclu »². La preuve en est, l'inexécution d'une obligation contractuelle, et donc d'un contrat, est indispensable à la mise en œuvre de la résolution pour inexécution. Dans le même ordre d'idée, la nature contractuelle de la responsabilité encourue par le débiteur défaillant n'est pas contestée³, preuve que le contrat n'a pas été effacé de l'ordre juridique.

Partant, la rétroactivité, argument avancé par l'arrêt, n'est pas recevable. Ce n'est pas l'effacement des effets passés du contrat qui empêche le jeu de la clause.

662. La question du cumul entre résolution et exécution. En revanche, la résolution a aussi pour effet de détruire le contrat pour l'avenir. Il ne peut plus produire aucun effet une fois la sanction prononcée. Cette idée se retrouve du reste à l'article 1184 du Code civil actuel, qui offre une option au créancier entre l'exécution et la résolution, assortie le cas échéant de dommages-intérêts. Cette règle dite du non-cumul entre exécution et résolution pourrait constituer un véritable obstacle au jeu des clauses relatives à la responsabilité⁴, car leur application pourrait être considérée comme une exécution du contrat au sens de l'article 1184 du Code civil.

Mais là encore, il a été démontré avec une grande force de conviction que la règle du non-cumul pouvait connaître des exceptions. M. Genicon affine la définition de la résolution en précisant qu'elle a pour objet « le retrait effectif de l'opération économique des parties », opération prévue par le contrat. Il en tire pour conséquence que seules les clauses qui se rapportent à cette opération seront anéanties⁵. En réalité, cette règle aboutit à l'anéantissement de la grande majorité des stipulations d'une convention, qui tendent à organiser l'opération contractuelle. Mais par exception, certaines clauses ne remplissent pas ce rôle. Tel est le cas, notamment, des clauses relatives à l'inexécution du contrat. Mises en jeu seulement en cas de défaillance de l'un des contractants, elles permettent de prévoir les suites de l'inexécution. « Clauses d'avenir », elles ne participent pas à

¹ *Contra*, H. et L. Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, traité préc., T. III, n° 2637 : « on est dans la même situation que si le contrat était nul ».

² Th. Genicon, thèse préc., n° 766.

³ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771, n° 46.

⁴ Th. Genicon, thèse préc., n° 767.

⁵ Th. Genicon, thèse préc., n° 768.

l'organisation de l'opération visée par le contrat¹. Par conséquent, il est en théorie parfaitement recevable de les mettre en application en cas de résolution pour inexécution.

Le raisonnement peut être formulé autrement. La règle du non-cumul exposée à l'article 1184 du Code civil, rappelons-le, permet au créancier de choisir entre l'exécution forcée du contrat ou sa résolution, accompagnée de dommages-intérêts. De cette règle, on déduit que seules les clauses relatives à l'exécution du contrat sont emportées par la résolution. Or, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne concernent pas l'exécution, mais au contraire les dommages-intérêts, évoqués également dans le texte aux côtés de la résolution. Il n'y a donc pas de cumul entre exécution et résolution lorsque l'on cherche à appliquer les clauses limitatives de responsabilité en cas de résolution, car celles-ci se rattachent « à la seconde branche de l'option »².

Pour résumer, parce qu'elles ont trait à l'inexécution et non à l'exécution du contrat, les clauses limitatives de responsabilité doivent recevoir application même en cas de résolution car ce mécanisme n'a pour objet que de mettre en arrêt l'exécution du projet contractuel³.

663. La distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat. Un argument supplémentaire peut être avancé. En 1999, M. Pascal Ancel a proposé de distinguer la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel. La force obligatoire serait une sorte de cadre général, créateur d'une norme juridique, dans lequel s'inscrirait un contenu obligationnel, c'est-à-dire des obligations à la charge des parties⁴. Cette distinction lui permet ensuite de justifier la survivance de certaines clauses du contrat en cas de résolution pour inexécution⁵. Cette sanction anéantit les obligations à la charge des parties, mais non la norme générée par le contrat.

« La norme contractuelle subsiste : même si elle ne produit plus d'effets pour l'avenir (...) et même si la plupart des effets qu'elle a fait naître dans le passé sont effacés, elle continue de servir de référence pour le règlement de tous les litiges se rattachant à la relation passée des parties ».

¹ Th. Genicon, thèse préc., n° 783.

² J. Ghestin, Ch. Jamin, M. Billiau, *Les effets du contrat*, op. cit., 2001, n° 488 ; Th. Genicon, thèse préc., n° 791.

³ M. Genicon réserve une hypothèse peu fréquente. La clause ne pourra être maintenue lorsqu'elle pourra entrer dans le processus d'exécution de l'opération économique, notamment lorsqu'elle chiffre précisément la réparation d'un « élément manquant de l'exécution en nature pour compléter une prestation inachevée » car dans ce cas, elle se rattache à la seule exécution par équivalent de la prestation. L'auteur donne l'exemple d'une clause d'un contrat de construction qui prévoit à l'avance le montant une indemnité au cas où les finitions seraient inachevées. Ce type de clause se démarque donc des clauses limitatives de réparation habituelles, dont la rédaction bien plus large permet de les appliquer indistinctement aux dommages-intérêts attachés à la résolution ou à l'exécution par équivalent du contrat. Th. Genicon, note préc., *RDC* 2011, p. 431, spéc. p. 438.

⁴ P. Ancel, art. préc., *RTD civ.* 1999, p. 771, n° 5.

⁵ P. Ancel, art. préc., *RTD civ.* 1999, p. 771, spéc. nos 46 et 47.

Cette distinction permet d'expliquer techniquement comment la résolution anéantit seulement les obligations, et non les clauses qui ne touchent pas directement aux droits et obligations effacés. Les clauses limitatives de réparation, en tant que stipulations qui n'ont pas directement trait aux obligations des parties, peuvent donc être maintenues.

Ces arguments, qui permettent d'analyser avec finesse le processus de la résolution pour inexécution, emportent l'adhésion. Ils offrent un fondement sérieux et solide à la thèse du maintien des clauses relatives à la responsabilité en cas de résolution.

664. De lege feranda : Le nouvel article 1230 du Code civil, fondement possible du maintien des clauses. L'ordonnance du 10 février 2016 développe la question de la résolution pour inexécution en remplaçant l'actuel article 1184 par plusieurs dispositions, afin de tenir compte de l'évolution jurisprudentielle sur la question. Elle prévoit notamment un article 1230 ainsi rédigé :

« La résolution n'affecte ni les clauses relatives au règlement des différends, ni celles destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence. »

Cet article affirme que les clauses qui doivent jouer « même en cas de résolution » doivent être maintenues ; il évoque les clauses de confidentialité et les clauses de non-concurrence. Cependant, ces deux stipulations sont proposées à titre d'exemple. Il est donc possible de compléter la liste avec les clauses limitatives de réparation, qui permettent de déterminer le montant du dommage en cas d'inexécution dommageable¹.

665. Conclusion de la section. Au cours de cette étude, nous avons acquis la conviction que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ne sauraient être écartées en cas de résolution pour inexécution. L'arrêt inédit peut donc fort probablement être qualifié d'arrêt d'espèce, ou encore s'expliquer par une confusion entre résolution et nullité. Les clauses relatives à la responsabilité sont en principe efficaces en cas de résolution pour inexécution. Le principe nous semble clairement acquis, tant d'un point de vue théorique que pratique, que les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité doivent être maintenues en cas de résolution pour inexécution de la convention. La résolution ne peut donc servir à contourner les règles d'efficacité des clauses.

¹ En ce sens, J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 250.

666. Conclusion du chapitre. Deux voies susceptibles de moduler l'efficacité des clauses ont été explorées ; aucune n'a emporté l'adhésion. La première, relative à la révision judiciaire des clauses limitatives de réparation, était pourtant séduisante. Elle aurait permis, lorsque le plafond fixé par la clause est trop bas, de demander au juge un rehaussement du plafond, plutôt que de supprimer brutalement la clause. Néanmoins, tant les fondements juridiques nécessaires à l'octroi d'un tel pouvoir au juge, que l'opportunité même de la révision, font défaut. La seconde, qui envisageait l'absence de maintien des clauses relatives à la responsabilité en cas de résolution pour inexécution du contrat, avait été ouverte par un arrêt de la Cour de cassation. Or, il a été démontré que cette piste de l'inefficacité des clauses était en réalité une impasse ; la résolution pour inexécution ne peut pas empêcher le jeu des clauses prévues précisément pour jouer en cas d'inexécution.

667. Conclusion du titre. Le régime des clauses, au stade de leur efficacité, comprend deux pans distincts. Le premier touche à l'efficacité des clauses entre les parties, limitée, on l'a vu, par le comportement blâmable du débiteur. Le second tient à l'efficacité des clauses à l'égard des tiers au contrat. Il s'agit donc désormais de s'intéresser à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité.

TITRE II

LE RAYONNEMENT DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ À L'ÉGARD DES TIERS

668. Les clauses relatives à la responsabilité ont pour objet de limiter ou éluder la responsabilité du cocontractant, débiteur de l'obligation inexécutée. Cette responsabilité est engagée par le créancier. Toutefois, il existe des hypothèses dans lesquelles un tiers au contrat pourrait lui aussi vouloir engager la responsabilité du débiteur ; dans ce cas, il faut se demander si les clauses limitatives ou exonératoires de réparation inscrites dans le contrat sont susceptibles de lui être opposées.

669. *La notion d'opposabilité.* Avant d'étudier cette question, il nous faut définir le terme d'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité. Intuitive, la notion d'opposabilité n'est pourtant pas aisée à définir. Elle peut s'entendre comme « la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement hors de son cercle d'activité directe »¹. Rayonnement, ou encore aptitude à « faire sentir ses effets à l'égard des tiers »², l'opposabilité d'un acte permet la cohérence de la vie sociale et juridique. Appliquée au contrat, la notion peut se comprendre par deux propositions, consacrées au futur article 1200 du Code civil :

« Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat.

Ils peuvent s'en prévaloir notamment pour apporter la preuve d'un fait. »

Tout d'abord, les tiers, s'ils ne sont pas obligés par un contrat auquel ils ne sont pas parties, en vertu de l'effet relatif des conventions, ne peuvent pour autant ignorer la situation de fait créée par le contrat³. L'opposabilité du contrat *aux* tiers signifie donc qu'ils ne peuvent

¹ J. Duclos, *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, L.G.D.J., 1983, n° 2-1.

² G. Cornu, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° Opposabilité.

³ M. Bacache-Gibeili, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J., 1996, spéc. nos 86 et s..

agir dans le but d'empêcher l'exécution de la convention, qu'ils doivent respecter l'existence du contrat. Ensuite et réciproquement, les tiers peuvent se prévaloir de cette situation de fait que représente pour eux le contrat¹. L'opposabilité de l'acte *par* les tiers permet notamment d'engager la responsabilité du contractant lorsque l'inexécution lui a causé un dommage. Finalement, l'opposabilité d'un contrat peut être assez facilement cernée. Celle d'une clause relative à la responsabilité est plus délicate à définir.

Opposer une clause limitative ou exonératoire de responsabilité à un tiers ne signifie pas, comme pour un contrat, qu'il doit respecter la clause comme une situation de fait. Lorsque le contractant oppose une telle clause au tiers qui cherche à engager sa responsabilité en cas de manquement contractuel, il invoque en quelque sorte un moyen de défense². Si sa responsabilité doit être engagée, elle doit suivre les règles qui ont été définies par le contrat. L'opposabilité d'une clause relative à la responsabilité est donc l'invocabilité de la clause contre le tiers. La stipulation produit des effets au-delà du cercle contractuel, elle rayonne jusqu'aux tiers qui engagent la responsabilité du bénéficiaire de la clause. Pour notre étude, l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité sera donc considérée comme l'invocation valable de ces clauses par le débiteur, à l'encontre du tiers qui cherche à engager sa responsabilité.

670. Champ de l'étude. La question de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité est complexe car elle recouvre de nombreuses hypothèses. Elle se manifeste dès qu'un tiers cherche à agir contre un contractant. Ce tiers peut appartenir à un groupe de contrats, et par conséquent ne pas être totalement étranger au contrat initial. Dans ce domaine, l'opposabilité des clauses revêt une importance primordiale. Mais le tiers qui invoque la responsabilité du contractant doit aussi être entendu beaucoup plus largement, comme toute victime qui réclame réparation d'un dommage causé par le manquement contractuel du débiteur. Cette hypothèse même est source de difficulté : toute inexécution d'une obligation contractuelle à l'origine d'un dommage causé à un tiers peut-elle suffire à engager la responsabilité du débiteur fautif ? En cas de réponse positive, la question de l'opposabilité des clauses aménageant sa réparation verra le jour.

¹ Cass. com., 22 octobre 1991, pourvoi n° 89-20490, *Bull.* IV n° 302.

² V. Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-13898, *Bull.* I n° 249, *JCP G* 1995, I, n° 3893, obs. G. Viney, *D.* 1996, p. 395, note D. Mazeaud, *CCC* 1995, comm. 159, note L. Leveneur, *RDI* 1996, p. 74, obs. Ph. Malinvaud et B. Boubli : La cour d'appel « (...) retient que la clause prévoyant que la garantie du fabricant s'exerçait sur la base d'un échange standard à l'exclusion de tous autres frais, incluse dans les conditions générales de vente, ne pouvait être opposée à la société RTC Compelec, non spécialiste en la matière ; qu'en se déterminant ainsi, alors que la société Serec était en droit d'opposer à la société RTC Compelec, exerçant une action de nature contractuelle tous les moyens de défense qu'elle pouvait opposer à son propre cocontractant ». Nous soulignons.

En revanche, deux types de tiers particuliers ne seront pas spécialement étudiés. Les premiers sont les ayants-cause de la victime. Agissant en son nom, ils bénéficient de son action et la question n'appelle donc pas de développement spécifique. Les seconds tiers sont les victimes par ricochet. Proches de la victime immédiate, elles subissent un préjudice personnel, matériel ou moral. Dans cette hypothèse, la Cour de cassation affirme que cette action procède « du même fait originaire considéré dans toutes ces circonstances »¹ ; par conséquent, l'action des victimes par ricochet se voit appliquer le même régime que celle de la victime immédiate, notamment pour l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité². Nous ne traiterons donc pas spécialement de ce cas-là.

Le droit positif, à coup d'arrêts de principe et de revirements jurisprudentiels, a fixé des solutions qui ne sont pas satisfaisantes. Il est en effet fort délicat de trouver le juste équilibre entre effet relatif et opposabilité du contrat, entre prévisibilité contractuelle et protection de la victime. La jurisprudence s'est concentrée sur ce dernier impératif, au détriment de la cohérence de la construction prétorienne. Une fois identifiées les faiblesses du droit positif (Chapitre I), il sera temps de proposer des règles plus équilibrées et protectrices des divers intérêts en présence (Chapitre II).

¹ Cass. Ass. Plén., 19 juin 1981, pourvoi n° 78-91827, *Bull. A.P.* n° 4, *GAJCiv*, T. II, comm. 197-198 ; V. déjà, Ch. réun., 25 novembre 1964, pourvoi n° 64-90424, *Bull. Ch. réun.* n° 2.

² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations, op. cit.*, n° 885 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011, n° 375.

CHAPITRE I

LE DÉCLIN DE L'OPPOSABILITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

671. Pour savoir si une clause relative à la responsabilité est opposable à un tiers au contrat, il faut commencer par déterminer si le contrat est opposable par les tiers ou, autrement dit, si le tiers peut engager la responsabilité du débiteur du fait de son manquement contractuel. Ce prérequis provient de la nature même de la clause relative à la réparation. Celle-ci a pour objet de régler les conditions ou l'étendue de l'engagement de la responsabilité du débiteur.

Il faut donc au préalable établir si le tiers peut agir en responsabilité contre le débiteur (Section 1). Il sera ensuite temps d'étudier la faible place laissée aux clauses limitatives ou exonératoires de réparation (Section 2).

SECTION 1 : LES ERREMENTS JURISPRUDENTIELS RELATIFS À L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ DU DÉBITEUR PAR LE TIERS VICTIME

672. La présentation traditionnelle de l'engagement de la responsabilité du cocontractant par un tiers se fonde sur la théorie de la relativité aquilienne¹. Le manquement contractuel n'est, en principe, source de responsabilité qu'à l'égard du cocontractant. Néanmoins, si cette inexécution peut être également considérée comme une faute délictuelle, c'est-à-dire un manquement à un devoir général de prudence et de diligence, alors le tiers, à qui cette faute a causé un dommage, peut agir contre le contractant. L'action aura nécessairement

¹ Ch. Larroumet, S. Bros, *Les obligations, op. cit.*, n° 751 : l'expression provient de la *lex aquilia*, règle qui a consacré en droit romain la responsabilité délictuelle pour faute.

pour fondement la responsabilité extracontractuelle¹. Telles sont donc les règles classiques qui découlent de l'opposabilité du contrat par les tiers. Ceux-ci peuvent s'en prévaloir en tant que fait juridique ; ce fait doit revêtir les caractères de la faute délictuelle pour entraîner la responsabilité du contractant.

Par conséquent, la Cour de cassation a longtemps imposé la preuve d'une faute délictuelle reconnue indépendamment du manquement contractuel². Cette solution, conforme au principe de l'effet relatif des contrats, était pourtant critiquable car elle aboutissait à placer la victime dans une situation délicate en lui imposant un lourd fardeau probatoire pour obtenir la réparation de son dommage. Participant du grand mouvement légal et jurisprudentiel d'une meilleure prise en compte de la partie faible ou de la victime, la jurisprudence a modifié ces règles, en jouant sur les deux tableaux : d'une part, elle a ouvert la voie contractuelle aux tiers (§1) ; d'autre part, elle a consacré l'identité des fautes contractuelle et délictuelle (§2).

§1. Les évolutions jurisprudentielles concernant le terrain d'engagement de la responsabilité du contractant

673. Rapide rappel de l'évolution jurisprudentielle au cours du XX^{ème} siècle. Les premières décisions admettant la mise en jeu de la responsabilité du débiteur par un tiers sur le fondement contractuel ont été rendues dans des hypothèses de chaînes de contrats. Le tiers victime n'est donc pas totalement étranger au contrat inexécuté, ce qui facilite cette nouvelle position jurisprudentielle. Tout d'abord, la première décision a eu trait à une chaîne de contrats de vente. L'ancienne exception relative à l'action du sous-acquéreur d'une chose défectueuse contre le vendeur initial a été renforcée et affinée. Alors que le sous-acquéreur bénéficiait d'une option entre les deux fondements contractuel et délictuel, ce qui aboutissait à des résultats peu homogènes³, la Cour de cassation a décidé en 1979 de rendre obligatoire le fondement contractuel, en application de la règle du non-cumul⁴.

¹ Cass. Req. 23 février 1897, S. 1898 I p. 65, note A. Esmein. Une exception existe toutefois pour le sous-acquéreur d'une chose défectueuse, qui peut agir sur le fondement contractuel contre le vendeur initial : Cass. civ., 25 janvier 1820, S. 1820, I, p. 171.

² V. par ex., Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1962, Bull. I n° 405, *op. cit.*

³ On trouve en effet des arrêts qui statuent aussi bien sur le fondement de la responsabilité contractuelle (Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1963, Bull. I n° 77) que délictuelle (Cass. com. 26 juin 1978, pourvoi n° 76-12725, Bull. IV n° 177).

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1979, *Lamborghini*, pourvoi n° 78-12502, Bull. I n° 241, D. 1979, IR 222, obs. Ch. Larroumet, *RTD civ.* 1980, p. 406, obs. G. Durry. Cette solution s'inspire de la solution légale retenue par l'article 1792-4 du Code civil qui vient, à l'époque, d'être adopté et prévoit le caractère contractuel de la responsabilité du fabricant à l'égard du maître d'ouvrage. P. Jourdain, « La responsabilité civile dans les groupes de contrats », in *Les obligations en droit*

Ensuite, cette solution a été étendue à d'autres types de chaînes de contrats. Le maître d'ouvrage peut lui aussi agir contre le fournisseur de matériau sur le fondement contractuel, en invoquant directement le manquement contractuel que constitue la défectuosité de la chose fournie. Amorcé en 1984¹, ce revirement a été consacré par deux arrêts d'Assemblée plénière du 7 février 1986, qui affirmèrent que :

« le maître de l'ouvrage comme le sous-acquéreur, jouit de tous les droits et actions attachés à la chose qui appartenait à son auteur ; qu'il dispose donc à cet effet contre le fabricant d'une action contractuelle directe (...) »².

La Cour de cassation a donc étendu la solution retenue pour les chaînes de ventes successives aux chaînes hétérogènes, comprenant des contrats de vente et d'entreprise. Le fondement d'une telle solution se trouve dans la théorie de l'accessoire. Les droits et actions peuvent être considérés comme des accessoires de la chose, et sont par conséquent transmis en même temps que la chose³.

Enfin, la première chambre civile de la Cour de cassation a apporté la dernière pierre à l'édifice en déployant l'action de nature contractuelle au sein des chaînes homogènes constituées uniquement de contrats d'entreprise⁴. Elle a ainsi validé l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur fautif par un tiers du seul fait de son appartenance à un groupe de contrats : « dans un groupe de contrats, la responsabilité contractuelle régit nécessairement la demande en réparation de tous ceux qui n'ont souffert du dommage que parce qu'ils avaient un lien avec le contrat initial »⁵. Toutefois, la position de la première chambre civile est restée isolée, les autres chambres de la Cour de cassation ayant par la suite maintenu le caractère délictuel de la responsabilité du sous-traitant à l'égard du maître d'ouvrage¹.

674. La protection de la victime en question. À ce stade, il faut noter que l'attitude de la jurisprudence s'explique par une même motivation au fil des arrêts : la protection de la victime. Le terrain délictuel lui est défavorable car elle doit apporter la preuve d'une faute

français et en droit belge, Convergences et divergences, op. cit., p. 93, spéc. n° 25.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1984, pourvoi n° 82-14875, *Bull.* I n° 175, *D.* 1985, p. 213, note A. Bénabent, *JCP G* 1985, II, 20387, note Ph. Malinvaud.

² Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, pourvois n°s 83-14631 et 84-15189, *Bull.* A.P. n° 2, *JCP G* 1986, II, 20616, note Ph. Malinvaud, *RTD civ.* 1986, p. 364, obs. J. Huet et p. 605, obs. Ph. Rémy.

³ Ph. Malinvaud, note préc., *JCP G* 1986, II, 20616, n° 4. Pour une critique de cette justification, J. Ghestin, note sous l'arrêt *Besse*, *D.* 1991, p. 549, n°s 22 et s. ; G. Viney, « L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 399, spéc. p. 416.

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18182, *Bull.* I n° 69, *JCP G* 1988, II, 21070, note P. Jourdain, *RTD civ.* 1988, p. 551, obs. Ph. Rémy, p. 741, note J. Mestre ; civ. 1^{re}, 21 juin 1988, pourvoi n° 85-12609, *Bull.* I n° 202, *D.* 1989, p. 5, note Ch. Larroumet, somm. p. 232, obs. J.-L. Aubert, *RTD civ.* 1988, p. 760, obs. P. Jourdain.

⁵ Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, *op. cit.*.

délictuelle entendue en elle-même, indépendamment de l'inexécution contractuelle. Or cette preuve est le plus souvent très difficile à apporter, car le manquement contractuel ne constitue pas nécessairement un manquement à un devoir général de prudence et de diligence ; pour autant, il peut causer un véritable dommage à la victime.

Cependant, le choix du terrain contractuel entraîne l'application du régime de la responsabilité contractuelle et notamment des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité présentes dans les différentes conventions. Les deux arrêts de 1988 soulignent l'application de cette double limite tirée à la fois du contrat inexécuté (auquel la victime n'est pas partie) et du contrat conclu par la victime². Ainsi, la réparation du dommage subi par la victime, si elle est plus facile à obtenir sur le terrain contractuel, risque d'être substantiellement limitée par le jeu des clauses atténuant la responsabilité. Comme certains auteurs l'ont justement relevé, « l'action directe contractuelle, qui au XIX^{ème} siècle avait été imaginée (...) pour venir au secours de la victime, se retourn[e] contre elle – ce qui parai[t] fort peu en harmonie avec le sens général de l'évolution du droit de la responsabilité »³. Cet effet pervers doit dès lors être enrayé afin que le mouvement de faveur envers la victime recouvre toute son envergure.

675. Rupture dans la progression du terrain contractuel : L'arrêt Besse. La réaction jurisprudentielle ne s'est pas fait longtemps attendre. Consacrant la résistance de la troisième chambre civile⁴, le fameux arrêt *Besse*, rendu le 12 juillet 1991 par la Cour de cassation réunie, à nouveau, en Assemblée plénière, a effectué un revirement en affirmant qu'en l'absence de lien contractuel entre le sous-traitant et le maître d'ouvrage, ce dernier ne pouvait se fonder sur le terrain contractuel⁵. Les faits de l'espèce étaient particulièrement classiques. Un maître d'ouvrage avait découvert, plus de dix années après réception d'un immeuble d'habitation, que les travaux de plomberie étaient défectueux. Il avait agi à la fois contre son contractant direct, l'entrepreneur principal, et contre le plombier sous-traitant. En application de la jurisprudence de la première chambre civile de l'année 1988, il s'était placé sur le terrain contractuel. Le sous-traitant avait alors invoqué

¹ Cass. civ. 3^e, 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-17661, *Bull.* III n° 236, *GAJ Civ.*, T. II, comm. 173-176.

² P. Jourdain, note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *JCP G* 1988, II, 21070, spéc. II 1.

³ P. Ancel, « Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après », in *Mélanges A. Ponsard*, 2003, p. 3, spéc. n° 10.

⁴ Cass. civ. 3^e, 22 juin 1988, pourvoi n° 86-16263, *Bull.* III n° 115 p. 63 ; 13 décembre 1989, pourvoi n° 88-17661, *Bull.* III n° 236.

⁵ Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991, *Besse*, pourvoi n° 90-13602, *Bull.* A.P. n° 5, *JCP G* 1991, 21743, note G. Viney, *D.* 1991, p. 549, note J. Ghestin, *RTD civ.* 1991, p. 750, obs. P. Jourdain, *Deffrénois* 1991, p. 1301, obs. J.-L. Aubert, *CCC* 1991, comm. 200, note L. Leveneur.

la forclusion décennale pour faire échec à cette action directe. L'effet pervers de la responsabilité contractuelle pour la victime, dénoncé en 1988, était patent. Pour le paralyser, la Cour de cassation décida de revenir sur le terrain délictuel, faisant ainsi échec à la défense brandie par le débiteur. L'action du sous-traitant contre le maître d'ouvrage doit dorénavant être menée sur le terrain extracontractuel, en raison de l'absence de lien contractuel entre eux.

676. État du droit positif. Depuis cette décision, le droit positif est assez stable, et présente un tableau peu homogène dont certains auteurs n'hésitent pas à relever « l'absurdité »¹. En dehors des ensembles contractuels, la responsabilité du contractant engagée par un tiers est délictuelle. Dans les groupes de contrats ne comprenant pas de convention translatrice de propriété, la jurisprudence *Besse* s'applique, par conséquent la responsabilité est elle aussi délictuelle. En revanche, lorsqu'une chaîne de contrats contient une convention translatrice de propriété, la solution retenue par l'Assemblée plénière en 1986 est toujours en vigueur. En application de la règle de l'accessoire, l'action devra être menée sur le terrain contractuel.

En dépit des apparences, l'arrêt *Besse* n'est pas revenu au point de départ. En effet, parallèlement aux débats portant sur la nature de l'action de la victime, la définition du fait nécessaire à l'engagement de la responsabilité extracontractuelle du contractant a également évolué.

§2. L'évolution de la définition de la faute engageant la responsabilité délictuelle du contractant

677. Dans un premier temps, l'inexécution d'une obligation contractuelle ne pouvait suffire à engager la responsabilité délictuelle du contractant, alors même qu'elle avait causé un dommage à un tiers. Celui-ci devait apporter la preuve d'une faute délictuelle envisagée en elle-même. Afin de tourner la difficulté que représentait cette charge probatoire pour le tiers victime, la jurisprudence a décidé d'élargir, on l'a vu, la possibilité d'engager la responsabilité contractuelle d'un contractant aux tiers qui lui sont indirectement liés, dans un groupe de contrats. Parallèlement, les magistrats ont choisi de

¹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, op. cit., n° 265.

supprimer cette distinction et de valider l'identité des fautes contractuelle et délictuelle. La Cour de cassation a, pour ce faire, adopté la politique des petits pas.

A. Position initiale : l'apparente distinction entre faute contractuelle et faute délictuelle

678. La jurisprudence a longtemps imposé la preuve d'une faute délictuelle indépendante de l'inexécution d'une obligation contractuelle (1) ; toutefois, cette exigence a été vidée de son contenu par les juges (2).

1) L'exigence jurisprudentielle de la preuve d'une faute indépendante

679. Une exigence constante. Jusqu'au début des années 1980, la jurisprudence a exigé la preuve d'une faute délictuelle, indépendamment du manquement contractuel. Elle a appliqué cette solution dans une formule maintes fois répétée : pour engager la responsabilité du contractant, il faut prouver une faute « envisagée en elle-même, en dehors de tout point de vue contractuel »¹. C'est ainsi qu'une société locataire, exploitante d'un cinéma, a pu agir contre l'architecte des travaux de construction des salles, bien qu'elle ne soit pas partie au contrat de construction, en prouvant une faute quasi-délictuelle de l'architecte. Un défaut de conception avait rendu la solidité d'un plafond de plus de quatre tonnes incertaine. Afin d'éviter qu'il n'assomme des spectateurs en pleine projection, la société locataire avait dû effectuer d'importants travaux de rénovation. Elle obtint réparation de l'architecte, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, en raison de la faute quasi-délictuelle qui lui était imputable du fait de l'erreur de conception et du défaut de surveillance des travaux². De même, dans un arrêt du 18 avril 1972, la Cour de cassation a validé l'action en responsabilité délictuelle du maître d'ouvrage contre le fournisseur de tuiles défectueuses, en retenant une faute délictuelle de ce dernier³.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1962, *Bull.* I n° 405, *op. cit.* ; civ. 1^{re}, 15 décembre 1964, *Bull.* I n° 565 ; civ. 1^{re}, 24 octobre 1967, *Bull.* I n° 309, *RTD civ.* 1968, p. 363, obs. G. Durry ; civ. 3^{ème}, 15 octobre 1970, pourvoi n° 69-11328, *Bull.* III n° 515 ; civ. 3^e, 18 avril 1972, pourvoi n° 70-13826, *Bull.* III n° 233 ; civ. 1^{re}, 23 mai 1978, pourvoi n° 78-11663, *Bull.* I n° 201 p. 161 ; civ. 3^e, 22 juin 1982, pourvoi n° 81-11730, *Bull.* III n° 164 ; com., 18 janvier 1983, pourvoi n° 80-13103, *Bull.* IV n° 21.

² Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1962, *Bull.* I n° 405, *op. cit.*.

³ Cass. civ. 3^{ème}, 18 avril 1972, pourvoi n° 70-13826, *Bull.* III n° 233.

La nécessité de prouver une faute indépendante du manquement contractuel est bien nette en jurisprudence. Cependant, cette exigence est surtout apparente.

2) *Une exigence factice ?*

680. *Une exigence purement formelle.* L'exigence de la preuve d'une faute sans rapport avec l'inexécution contractuelle doit être sérieusement relativisée. En effet, les juges du fond, après avoir énoncé la formule consacrée, relèvent l'existence d'une faute délictuelle, sans justifier aucunement en quoi le comportement incriminé est effectivement une faute « détachable » du contrat¹. Quant à la Cour de cassation, elle vérifie simplement la présence de la phrase², véritable sésame pour obtenir réparation sur le fondement délictuel. Dans les espèces évoquées précédemment, aucune explication ne permet de comprendre comment la faute délictuelle a pu être retenue. On peut en effet se demander en quoi une erreur de conception de la part de l'architecte constitue une faute quasi-délictuelle, ou encore comment la livraison d'une chose défectueuse peut être distincte du manquement contractuel du fournisseur ?

681. *Une exigence difficilement praticable.* Il faut reconnaître que demander la preuve d'une faute « en dehors de tout point de vue contractuel », alors même que le dommage a été causé *par* l'inexécution d'une obligation contractuelle, peut paraître étonnant³. Un auteur explique bien la difficulté théorique en jeu⁴. Lorsque le dommage subi par le tiers provient d'une faute strictement contractuelle, c'est-à-dire de l'inexécution d'une « obligation contractuelle spécifique à la charge du débiteur », il ne peut, en théorie, être réparé. En effet, le tiers ne peut agir sur le fondement contractuel, car il n'est pas partie à la convention, et il ne peut invoquer la responsabilité délictuelle, en raison de l'effet relatif des contrats, qui interdit à la faute strictement contractuelle de se doubler d'une faute délictuelle. Par conséquent, la jurisprudence a dû adopter un contrôle « extrêmement laxiste » de la faute extracontractuelle afin d'aboutir à une solution « équitable », à savoir, l'indemnisation de la victime sur un fondement valable, la responsabilité délictuelle⁵. Elle a donc agi sur le principe d'indépendance des deux fautes.

¹ G. Viney, note préc., *D.* 2006, p. 2825, spéc. p. 2826. V. aussi J. Huet, thèse préc., n^{os} 643 et s..

² G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n^o 213 ; *GAJ Civ.*, T. II, comm. 177, spéc. n^o 5.

³ M. Billiau, note préc., *JCP G* 2006, II, 10181, spéc. p. 2827.

⁴ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n^{os} 80 et s..

⁵ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n^o 82.

Cette distinction entre le manquement contractuel et une faute envisagée seulement d'un point de vue délictuel a même été qualifiée d' « impossible » par M. Durry, qui en préconise, dès 1968, l'abandon¹. L'arrêt qu'il commente est en effet source d'interrogation. Une fois encore, des désordres dans un immeuble nouvellement construit avaient poussé les locataires à agir contre l'architecte. La Cour de cassation leur donne raison en affirmant que :

« L'arrêt attaqué a pu décider que si ce défaut de surveillance qui a laissé libre cours aux errements de l'entrepreneur et de ses ouvriers a été à l'origine des malfaçons et du préjudice qui en résulte, constitue une faute contractuelle à l'égard de l'abri familial, cette faute envisagée en elle-même en dehors de tout point de vue contractuel, constitue à l'égard des tiers que sont les locataires, une négligence prévue par l'article 1383 du Code civil »².

Concrètement, la Cour de cassation reconnaît bien la faute contractuelle de l'architecte, qui est à l'origine des dommages. Puis, elle considère ce même comportement à l'aune du droit de la responsabilité délictuelle et en déduit, sans aucune justification, que cette faute constitue une faute quasi-délictuelle. Les magistrats procèdent donc à une analyse de la cause du dommage sous les deux angles, consécutivement. Cependant la seconde étape, relative à la recherche d'une faute extracontractuelle, est très obscure, et semble relever de la déduction plus que d'une véritable analyse du comportement. Autrement dit, si la caractérisation d'une faute délictuelle découle de l'existence d'une faute contractuelle, l'identité de deux fautes est déjà présente, officieusement ; ainsi, à ce stade, le mouvement de rapprochement des fautes contractuelle et délictuelle est déjà bien amorcé. L'évolution a commencé « de manière insidieuse »³. La formule invoquée par les juges n'est qu'un vase creux, qui ne sert qu'à rassurer sur l'absence théorique d'identité entre les fautes contractuelle et délictuelle mais n'a pas de véritable portée pratique.

Toutefois, il reste que l'exigence de la preuve d'une faute indépendante du manquement contractuel est à la charge du tiers lorsqu'il veut engager une action en responsabilité contre le responsable. Cette difficulté probatoire a poussé les magistrats à modifier cette solution afin de protéger la victime qui souffre de l'inexécution contractuelle.

¹ G. Durry, obs. préc., *RTD civ.* 1968, p. 363, spéc. p. 365.

² Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1967, *op. cit.* Nous soulignons.

³ *GAJCiv*, T. II, comm. 177, spéc. n° 5.

B. L'identité des fautes retenue au profit de la victime

682. Afin d'améliorer le sort de la victime d'un manquement contractuel, tierce à la convention, la Cour de cassation a choisi de consacrer l'identité de la faute délictuelle à la faute contractuelle en admettant que le manquement contractuel permettait d'engager la responsabilité délictuelle du débiteur défaillant. D'abord retenue par certaines chambres de la Cour de cassation (1), cette solution a été solennellement affirmée par un arrêt d'Assemblée Plénière en 2006 (2).

1) Divergences entre les chambres de la Cour de cassation

683. *L'identité des fautes retenue par les chambres civiles.* Dans les années 1990, la condition de façade qu'est devenue la preuve d'une faute délictuelle distincte disparaît dans certaines décisions rendues par la première chambre civile. Celle-ci admet dès lors ouvertement l'identité des fautes contractuelle et délictuelle en affirmant que :

« les tiers à un contrat sont fondés à invoquer l'exécution défectueuse de celui-ci lorsqu'elle leur a causé un dommage, sans avoir à rapporter d'autre preuve »¹.

Les autres chambres civiles adoptent le même point de vue². La relativité de la faute contractuelle laisse place à l'identité des fautes contractuelle et délictuelle.

684. *Divergence avec la chambre commerciale.* En revanche, après quelques hésitations³, une résistance voit le jour au sein de la chambre commerciale de la Cour de cassation. Celle-ci continue d'exiger la preuve d'une faute extracontractuelle indépendamment du manquement contractuel. Les hauts magistrats relèvent que la seule preuve de la faute contractuelle est insuffisante en elle-même à engager la responsabilité délictuelle du contractant. Le tiers doit prouver que cette faute contractuelle « constitue aussi la violation d'une obligation générale de prudence et diligence »¹. La chambre commerciale réactive l'exigence de la preuve d'une faute délictuelle classiquement entendue, au détriment de la victime du dommage, tiers au contrat.

Cette divergence entre les chambres a duré plusieurs années, avant que l'Assemblée plénière de la Cour de cassation ne tranche le débat en faveur de l'identité des deux fautes.

¹ Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, pourvoi n° 99-12135, *Bull.* I n° 221, *JCP G* 2000, II, 415, rapport P. Sargos, *CCC* 2000, comm. 175, note L. Leveueur, *RTD civ.* 2001, p.146, obs. P. Jourdain. V. dès les années 1990, par ex., civ. 1^{re}, 16 décembre 1992, pourvoi n° 90-18151, *Bull.* I n° 316 ; civ. 1^{re}, 30 octobre 1995, pourvoi n° 93-20544, *Bull.* I n° 383.

² V. par ex., Cass. civ. 3^e, 5 février 1992, pourvoi n° 90-16943, *Bull.* III n° 42, *RTD civ.* 1992, p. 567, obs. P. Jourdain.

³ Cass. com., 12 juillet 1993, pourvoi n° 91-19324.

2) *Consécration de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle*

685. *La consécration de l'identité des fautes.* L'intervention de l'Assemblée plénière a permis de mettre fin au conflit qui existait entre les chambres. Sans aucune nuance, la Cour de cassation a choisi de consacrer l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, le 6 octobre 2006, dans l'arrêt *Myr'ho* :

« Le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »².

Ce choix jurisprudentiel consacre la position défendue depuis plusieurs années par la première chambre civile, à laquelle s'étaient ralliées les deuxième et troisième chambres civiles. Pour autant, elle est très critiquable. En effet, alors qu'elle est fort difficile à justifier en théorie (a), sa portée pratique est considérable (b).

a) Une solution critiquable sur le plan théorique

686. La solution retenue pourrait se justifier s'il existait une identité réelle entre les deux types de fautes. Malheureusement, cette recherche se révèle décevante, et fait apparaître le manque de fondement théorique de la décision. Par ailleurs, elle heurte à la fois la règle du non-cumul des deux responsabilités et celle de l'effet relatif des conventions. Ainsi, sur le plan théorique, l'identité des fautes ne peut être justifiée par l'existence d'une identité réelle (i), et porte une atteinte à la règle traditionnelle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle (ii), ainsi qu'à la règle de l'effet relatif des conventions (iii).

i. L'absence d'identité réelle entre faute contractuelle et faute délictuelle

687. *Délicate définition de la faute délictuelle.* La solution, bien que décriée par la doctrine, pourrait peut-être trouver une justification théorique valable, si le manquement contractuel est effectivement, en tant que tel, une faute délictuelle. Pour s'en convaincre, il

¹ Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14535, *Bull.* IV n° 187, *RTD civ.* 1998, p. 113, obs. P. Jourdain.

² Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13255, *Bull.* A. P. n° 9, *op. cit.*

faut d'abord définir précisément la faute délictuelle¹. C'est en effet dans la définition de la faute que réside « la clef » de la solution².

Or, cette tâche est malaisée³. Il faut néanmoins nous y atteler et tenter d'esquisser une définition. La faute délictuelle est la méconnaissance d'une obligation ou d'un devoir imposé par une norme extracontractuelle⁴. Cette norme peut être de nature jurisprudentielle, et à ce titre, les magistrats font souvent référence à une norme générale « de se comporter en toutes circonstances avec prudence et diligence »⁵. Reprenant ces définitions doctrinales, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile rendu public le 29 janvier 2016 propose une définition similaire à l'article 1242 : « Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ».

En revanche, la notion d'imputabilité, c'est-à-dire sa dimension morale, a été supprimée par les fameux arrêts d'assemblée plénière du 9 mai 1984⁶. Sa disparition est confirmée par l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, qui ne l'inclut pas dans la définition de la faute. En conséquence, pour qualifier la faute en pratique, le contrôle sera conduit *in abstracto*. Le comportement de l'agent sera comparé à celui qu'aurait suivi une personne avisée⁷, raisonnable, ou autrement dit, le bon père de famille⁸, dans la même situation. L'écart de conduite en comparaison avec cette référence abstraite fera apparaître la violation du devoir général de se bien comporter.

688. Une identité possible ? Une fois les contours de la faute délictuelle établis, il nous faut les confronter au manquement contractuel. La personne raisonnable, le bon père de famille, exécute avec diligence la convention à laquelle il s'est engagé. Par conséquent,

¹ Sur la question, A. Rabut, *De la notion de faute en droit privé*, L.G.D.J., 1949. Cet auteur relève dans un appendice plus d'une vingtaine de définition de la faute proposées par les auteurs de l'époque.

² M. Billiau, note préc., *JCP G* 2006, II, 10181, spéc. p. 2116.

³ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, coll. Manuel, 3^e éd., 2014, n° 291 : « une notion délicate à saisir » ; Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 6705 : « si toute définition est périlleuse, celle de la faute l'est de façon toute spéciale » ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 2. *Le fait juridique*, *op. cit.*, n° 98.

⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 445. A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014, n° 130.

⁵ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 450. V. par ex. : Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14535, *Bull.* IV n° 187, qui qualifie la faute quasi-délictuelle de « violation d'une obligation générale de prudence et diligence ».

⁶ Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, pourvois n°s 80-14994, 80-93031, 80-93481, 79-16612, *Bull.* A. P. n°s 1 à 4, *D.* 1984, p. 525, conclusions J. Cabannes, note F. Chabas, *JCP G* 1984, II, 20255 note N. Dejean de la Bâtie, 20256, note P. Jourdain, *RTD civ.* 1984, p. 508, obs. J. Huet, *GAJ Civ.*, T. II, comm. 196, 208 et 217. V. A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, *op. cit.*, n° 132 : la loi du 3 janvier 1968, retenant la responsabilité de celui qui était sous l'empire d'un trouble mental, ne portait pas atteinte à la notion de faute, car elle imposait l'obligation de réparation malgré une absence de faute du *demens*. À l'inverse, les arrêts du 9 mai 1984 s'en prennent directement à la notion de faute en lui ôtant « toute dimension psychologique ».

⁷ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n° 439.

⁸ B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligations, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996, n° 295. La notion de bon

celui qui ne remplit pas son obligation contractuelle manque, de manière plus générale, à son devoir de se comporter raisonnablement. Cette idée est confortée par la dimension sociale de la faute en matière délictuelle ; elle indique en effet le comportement à ne pas suivre par les individus qui composent une société. Si chacun agit dans le respect d'autrui, avec prudence et diligence, le bon fonctionnement de la société est assuré. Or, exécuter son contrat, respecter sa parole donnée, participent de cette idée. Par conséquent, toute faute contractuelle serait effectivement une faute délictuelle. Cette analyse, fort séduisante, est d'ailleurs retenue par plusieurs auteurs¹.

689. Une identité désavouée. Pour reprendre l'exemple vu plus haut, le fait de livrer une chose défectueuse serait donc, en soi, une faute délictuelle car elle contreviendrait au devoir général d'être diligent. Toutefois, cet exemple pratique fait apparaître la faille du raisonnement. L'inexécution contractuelle n'est pas nécessairement fautive. La délivrance d'un matériau défectueux a pu être effectuée sans aucune malice ni négligence, le vendeur ignorant le vice et n'ayant pas fait appel à un fabricant de moins bonne facture. Lorsque le contractant est débiteur d'une obligation de résultat, il peut bien apporter tous les soins qui sont en son pouvoir pour exécuter son obligation, s'il échoue, il sera responsable. Le seul résultat compte. Par conséquent, dans ce cas, il ne peut être considéré comme défaillant d'un point de vue délictuel. Ayant montré toute la diligence qu'un homme raisonnable aurait également apporté dans l'exécution de son obligation, l'absence de résultat ne peut aboutir à établir une faute délictuelle ou quasi-délictuelle.

En outre, la distinction des obligations de moyens et de résultat en matière contractuelle revêt surtout une fonction probatoire. Pour engager la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant, il suffit de prouver que le résultat promis n'a pas été atteint, dans le cas d'une obligation de résultat. Par conséquent, nul besoin de prouver qu'il n'a pas été diligent, et réciproquement, nulle possibilité de se décharger de sa responsabilité par la preuve des soins que le débiteur a pu apporter dans l'exécution de son obligation. La recherche du comportement du débiteur n'est pas effectuée. Comment dès lors se fonder sur l'inexécution pour en déduire une faute délictuelle, alors que les

père de famille a néanmoins disparu du Code civil depuis la loi du 4 août 2014.

¹ L. Leveneur, note préc., CCC 2007, comm. 63 : « la faute délictuelle est un comportement que n'aurait pas un bon père de famille ; or un bon père de famille ne manque pas aux obligations qu'il a contractées, surtout lorsque cette inexécution cause un dommage ». G. Viney, note préc., D. 2006, p. 2825, spéc. p. 2828 : « (...) le manquement contractuel étant en soi un fait illicite ». J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, op. cit., n° 190. V. déjà, G. Durry, note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1967, op. cit. : « il est bien acquis que le même fait peut être à la fois un manquement contractuel dans les rapports entre parties, et une faute à l'égard des tiers. Ceux-ci (...) se prévalent simplement d'une situation de fait qui leur a causé préjudice ».

agissements du débiteur sont inconnus ? Les obligations de résultat étant largement majoritaires en pratique, il n'est pas acceptable de déduire du manquement contractuel une faute délictuelle, dans la mesure où le comportement du débiteur est potentiellement, sinon sans défaut, du moins inconnu¹.

690. Tentatives doctrinales de justification. Un auteur balaye cette difficulté, en invoquant l'évolution jurisprudentielle de la notion de faute civile délictuelle². Pour M. Billiau, la faute a disparu du délit civil depuis l'arrêt d'Assemblée plénière du 13 décembre 2002 qui reconnaît qu'un simple fait causal de l'enfant engage la responsabilité de ses père et mère. Cependant, si cette décision a effectivement consacré une solution purement objective, où le seul fait causal, et non fautif, peut engager la responsabilité des parents, elle n'a pas pour autant supprimé la faute de toute la responsabilité civile. L'arrêt est cantonné à la responsabilité des parents du fait de leur enfant, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 4 du Code civil (futur article 1242 alinéa 4). La faute demeure à l'article 1382 du Code civil (futur article 1240), et les actions qui se fondent sur cette disposition appellent la preuve d'une faute pour engager la responsabilité de l'agent. Par conséquent, l'analyse proposée ne saurait convaincre car elle généralise une solution qui n'a pourtant été rendue que dans un domaine précis. Du reste, ce choix jurisprudentiel contestable, considéré comme une consécration de l'injustice³, est remis en cause par les différents projets de réforme de la responsabilité civile⁴. Dans tous les cas, en droit positif, la faute civile existe toujours.

691. Dans le même ordre d'idées, une justification relative à la causalité a été avancée par M. Wicker⁵. Le manquement contractuel ne serait pas, en tant que tel, une faute délictuelle, mais constituerait effectivement un fait illicite dans la mesure où il a causé un dommage au tiers. L'idée se fonde à la fois sur l'article 1165 du Code civil et l'opposabilité du contrat. La disposition précise que le contrat ne doit pas nuire aux tiers ; M. Wicker adopte une compréhension large du texte. Pour lui, le contrat ne doit pas être préjudiciable aux tiers lors de sa conclusion, mais également pendant toute son exécution, voire son inexécution. En outre, l'opposabilité du contrat par les parties aux tiers ne peut

¹ Rappr. P. Ancel, art. préc., *RDC* 2007, p. 538, n° 8.

² M. Billiau, note préc., *JCP G* 2006, II, 10181, spéc. p. 2117.

³ A. Sériaux, *Manuel de droit des obligations*, op. cit., n° 132.

⁴ Art. 6 Projet Terré, p. 115 ; art. 1355 et 1356 de l'Avant-projet Catala, et, reprenant ces propositions, art. 1245 et 1246 Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016.

⁵ G. Wicker, note préc., *RDC* 2007, p. 593, spéc. n°s 9 et s..

jouer si le contrat leur nuit. Le manquement contractuel est donc un fait illicite, non parce qu'il s'agit d'une inexécution en tant que telle, mais parce qu'il cause un dommage aux tiers « alors que le contrat ne devait pas leur nuire ». Pour l'auteur, « c'est donc effectivement son rôle causal dans la production du dommage qui détermine l'illicéité du manquement contractuel à l'égard des tiers ».

Pour convaincante qu'elle soit sur le plan pratique, cette analyse présente des faiblesses sur le plan théorique. Il est certain en effet que lorsqu'un contrat a causé un dommage à un tiers, la première réaction consiste à vouloir réparer ce préjudice subi par une personne extérieure à l'inexécution en cause. Mais théoriquement, il semble délicat de réduire le caractère illicite du fait à sa causalité. En effet, il est certain que le manquement doit être à l'origine du préjudice subi par le tiers ; cette condition du lien de causalité doit être remplie au même titre que la faute et le dommage pour engager la responsabilité délictuelle du contractant. Mais déduire du rôle causal du manquement que ce dernier est illicite revient à supprimer cette condition de faute en l'assimilant au lien de causalité, qui doit être lui aussi prouvé. Au bout du compte, cette construction rejoint celle proposée par M. Billiau qui ne voit plus dans le fait générateur de responsabilité civile qu'un fait causal. Finalement, l'argument ne convainc pas non plus sur le plan théorique, et ne permet donc pas de valider l'identité des fautes délictuelle et contractuelle affirmée par la Cour de cassation.

692. En définitive, l'idée selon laquelle un manquement contractuel constitue nécessairement une faute délictuelle ou quasi-délictuelle, bien qu'elle puisse paraître très convaincante dans un premier temps, ne résiste pas à l'analyse. Certes, dans bien des cas, l'inexécution de l'obligation contractuelle par le débiteur trouvera sa source dans un manque de diligence, entraînant ainsi une faute délictuelle. Néanmoins, il n'en sera pas toujours ainsi, notamment lorsque le manquement porte sur une obligation de résultat. Cette absence d'uniformité des solutions interdit tout automatisme, du moins sur le plan technique. Le rapprochement des fautes contractuelle et délictuelle peut se fonder sur une motivation politique, celle de la protection de la victime, mais non sur l'argument juridique de l'identité réelle des deux fautes. En outre, cette solution porte atteinte à la règle du non-cumul.

ii. L'atteinte à la règle du non-cumul des responsabilités

693. *L'atteinte à la règle du non-cumul au sens littéral.* La règle du non-cumul des responsabilités est souvent rebaptisée par les auteurs en règle de non-option entre les deux responsabilités, car il n'est pas question que la victime demande une double réparation de

son préjudice sur les deux terrains en même temps. Cependant, plusieurs auteurs relèvent que dans une hypothèse on pourrait effectivement envisager un cumul si on permettait à la victime d'intenter :

« une action hybride dans laquelle elle serait admise à invoquer à la fois les principes contractuels et les principes délictuels, choisissant dans chaque régime de responsabilité les règles qui lui sont favorables (par exemple, la dispense de preuve résultant souvent de l'action contractuelle et la réparation du dommage imprévisible de l'action délictuelle) »¹.

Mais les auteurs rejettent en bloc cette possibilité, « trop contraire aux principes pour qu'on y ait jamais sérieusement songé ». Or, quelques quatre décennies plus tard, on peut se demander si l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation n'a pas consacré le cumul des régimes des deux responsabilités. En permettant l'invocation de la faute contractuelle à l'appui d'une action sur le fondement délictuel, qui permet le rejet des clauses relatives à la responsabilité présentes au contrat, les hauts magistrats valident la combinaison des deux régimes pour la rendre favorable au tiers.

Ainsi, la solution heurte la règle du non-cumul des responsabilités, entendue comme le panachage des deux régimes à la faveur du demandeur. Elle porte également atteinte au principe de l'effet relatif des conventions.

iii. L'atteinte à l'effet relatif du contrat

694. Apparente absence de difficulté. L'identité des fautes contractuelle et délictuelle a pu être très simplement justifiée par l'idée que les tiers, « lorsqu'ils demandent réparation, ne prétendent nullement à bénéficier du contrat qui reste *res inter alios acta*, mais se prévalent simplement d'une situation de fait qui leur a causé préjudice »². Autrement dit, il est fait appel à la théorie de l'opposabilité du contrat, qui permet au tiers d'invoquer le contrat comme simple fait³.

Cependant, il apparaît que dans ce cas, l'opposabilité empiète sur l'effet relatif du contrat⁴. Tout d'abord, il nous faut rappeler les définitions de deux notions essentielles, avant d'analyser la question de la place de l'effet relatif.

¹ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n° 174.

² G. Durry, obs. préc., *RTD civ.* 1968, p. 362, spéc. p. 366.

³ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n° 144-3 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Les obligations*, 3. *Le rapport d'obligation*, *op. cit.*, n° 189.

⁴ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 93.

695. Rappel des définitions de l'effet relatif et de la responsabilité contractuelle. Le principe de l'effet relatif posé à l'article 1165 actuel du Code civil emporte deux règles. D'une part, le contrat ne crée pas d'obligation à l'égard des tiers. D'autre part, ceux-ci ne peuvent en profiter. Autrement dit, les tiers ne peuvent être ni créanciers, ni débiteurs de la convention¹. Cette double proposition se retrouve expressément au futur article 1199 alinéa 2 du Code civil : « Les tiers ne peuvent ni demander l'exécution du contrat ni se voir contraints de l'exécuter (...) ».

Par ailleurs, la responsabilité contractuelle, bien que certains en aient douté, existe bien. Elle permet de demander au contractant la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat. Certains auteurs n'y ont vu qu'une exécution par équivalent, l'obligation de réparer trouvant sa source directement dans le dommage². L'obligation initiale serait simplement remplacée par un paiement en argent ; le concept de responsabilité contractuelle serait donc superflu. Cependant, il a été répondu à juste titre que l'obligation trouve en réalité sa source dans l'inexécution de l'obligation, et non dans l'obligation elle-même³. En effet, l'inexécution est nécessaire pour que l'exécution par équivalent puisse être demandée. Celle-ci nécessite en outre la preuve d'un dommage causé par le débiteur. Par conséquent, « l'exécution par équivalent n'est rien d'autre que la responsabilité contractuelle ». Pour notre étude, nous nous rallierons donc à la thèse classiquement enseignée selon laquelle la responsabilité contractuelle n'a pas pour unique objet de procurer au créancier l'avantage qu'il espérait obtenir du contrat, mais aussi de réparer le dommage causé par le manquement contractuel⁴. Elle a donc un double rôle de paiement par équivalent et de réparation du dommage causé à l'occasion du contrat⁵.

696. Distinction des dommages contractuel et non contractuel. La question est donc de savoir si le tiers, lorsqu'il demande la réparation du dommage que lui a causé l'inexécution d'une obligation contractuelle par la partie au contrat, demande bien la réparation du dommage et non l'exécution par équivalent de l'obligation contractuelle. Pour y répondre avec précision, des auteurs ont distingué deux types de dommages dont pourrait souffrir le tiers⁶. Soit le dommage est purement contractuel, c'est-à-dire qu'il provient de

¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, *Les obligations*, op. cit., n° 490.

² Ph. Rémy, art.préc., *RTD civ.* 1997, p. 323.

³ Ch. Larroumet, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 543, n° 4. V. déjà, H. Mazeaud, « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929, p. 551, spéc. n° 5.

⁴ Cette conception de la responsabilité contractuelle est consacrée dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 29 avril 2016.

⁵ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 94.

⁶ J. Huet, thèse préc., n° 649 ; M. Bacache-Gibeili, thèse préc., nos 81 et 83. Cette distinction n'a pas été reprise par la Cour de cassation mais permet de mieux analyser la question.

l'inexécution d'une obligation « strictement contractuelle », obligation spécifique mise à la charge du défendeur¹. Soit le dommage est non contractuel, il s'agit dans ce cas non pas de l'absence de prestation promise, mais du manquement à une obligation accessoire au contrat, concrètement d'une obligation de sécurité, dont l'inexécution constitue une atteinte aux personnes ou aux biens.

697. *L'atteinte certaine à l'effet relatif des conventions.* Dans le premier cas, le fait de demander réparation du dommage strictement contractuel pose problème, car il revient à demander l'exécution par équivalent de l'obligation inexécutée². Le dommage provient directement du manquement à l'obligation contractée par le débiteur. En demandant sa réparation, le tiers invoque en réalité l'exécution par équivalent de l'obligation. M. Jérôme Huet l'exprime très clairement dans sa thèse³ :

« Le tiers victime qui recherche la responsabilité du débiteur défaillant demande que les choses soient, à son égard, remises en l'état où elles auraient dû être si ce dernier avait correctement rempli ses engagements. Sous l'apparence du contrat invoqué comme un fait, le tiers en réclame, en réalité, la bonne exécution ».

L'espèce qui a donné lieu à l'arrêt du 6 octobre 2006 offre une bonne illustration de cette idée. Le sous-locataire d'un fonds de commerce demande directement au bailleur la remise en état des lieux et la réparation d'un préjudice d'exploitation. Autrement dit, le tiers au contrat demande l'exécution forcée (la remise en état) et l'exécution par équivalent (l'indemnisation) du contrat de bail auquel il n'est pas partie⁴. Dans ce cas, l'opposabilité prime sur l'effet relatif des contrats⁵.

À l'inverse, dans la seconde hypothèse, la réparation du dommage « non contractuel » causé au tiers ne pose pas de difficulté. L'effet relatif des conventions n'est ici pas attaqué, car le tiers ne cherche pas l'exécution par équivalent du contrat. Prenons l'exemple d'un plombier qui pose une nouvelle baignoire dans un appartement. Les malfaçons entraînent un important dégât des eaux pour le voisin. Le dommage qu'il subit du fait de la mauvaise exécution de l'obligation du plombier est une atteinte aux biens, dont il peut demander la réparation. Il ne cherche en revanche pas à obtenir la mise en état de la salle de bain. Il veut seulement obtenir réparation du dommage causé à son bien.

¹ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n^{os} 94 et s..

² M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n^o 95.

³ J. Huet, thèse préc., n^o 495.

⁴ *GAJCiv*, T. II, comm. 177, n^{os} 12 et 13.

⁵ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n^o 95 ; J. Huet, thèse préc., n^o 495 : « il est impossible de désolidariser (...) les notions d'exécution et d'inexécution qui sont l'envers et l'endroit d'un même phénomène juridique, l'obligation ».

698. En définitive, l'identité des fautes contractuelle et délictuelle entraîne une atteinte à l'effet relatif des contrats lorsque le tiers se plaint d'un « dommage strictement contractuel », c'est-à-dire issu de la méconnaissance par le débiteur d'une obligation purement contractuelle. La solution est donc franchement critiquable sur le plan théorique. Or sa généralité lui donne une portée pratique très importante.

b) Une solution à la portée pratique démesurée

699. Un champ d'application très vaste. La Cour de cassation a choisi d'affirmer l'identité des deux fautes sans en limiter le champ. Si le nouveau principe s'applique dans les groupes de contrats lorsque la responsabilité est engagée sur le terrain délictuel, il peut également être invoqué par toute personne extérieure à la convention qui souffre d'un dommage à la suite du manquement contractuel.

Dans le cas des groupes de contrats, ce nouveau principe a le mérite de rapprocher les solutions entre les chaînes de contrats translatifs de propriété et les chaînes de contrats non translatifs. En effet, depuis l'arrêt *Besse*, l'absence de contrat translatif dans une chaîne fait obstacle à la responsabilité contractuelle du contractant extrême. Il faut agir sur le terrain délictuel et, par conséquent, prouver une faute délictuelle. Par conséquent, avec l'arrêt du 6 octobre 2006, l'identité des fautes contractuelle et délictuelle aligne les conditions d'engagement de la responsabilité du contractant extrême fautif (par exemple le sous-traitant, le fournisseur, *etc.*). Il s'agit cependant d'une maigre consolation car les régimes ne sont, quant à eux, pas unifiés, ce qui aboutit à des solutions injustes. Pour certaines chaînes de contrats, les clauses relatives à la responsabilité et la limite légale de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) seront opposables au demandeur, quand elles resteront extérieures au litige si celui-ci prend place sur le terrain délictuel¹.

Au-delà des groupes de contrats, il faut souligner que le champ d'application de la solution est bien plus vaste. Un tiers, totalement étranger au contrat initial, peut désormais se plaindre de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Alors que les précédents arrêts dans ce domaine avaient pour la plupart porté sur des hypothèses de groupes de contrats, dans lesquels le tiers était intéressé au contrat, et qu'en l'espèce le demandeur n'était pas un « vrai tiers »¹, la décision ne pose aucune limite en ce sens. Elle permet d'agir sans cet intérêt particulier, dès lors qu'un dommage a été subi du fait de cette inexécution. C'est ainsi qu'un tiers commerçant qui souffre de la violation d'une clause de non-concurrence

¹ Cf. *infra*, nos 703 et s..

par un autre commerçant peut désormais lui demander réparation, alors qu'il n'est pas partie à la convention contenant cette clause².

700. La preuve d'un préjudice toujours nécessaire. Certains auteurs ont toutefois fait remarquer, fort justement, que la seule preuve du manquement contractuel était insuffisante à engager la responsabilité délictuelle du débiteur. Encore faut-il montrer que l'inexécution est à l'origine d'un dommage pour le tiers³. Aussi évidentes soient-elles, ces deux conditions relatives au préjudice et au lien de causalité ne sauraient être oubliées, sous peine de donner sinon un poids trop considérable à la décision du 6 octobre 2006. Par exemple, le voisin d'un lotissement demande aux propriétaires la mise en conformité avec le règlement du lotissement des clôtures séparatives, ainsi que réparation pour cette inexécution. N'étant pas partie à cette convention, son action pourrait paraître étonnante. Mais surtout, il lui faut prouver un préjudice ! Des haies trop hautes obstruent-elles la vue qu'il devrait avoir depuis sa maison ? À lui de le prouver, sinon son action ne pourra aboutir⁴. De même, le tiers doit établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute contractuelle et le préjudice subi⁵. Cette condition limite elle aussi la recevabilité de l'action du tiers car elle ne sera pas toujours aisée à prouver. Il s'agit néanmoins d'une condition classique et évidente, qui n'est pas spécifique à la décision analysée.

701. Conclusion de la section. Après plusieurs années d'errements jurisprudentiels, la Cour de cassation a établi différentes règles pour aiguiller l'action du tiers victime d'une inexécution contractuelle contre le débiteur défaillant. L'action du tiers doit être intentée sur le terrain délictuel, sauf lorsqu'il est l'un des maillons d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, auquel cas son action sera de nature contractuelle. L'identité des fautes contractuelle et délictuelle a renforcé cette préférence pour l'action en responsabilité extracontractuelle. Bien que cette assimilation soit difficile à justifier sur le fond, elle est pourtant dotée d'une grande portée pratique. Sans égard aux critiques formulées à son encontre, la Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence par la suite ; elle n'a ajouté

¹ Selon l'expression de Ph. Stoffel-Munck, « La relativité de la faute contractuelle », *RDC* 2007, p. 587, n° 1.

² Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2010, pourvoi n° 09-67516, *Bull.* III n° 146, *CCC* 2010, comm. 240, note L. Leveneur, *RDC* 2011, p. 65, note Th. Genicon.

³ L. Leveneur, note préc., *CCC* 2007, comm. 63.

⁴ V. Cass. civ. 3^e, 1^{er} mars 2006, pourvoi n° 04-20833, *Bull.* III n° 54.

⁵ P. Ancel, art. préc., *RDC* 2007, p. 538, spéc. n°s 26 et s..

aucune condition susceptible de restreindre le champ d'application du principe d'identité des fautes¹.

Or, si la solution a tant froissé la doctrine, c'est en raison du régime applicable à la responsabilité du débiteur. Comme le tiers n'est pas partie au contrat, le terrain délictuel est retenu, faisant ainsi obstacle aux prévisions des parties, et notamment aux clauses relatives à la responsabilité, point névralgique du débat. La protection de la victime a supplanté les autres principes du droit des obligations, et notamment celui de la prévisibilité contractuelle.

SECTION 2 : L'OPPOSABILITÉ RÉDUITE DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

702. Le choix du terrain extracontractuel pour engager la responsabilité du débiteur défaillant par le tiers victime entraîne une conséquence de taille pour la réparation du dommage subi. La limite légale du dommage prévisible est écartée² ; mais surtout, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont inopposables au tiers. Alors que le tiers peut agir en se fondant sur le seul manquement contractuel, le contractant ne peut, en retour, invoquer le contrat en question. Cette solution réduit donc considérablement la possibilité pour le débiteur d'opposer la clause aménageant sa responsabilité présente dans le contrat inexécuté (§1), solution dont l'opportunité fait naître des interrogations (§2).

§1. L'opposabilité limitée aux actions contractuelles

703. La nature délictuelle de l'action en responsabilité fait obstacle à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité par le débiteur défaillant (A). Les stipulations présentes

¹ V. par ex., parmi de nombreuses références, Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2007, pourvoi n° 05-16926, *Bull.* I n° 193 ; civ. 2^e, 6 février 2014, pourvoi n° 13-10540, *Bull.* II n° 35, *RDC* 2014, p. 365, note S. Carval ; 10 septembre 2015, pourvoi n° 14-22707 ; civ. 3^e, 13 juillet 2010, *op. cit.* ; com., 21 octobre 2008, pourvoi n° 07-18487, *JCP G* 2009, I, 123, n° 6, obs. Ph. Stoffel-Munck, *RDC* 2009, p. 506, note J.-S. Borghetti, 23 septembre 2014, pourvoi n° 13-14241. Toutefois, *contra*, deux arrêts relatifs à un manquement à une obligation d'information : civ. 3^e, 22 octobre 2008, pourvoi n° 07-15583, *Bull.* III n° 160, *RTD civ.* 2009, p. 121, obs. P. Jourdain, et civ. 1^{re}, 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-17691, *D.* 2012, p. 659, note D. Mazeaud.

² L'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) est bien applicable dans une chaîne de contrats : Cass. civ. 3^e,

dans le contrat ne peuvent donc être invoquées par ce dernier que dans l'hypothèse où le tiers agit sur le fondement contractuel (B).

A. L'inopposabilité des clauses en cas de responsabilité délictuelle

704. L'obstacle technique à l'opposabilité en matière délictuelle. Le terrain délictuel élève un obstacle à l'opposabilité des clauses par le débiteur responsable du dommage causé au tiers. L'opposabilité d'une clause signifie, on l'a vu, que le contractant peut faire jouer une clause du contrat à l'égard d'un tiers. Concrètement, l'opposabilité d'une clause relative à la responsabilité signifie qu'en réponse à l'engagement de sa responsabilité, celui-ci pourra invoquer la stipulation qui fixe les conditions de cette responsabilité. Il s'agit, simplement, d'appliquer le régime de la responsabilité une fois celle-ci mise en jeu.

Lorsqu'une clause est prévue dans un contrat, elle régit la responsabilité qui sera engagée sur le fondement contractuel, entre les parties, et ne gouverne donc pas la responsabilité extracontractuelle qui pourrait être engagée contre une partie par un tiers. La clause a trait au régime de la responsabilité contractuelle du débiteur, et ne peut donc jouer que dans cette hypothèse. Pour contourner la difficulté, on pourrait envisager la stipulation d'une clause rédigée en des termes très larges, visant tout type de responsabilité. Cependant le rejet par le droit positif des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière délictuelle constituerait alors un nouvel obstacle à l'opposabilité de la clause au tiers.

Par conséquent, en raison du terrain délictuel retenu dans la majorité des cas par la jurisprudence, le contractant ne pourra opposer une clause qui n'a vocation qu'à régler la responsabilité contractuelle du débiteur. L'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité est donc techniquement impossible lorsque le tiers agit sur le fondement délictuel.

B. L'opposabilité résiduelle en cas de responsabilité contractuelle

705. Les clauses relatives à la responsabilité sont opposables aux tiers lorsque ceux-ci agissent sur le fondement contractuel. En pratique, l'opposabilité des clauses est donc limitée aux chaînes de contrats translatifs de propriété (1). Dans ce cas, il faut déterminer quelles clauses de la chaîne seront opposables à la victime (2).

1) L'opposabilité résiduelle dans les chaînes de contrats translatifs de propriété

706. L'opposabilité des clauses dans les chaînes de contrats translatifs de propriété. Dans la mesure où la jurisprudence issue de l'arrêt d'Assemblée Plénière de 1986 est toujours en vigueur, les actions engagées au sein de chaînes de contrats comportant au moins un contrat translatif de propriété sont de nature contractuelle. Dès lors, le débiteur fautif peut parfaitement opposer la clause relative à la responsabilité contenue dans son contrat pour limiter sa responsabilité contractuelle à l'égard du tiers.

Lorsque l'opposabilité est possible, encore faut-il savoir quelle clause limitative ou exonératoire de responsabilité le contractant défaillant va pouvoir invoquer.

2) La question de la « double limite »

707. Position du problème. Il s'est posé la question de la limitation à prendre en compte. En effet, il y a par définition deux contrats, celui conclu par le débiteur, à l'origine du dommage, et celui conclu par le tiers avec le contractant intermédiaire, contrat par lequel le bien est passé dans le patrimoine de la victime. Les deux contrats peuvent-ils être invoqués par le défendeur ?

708. Premier temps : application de la double limite. Dans un premier temps, la première chambre civile de la Cour de cassation a répondu à cette interrogation dans un arrêt du 8 mars 1988, confirmé quelques mois plus tard, en indiquant qu'une double limite s'imposait à la victime de l'inexécution contractuelle¹. L'espèce jugée portait sur la perte de diapositives confiées à une entreprise de développement photographique en vue de leur agrandissement. Les diapositives avaient été perdues par le sous-traitant. Le client avait agi

¹ Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, pourvoi n° 86-18182, *Bull.* I n° 69, *op. cit.*; civ. 1^{re}, 21 juin 1988, pourvoi n° 85-12609, *Bull.*

directement contre la société sous-traitante, avec laquelle il n'avait pas de lien contractuel. La Cour de cassation admet l'action, sur le terrain contractuel uniquement, et précise qu'elle ne peut être exercée que « dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué ». Autrement dit, les limites contenues dans les deux contrats sont susceptibles d'être opposées au tiers.

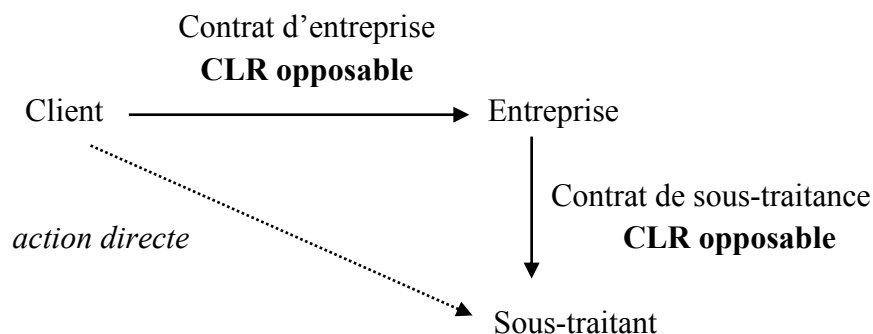


Figure 1 : La « double limite » prévue par les arrêts Cass. civ. 1^{re}, 8 mars et 21 juin 1988
(CLR : clause limitative de réparation)

Il est parfaitement logique en effet que le régime issu du contrat de sous-traitance conclu par le débiteur s'applique. La responsabilité provient de son inexécution, c'est donc tout le régime issu de cette convention inexécutée qui s'applique¹. L'opposabilité des clauses n'est finalement que la réponse à l'opposabilité du contrat par le tiers².

En revanche, il est moins évident de justifier la seconde limite tenant au contrat d'entreprise conclu par le tiers³. Sans doute l'idée est ici de refuser au tiers d'être couvert au-delà de ce qu'il avait pu prévoir dans son contrat⁴. En outre, le demandeur ne devrait être autorisé à contourner, grâce à la voie de l'action directe, une clause limitative de réparation qu'il aurait acceptée pour bénéficier d'un tarif avantageux. Toutefois, dans la mesure où l'inexécution de l'autre contrat est le fait générateur de la responsabilité du débiteur, il est difficile d'expliquer comment ce dernier pourrait emprunter certaines clauses à un autre contrat pour compléter le régime de sa responsabilité.

I n° 202, *op. cit.*.

¹ J. Nèret, *Le sous-contrat*, préf. P. Catala, L.G.D.J., 1979, n° 394.

² P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 1988, p. 760, spéc. p. 765.

³ P. Jourdain, obs. préc., *JCP G* 1988, II, 21070, spéc. II-1.

⁴ J. Nèret, thèse préc., n°s 396 et 407.

709. Critiques. Les difficultés techniques engendrées par le système de la double limite ont été dénoncées par la doctrine¹. Il a notamment été relevé que la solution pouvait mener à des situations de blocage dans le cas où deux clauses attributives de compétence distinctes étaient applicables. Pour les clauses relatives à la responsabilité, si les deux contrats présentent des limites différentes, laquelle faut-il appliquer ? Logiquement, dans la mesure où le débiteur peut opposer deux limites au créancier, il choisira celle fixant le seuil le plus bas². Cette opportunité pour le débiteur entraîne une conséquence importante pour le créancier. L'action directe n'a pour lui aucun autre intérêt que d'échapper à l'insolvabilité de son cocontractant³. Or selon Mme Bacache-Gibeili, l'action directe ne devrait pas jouer ce seul rôle, mais avoir également pour objectif « d'augmenter les chances de réparation du dommage contractuel subi par le créancier et consécutif à la défaillance du débiteur »⁴. Dès lors, seule la limite issue du contrat conclu par le débiteur devrait être opposable au créancier, à l'exclusion de toute autre limite présente dans le contrat initial du créancier.

710. Deuxième temps : abandon de la double limite. Dans cette perspective, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu en 2002 un arrêt qui se démarque de la solution retenue par la première chambre civile en 1988. Dans une chaîne hétérogène de contrats, comprenant un contrat d'entreprise et un contrat de fourniture, elle retient que :

« si le maître de l'ouvrage qui agit contre le sous-traitant exerce l'action que le vendeur intermédiaire lui a transmise avec la propriété de la chose livrée, le sous-traitant, qui n'est pas lié contractuellement au maître de l'ouvrage, ne peut invoquer les limitations éventuellement prévues dans le contrat principal passé entre le maître de l'ouvrage et le vendeur intermédiaire »⁵.

Elle refuse donc le jeu de la « double limite », pour n'appliquer que la clause limitative de responsabilité présente dans le contrat conclu par le sous-traitant, ou, en l'occurrence, le fournisseur, qui pourrait aussi être qualifié de vendeur originaire.

¹ P. Ancel, art. préc., in *Mélanges A. Ponsard, op. cit.*, spéc. n° 10 ; M. Bacache-Gibeili, thèse préc., nos 342 et s. ; G. Viney, art. préc., in *Mélanges D. Holleaux, op. cit.*, spéc. p. 422.

² M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 350.

³ *Ibid.*

⁴ *Ibid.*

⁵ Cass. com., 22 mai 2002, pourvoi n° 99-11113, *Bull. IV* n° 89, *D.* 2002, somm. p. 2843, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 2003, p. 94, obs. P. Jourdain, *RDC* 2010, p. 585, note O. Deshayes. Nous soulignons.

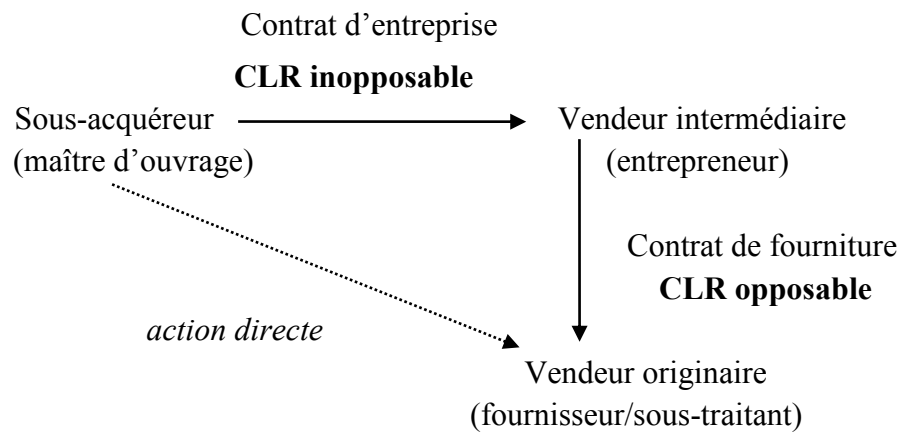


Figure 2 : La limite simple du contrat du débiteur défaillant
retenue depuis l'arrêt Cass. com., 22 mai 2002

Il ne serait pas tout à fait exact de dire qu'en 2002, la Cour de cassation a effectué un revirement de jurisprudence par rapport aux arrêts de 1988. Ces décisions proclamaient la nature contractuelle de l'action en responsabilité du maître d'ouvrage contre le sous-traitant défaillant, dans une chaîne de contrats non-translatifs de propriété. La théorie de l'accessoire ne pouvait plus permettre de justifier une telle solution ; la notion de groupe de contrats s'était alors imposée à la doctrine comme véritable explication¹. Mais la solution a ensuite été condamnée par l'arrêt *Besse*². La question de la double limite ne se pose donc plus que pour les chaînes homogènes ou hétérogènes de contrats translatifs de propriété. Or, pour celles-ci, la théorie de l'accessoire pourrait être invoquée comme fondement de la nature contractuelle de la responsabilité. D'ailleurs, c'est bien cette théorie qui est évoquée par la chambre commerciale en 2002 lorsqu'elle précise que le maître d'ouvrage exerce « l'action que le vendeur intermédiaire lui a transmise avec la propriété de la chose livrée ». Par conséquent, si la double limite de 1988 s'expliquait par la notion de groupe de contrats qui avait été consacrée dans l'arrêt, elle ne se justifie plus lorsqu'il est fait appel à la théorie de l'accessoire¹.

L'abandon de la double limite a été confirmé récemment par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, qui retient, dans une chaîne de contrats de vente, qu' « une clause de non-garantie opposable par un vendeur intermédiaire à son propre acquéreur ne pouvant faire obstacle à l'action directe de l'acquéreur final contre le vendeur originaire »,

¹ P. Jourdain, note préc., *JCP G* 1988, II, 21070, spéc. II.4 ; G. Viney, art. préc., in *Mélanges D. Holleaux*, op. cit., spéc. p. 417.

² P. Jourdain, art. préc., in *Les obligations en droit français et en droit belge, Convergences et divergences*, op. cit., p. 93, spéc. n° 12.

les clauses de non-garantie figurant au contrat de vente conclu avec le vendeur intermédiaire « ne privaient pas ces sociétés du droit d'agir contre le vendeur d'origine »². Autrement dit, la clause de non-garantie présente dans le contrat conclu entre le tiers victime, sous-acquéreur, et le vendeur intermédiaire, ne peut être invoquée par le vendeur originaire pour faire échec à l'action du tiers.

711. Il est donc aujourd'hui certain que lorsqu'un tiers au contrat agit sur le fondement contractuel, dans le cas d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, la seule clause limitative de réparation qui pourra lui être opposée sera celle contenue dans le contrat conclu par le défendeur³. Dans cette hypothèse, la limitation de l'opposabilité de la clause relative à la responsabilité présente dans le contrat conclu par le tiers victime répond à une logique saine. Il n'en va pas ainsi de l'inopposabilité des clauses dès que la victime agit sur le terrain délictuel. Cette opposabilité réduite des clauses relatives à la responsabilité est en réalité fort inopportune.

§2. L'inopportunité du champ réduit de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité

712. Le refus du jeu des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité à l'égard des tiers qui pourtant invoquent un manquement contractuel pour obtenir une indemnisation de leur préjudice est inopportun. Cette solution a en effet pour conséquence de surprotéger la victime (B) au détriment de la prévisibilité contractuelle qui se retrouve évincée (A).

A. La prévisibilité contractuelle évincée

713. *Le régime contractuel, vecteur de prévisibilité, balayé.* En adoptant le terrain extracontractuel à l'origine de l'inopposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de

¹ Ph. Delebecque, note sous com. 22 mai 2002, *D.* 2002, p. 2843.

² Cass. civ. 3^e, 22 juin 2011, pourvoi n° 08-21804, *Bull.* III n° 108, *RDC* 2011, p. 1197, note D. Mazeaud. V. déjà, civ. 3^e, 16 novembre 2005, pourvoi n° 04-10824, *Bull.* III n° 222, *RDC* 2006, p. 330, note D. Mazeaud.

³ A. Bénabent, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 266 ; P. Ancel, art. préc., in *Mélange A. Ponsard*, spéc. n° 27.

responsabilité aux tiers, la jurisprudence a cherché à avantager la victime. Mais cette protection a un coût élevé : elle ruine la prévisibilité contractuelle des parties¹. En effet, les contractants se sont engagés dans un contrat en prévoyant les conséquences que pourraient avoir l'inexécution d'une des obligations promises. Ils ont pu prévoir une clause limitative ou exonératoire de réparation, ou tout du moins, savent qu'ils n'auront pas à réparer le dommage imprévisible en vertu de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3). Lorsque ensuite, un tiers se présente comme victime du manquement contractuel du débiteur, et demande la réparation intégrale de son dommage, toutes ces prévisions sont balayées. La difficulté ne se situe pas dans l'allocation de dommages-intérêts à la victime : le fait même de causer un dommage à un tiers n'est pas en soi imprévisible. La vie en société permet d'envisager qu'une inexécution contractuelle cause un dommage à un tiers ; dans un ensemble contractuel, cette hypothèse devient même évidente. Le cœur du problème réside dans la réparation *intégrale* du dommage, dont le montant est imprévisible lors de la conclusion du contrat.

714. Un choix jurisprudentiel critiquable. La Cour de cassation avait pourtant été sensible à cette question de la prévisibilité contractuelle lorsqu'elle avait étendu la responsabilité contractuelle à des tiers aux contrats dans les chaînes de contrats. Le respect des prévisions des parties était en effet la véritable motivation de la haute juridiction pour adopter une telle solution. Dans l'arrêt du 21 juin 1988, la première chambre civile de la Cour de cassation avait bien précisé que « le débiteur ayant dû prévoir les conséquences de sa défaillance selon les règles contractuelles applicables en la matière, la victime ne [pouvait] disposer contre lui que d'une action de nature contractuelle »². Cependant, la Cour de cassation avait également fait le choix de la « double limite », permettant ainsi au défendeur d'opposer à la victime les limites présentes à la fois dans son contrat et dans le contrat conclu entre la victime et le contractant intermédiaire. Ce choix était trop sévère pour le tiers victime.

Pressée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation, l'Assemblée plénière a pris le contrepied de cette solution en revenant au terrain délictuel pour engager la responsabilité du débiteur défaillant. Ce revirement a été trop radical. La protection de la victime a totalement évincé les prévisions contractuelles. Cette solution a d'ailleurs été très largement critiquée. Ainsi, Mlle Viney souligne-t-elle l'incohérence de la situation :

¹ J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité)*, thèse dactyl. 1978, n^{os} 484 et s..

² Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, pourvoi n^o 85-12609, *Bull. I* n^o 202, *op. cit. cit.*. Nous soulignons.

« le demandeur peut, tout en invoquant le contrat auquel il n'a pas été partie, dans la mesure où ce contrat lui est utile – pour justifier la responsabilité –, écarter les clauses de ce même contrat qui le gênent. C'est là une situation qui peut paraître anormale car elle favorise, par l'extension des règles de la responsabilité délictuelle, un véritable bouleversement des prévisions contractuelles »¹.

715. *L'équilibre contractuel en danger.* En outre, il a été remarqué que les parties contractantes avaient pu conclure le contrat à des conditions particulières, l'une octroyant un avantage à l'autre, comme la diminution du prix, en contrepartie de la stipulation d'une clause atténuant la responsabilité². Or, si un tiers agit sans que la clause puisse ensuite lui être opposée, le contractant défaillant, qui avait réduit le prix de sa prestation, se retrouve soumis à une charge à laquelle il n'avait pas prévu de faire face et qui ne rentre absolument pas dans l'économie initiale du contrat. Il faut souligner que cette difficulté est propre aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité et ne s'étend pas aux clauses de non obligation. En effet, ces dernières suppriment une obligation qui aurait été sinon à la charge du débiteur. Par conséquent, sa responsabilité ne peut être recherchée par le tiers pour manquement à cette obligation, car justement, aucune obligation ne pesait sur lui³.

716. L'absence du consentement a été la principale réponse à ces critiques. À défaut d'accepter ou même seulement de connaître les limites que le défendeur cherche à lui opposer, le tiers ne doit pas subir ces stipulations qui ne le concernent pas. Cependant, ce raisonnement a abouti à une surprotection de la victime.

B. La surprotection de la victime

717. *Une protection aveugle.* En choisissant de réduire l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité, les juges ont choisi de faire primer la protection de la victime. Cette motivation peut s'expliquer par la situation dans laquelle se trouve le tiers : il n'est par définition pas partie à la convention, et pourtant il souffre de la mauvaise exécution du débiteur. Il cherche donc à obtenir réparation de son préjudice. Il serait alors doublement victime si une clause limitative ou élisive de responsabilité devait lui être opposée alors

¹ G. Viney, art. préc., in *Mélanges D. Holleaux, op. cit.*, spéc. p. 407.

² Ph. Stoffel-Munck, note préc., *JCP G* 2007, I, 115, n° 4.

³ En ce sens, S. Carval, « La faute du débiteur défaillant : quelques observations sur les pistes ouvertes par l'arrêt d'Assemblée plénière du 6 octobre 2006 », in *Mélanges G. Viney, op. cit.*, p. 229, spéc. n° 12. *Contra*, *GAJCiv.*, T. II, comm. 177, spéc. n° 14.

qu'il subit déjà un dommage. Cette opposabilité injuste doit, selon la jurisprudence, être contrée.

Néanmoins, la protection de la victime ne peut pas tout justifier. Refuser l'opposabilité de la clause aboutit, depuis l'admission de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle, à une situation incohérente¹. Le tiers se fonde sur le contrat pour engager la responsabilité délictuelle du contractant, mais celui-ci ne peut en retour invoquer ce même contrat pour se défendre.

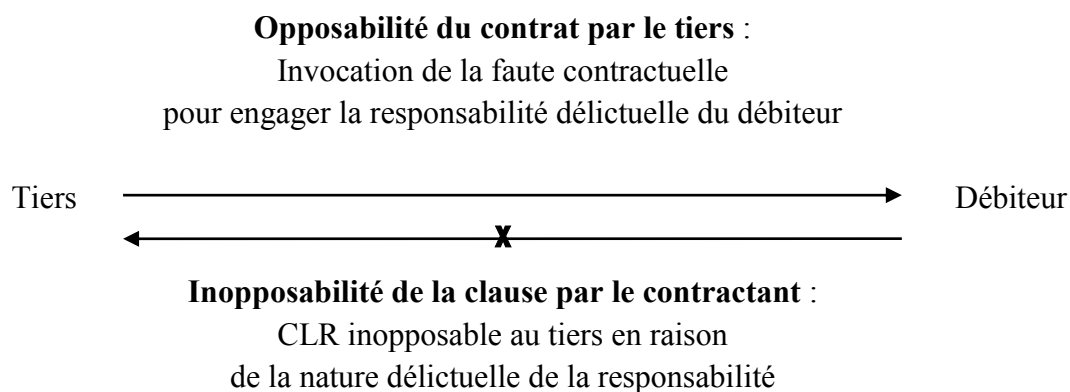


Figure 3 : Opposabilité du contrat par le tiers et au tiers selon l'arrêt Myr'ho

Ce système aboutit à une surprotection de la victime en ce qu'elle prime sur tous les autres impératifs contractuels, et même sur la cohérence de l'ensemble du système. La protection aveugle de la victime ne peut être acceptée, surtout lorsqu'elle est prévue au détriment de la prévisibilité contractuelle.

718. Finalement, les choix jurisprudentiels relatifs à la nature de la responsabilité du débiteur défaillant ont entraîné une réduction sensible de l'opposabilité des clauses qui auraient pu atténuer la réparation à verser au tiers victime. Inopposables dans la majorité des cas, lorsque le tiers agit en responsabilité délictuelle, elles conservent une certaine vigueur dans les chaînes de contrats translatifs de propriété, domaine dans lequel la responsabilité reste contractuelle. Cette opposabilité résiduelle est insuffisante ; l'inopposabilité sur le terrain délictuel est peu opportune. En définitive, la faible opposabilité des clauses relatives à la responsabilité en droit positif apparaît très regrettable.

¹ P. Jourdain, art. préc., in *Les obligations en droit français et en droit belge*, op. cit., p. 93, spéc. n° 16.

719. Conclusion du chapitre. Au cours de ces développements, les incohérences du droit positif dans le traitement de la réparation du dommage subi par un tiers au contrat sont apparues si nombreuses qu'elles deviennent inacceptables. Les tâtonnements jurisprudentiels en la matière ont abouti à un système dénué de logique, où se côtoient opposabilité du contrat par le tiers et inopposabilité du contrat au tiers, engagement de la responsabilité délictuelle du contractant sur le fondement de son inexécution contractuelle, ou encore abandon de l'impératif de prévisibilité contractuelle au service de la seule protection de la victime. Ce constat nous conduit à proposer un nouveau système, plus cohérent, et respectueux des différents intérêts en présence.

CHAPITRE II

LE RENOUVEAU DE L'OPPOSABILITÉ DES CLAUSES RELATIVES À LA RESPONSABILITÉ

720. Pour renouveler les règles de l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de réparation, il nous faut d'abord redéfinir la mise en jeu de la responsabilité du débiteur défaillant par le tiers. Une fois établies les règles de l'engagement de la responsabilité du contractant défaillant (Section 1), il sera possible de poser les nouvelles règles de l'opposabilité des clauses aménageant sa responsabilité (Section 2).

SECTION 1 : LA REDÉFINITION DU TERRAIN DE L'ENGAGEMENT DE LA RESPONSABILITÉ

721. *Position du problème.* La nature délictuelle de la responsabilité du débiteur en cas d'action par un tiers est source de graves difficultés. Elle fait notamment échec aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, réduisant à néant les prévisions des parties. L'inopposabilité des clauses est d'autant plus regrettable que depuis 2006, il est acquis que le tiers peut se prévaloir de l'inexécution de l'obligation contractuelle du débiteur pour engager sa responsabilité. Ainsi, à l'opposabilité du contrat par le tiers répond l'inopposabilité du contrat par le contractant. Incohérente et paradoxale, cette solution doit être repensée.

Trois voies ont été proposées par la doctrine. Tout d'abord, il est possible d'opérer un virage à 180 degrés en décidant que la responsabilité du débiteur est nécessairement contractuelle dès lors que le tiers agit sur le fondement du contrat. Ensuite, une autre voie consisterait simplement à abandonner la solution retenue par l'Assemblée plénière en 2006 en réinstaurant la nécessité de la preuve d'une faute délictuelle indépendante du manquement contractuel pour engager la responsabilité délictuelle du débiteur défaillant.

Enfin, une solution intermédiaire selon laquelle le tiers victime se verrait offrir une option entre responsabilité contractuelle et délictuelle, pourrait être envisagée. Si les deux premières propositions présentent des obstacles théoriques et pratiques (§1), la dernière semble enfin résoudre les difficultés qui existent dans le droit positif (§2).

§1. Le rejet des propositions « unitaires »

722. L'action du tiers pourrait se déployer sur un unique terrain, soit contractuel, soit délictuel. Ces propositions « unitaires », en ce qu'elles prévoient un seul type d'action ouvert à la victime, permettent de résoudre certaines difficultés que connaît le droit positif. Cependant, ni le « tout contractuel » (A), ni le « tout délictuel » (B) n'offrent de solution véritablement convaincante.

A. Le « tout contractuel »

723. Quand on évoque le « tout contractuel », on pense tout d'abord à la solution radicale qui consisterait à ouvrir uniquement l'action contractuelle, et ce, pour tous les tiers (1). Trop extrême, cette idée ne saurait être retenue ; c'est pourquoi une proposition doctrinale plus mesurée a envisagé une action purement contractuelle pour les membres d'un groupe de contrats (2).

1) Une proposition radicale : le terrain contractuel pour tous les tiers

724. Régime nécessairement contractuel dès que le manquement contractuel est invoqué. La première proposition qui pourrait être envisagée est radicale. Il s'agirait d'abandonner le terrain délictuel pour le terrain contractuel dès lors que le tiers victime cherche à invoquer la convention. Cette solution permet d'adopter une attitude cohérente quant à l'opposabilité du contrat. Le contrat est utilisé comme fondement pour rechercher la responsabilité du débiteur défaillant ; en retour, le contractant responsable peut opposer au tiers les clauses contenues dans la convention. Les deux faces de l'opposabilité sont présentes. En outre, la prévisibilité pour les contractants est préservée. La défaillance du débiteur n'entraînera pour lui de versement de dommages-intérêts que dans la mesure de la

clause limitative de réparation qu'il a pu prévoir ou, à défaut, du dommage prévisible de l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-5).

Ce système a été proposé, de manière plus nuancée, par M. Jérôme Huet dans sa thèse¹. Celui-ci délimite un domaine « réservé » aux contractants, constitué par le surplus d'obligations imposées par le contrat, dont le manquement ne peut donner lieu à indemnisation pour les tiers. Mais pour la réparation des fautes qui constituent « en même temps » « la méconnaissance d'un devoir de portée générale », l'auteur propose un fondement contractuel à l'action des tiers.

725. Difficultés. Néanmoins, le choix du « tout contractuel » rencontre des difficultés sur les plans théorique et pratique.

D'un point de vue théorique tout d'abord, cette solution suppose la suppression d'une condition essentielle à l'engagement de la responsabilité contractuelle, à savoir le lien contractuel qui unit la victime au responsable². Certes, il existe des exceptions à ce principe, telle la stipulation pour autrui prévue à l'article 1121 du Code civil (futurs articles 1205 et suivants), ou encore lorsqu'un ayant-cause du contractant victime agit au nom du contractant³. Néanmoins ces exceptions sont circonscrites à des situations très précises, alors que la règle proposée présente au contraire une portée très générale. Il s'agit ici d'évincer totalement la condition du lien contractuel préexistant entre les parties.

Cette difficulté n'est pour autant pas insurmontable. En effet, il convient d'identifier le fondement de la règle selon laquelle un lien contractuel entre la victime et le débiteur est nécessaire pour engager sa responsabilité contractuelle. Selon les auteurs classiques, cette condition trouve sa justification dans l'article 1165 du Code civil. La coloration contractuelle de la responsabilité serait l'un des effets du contrat, qui doit donc être limité aux parties⁴. Dès lors, un tiers ne peut engager la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant sans violer l'article 1165 du Code civil. Néanmoins, des études postérieures ont condamné cette large interprétation du principe de l'effet relatif. En réalité, cette règle ne définit pas le fondement sur lequel le tiers doit fonder son action en responsabilité contre le contractant défaillant, mais interdit seulement aux parties d'obliger un tiers à exécuter le contrat, et inversement au tiers à obtenir le bénéfice de l'exécution du contrat⁵. Par ce raisonnement, le fondement expliquant la condition de l'existence d'un lien

¹ J. Huet, thèse préc., n^{os} 672 et s., et 694 et s..

² H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n^o 135.

³ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n^{os} 136 et s..

⁴ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n^o 135.

⁵ G. Viney, note préc., D. 2006, p. 2825, spéc. p. 2830 et, du même auteur, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n^o 240, et toutes les références citées en note 71.

contractuel entre le responsable et la victime est fragilisé. La règle peut, en conséquence, être remise en cause. Il est donc envisageable d'affirmer que la responsabilité contractuelle sera engagée dès lors qu'un manquement contractuel du débiteur est à l'origine d'un dommage, peu important que ce dommage ait été causé au contractant ou à un tiers. Cette première difficulté ne semble donc pas insurmontable.

726. Sur le plan pratique en revanche, le tiers se retrouve soumis à des clauses relatives à la responsabilité auxquelles il n'a pas consenti, et plus généralement à un net recul de sa protection par rapport au système actuel. En présence d'une clause de non-responsabilité, il ne pourra obtenir aucune indemnisation alors qu'il a subi un dommage à la suite de la mauvaise exécution du contrat par le débiteur. Cette solution, pourtant recherchée par l'adoption du régime contractuel, apparaît particulièrement injuste lorsqu'elle est si générale. Prenons l'exemple d'un plombier qui refait à neuf une salle de bains ; en raison de malfaçons, une fuite d'eau cause d'importants dégâts au voisin. Situation pour le moins ordinaire, et dans laquelle on imagine avec difficulté que le tiers au contrat d'entreprise ne puisse obtenir aucune réparation en raison d'une clause de non-responsabilité prévue dans le contrat en question. La prévisibilité contractuelle ne peut éclipser totalement la protection de la victime.

M. Jérôme Huet propose toutefois un contre-argument. La protection des tiers ne recule pas, contrairement aux apparences, car ils ont la possibilité d'agir sur un autre fondement. En réalité, l'engagement de la responsabilité du contractant originaire n'offre qu'un « surcroît de garantie » à la victime, qui pouvait en réalité déjà agir contre quelqu'un de plus proche¹. Dans cette optique,

« les victimes trouvent déjà des avantages à pouvoir demander réparation à deux personnes plutôt qu'à une seule, ce n'est pas la peine d'améliorer encore leur position en les laissant ignorer les règles d'une convention qui leur bénéficie en fin de compte »¹.

Le raisonnement est logique ; il faut maintenant vérifier s'il peut être étendu à toutes les actions menées par des tiers.

Dans les ensembles contractuels, cette affirmation est tout à fait juste. Le maître d'ouvrage dispose d'une action contre son entrepreneur avant d'agir contre le sous-traitant ; le sous-acquéreur peut se retourner contre son vendeur avant d'envisager une action contre le vendeur originaire. M. Jérôme Huet évoque plus généralement les dommages causés par une chose. Dans cette hypothèse, le responsable est avant tout le

¹ J. Huet, thèse préc., n° 709.

gardien, sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil (futur article 1242 alinéa 1^{er}), avant le cocontractant du gardien qui a construit ou réparé la chose².

Néanmoins, il est des situations dans lesquelles l'action en responsabilité contre le débiteur défaillant sera la seule voie ouverte aux tiers, à défaut d'un contractant lié à la victime, notamment pour les dommages qui ne sont pas purement contractuels. On peut penser au conducteur d'une motocyclette qui glisse sur de la boue laissée sur la chaussée par un engin à l'entrée d'un chantier³. La seule action ouverte à la victime vise le maître du chantier. Dans ce cas, le tiers se retrouvera sans aucune réparation si une clause de non-responsabilité est contenue au contrat et que le régime contractuel leur est imposé.

De plus, le responsable contre lequel le tiers devrait naturellement se tourner, qu'il soit son cocontractant ou le gardien de la chose à l'origine du dommage, ne sera pas toujours apte à l'indemniser. Insolvable ou introuvable, la conséquence est la même pour le tiers, qui n'obtiendra aucune indemnisation⁴.

Par conséquent, il apparaît que le « tout contractuel » implique un recul trop important de la protection du tiers pour être accepté. Dès lors, une solution plus mesurée pourrait être proposée.

2) Une proposition plus mesurée : le terrain contractuel pour les parties d'un groupe de contrats

727. Exposé de la proposition. Une voie plus mesurée a été proposée par un auteur, qui limite la nature contractuelle de l'action aux groupes de contrats, grâce à une redéfinition de la notion de groupes de contrats et à une réinterprétation de l'article 1165 du Code civil (futur article 1199).

Mme Bacache-Gibeili propose de consacrer le groupe de contrats comme « véritable notion juridique apte à créer des effets de droits »⁵, soit, en l'occurrence, à fonder directement une action contractuelle directe entre les différents membres du groupe. Pour cela, elle propose une nouvelle interprétation de l'article 1165 du Code civil. Aujourd'hui, cette disposition empêche les tiers au contrat de « bénéficier de l'effet

¹ J. Huet, thèse préc., n° 711.

² J. Huet, thèse préc., n° 710.

³ Cass. civ. 2^e, 17 mai 1995, n° de pourvoi: 93-18573, *RTD civ.* 1995, p. 896, obs. P. Jourdain.

⁴ J. Huet envisage cette possibilité mais la considère marginale et donc décide que le système est valable car « globalement [il] ne nuit pas aux tiers ». J. Huet, thèse préc., n° 715. Mais si le régime contractuel est étendu à toutes les actions menées par les tiers, même lorsqu'ils souffrent d'un dommage purement contractuel, le risque de non réparation ne sera plus seulement marginal.

⁵ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 252.

obligatoire du contrat » lorsqu'ils n'ont pas participé à sa formation, alors même qu'ils appartiennent au même groupe de contrats. Or cette extension de l'effet obligatoire est nécessaire à tous les membres du groupe car, rappelons-le, lorsque le tiers demande réparation d'un dommage purement contractuel, il recherche en réalité l'exécution par équivalent du contrat. Pour ce faire, l'auteur propose une nouvelle acception du terme « partie ».

Le raisonnement tenu peut être ainsi retracé. La force obligatoire ne peut plus se fonder sur la théorie de l'autonomie de la volonté, qui ne correspond plus à la réalité pratique, depuis le développement des contrats d'adhésion, et de toute la législation protectrice ayant pour effet de limiter la liberté dans le choix du contenu du contrat¹. En application de la théorie de Kelsen, la force obligatoire du contrat prend sa source dans la loi². La motivation du législateur se trouve dans le rôle que joue le contrat, qui permet de réaliser la justice commutative et présente une véritable utilité sociale³. En effet, les opérations contenues dans les contrats doivent, pour être menées à bien, se développer dans un climat de confiance, qui existe grâce à la force obligatoire du contrat. Celle-ci offre sécurité et prévisibilité aux contractants. Partant, l'article 1165 du Code civil, initialement fondé sur la seule volonté qui permet de distinguer les contractants des tiers, doit être réinterprété à la lumière de cette nouvelle théorie.

L'outil de prévision que constitue le contrat concerne avant tout les personnes ayant consenti à la convention. Mais il peut également jouer à l'égard d'autres personnes ayant conclu un autre contrat contenant des prévisions identiques. Le rôle de prévisibilité du premier contrat renforce les prévisions du second contrat, car les deux contrats présentent une « identité d'objet de l'une de leurs obligations »⁴. Prenons l'exemple d'une sous-traitance dans une chaîne de contrats. L'obligation du sous-traitant est identique à l'une des obligations contenues dans le contrat d'entreprise conclu entre le maître d'ouvrage et l'entrepreneur. La force obligatoire du contrat d'entreprise doit être étendue au sous-traitant, pourtant tiers, mais débiteur d'une obligation identique à ce contrat. Cette idée est confirmée par l'idée de justice commutative, ou « corrective »⁵, qui appelle la réparation du dommage purement contractuel subi par le tiers du fait du manquement du contractant⁶.

¹ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n°s 275 et s..

² Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, 1953, cité par M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 283. Mme Bacache-Gibeili reprend également les idées de Gounot et Rouhette notamment, qu'elle cite à la note 79 sous le n° 283.

³ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 284.

⁴ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 295.

⁵ F. Chénéde, thèse préc., spéc. n° 6.

⁶ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 298.

L'établissement d'une action contractuelle directe contre le débiteur défaillant est la traduction de l'extension de l'effet obligatoire du contrat. En outre, la réparation du dommage du membre du groupe victime efface du même coup le préjudice subi par le contractant direct. En effet, si le maître d'ouvrage obtient réparation de la part du sous-traitant, l'entrepreneur voit disparaître son préjudice issu du manquement du sous-traitant.

De cette extension de la force obligatoire du contrat il faut donc déduire la redéfinition de la notion de partie. Celle-ci doit s'étendre aux membres d'un groupe de contrats. À côté des cocontractants se trouvent les « simples parties contractantes », parties contractantes au même groupe de contrats, unis par une identité d'obligation¹. Pour ce deuxième type de partie, la qualification est limitée aux obligations identiques dans les deux contrats ; pour les autres obligations, le contractant extérieur retrouve sa qualité de tiers.

Par conséquent, les « simples parties contractantes », membres du groupe de contrats, pourront agir en responsabilité contractuelle contre le débiteur défaillant en application de l'article 1165 du Code civil nouvellement interprété². Le groupe de contrats devient ainsi une véritable notion juridique, produisant des effets de droit. En étant membre d'un groupe de contrats, les traditionnels tiers au contrat inexécuté deviennent parties lorsque l'obligation en cause est identique à celle contenue dans leur contrat. Ils sont donc détenteurs d'une action directe contractuelle contre le débiteur défaillant.

728. *Appréciation.* Le raisonnement, solidement argumenté, permet de construire un système ingénieux dans lequel les actions d'un membre d'un groupe de contrats sont contractuelles contre le débiteur défaillant, même si la victime n'est pas partie au contrat ; la condition posée est l'identité d'obligation entre les deux contrats, critère objectif et cohérent. Toutefois, la solution proposée est limitée aux groupes de contrats. Cela s'explique à la fois par le champ de l'étude (« la relativité des conventions et les groupes de contrats ») et, selon l'auteur, par l'idée que « la victime ne peut souffrir d'un dommage contractuel consécutif à la défaillance du débiteur que si elle bénéficie en vertu de son propre contrat d'une obligation identique à celle pesant sur le débiteur défaillant ». Autrement dit, seul un membre d'un groupe de contrats peut être victime d'un dommage contractuel, entendu comme l'absence du « plus contractuel »³, préjudice découlant du

¹ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 300.

² M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 307.

³ M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 81.

manquement à une obligation purement contractuelle. Cette affirmation, vraie dans la plupart des cas, ne nous semble pourtant pas toujours exacte.

Un tiers au contrat, sans faire partie d'un groupe de contrats, peut être victime de l'inexécution d'une obligation purement contractuelle. Prenons l'exemple du bénéficiaire d'un chèque rejeté par la banque qui agit contre celle-ci car le défaut de provision, à l'origine du rejet du chèque, provenait d'une erreur de la banque elle-même qui avait payé un chèque irrégulier émis par le même tireur¹. Il en va également du commerçant qui, à l'occasion du retard pris dans les travaux de ravalement de façade d'un immeuble où se situe son local, souffre d'un manque à gagner d'autant plus important, car l'accès à sa boutique est rendu difficile par les travaux. Ce commerçant n'aura d'autre choix que d'agir directement contre le responsable du chantier. Ou encore du professionnel dont la clientèle diminue à cause de l'installation d'un concurrent en violation d'une clause de non-concurrence à laquelle il n'est pas partie et qui peut, en vertu de l'arrêt *Myr'ho*, agir sur le fondement de cette violation. Dans ces hypothèses, les victimes sont bien des tiers au contrat et subissent pourtant un dommage du fait de la violation d'une obligation constituant le « plus contractuel ».

Dès lors, il nous apparaît que cette construction, au demeurant adroite et fort intéressante, est trop restrictive. Si elle permet de résoudre la majorité des difficultés, qui prennent place dans le domaine des groupes de contrats, elle laisse en suspens les actions délictuelles des tiers fondées sur la faute contractuelle, aujourd'hui admises, qui mettent à mal l'effet relatif des contrats et la prévision des parties. Or, le cas de l'action d'un professionnel tiers fondée sur la violation d'une clause de non-concurrence, choquante au regard de la liberté du commerce mais envisageable en vertu de la jurisprudence *Myr'ho*, fait apparaître la nécessité pressante d'encadrer très strictement l'action des tiers en dehors des groupes de contrats. Car si l'affaire à l'origine de cet arrêt portait justement sur un groupe de contrat, la solution de la Cour de cassation affiche une portée très générale. Il faut en outre souligner que l'étude de Mme Bacache-Gibeili a été menée en 1996, soit dix ans avant que l'arrêt du 6 octobre 2006 consacre l'identité des fautes contractuelle et délictuelle. Celle-ci existait déjà dans la jurisprudence et l'auteur n'a pas manqué de la critiquer. Mais sa consécration générale et solennelle par l'Assemblée Plénière la met au cœur du débat et les propositions pour améliorer la situation ne peuvent plus se limiter aux groupes de contrats. Trop restreinte, cette proposition ne peut être retenue.

Cette première voie du « tout contractuel » n'emportant pas la pleine conviction, une seconde voie, aux antipodes, peut être explorée

B. Le « tout délictuel »

729. La proposition d'une action toujours fondée sur la responsabilité délictuelle, soutenue par une partie de la doctrine (1), n'est pas exempte de critique (2).

1) Présentation

730. *Le régime délictuel appliqué totalement.* À rebours de la précédente proposition, il peut être envisagé d'abandonner le terrain contractuel et de fonder toutes les demandes en réparation formulées par des tiers au contrat sur le fondement délictuel. Cependant, afin de conserver la véritable nature de cette responsabilité, l'exigence de la preuve d'une faute délictuelle doit être restaurée.

Si cette solution ne permet pas d'améliorer la prévisibilité contractuelle pour les contractants, car elle n'offre pas une meilleure opposabilité des clauses relatives à la responsabilité, elle a néanmoins l'avantage de supprimer l'incohérence du droit positif en réduisant la possibilité pour le tiers d'opposer le contrat au débiteur. En effet la seule défaillance contractuelle est insuffisante ; il lui faut prouver une faute délictuelle indépendante, une violation d'un devoir général de prudence et diligence. Dès lors, l'inopposabilité des clauses est acceptable car la responsabilité ne trouve pas sa source dans l'inexécution d'une obligation purement contractuelle. En refusant d'engager la responsabilité du débiteur en présence d'une faute purement contractuelle, cette proposition préserve en outre le principe de l'effet relatif des contrats des attaques menées par une opposabilité trop étendue.

731. *Des appuis doctrinaux et jurisprudentiels.* Cette position a été retenue à l'article 126 du projet Terré, qui rejette l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle en refusant l'engagement de la responsabilité délictuelle du débiteur par la seule preuve d'un dommage subi du fait de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Dans les explications du texte, il est bien précisé que le tiers doit apporter la preuve de « la violation d'un devoir général non issu du rapport contractuel, mais posé par la loi ». Tout

¹ Cass. com., 4 juin 1991, pourvoi n° 89-14629, *Bull.* IV n° 197, *D.* 1992, p. 399, note D. Martin.

récemment, l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile, publié le 29 avril 2016, reprend cette proposition à l'article 1234¹ :

« Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II ».

Ce choix doctrinal et ministériel trouve appui dans deux arrêts postérieurs à la décision de l'Assemblée plénière du 6 octobre 2006, qui refusent eux aussi cette assimilation ; cependant, leur portée est en réalité négligeable. L'un, rendu par la troisième chambre civile, a été publié², mais la même chambre a ensuite affirmé le principe de l'identité des fautes, ce qui permet de réduire très sensiblement la portée de l'arrêt dissident³. Le second a été rendu par la première chambre civile, celle-là même qui avait œuvré depuis le début des années 1990 pour l'assimilation des deux fautes⁴. L'arrêt, inédit, ne saurait être considéré comme un revirement⁵. Toutefois, cette décision laisse entrevoir la possibilité d'un retour à l'exigence d'une véritable faute délictuelle.

Il est néanmoins permis de douter sérieusement de l'opportunité d'un tel retour aux solutions du milieu du XX^{ème} siècle.

2) Critiques

732. Remarque générale. Déjà, d'un point de vue général, « l'invasion » par la responsabilité délictuelle du domaine des contrats a été déplorée par une partie de la doctrine, en ce qu'elle paralyse le jeu des règles applicables à la matière, introduisant ainsi une « grande perturbation dans la vie contractuelle »¹.

733. Obstacle à l'indemnisation du dommage purement contractuel. En outre, sur le plan probatoire, on a pu voir que l'exigence d'une telle preuve posait de réelles difficultés, qui trouvent leur source dans l'hypothèse de départ. C'est bien parce que le dommage a été causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle que la question de l'action du tiers contre le contractant se pose. Il est dès lors peu cohérent d'imposer la preuve d'une faute autre que le manquement contractuel. Pour vérifier cette assertion, il nous faut approfondir

¹ V. les obs. critiques de M. Bacache-Gibeili, « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.* 2016, p. 1454.

² Cass. civ. 3^e, 22 octobre 2008, *op. cit.*

³ Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2010, *op. cit.*

⁴ Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 2011, *op. cit.*

⁵ D. Mazeaud, art. préc., *D.* 2012, p. 659, spéc. n^{os} 7 et s..

la distinction établie entre les dommages purement contractuels et les dommages non contractuels.

Les dommages purement contractuels découlent de l'inexécution d'une obligation strictement contractuelle, définissant une activité particulière qui n'est pas imposée par les articles 1382 et suivants². Il s'agit de l'absence d'avantage particulier attendu lors de la conclusion du contrat³ ou, autrement dit, du « plus » contractuel⁴. Ce type de dommage s'oppose aux préjudices qui ne sont pas purement contractuels, et qui trouvent leur cause dans l'inexécution d'une obligation accessoire, intégrée au contrat en vertu d'un devoir général de ne pas nuire⁵, qui existe envers tout le monde⁶. Concrètement, le dommage non contractuel est constitué le plus souvent par une atteinte à la sécurité physique des personnes ou des biens⁷.

734. En pratique, le retour à la preuve d'une faute détachable du contrat interdit au tiers de demander réparation d'un dommage purement contractuel, qui découle d'une faute strictement contractuelle. Il ne peut se prévaloir que d'une faute provenant du manquement à un devoir plus général de protéger la sécurité des personnes et des biens. À première vue, cette solution pourrait paraître convaincante. En effet, les préjudices qui touchent à l'intégrité des personnes ou des biens appellent sans discussion une indemnisation de la part du responsable. En revanche, le préjudice purement contractuel, dans la mesure où il est subi par un tiers, ne peut être réparé en vertu de l'effet relatif des contrats.

Cependant, cette conclusion est trop rapide et l'analyse concrète de la situation invite à douter de l'opportunité apparente d'un tel système. Dans bien des cas en effet, les tiers peuvent subir un préjudice purement contractuel et attendre légitimement une réparation. La première hypothèse qui vient à l'esprit apparaît dans les groupes de contrats non translatifs de propriété. L'action offerte au créancier insatisfait de la prestation d'un sous-traitant est de nature délictuelle, en application de la jurisprudence *Besse*. Tiers au

¹ J. Huet, thèse préc., n^{os} 589 et 590.

² J. Huet, thèse préc., n^o 494.

³ J. Huet, thèse préc., n^o 29.

⁴ *GAJ Civ.*, T. II, comm. 177, n^o 7.

⁵ *Ibid.*

⁶ Demogue, cité par J. Huet, thèse préc., n^o 627.

⁷ J. Huet, thèse préc., n^o 29. Mlle Viney évoque également le devoir d'information, de mise en garde ou de conseil. On peut aussi ajouter, en marge, une hypothèse particulière, celle de la violation du droit de propriété. Prenons l'exemple d'un propriétaire d'un pied-à-terre à Paris, qui donne congé à son locataire en vue de loger son enfant nouvellement salarié dans une entreprise située dans la capitale. Le locataire refuse de quitter les lieux et les occupe de manière illicite. L'enfant est donc contraint de louer urgemment un autre appartement à prix élevé, ce qui constitue pour lui un préjudice pécuniaire important. Il pourrait envisager d'agir en réparation contre le locataire. Le dommage qu'il subit provient de l'inexécution d'une obligation contractuelle de la part du locataire ; mais l'occupation d'un bien sans titre est également

contrat de sous-traitance, il devra prouver une faute détachable du contrat, alors que dans la plupart des cas, le dommage sera causé par l'exécution défectueuse d'une obligation purement contractuelle. La combinaison du terrain délictuel avec le retour à une faute détachable du contrat aura pour effet de creuser l'écart entre les chaînes de contrats translatifs et les chaînes de contrats non translatifs de propriété.

La seconde hypothèse concerne les tiers au contrat, victimes d'une inexécution indépendamment d'un groupe de contrats. Or il est des cas où le manquement purement contractuel pourra être à l'origine d'un préjudice pour le tiers. Si cette situation n'est pas fréquente, il ne s'agit pas pour autant d'une hypothèse d'école¹. Avec le système du « tout-délictuel », il ne pourra obtenir aucune réparation. Si l'effet relatif du contrat est préservé, la solution n'est pas pour autant satisfaisante.

Finalement, cette solution « d'une excessive rigueur »² emporte un sensible recul de la protection de la victime, qui sera dans l'impossibilité d'engager la responsabilité du débiteur, faute de preuve du fait générateur de responsabilité délictuelle. Cette solution opère une volte-face par rapport à la situation actuelle, et une révolution qui, par son mouvement orbital, nous ramène au point de départ des années 1970. Or, justement, les juges avaient tenté de contourner cette condition en admettant très largement la faute délictuelle, initiant subrepticement son assimilation à la faute purement contractuelle. Fermer les yeux sur ces considérations risque de pousser les juges à effectuer, à nouveau, une extension opportune mais théoriquement regrettable de la faute détachable du contrat.

735. Cette proposition revêt en outre, dans l'hypothèse d'une faute lourde commise par le contractant, une dimension particulièrement injuste. Car si la faute lourde du débiteur ne constitue qu'un manquement contractuel, sans revêtir également un aspect délictuel, la victime tiers au contrat ne pourra engager sa responsabilité. Cette hypothèse, rare au demeurant, a été rencontrée par les tribunaux à l'époque où une véritable faute délictuelle était nécessaire à l'engagement de la responsabilité du débiteur défaillant, ce qui correspond à la proposition étudiée³. En l'espèce, un architecte avait surélevé de l'étage d'un hôtel qui n'était constitué à l'origine que d'un rez-de-chaussée. Les conduits de cheminée présents à l'étage inférieur n'avaient pas été supprimés, mais simplement arasés à hauteur du plancher du premier étage. Le drame hautement prévisible se produisit : à la

consistatif d'une faute délictuelle.

¹ Cf. *supra* n° 728.

² S. Carval, art. préc., in *Mélanges G. Viney, op. cit.*, p. 229, spéc. n° 3.

³ Cass. civ. 1^{re}, 4 avril 1962, *Bull.* I n° 196.

suite de l'allumage d'un feu dans une cheminée – pourtant condamnée – au rez-de-chaussée par un client, le plancher et les cloisons du premier étage s'enflammèrent, entraînant l'incendie de tout l'immeuble. Le propriétaire engagea une action contre l'architecte – celui ayant surveillé les travaux en vertu d'un contrat conclu avec le maître d'ouvrage, et non le propriétaire de l'immeuble. Néanmoins, les juges considérèrent que la faute de l'architecte, même lourde, ne suffisait pas à engager sa responsabilité sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, car elle « consistait dans un manquement à des obligations contractuelles ». Il fallait apporter la preuve d'une « faute extérieure au contrat ». Cette décision, rendue avant les travaux doctrinaux relatifs à la faute purement contractuelle et à la faute non contractuelle, est justifiée à la lumière de cette distinction. Celle-ci a été affinée par M. Jérôme Huet, qui lui a apporté une précision déterminante. Tous les dommages à la sécurité des biens autres que la chose objet de la convention entrent dans la catégorie des dommages non contractuels. En revanche, le vice de la chose objet du contrat relève du dommage purement contractuel¹. Par exemple, une malfaçon affectant directement l'immeuble est bien la traduction d'une inexécution purement contractuelle. À l'inverse, le passant victime de la mauvaise construction du bâtiment pourra se prévaloir d'un dommage non contractuel². Dans l'espèce qui nous intéresse, la faute de conception de l'architecte a entraîné un vice affectant directement l'immeuble. Il s'agit donc bien d'une faute purement contractuelle, qui ne pouvait, par conséquent, entraîner la responsabilité du débiteur défaillant sur le fondement délictuel.

Ainsi, la faute lourde du débiteur défaillant ne sera pas nécessairement constitutive d'une faute délictuelle. Dans cette hypothèse, l'impossible engagement de la responsabilité de l'auteur de la défaillance traduit un traitement particulièrement sévère de la victime.

736. Tentative doctrinale de nuancer la proposition. Pour nuancer cette solution, un auteur invoque une erreur quant à la définition de la faute à prouver³. Refusant la recherche d'une faute *détachable* du contrat, sans rapport avec le contrat, Mme Carval propose de relever une faute commise à l'occasion du contrat, mais qui répondrait à la définition de la faute délictuelle⁴.

Analysons cette proposition. L'idée est donc de chercher une faute délictuelle commise à l'occasion de la mauvaise exécution ou de l'inexécution du contrat. Comme le précise l'auteur, il faut se demander si le contractant a agi raisonnablement à l'égard des

¹ J. Huet, thèse préc., n° 29.

² M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 83.

³ S. Carval, art. préc., in *Mélanges G. Viney*, op. cit., p. 229, spéc. n° 12.

⁴ *Ibid.*

tiers. Cette question, aussi opportune soit-elle pour la recherche d'une faute délictuelle à l'égard du tiers victime, est assez déstabilisante. Le contractant ne règle pas son attitude en fonction des tiers lorsqu'il exécute (ou s'abstient d'exécuter) la convention, mais se focalise sur la relation contractuelle. Il est donc pour le moins étonnant, voire artificiel, d'apprécier le caractère raisonnable de son comportement vis-à-vis du tiers. Cette recherche risque d'entraîner des discussions sans fin. Elle risque en outre de se confondre avec l'établissement du lien de causalité. En effet, le comportement du contractant sera difficilement considéré comme raisonnable s'il cause un dommage à un tiers. Prenons l'exemple d'un retard de chantier préjudiciable à des commerçants voisins : le débiteur sait pertinemment que son comportement porte préjudice non seulement à celui envers qui il s'est engagé, mais également à tous ceux qui souffrent indirectement du retard. Par conséquent il agit de manière déraisonnable aussi à l'égard des tiers. Le risque est donc de réduire la faute délictuelle recherchée à un simple fait causal, si l'acceptation du caractère raisonnable du comportement du contractant vis-à-vis du tiers est largement entendue.

737. Conséquences néfastes dans les groupes de contrats. La thèse du « tout-délictuel » entraîne des conséquences importantes quant aux actions au sein des groupes de contrats. Cette idée peut être développée à l'aune de l'article 1234 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile :

« Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II [relative à la responsabilité extracontractuelle]. »

La Chancellerie propose donc de retenir un unique fondement pour l'action du tiers, celui de la responsabilité extracontractuelle. Or ce texte est lourd de conséquences. En effet, les textes de 1804, à la fois généraux et lacunaires, ont permis les constructions jurisprudentielles évoquées plus haut. Si l'arrêt *Myr'ho* de 2006 présente de très sérieux inconvénients, les décisions relatives aux groupes de contrats, et plus particulièrement l'arrêt d'assemblée plénière de 1986 entérinant l'action contractuelle du dernier maillon de la chaîne de contrats translatifs de propriété contre le contractant initial, ont été très bénéfiques pour la matière. Cette jurisprudence a permis de tenir compte de la situation particulière des groupes de contrats et d'offrir une opposabilité renouvelée aux clauses relatives à la responsabilité. Consacrer l'unique terrain délictuel pour tous les tiers aurait pour effet de mettre un terme à cette construction.

L'avant-projet de réforme a néanmoins cherché à éviter cette conséquence désastreuse en ajoutant en alinéa 2 à l'actuel article 1603 du Code civil :

« Les obligations du vendeur peuvent être invoquées par les acquéreurs successifs du bien, fut-il incorporé à un autre, et ce quel que soit le contrat à l'origine de l'acquisition, dans la double limite des obligations du vendeur et des droits de l'acquéreur. »

Cet ajout permettra de conserver l'action directe sur le terrain contractuel au sein des chaînes de contrats translatifs de propriété contre le vendeur initial. Toutefois, le texte évoque le « vendeur », et les « acquéreurs successifs » : la question se pose alors de savoir s'il peut servir de fondement à une action en responsabilité contractuelle lorsque le contrat initial est un contrat d'entreprise, suivi d'une vente. Une réponse négative entraînerait des différences de traitements injustifiées entre des situations voisines et des casuistiques sans fin relatives au champ d'application de cette disposition.

Par ailleurs, le texte proposé n'ouvre pas l'accès à la responsabilité contractuelle pour les chaînes de contrats non translatifs de propriété. Cette hypothèse, aujourd'hui gouvernée par l'arrêt *Besse*, bénéficie de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle pour apporter la preuve du fait générateur de responsabilité ; le droit positif offre donc un traitement comparable, pour cette question, quel que soit le fondement de l'action retenue. En revanche, en vertu des règles proposées dans l'avant-projet, le tiers victime ne pourra pas invoquer une faute purement contractuelle car elle ne constitue pas un fait générateur de responsabilité délictuelle. Dès lors, le créancier se trouvera sans réparation si son contractant direct est introuvable ou insolvable. Hormis les sous-traitants bénéficiant de l'action directe prévue par la loi du 31 décembre 1975, les autres contractants déçus se verront fermer toute action directe, notamment le maître d'ouvrage contre le sous-traitant défaillant.

Ainsi, bien que l'idée de départ consistant à abandonner la solution de l'arrêt *Myr'ho* soit louable, la voie empruntée par l'avant-projet aboutit à paralyser toutes les actions directes dans les groupes de contrats, exceptés les groupes de contrats dans lesquels le contrat original est une vente. À rebours des constructions jurisprudentielles élaborées dans les années 1980, cette solution manque de réalisme.

738. Conclusion : rejet du « tout-délictuel ». Finalement, la voie du « tout délictuel » risque de nous faire passer d'un extrême à l'autre. Trop restrictive car elle interdit la réparation du dommage purement contractuel subi par le tiers, qu'il soit membre ou non d'un groupe de contrats, la faute détachable ne peut pour autant être remplacée par la faute délictuelle à l'occasion du contrat, qui risque d'être escamotée au profit du seul lien de causalité. Quant au terrain d'action retenu, toujours délictuel, il ferme l'action directe dans nombres de groupes de contrats, conséquence inopportune d'une solution trop stricte. Par

conséquent, le choix du tout délictuel avec un retour à une acception plus orthodoxe du fait générateur aboutit à un recul de la protection de la victime, sans améliorer la prévisibilité contractuelle. Cette proposition doit donc être écartée. Ainsi, ni le « tout contractuel », ni le « tout délictuel » n'emporte la conviction. Par conséquent, une voie intermédiaire doit être proposée.

§2. Une proposition intermédiaire et équilibrée

739. *La solution intermédiaire proposée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (avant-projet Catala).* Les solutions proposées précédemment ont permis de répondre à l'une des difficultés posées par le droit positif, mais non à toutes. Soit la prévisibilité contractuelle est accrue, mais au détriment de la protection de la victime. Soit le régime délictuel, favorable à la victime, est maintenu, mais son opportunité est fort discutable. L'avant-projet Catala, sous l'impulsion de Mlle Viney, a cherché une solution intermédiaire qui permette d'atteindre le double objectif de la sécurité juridique pour les contractants et d'une protection suffisante de la victime. Il propose donc dans un article 1342 une option ouverte au tiers victime :

« Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des articles 1362 à 1366. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1352 à 1362. »

La première partie relative à l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur par le tiers permet l'opposabilité réciproque du contrat, rétablissant la cohérence du système. L'inexécution est opposée au contractant, qui en réponse peut invoquer les limitations présentes dans le contrat. Autrement dit, le tiers s'appuie sur le contrat pour obtenir une réparation dont le régime suivra la responsabilité contractuelle¹. La seconde branche de l'option offre au tiers victime la possibilité de se fonder sur le fondement

¹ Comp. J. Huet, thèse préc., n° 683 : « dans le domaine étendu (...), les tiers ont évidemment le droit d'agir contre le débiteur défaillant pour lui demander réparation du dommage que leur cause sa négligence. Mais c'est la responsabilité contractuelle qui doit encore s'appliquer parce que la règle générale dont le tiers invoque la violation a trouvé, dans la convention et la situation qui en est issue, l'occasion d'être méconnue, et que c'est la seule façon de répondre aux exigences de la vie contractuelle ».

extracontractuel, mais à condition d'apporter la preuve d'une faute délictuelle indépendante du manquement contractuel.

L'accueil doctrinal de cette proposition audacieuse a été mitigé¹. Elle a néanmoins été retenue dans le rapport d'information du Sénat sur la responsabilité civile en 2009². Diverses critiques peuvent être formulées aussi bien sur le plan théorique (A) que sur le plan pratique (B) ; celles-ci doivent être étudiées pour déterminer si elles constituent des obstacles infranchissables à l'admission de cette proposition.

A. Opportunité théorique

740. Les critiques qui pourraient être formulées sur le plan théorique sont relatives d'une part, à la règle du non-cumul des deux responsabilités (1), et d'autre part, à la notion d'effet relatif du contrat (2). Par ailleurs, il faut constater que cette solution procède d'une règle nouvelle, sans s'appuyer sur des concepts anciens ou revisités (3).

1) L'absence de neutralisation de la règle du non-cumul des deux responsabilités

741. La neutralisation apparente de la règle. La proposition doctrinale offre au tiers victime une option. Il peut agir en responsabilité contractuelle, ou en responsabilité délictuelle, à certaines conditions. À première vue, cette alternative ouverte au tiers semble heurter de plein fouet la règle du non-cumul, ou non-option³, entre les responsabilités contractuelle et délictuelle⁴. En effet, cette règle interdit le recours à la responsabilité délictuelle lorsque la responsabilité contractuelle est applicable⁵.

¹ J. Huet, « Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 31 ; E. Savaux, « Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *RDC* 2007, p. 45 ; D. Mazeaud, « À partir d'un petit cas tragique outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités... », in *Mélanges G. Viney, op. cit.*, p. 711.

² Recommandation n° 8 Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain Anziani et Laurent Bêteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009.

³ Le terme de non-option serait préférable à celui de non-cumul, comme l'a très justement souligné la doctrine. Néanmoins, la jurisprudence persiste à utiliser le terme de non-cumul, c'est pourquoi nous utiliserons l'une ou l'autre expression pour désigner la même règle.

⁴ Ph. Le Tourneau, « Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007, p. 2180.

⁵ Sur cette règle, V. l'étude approfondie de J.-S. Borghetti, « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1, n°s 26 et s.. L'auteur soutient que la règle du non-cumul n'est réellement apparue en jurisprudence qu'à partir des années 1930, en réaction à l'admission de la responsabilité du fait des choses. V. également Y.-M. Laithier, « La portée procédurale de la règle de "non-cumul" des responsabilités contractuelle et délictuelle », *RDC* 2011, p. 51, spéc. p. 55 : la règle de non-cumul n'empêche pas le contractant déçu de demander subsidiairement ou

La neutralisation de la règle du non-cumul n'est pourtant pas si certaine.

742. Une proposition conforme à l'esprit de la règle. Le règle de non-option a pour objectif de protéger la convention, en refusant au contractant le recours à la responsabilité délictuelle afin d'échapper aux règles particulières du régime contractuel¹. L'idée est de respecter la volonté des parties, en évitant la mise en échec des règles qu'ils ont prévues pour l'engagement de leur responsabilité en cas d'inexécution d'une obligation². Par conséquent, au regard de l'esprit de la règle, l'option offerte dans la proposition doctrinale est tout à fait acceptable. Cette entorse à la règle du non-cumul va même dans le sens de l'objectif recherché par la règle. En effet, en ouvrant la responsabilité contractuelle aux tiers, la proposition œuvre pour un respect accru des prévisions contractuelles. Mais il faut aller plus loin, et se demander si la proposition constitue véritablement une entorse à la règle.

743. L'absence totale d'entorse à la règle. Concrètement, la règle du non-cumul permet de faire obstacle à une éventuelle action en responsabilité sur le fondement délictuel intenté par le contractant, en lieu et place de la responsabilité contractuelle encourue. Cette solution retenue par la jurisprudence dès le début du XX^{ème} siècle est toujours de droit positif³. Ainsi, lorsque la victime est liée au débiteur défaillant dont l'inexécution est à l'origine du dommage, les conditions d'ouverture d'une action en responsabilité contractuelle sont remplies, entraînant l'irrecevabilité d'une action sur le fondement délictuel⁴. Il apparaît donc, au vu des objectifs et du contenu de la règle du non-cumul, que celle-ci ne concerne que le contractant victime⁵. Cette analyse a été confirmée par la Cour de cassation en 2002, qui affirme que « la règle du non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle ne recevant application que dans les rapports entre contractants », le demandeur, tiers au contrat de transport, pouvait agir contre le

alternativement (et non cumulativement) réparation sur le terrain délictuel.

¹ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 216 et 234. *Contra*, J.-S. Borghetti, art. préc., *RTD civ.* 2010, p. 1 n°s 45 et 46, qui rejette cet argument notamment en raison du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle (que nous contestons), et retient une justification technique, à savoir la réaction jurisprudentielle après l'arrêt Jand'heur de 1930. Toutefois, on pourrait relier cette réaction à une protection du contrat ; l'auteur reconnaît que c'est bien pour ne pas modifier l'allocation des risques prévus par le contrat ou par la loi, ni perturber l'équilibre contractuel, que la responsabilité sans faute du fait d'une chose ne doit pas jouer entre les contractants (n° 47 et 56). V. aussi J. Huet, thèse préc., n°s 432 et s..

² *GAJCiv.*, T. II, comm. 182, n° 3.

³ Cass. civ., 11 janvier 1922, *DP* 1922, I, 1924, *GAJCiv.*, T. II, comm. 182 ; civ. 1^{re}, 19 mars 2002, pourvoi n° 00-13971, *CCC* 2002, comm. 106, note L. Leveneur.

⁴ L. Leveneur, « Non-cumul des responsabilités contractuelle et délictuelle : portée de la règle », *CCC* 2002, comm. 172.

⁵ En ce sens, J.-S. Borghetti, art. préc., n° 40 : « (...) dans des cas où il n'y avait de toute façon pas lieu à cumul, le

transporteur sur le fondement délictuel¹. Le champ de la règle du non-cumul est donc limité au contractant agissant en responsabilité, et ne s'applique pas lorsque le demandeur est un tiers au contrat inexécuté².

744. Un arrêt plus récent pourrait remettre en cause cette analyse³. Les faits de l'espèce sont les suivants. Un jeune garçon de 11 ans joue sur une aire de jeux attenante à un restaurant, à l'occasion d'un goûter d'anniversaire. Alors qu'il s'apprêtait à descendre de l'un des éléments de l'aire, l'anneau qu'il avait au doigt se bloque dans une aspérité du grillage, le blessant grièvement. Ses parents agissent alors contre le restaurant, au nom de leur enfant et en leur nom propre. La cour d'appel admet cette action en responsabilité sur le fondement délictuel au motif que les parents n'avaient pas de lien contractuel avec le restaurant, et que la simple utilisation de l'aire de jeu par l'enfant ne le liait pas non plus par contrat à l'établissement. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au visa des articles 1147 et 1384, alinéa 1^{er} du Code civil, et en invoquant le principe de non-cumul des responsabilités : « Qu'en statuant ainsi, quand elle avait constaté que l'enfant avait fait usage de l'aire de jeux, exclusivement réservée à la clientèle du restaurant, au cours d'un goûter auquel il participait en compagnie d'un adulte et d'autres enfants, la cour d'appel a violé les textes susvisés ». La Cour de cassation reproche aux juges du fond de ne pas avoir appliqué les règles de la responsabilité contractuelle alors que l'enfant, en utilisant l'aire de jeux du restaurant, se trouvait lié par un contrat avec l'établissement. En effet, en participant au goûter d'anniversaire organisé dans le restaurant, et en accédant à l'aire de jeux réservée aux clients, l'enfant pouvait facilement être considéré comme lié par un contrat au restaurant, d'autant plus que le contrat de restauration peut être considéré comme un acte de la vie courante qu'un mineur peut valablement conclure seul⁴. Sur ce point, la cassation est compréhensible.

En revanche, la question de l'action des parents engagée en leur nom propre pose une réelle difficulté. Ceux-ci peuvent être considérés comme victimes par ricochet, et sont dans tous les cas, tiers au contrat de restauration. Or la Cour de cassation reste silencieuse sur leur sort, englobant leur action dans celle intentée au nom de l'enfant. Une distinction aurait pourtant dû être formulée entre les deux questions. À défaut, l'arrêt semble refuser

demandeur étant un tiers au contrat conclu par le défendeur (...); P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 2007, p. 123.

¹ Cass. com. 9 juillet 2002, pourvoi n° 99-19156, *Bull.* IV n° 122, *CCC* 2002, comm. 172, note L. Leveueur.

² *Contra*, R. Wintgen, note préc., *RDC* 2007, n° 19.

³ Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2012, pourvoi n° 10-28492, *Bull.* I n° 147, *RTD civ.* 2012, p. 729, obs. P. Jourdain, *JCP G* 2012, p. 1069, note J. Dubarry.

⁴ P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 2012, p. 729. *Contra*, J. Dubarry, note préc., *JCP G* 2012, p. 1069.

leur action en responsabilité délictuelle, en application du principe de non-cumul. Par conséquent, il faudrait comprendre que la règle du non-cumul s'applique désormais aux tiers. Néanmoins, ce manque de précision, très regrettable, permet de douter de la véritable portée de cet arrêt quant à un potentiel élargissement du champ d'application de la règle du non-cumul. D'ailleurs, si tel était effectivement le sens de cette décision, il faudrait en conclure que l'action des parents, tiers à l'égard du restaurant, auraient contre ce dernier une action de nature contractuelle, à rebours de la jurisprudence bien établie relative aux victimes par ricochet¹. Or la Cour de cassation ne semble pas avoir eu de telles velléités. Il nous faut donc être très prudents sur l'interprétation de la solution relativement à l'action des parents, et ne pas en tirer de conclusion définitive. Il est donc peu probable que le champ d'application de la règle, tel qu'il a été défini plus haut, ait été remis en cause par cet arrêt du 28 juin 2012.

745. Enfin, l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 29 avril 2016 nous offre une piste supplémentaire pour conclure à l'absence de neutralisation du principe de non-cumul. Celui-ci trouve dans l'avant-projet une assise textuelle à l'article 1233 alinéa 1^{er} :

« En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle. »

Cette rédaction confirme l'idée selon laquelle le principe du non-cumul a pour seul objet de fermer la responsabilité délictuelle aux contractants. Il n'est nullement question du terrain d'action du tiers victime contre le débiteur défaillant.

746. En définitive, nous pouvons affirmer que l'option offerte au tiers par la proposition doctrinale, entre la responsabilité contractuelle d'une part, et délictuelle d'autre part, ne contrevient pas à la règle du non-cumul, car il n'est pas partie au contrat litigieux. En revanche, elle porte atteinte au principe de l'effet relatif du contrat.

¹ V. par ex. Cass. civ. 2^e, 23 octobre 2003, pourvoi n° 01-15391, *Bull.* II n° 330, et toutes les références répertoriées par P. Jourdain, *op. cit. loc. cit.*.

2) *La remise en cause modérée de l'effet relatif du contrat*

747. *L'ouverture d'une action de nature contractuelle pour tous les tiers et l'effet relatif des contrats.* La première branche de l'option offre au tiers la possibilité d'invoquer le manquement contractuel du contractant pour obtenir réparation du préjudice subi en conséquence. Il faut déjà souligner l'opportunité d'une telle solution, qui permet d'assurer une action directe contractuelle dans les groupes de contrats, chaînes de contrats, ou contrats interdépendants. Cependant, le champ de la proposition n'est pas limité à ces situations. Tous les tiers, même totalement étrangers au contrat initial, pourront agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle. De prime abord, cette solution semble passer outre la règle de l'effet relatif des contrats¹. L'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur par le tiers ne va-t-elle pas contre ce principe ? Il est en effet traditionnellement enseigné que la responsabilité est contractuelle si deux conditions sont remplies : il existe un contrat valable entre le responsable et la victime, et le fait générateur est un manquement à une obligation contractuelle². On l'a vu, cette première condition peut être justifiée par l'article 1165 du Code civil (futur article 1199), lequel limite les effets du contrat aux parties, étant entendu que la nature contractuelle de la responsabilité est un des effets du contrat³. Dès lors, admettre qu'un tiers puisse engager la responsabilité contractuelle du débiteur irait contre cette condition issue de l'article 1165 du Code civil (futur article 1199) et donc, contre la règle de l'effet relatif des conventions.

Néanmoins, on l'a vu, cette interprétation large de l'effet relatif a été remise en cause à la fin du XX^{ème} siècle. En réalité, ce principe ne définit pas le fondement sur lequel le tiers doit intenter son action en responsabilité contre le contractant défaillant. Il emporte seulement deux conséquences : « au stade de la formation du contrat, il interdit aux parties de lier les tiers et, au moment de l'exécution, il réserve aux parties le droit d'exiger l'exécution »⁴. C'est en réalité sur ce dernier point que se cristallise la véritable difficulté.

748. *Une atteinte à la règle de l'effet relatif limitée.* On a vu que dans certains cas, la demande du tiers n'est autre qu'une exécution par équivalent de l'obligation inexécutée, voire son exécution forcée. Ainsi en va-t-il du tiers qui demande au bailleur à la fois la réparation du préjudice causé par l'absence d'entretien des locaux qu'il sous-loue, et la

¹ E. Savaux, art. préc., *RDC* 2007, p. 45, spéc. n° 11.

² H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n°s 107 et s..

³ H. et L. Mazeaud, A. Tunc, traité préc., T. I, n° 135.

⁴ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 240.

remise en état des lieux. Par conséquent, agir en responsabilité contre le débiteur constitue bien, dans cette hypothèse, une atteinte au principe de l'effet relatif du contrat.

Cette critique doit toutefois être nuancée, notamment au regard du droit positif. Aujourd'hui en effet, la jurisprudence assimile les fautes contractuelle et délictuelle, permettant au tiers d'engager la responsabilité du débiteur sur le fondement d'un manquement à une obligation purement contractuelle, et donc, de ce fait, porte déjà atteinte à l'effet relatif des contrats. La solution n'aggrave donc pas le droit positif sur ce point. Elle offre en revanche deux avantages. Tout d'abord, elle prend acte des efforts jurisprudentiels pour indemniser les victimes des fautes purement contractuelles. Cette règle leur ouvre une voie d'action, contrairement à la condition de la faute détachable imposée dans le système du « tout délictuel ». Ensuite, dans cette optique, elle permet de gagner en cohérence. Lorsque le fait générateur de responsabilité est la pure inexécution d'une obligation contractuelle, la responsabilité doit être de nature contractuelle¹. Par conséquent, retenir la responsabilité contractuelle permet de respecter la règle classique d'engagement de la responsabilité contractuelle, à savoir, l'inexécution d'une obligation contractuelle à l'origine du dommage. La nature de la responsabilité est donc déterminée non pas en fonction de la qualité de la victime, mais selon la nature de l'obligation violée². Il s'agit de « mettre l'accent sur l'unité du fait générateur, au détriment de la diversité des victimes »³.

Il reste pour autant une difficulté quant à la légitimité de l'ouverture, pour un tiers, d'une action engageant la responsabilité du débiteur défaillant en raison de sa faute purement contractuelle.

749. Ajout d'une distinction nécessaire entre les tiers. Le simple fait que le tiers soit victime ne suffit pas à justifier cette atteinte à l'effet relatif des contrats. Ce vaste champ d'application a d'ailleurs été critiqué :

« Remarquez que la disposition est la plus large possible, pouvant bénéficier à quelque tiers que ce soit, y compris à celui qui n'a aucune espèce de lien avec le débiteur ou avec le créancier de l'obligation inexécutée »⁴.

¹ Cass. civ., 27 janvier et 21 avril 1913, *D.* 1913 I p. 249, note L. Sarrut : dans les deux espèces, un voyageur avait été blessé au cours d'un voyage maritime ou ferroviaire. La Cour de cassation par deux fois, affirme que la responsabilité due par le transporteur à l'égard du passager est bien de nature contractuelle, dans la mesure où la victime a été blessée au cours de l'exécution du contrat qui contenait une obligation de sécurité. C'est donc bien le manquement contractuel qui est à l'origine de la responsabilité contractuelle du transporteur.

² P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 2007, p. 123.

³ J. Huet, thèse préc., n° 629 : « À l'encontre de la conception « subjectiviste », qui raisonne sur la qualité des personnes touchées par l'inexécution du contrat, de nombreux juristes témoignent d'une pensée que l'on peut qualifier d'« objectiviste » puisqu'ils s'attachent directement à l'activité dommageable elle-même (...) ».

⁴ Ph. Le Tourneau, art. préc., *D.* 2007, p. 2180.

Ainsi, une distinction entre les tiers apparaît nécessaire pour limiter l'ouverture de l'action en responsabilité sur le fondement d'un simple manquement contractuel aux tiers qui ne sont pas totalement étrangers au contrat.

Afin de déterminer dans quels cas les tiers victimes de l'inexécution d'une obligation contractuelle devraient être admis à agir en responsabilité contractuelle contre le débiteur défaillant, leur proximité avec la convention pourrait être prise en compte. La légitimité d'un tiers à invoquer le contrat dépend de savoir si le tiers pouvait *raisonnablement en attendre la bonne exécution* ou si, au contraire, totalement étranger aux parties, il ne pouvait compter sur la convention. Ce critère permet d'élargir l'action en responsabilité contractuelle des tiers aux membres d'un groupe de contrats, mais également au-delà, tout en évitant une immixtion illégitime dans la vie contractuelle des tiers totalement étrangers à la convention.

Tout d'abord, dans les groupes de contrats, cette légitimité apparaît évidente, en raison, entre les différents contrats, de l'identité d'objet de l'une de leurs obligations¹. L'action directe du sous-locataire contre le bailleur se justifie ainsi par l'attente raisonnable qu'il pouvait avoir de la bonne exécution de son obligation d'entretien des locaux.

Ensuite, en dehors de cette hypothèse, les tiers peuvent également présenter une véritable légitimité à agir sur le fondement d'une faute purement contractuelle, à condition de pouvoir raisonnablement compter sur la bonne exécution du contrat. Il s'agit ainsi de n'offrir une action directe qu'aux tiers intéressés au contrat, en raison de leur proximité objective avec la convention ou les parties. Prenons des exemples pour illustrer la mise en œuvre de ce critère. Le commerçant qui souffre du retard dans l'exécution des travaux de ravalement de l'immeuble dans lequel il loue son local n'appartient pas à un groupe de contrats ; pour autant, il n'est pas totalement étranger à la convention, il peut raisonnablement attendre la bonne exécution des travaux entrepris. Cette attente légitime devrait lui ouvrir la voie de l'action en responsabilité contractuelle à l'égard de l'entrepreneur défaillant. À l'inverse, la violation d'une clause de non-concurrence par un boulanger récemment installé a pu entraîner une perte d'exploitation pour un autre boulanger, tiers à la convention. Celui-ci ne pouvait cependant pas raisonnablement espérer la bonne exécution du contrat, auquel il est totalement étranger. Vis-à-vis du tiers, la liberté du commerce doit primer sur la violation du contrat. D'ailleurs, toute autre est la situation dans laquelle un commerçant enfreint la clause de non-concurrence prévue à l'occasion de l'organisation d'un centre commercial. Dans ce cas, le commerçant voisin pouvait s'attendre à ce que l'affectation initialement prévue soit respectée, dans la mesure

où tous deux participent à un même projet commercial. Par conséquent, bien qu'il n'appartienne pas à un groupe de contrats, le commerçant voisin devrait pouvoir légitimement invoquer la violation de la clause de non-concurrence.

Cette limite de l'attente raisonnable du tiers, ajoutée à la solution proposée par l'Avant-Projet Catala, pourrait porter le flanc à la critique, en raison de la souplesse du critère, qui risque d'entraîner une incertitude quant à l'issue du procès. Néanmoins, cette marge de manœuvre laissée aux juges nous semble acceptable car grâce à ce critère, la solution atteint enfin le point d'équilibre tant recherché entre effet relatif, opposabilité du contrat et efficacité des actions en justice. En effet, le principe de l'effet relatif des conventions n'est alors que modérément atteint, car cette atteinte est limitée aux tiers qui ne sont pas totalement étrangers au contrat. Surtout, elle permet de renforcer l'efficacité des actions en justice des tiers victimes, tout en préservant l'opposabilité complète des contrats. Fermer l'action directe sous prétexte que le tiers peut dans la plupart des cas se retourner contre son contractant direct manque de réalisme : le contractant direct, quand il existe et qu'il n'est pas insolvable, n'est pas toujours réactif, et surtout, les actions s'en trouvent multipliées. Le commerçant, preneur d'un local, souffrant du retard des travaux de ravalement aura plus de chances d'obtenir réparation en se retournant directement contre l'entrepreneur, responsable du retard, plutôt qu'en engageant une action contre le bailleur, qui devra se retourner contre le syndic qui a mandaté les travaux, qui lui-même devra agir contre l'entrepreneur. Cette même efficacité ressort très nettement de l'action directe du tireur contre la banque fautive d'une erreur dans la gestion des chèques du débiteur, qui n'aurait donc pas à agir d'abord contre le débiteur – non fautif –, lequel engagerait ensuite la responsabilité de la banque. Cette effectivité permet de réduire le nombre d'actions et ainsi les coûts liés aux procès ; par conséquent, elle participe véritablement de la réflexion, et ne saurait être négligée.

Quant aux tiers victimes qui sont totalement étrangers au contrat, leur action se trouve limitée au terrain délictuel, à charge pour eux de prouver un fait générateur de responsabilité délictuelle. Le principe de l'effet relatif retrouve ici sa pleine portée.

En définitive, la proposition selon laquelle tous les tiers qui pouvaient raisonnablement attendre la bonne exécution du contrat peuvent agir sur le fondement du seul manquement contractuel permet une appréhension plus cohérente et plus respectueuse

¹ Pour reprendre la définition de Mme Bacache-Gibeili. Cf. *supra*, n° 727.

des règles déterminant l'engagement de la responsabilité contractuelle, et une approche plus réaliste de la situation des tiers victimes d'inexécution d'obligations purement contractuelles. Il s'agit d'une règle nouvelle, qu'il faut consacrer en tant que telle.

3) Une règle nouvelle

750. Refus d'un détour par une notion fonctionnelle. La proposition du projet Catala que nous soutenons ici est une règle nouvelle, qui vise à modifier les directives établies par la loi et la jurisprudence en la matière. Au lieu de se fonder nécessairement sur le terrain délictuel, le tiers aurait le choix entre une action de nature délictuelle et une action de nature contractuelle. Il est donc ici proposé d'ajouter un texte dans le Code civil pour aboutir à cette solution. La règle nouvelle, si elle est inscrite dans la loi, se suffit à elle-même, sans détour par une technique reconnue ou renouvelée.

C'est en effet par le biais de la notion d'accessoire¹, de groupes de contrats², ou de la stipulation pour autrui³ que la jurisprudence ou différents auteurs ont proposé de justifier l'ouverture de l'action en responsabilité contractuelle aux tiers. Mais si la première est en réalité inopérante, la seconde est trop restrictive. Quant à la stipulation pour autrui, elle est artificielle car, comme le reconnaît son défenseur, elle « ne se voudrait pas la traduction d'une réalité psychologique », mais plutôt « un instrument permettant d'atteindre un certain résultat, un argument rhétorique permettant de justifier l'extension de l'action contractuelle »⁴.

Dès lors, il apparaît que tous ces détours sont autant de moyens cherchant à justifier une même fin, l'engagement de la responsabilité contractuelle par le tiers. Et ces moyens révèlent tous une faiblesse, qui, au lieu de clarifier la matière, la rend plus difficilement compréhensible. Il nous paraît plus opportun d'affirmer clairement l'ouverture de l'action de nature contractuelle au tiers.

751. Consécration d'un nouveau texte. Cette affirmation trouverait donc sa source dans la loi, dans une nouvelle disposition insérée dans le Code civil, reprenant le texte proposé à l'article 1342 de l'avant-projet Catala, amendé comme nous l'avons proposé :

¹ Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, pourvois n^{os} 83-14631 et 84-15189, *op. cit.*.

² M. Bacache-Gibeili, thèse préc.

³ P. Ancel, art. préc., in *Mélanges A. Ponsard, op. cit.*, n^o 40.

⁴ P. Ancel, art. préc., in *Mélanges A. Ponsard, op. cit.*, n^o 42.

« Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement de la responsabilité contractuelle, s'il pouvait raisonnablement attendre la bonne exécution du contrat. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.

Il peut également obtenir réparation sur le fondement de la responsabilité extra-contractuelle, mais à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés aux articles 1240 à 1244 du présent code. »

L'ouverture de l'action contractuelle aux tiers ne peut en effet se déployer sans fondement juridique. Elle trouverait donc sa légitimité dans un texte de loi, édicté selon une politique juridique équilibrée de protection de la victime et de sécurité juridique. M. Jamin avait déjà défendu cette idée en prônant l'unité de la notion d'action directe, présentée « comme un mécanisme correcteur des principes de relativité des conventions et d'égalité des créanciers »¹, permettant de rétablir la justice commutative².

En outre, cette solution trouve son inspiration dans une notion existante. Si elle n'est pas affirmée par le truchement d'une technique juridique particulière, elle s'appuie néanmoins sur la notion d'opposabilité du contrat. Le tiers invoque le manquement contractuel, comme fait dommageable à son égard, pour obtenir réparation de son préjudice. On l'a vu, il s'agit d'une opposabilité étendue du contrat, car dans certain cas elle empiète sur l'effet relatif. Mais elle permet de justifier l'extension de la responsabilité contractuelle au bénéfice des tiers. En outre, elle emporte des conséquences pratiques opportunes.

B. Opportunité pratique

752. Au plan pratique, la proposition revêt une opportunité certaine. En effet, elle permet de supprimer les différences de régime injustifiées qui jalonnent aujourd'hui la matière (1) ; elle offre en outre une option réelle pour le tiers, permettant d'équilibrer les intérêts en présence (2).

¹ Ch. Jamin, *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1991, n° 328.

² Ch. Jamin, thèse préc., n° 327. Mme Bacache-Gibeili concède que la justice commutative permet en effet de justifier les actions directes en responsabilité ; elle rejette en revanche l'argument pour les actions en paiement. M. Bacache-Gibeili, thèse préc., n° 316.

1) La suppression des différences de régime injustifiées

753. Suppression des difficultés en cas de situation marginale. En permettant à tous les tiers d'agir sur le fondement contractuel, de manière très générale, la proposition supprime un grand nombre de difficultés pratiques engendrées par les solutions actuelles.

Aujourd'hui, l'action directe de nature contractuelle subsiste entre les membres d'une chaîne de contrats translatifs de propriété, tandis que l'action sera délictuelle dans les autres cas. Or cette distinction est source de difficulté. Il est parfois malaisé de définir le type de chaîne en question, afin de déterminer le régime de responsabilité à appliquer¹. Ces situations intermédiaires sont sources d'incertitudes. Elles concernent par exemple l'action d'un maître d'ouvrage contre le fournisseur, celui-ci ayant fourni les matériaux directement au sous-traitant, et non à l'entrepreneur principal (Cf. figure ci-dessous)². Cette action doit-elle être contractuelle, dans la mesure où le maître d'ouvrage agit contre le fournisseur en raison de la défectuosité des matériaux, ou bien délictuelle, en raison de la nature également délictuelle de l'action à l'encontre du sous-traitant ?

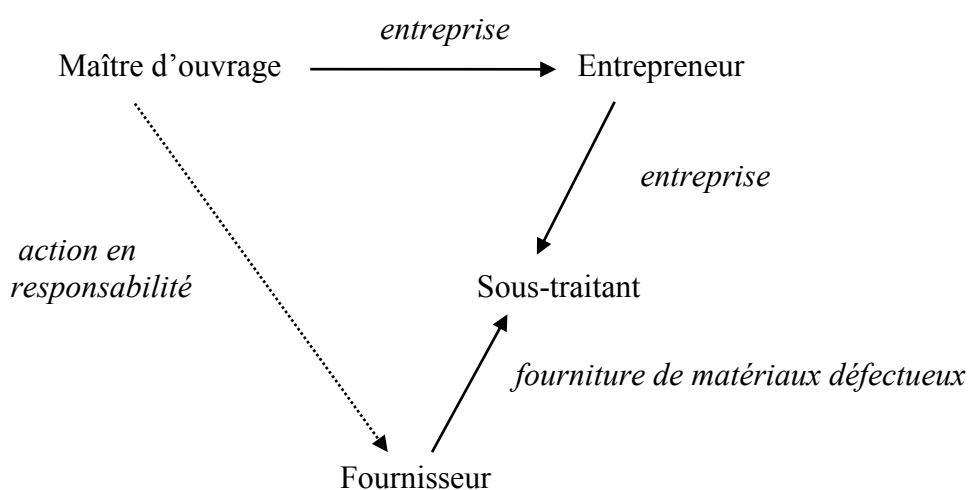


Figure 4 : Schéma de l'arrêt Cass. civ. 3^e, 28 novembre 2001

La Cour de cassation a jugé que l'action du maître d'ouvrage contre le sous-traitant étant de nature délictuelle, celle menée contre le fournisseur devait suivre le même régime. L'idée est donc de dire qu'à partir du moment où un intermédiaire est tenu sur le terrain

¹ P. Ancel, art. préc., in *Mélange A. Ponsard*, spéc. n^{os} 26 et s. ; G. Viney, note préc., *D.* 2006, p. 2825, spéc. p. 2830.

² Cass. civ. 3^e, 28 novembre 2001, pourvois n^{os} 00-13559 et 00-14450, *Bull.* III n^o 137, *RTD civ.* 2002, p. 104, obs. P. Jourdain.

délictuel, il y a une sorte de rupture dans la chaîne de contrats, qui empêche « la propagation de la responsabilité contractuelle »¹. Si ce raisonnement revêt une certaine logique, il est cependant étonnant au regard de la solution retenue par l'Assemblée Plénière en 1986. Concrètement, le fait que les matériaux aient été fournis directement au sous-traitant et non au maître d'ouvrage entraîne un changement de régime de la responsabilité du fournisseur. Pourtant, la situation du maître d'ouvrage est identique dans les deux cas, car il acquiert à chaque fois la propriété des matériaux par accession. La Cour de cassation a préféré appliquer l'arrêt *Besse* de manière extensive, en tenant compte de la présence d'un sous-traitant.

Cette décision illustre bien la difficulté pratique, dans certaines hypothèses, à définir le terrain sur lequel le maître d'ouvrage doit agir. Elle fait également apparaître l'inopportunité du double régime prôné par le droit positif. Selon que les matériaux sont fournis à l'entrepreneur ou directement au sous-traitant, l'action en responsabilité du maître d'ouvrage changera de nature. Il est donc nécessaire d'unifier la question en soumettant tous les tiers aux mêmes règles.

L'ouverture de la responsabilité contractuelle aux tiers apparaît donc opportune car elle simplifie les solutions que retient le droit positif, tout en apportant davantage de cohérence. La deuxième branche de l'option offerte au tiers victime revêt, elle aussi, une dimension pratique intéressante.

2) La réalité de la portée pratique de l'action sur le terrain délictuel

754. Interrogation sur la portée réelle de l'action en responsabilité délictuelle. La deuxième branche de l'option est source d'interrogation quant à sa réelle portée. On a vu que la preuve d'une faute délictuelle détachable du contrat posait des difficultés pratiques, car dans bien des cas le dommage est directement causé par l'inexécution du débiteur de son obligation contractuelle.

755. Résolution grâce à la distinction des dommages contractuels et non contractuels. Des travaux doctrinaux ont permis de mettre au jour une distinction, laquelle offre à la matière une véritable clarification, et permet ainsi d'établir la véritable portée pratique de

¹ P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 2002, p. 104, spéc. p. 105.

cette deuxième branche de l'option. La thèse de Mme Bacache-Gibeili différencie en effet deux types de dommages, comme nous l'avons vu plus haut¹.

D'un côté, on trouve les dommages contractuels, qui découlent de l'inexécution d'une obligation purement contractuelle, et ne pourraient se concevoir sans contrat. De l'autre, les dommages non contractuels proviennent du manquement à une obligation rattachée au contrat, mais qui n'est pas nécessairement contractuelle. Concrètement, il s'agit des dommages causés à la sécurité des personnes ou à la sécurité des biens². L'obligation de sécurité, rattachée par la jurisprudence au contrat, constitue également un devoir général de prudence et de diligence, et son manquement entraîne certainement une faute délictuelle à l'égard des tiers. Par conséquent, si le tiers au contrat agit sur le terrain délictuel, il lui sera possible d'établir le fait générateur de la responsabilité du débiteur. Dans cette hypothèse donc, l'engagement de la responsabilité délictuelle du débiteur est possible par le tiers sans l'hypocrisie qui a caractérisé nombre de décisions dans les trois dernières décennies du XX^{ème} siècle.

Cette distinction permet de rassurer sur la portée pratique de cette seconde branche de l'option. Il ne s'agit pas d'un contournement de la responsabilité contractuelle proposée à l'alinéa 1^{er} de l'article 1342 de l'avant-projet, car la faute délictuelle doit réellement être prouvée. Par ailleurs, cette branche de l'alternative est véritablement ouverte pour le tiers. Il existe bien des manquements contractuels qui peuvent constituer des fautes délictuelles, contrairement à ce que la logique pourrait laisser croire de prime abord. L'obligation de sécurité est la clé de l'explication : accessoire au contrat, elle existe aussi à l'égard de tous au-delà du contrat. En outre, elle permet de justifier le recours à la responsabilité délictuelle, terrain propice à la réparation intégrale du préjudice. Dans le cas d'une atteinte à la sécurité des personnes, la victime obtiendra la même indemnisation, peu importe la nature de la responsabilité, les clauses aménageant la responsabilité ne pouvant prospérer en ce domaine. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile s'inscrit dans cette perspective. En extrayant la réparation du dommage contractuel du domaine contractuel afin de le soumettre à la seule responsabilité délictuelle, le texte concrétise le particularisme du préjudice corporel pour lui offrir l'indemnisation la plus certaine (article 1233 alinéa 2).

Quant à l'atteinte à la sécurité des biens, il apparaît cohérent que le débiteur répare totalement le préjudice matériel subi par le tiers. Reprenons l'exemple du plombier qui

¹ Cf. *supra*, notamment nos 681 et 733. M. Bacache-Gibeili, thèse préc., nos 80 et s..

² V. aussi, J. Huet, thèse préc., n° 680.

œuvre dans une salle de bain et dont les malfaçons entraînent de sérieux dégâts chez le voisin du dessous. Ce voisin est totalement étranger à la convention, et pourtant, il subit d'importants préjudices du fait d'une faute du plombier. Il ne demande pas réparation parce que la baignoire n'a pas été posée au bon endroit, mais parce qu'elle a été mal installée et entraîne pour lui une atteinte à la sécurité de ses biens – en l'occurrence, de son plafond – qui ne constituent pas l'objet de la convention. Peu importe les termes exacts du contrat d'entreprise liant le plombier au client, dans tous les cas, l'artisan ne doit pas inonder les voisins quand il entreprend des travaux. Il s'agit donc bien d'une faute qui n'est pas purement contractuelle. Par conséquent, il nous semble justifié qu'en raison de cette faute, le débiteur soit tenu de réparer entièrement le dommage, sur le fondement extracontractuel.

En revanche, il est vrai qu'en dehors de cette hypothèse, très large au demeurant, le tiers ne pourra obtenir gain de cause sur le terrain délictuel et sera donc soumis au régime de la responsabilité contractuelle. Cette solution n'est pas choquante dans la mesure où il demandera alors la réparation d'un préjudice « contractuel », c'est-à-dire issu de l'absence de prestation promise dans le contrat.

Finalement, la portée pratique de la deuxième branche de l'option est limitée aux atteintes à la sécurité des personnes et des biens. Le retour à une véritable orthodoxie dans l'acceptation du fait générateur aurait pu laisser croire que cette action était uniquement théorique. Bien au contraire, les tiers peuvent véritablement envisager d'agir sur le fondement délictuel dès lors qu'une atteinte à leur sécurité ou à celle de leur bien a été causée par l'inexécution contractuelle.

756. Limite. Les tiers peuvent donc agir sur le terrain délictuel s'ils prouvent l'existence d'une faute extracontractuelle, c'est-à-dire la violation d'une obligation générale de sécurité à la charge du contractant qui s'étend à la personne et aux biens des tiers. Autrement dit, en l'absence d'une telle faute, la seule action ouverte pour le tiers victime est l'engagement de la responsabilité contractuelle du débiteur. Or, si le contractant avait pris le soin de prévoir une clause de non-responsabilité, celle-ci aura pour effet de priver le tiers de toute réparation. La jurisprudence a voulu supprimer ce risque en empêchant l'opposabilité des clauses par le biais de la généralisation du terrain délictuel. Il pourrait donc être reproché à ce nouveau système d'entraîner un véritable recul de la protection de la victime. Ce recul existe en effet. Toutefois, il n'apparaît que dans l'hypothèse où le manquement est purement contractuel et que les parties ont pris le soin de prévoir à l'avance les modalités de leur responsabilité. Par conséquent, ce recul se trouve justifié par l'opposabilité du contrat par le tiers, à laquelle doit répondre l'opposabilité du contrat au

tiers. Autrement dit, il doit être admis au nom de la cohérence et d'une meilleure prise en compte des prévisions contractuelles.

757. Conclusion de la section. Après avoir exploré les différentes pistes permettant de modifier la mise en jeu de la responsabilité du débiteur défaillant par le tiers victime de l'inexécution, la solution la plus équilibrée a été retenue. Elle consiste à offrir une option au tiers. Celui-ci pourra agir sur le fondement contractuel, même s'il n'appartient pas à un ensemble contractuel, en invoquant la seule faute contractuelle, à condition pour lui de montrer qu'il pouvait légitimement attendre la bonne exécution du contrat. En retour, le contractant pourra lui opposer les clauses contenues dans le contrat. Ou alors, le tiers peut se placer sur le terrain extracontractuel, mais dans ce cas, il lui faudra apporter la preuve d'une faute indépendante de l'inexécution purement contractuelle ; cette faute prendra la forme de la violation d'une obligation générale de sécurité aux personnes ou aux biens. Grâce à ce système, la prévisibilité contractuelle est préservée, et la victime est protégée.

Néanmoins, il existe tout de même un léger recul de la protection de la victime par rapport au droit positif, dans la mesure où le terrain contractuel, seule voie ouverte en présence d'une faute purement contractuelle, entraîne l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité et ainsi, une réparation amoindrie. Pour limiter l'affaiblissement de la protection de la victime, il est nécessaire de fixer des règles cohérentes pour l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité.

SECTION 2 : LE RENOUVELLEMENT DES RÈGLES D'OPPOSABILITÉ DES CLAUSES

758. Le droit positif laisse peu de place à l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en permettant au tiers d'agir, dans la plupart des cas, sur le fondement délictuel. Les propositions de nouvelles règles d'engagement de la responsabilité du tiers défaillant permettraient de redonner aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité une véritable portée à l'égard des tiers.

Celles-ci seront opposables dès lors que la victime aura choisi le terrain contractuel (§1). Toutefois, afin d'ajuster l'équilibre entre les différents impératifs en présence, des limites seront posées à cette opposabilité restaurée (§2).

§1. L'opposabilité possible grâce au terrain contractuel

759. En application des règles traditionnelles, l'opposabilité des clauses dépend de la nature contractuelle de la responsabilité. L'ouverture de cette action à tous les tiers donne donc une nouvelle portée à l'opposabilité des clauses, achevant par là un système cohérent (A). En revanche, l'opposabilité des clauses ne peut être étendue à la responsabilité délictuelle, même en admettant la validité des clauses dans ce domaine (B).

A. La cohérence du système retrouvée : la renaissance de l'opposabilité des clauses grâce à la nature contractuelle de la responsabilité

760. *La cohérence du système restaurée.* L'option proposée au tiers lui permet d'agir en responsabilité contractuelle contre le débiteur défaillant. Dans ce cas, la preuve à apporter est très simple : il lui suffit d'établir que son dommage a bien été causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle à la charge du contractant. Mais en s'engageant sur le terrain contractuel, le tiers ne peut s'affranchir d'une partie du régime qui en découle. Il n'est plus question d'avoir « le beurre et l'argent du beurre »¹. En optant pour la responsabilité contractuelle, la victime se voit appliquer toutes les règles particulières à ce domaine, et notamment celles qui sont relatives à la réparation du préjudice. Ainsi, tant l'article 1150 du Code civil (futur article 1231-3) que les stipulations particulières du contrat lui seront opposables. L'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité peut jouer pleinement.

Cette solution est parfaitement justifiée. Sur le terrain contractuel, la charge de la preuve de la victime est très allégée en comparaison avec l'action de nature délictuelle, pour laquelle il lui faudrait prouver l'existence d'une faute délictuelle distincte du manquement contractuel. En contrepartie, elle se trouve soumise aux clauses contenues dans le contrat qu'il invoque.

De plus, dans bien des cas, ce dommage sera purement contractuel. Concrètement, la victime demandera l'exécution du contrat par équivalent. Cette hypothèse se rencontrera principalement dans des groupes de contrats ; plus rarement, en dehors de tels ensembles contractuels. En cas d'action du tiers, l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité permet de rétablir l'équilibre entre les parties au litige. Les tiers demandent plus que l'opposabilité du contrat comme un simple fait ; ils se plaignent du manquement du

¹ P. Ancel, art. préc., in *Mélanges Ponsard, op. cit.*, n° 23.

débiteur. Il est donc « logique que le débiteur ait le droit de leur opposer les conditions dans lesquelles il a contracté ces obligations que l'on invoque à son encontre »¹. Autrement dit, à l'*opposabilité accrue du contrat* que représente cette action par le tiers, *répond l'opposabilité nécessaire des clauses* contenues dans le contrat par le débiteur. En allant plus loin, on peut même affirmer que l'opposabilité du contrat par l'un des protagonistes est conditionnée par son opposabilité par l'autre partie. Sans cette réciprocité, l'opposabilité du contrat ou d'une clause doit échouer.

761. L'opposabilité des clauses, raison d'être du système proposé. Justifiée techniquement, l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est même *la raison d'être* de cette ouverture de la responsabilité contractuelle aux tiers victimes de manquements contractuels. La jurisprudence actuelle leur permet d'agir sur le fondement délictuel, interdisant ainsi au contractant d'opposer la clause contenue dans la convention. Cette solution injuste est désormais corrigée. Tout le système se trouve rééquilibré ; le contrat est opposable aussi bien par le tiers victime que par la partie responsable. La prévisibilité contractuelle est restaurée, tout en offrant une protection certaine à la victime, par l'allègement du fardeau probatoire.

Cependant, l'idée d'ouvrir une option au tiers lui permet d'agir également sur le fondement délictuel ; action qui fait toujours obstacle à l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité contenues dans le contrat.

B. Le maintien de l'inopposabilité des clauses sur le terrain délictuel

762. Position du problème. Point de vue prospectif. Lorsque le tiers agit sur le fondement délictuel, le débiteur ne peut lui opposer les clauses qui seraient présentes dans la convention. En effet, celles-ci ne règlent que la responsabilité contractuelle, par conséquent elles ne peuvent jouer si la responsabilité du débiteur est recherchée sur le terrain délictuel. Toutefois, nous souhaitons la consécration de la validité de principe des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en matière délictuelle. Cette nouvelle donnée modifierait-elle la solution retenue pour l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité ?

¹ J. Huet, thèse préc., n° 705.

Il faut souligner que l'hypothèse étudiée diffère d'une convention atténuant la responsabilité délictuelle de ses signataires, par exemple dans un cas de cotraitance, situation dans laquelle les protagonistes consentent directement à la limitation ou l'exonération de réparation. À l'inverse, dans le cas qui nous intéresse ici, les contractants chercheraient à insérer une clause qui s'appliquerait à des tiers, par définition absents lors de la conclusion du contrat.

763. Validité et opposabilité. Il nous faut d'abord préciser que l'inopposabilité des clauses sur le terrain délictuel ne découle pas directement de leur nullité de principe dans ce domaine. Lorsque les parties insèrent une clause relative à la responsabilité dans le contrat, celle-ci concerne la responsabilité qu'elles risquent d'encourir en cas d'inexécution ; responsabilité nécessairement contractuelle entre elles. Par conséquent, le contractant défaillant ne peut dans un second temps brandir cette clause contre un tiers qui agirait sur un autre fondement. La responsabilité délictuelle n'entrant pas dans le champ d'application de la clause, celle-ci est inapte à régler la réparation en ce domaine.

La question de l'opposabilité des clauses sur le terrain délictuel ne peut donc se poser que dans le cas où les contractants auraient rédigé la clause relative à la responsabilité avec un champ très large. Par exemple, le débiteur refuse toute responsabilité, quel que soit le terrain sur lequel elle est recherchée. Une telle rédaction, aujourd'hui inutile en raison de la nullité de principe des clauses en matière délictuelle, prendrait tout son sens si leur validité était consacrée. Dans ce cas, il semble que la clause, rédigée très largement, pourrait être opposée au tiers qui invoque son manquement contractuel pour obtenir réparation de son préjudice sur le fondement délictuel.

Néanmoins, un obstacle à la source empêche le jeu de la clause. Pour qu'une clause soit opposable à un tiers, il faut qu'elle soit valable, afin de constituer un élément de l'ordre juridique. Pour être valable, la clause doit être connue et acceptée du contractant. Or, si le contractant peut donner son consentement à la clause, ce n'est que dans la mesure où elle concerne le champ contractuel de la responsabilité de son cocontractant. Il ne peut pas valider une clause qui supprime la responsabilité à l'égard des tiers. Celle-ci devrait être connue et acceptée des tiers pour être valable. Or cette acceptation n'est justement pas possible, le tiers ayant peu de chance d'être connu ou présent (s'il est connu) au moment de la conclusion du contrat avec le cocontractant. Dès lors, à défaut de validité, la clause ne pourra être opposable aux tiers qui se présenteraient ensuite pour engager la responsabilité du débiteur sur le fondement délictuel.

Il faut donc en conclure que le terrain délictuel est véritablement défavorable à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité.

764. *L'hypothèse de la responsabilité du fait des produits défectueux.* La responsabilité du fait des produits défectueux peut être considérée comme une responsabilité de nature extracontractuelle. Or les textes permettent aux professionnels de prévoir entre eux des clauses limitant ou supprimant cette responsabilité, lorsque le dommage subi est matériel. Autrement dit, dans ce cas précis, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont valables sur le terrain délictuel. Une fois franchie cette première difficulté, nous pouvons nous interroger sur l'opposabilité de cette clause, valablement conclue entre deux professionnels, à l'égard d'autres professionnels victimes d'un défaut de sécurité du produit. En effet, seule cette hypothèse peut être envisagée, car lorsque le producteur se trouve face à un particulier, sa responsabilité revêt un caractère d'ordre public¹.

Dans ce cas de figure, les conditions nécessaires à l'opposabilité d'une clause sont-elles réunies ? La clause est bien valable sur le terrain délictuel, sur lequel s'engage le tiers victime. Cependant, celui-ci ne s'appuie aucunement sur le contrat initial conclu entre le producteur et un professionnel, contrat contenant la clause litigieuse. L'action en responsabilité du fait des produits défectueux est ouverte à toute victime d'un défaut de sécurité du produit contre le producteur. Par conséquent, la victime n'oppose pas au producteur son contrat pour agir contre lui. L'opposabilité de la clause qui s'y trouve n'a donc pas lieu d'être. Elle n'est pas, comme dans les hypothèses que nous avons pu rencontrer précédemment, une réponse à l'opposabilité du contrat par le tiers. La victime est totalement indifférente à la bonne ou mauvaise exécution du contrat original ; le défaut du produit lui ouvre une action contre le producteur, indépendamment du circuit contractuel qu'a emprunté la chose avant de lui causer un préjudice. En outre, la réciprocité est une condition de l'opposabilité de la clause : celle-ci répond à l'opposabilité du contrat par le tiers. À défaut, elle ne doit pas pouvoir être mise en jeu par le contractant à l'égard du tiers. Par conséquent, il faut en déduire que la clause contenue dans un contrat entre deux professionnels ne pourra réduire la responsabilité du fait des produits défectueux du producteur à l'égard d'un autre professionnel, tiers au contrat.

765. *L'hypothèse des limites légales.* En droit des transports, il est souvent précisé que le régime prévu par les textes, et contenant des limites de réparation au profit du transporteur, sont opposables à toutes les victimes, quel que soit le fondement sur lequel elles agissent². Dans ce cas, la limitation ou l'exclusion de responsabilité n'est pas

¹ Art. 1386-15 al. 1^{er} Code civil (futur art. 1245-14 al. 1^{er}).

² V. par ex. : Maritime : art. L. 5421-7 et L. 5422-18 Code des transports ; Aérien : art. L. 6421-4 et L. 6422-5 Code des

d'origine contractuelle, mais légale : elle a été édictée par le législateur, au sens large. Par conséquent, cette limitation est valable, et peut être opposée aux tiers.

Qualifier cette hypothèse d'exception à l'inopposabilité des clauses sur le terrain délictuel est pour autant délicat. En effet, d'origine légale, ces limitations ne sont pas véritablement des clauses relatives à la responsabilité à l'égard des tiers¹.

766. Conséquence pratique de l'inopposabilité. L'inopposabilité des clauses sur le terrain délictuel entraîne une limitation de l'opposabilité des clauses à l'égard des tiers, qui a pourtant été restaurée grâce à l'admission de l'action du tiers sur le terrain contractuel. Mais cette limitation doit être considérée au regard de la portée réelle de cette seconde branche de l'option. Nous l'avons vu, seuls les tiers victimes d'une atteinte à la sécurité de leur personne ou de leurs biens pourront agir sur ce fondement, car ils seront les seuls à pouvoir apporter la preuve d'une faute délictuelle. Or, il nous semble que l'existence de cette faute justifie l'inopposabilité des clauses relatives à la responsabilité. Certes, le contractant doit pouvoir prévoir dans quelle mesure il sera tenu en cas d'inexécution non dolosive de son obligation. Mais la violation d'un devoir général de prudence et diligence, qui se concrétise par une atteinte à la sécurité d'autrui, dépasse ces calculs. Il doit agir raisonnablement, aussi bien lors de l'exécution d'un contrat qu'à tout autre moment, en évitant de porter atteinte à l'intégrité des personnes et des biens qui l'entourent. À défaut, il doit indemniser intégralement le tiers victime, sans pouvoir se retrancher derrière une clause.

767. En définitive, une clause rédigée en termes très généraux, ou même qui viserait explicitement la responsabilité délictuelle du débiteur, ne pourra être opposée au tiers victime, faute de remplir les conditions nécessaires à sa validité. Le terrain délictuel constitue donc toujours un obstacle infranchissable pour l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité. Par ailleurs, lorsque l'action est menée sur le terrain contractuel, les clauses ne sont pas toujours opposables.

transports ; Route : art. 28.2 CMR. Cf. Ph. Delebecque, art. préc., *RDC* 2007, p. 556, spéc. p. 557 ; R. Wintgen, art. préc., *RDC* 2007, p. 609, spéc. n° 21.

¹ Elles revêtent en revanche cette qualification à l'égard des parties dès qu'elles sont intégrées au contrat.

§2. Les limites à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité

768. L'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité permet un respect des prévisions pour les contractants. En revanche, elle peut sembler injuste du point de vue des tiers. En effet, ceux-ci se voient opposer une limite à laquelle ils n'ont pas adhéré, et qu'ils n'ont pas même connue avant d'engager la responsabilité du débiteur. Certains auteurs ont par conséquent proposé de conditionner l'opposabilité des clauses à leur connaissance par la victime ; mais cette solution est source de difficulté (A). Il nous est apparu préférable d'utiliser un autre critère, celui de l'ordre public (B).

A. Le critère rejeté : la connaissance de la clause

769. Pour le tiers victime, « le souci de prévisibilité est complètement négligé » lorsque des clauses dont il n'a pas eu connaissance et qu'il n'a pas acceptées lui sont opposées, et donc imposées¹. Par conséquent, nombreux sont les auteurs qui ont détecté une injustice dans l'opposabilité d'une clause inconnue du tiers (1). Toutefois cette solution ne peut être retenue pour des raisons tant théoriques que pratiques (2).

1) La défense doctrinale du critère de la connaissance

770. *Arguments doctrinaux.* Plusieurs auteurs ont ainsi défendu l'idée selon laquelle le tiers ne devait se voir opposer une clause dont il n'avait pas connaissance². Pour justifier ce refus, M. Aubert se fonde sur l'idée de prévisibilité³. La clause limitative de réparation répond à un besoin de prévision des parties, qui ont donc choisi volontairement d'insérer une telle limite. La prévisibilité repose donc sur la volonté des parties. Opposer une clause à un tiers reviendrait à étendre cette prévisibilité au tiers. Or l'extension de la prévisibilité doit trouver appui « sinon sur un agrément exprès du tiers que l'on prétend y soumettre, du moins sur sa *connaissance* de la limitation convenue ». À défaut, l'opposabilité du contrat au tiers serait traitée, selon l'auteur, avec plus d'exigence que l'effet obligatoire du contrat entre les parties, qui lui, nécessite la connaissance de la clause. Cependant, bien que la

¹ P. Ancel, art. préc., in *Mélanges A. Ponsard*, op. cit., spéc. n° 11.

² J.-L. Aubert, note préc., *D.* 1989, somm. p. 232 ; P. Ancel, op. cit. loc. cit. ; P. Jourdain, obs. préc., *RTD civ.* 1991, p. 750, spéc. p. 752.

³ J.-L. Aubert, op. cit. loc. cit.

comparaison soit intéressante, elle ne doit pas être décisive. En effet, le contractant doit connaître la clause pour que celle-ci lui soit applicable car il entre volontairement dans une relation contractuelle et doit donc savoir ce à quoi il s'engage. À l'inverse, le tiers n'a rien promis au débiteur, et s'appuie sur le contrat qui lui est pourtant étranger pour lui demander réparation. En l'absence de lien contractuel et donc de promesses réciproques, il ne semble pas choquant que les exigences à l'égard du tiers soient plus élevées, c'est-à-dire en rendant la clause plus facilement opposable.

Un autre argument a été avancé : la prévisibilité doit aussi s'entendre pour le tiers¹. Lui imposer une clause dont il n'a pas eu connaissance revient à le priver de toute prévisibilité pour sa propre situation, lorsqu'il appartient à un groupe de contrats. Cette remarque est exacte. Elle doit cependant être relativisée. Il ne faut pas perdre de vue que l'action directe est une action supplémentaire, dans l'hypothèse d'un ensemble contractuel, et n'éluide pas l'action du maître d'ouvrage, tiers au sous-contrat, contre l'entrepreneur.

771. Consécration dans l'avant-projet Catala. L'avant-projet Catala a tenu compte de ces remarques, pourtant peu convaincantes, en conditionnant l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité à leur connaissance par le tiers. Dans le cadre des groupes de contrats, le tiers doit avoir eu connaissance de la clause et ne pas avoir formulé de réserve, selon l'article 1172-2 de l'avant-projet Catala. Bien que les « vrais tiers » ne soient pas visés, il serait logique qu'*a fortiori*, cette condition de connaissance de la clause leur soit applicable².

Il faudrait donc consacrer la connaissance de la clause limitative ou exonératoire de responsabilité par la partie à qui on l'oppose comme condition de son opposabilité. Cette position présente néanmoins des faiblesses et inconvénients très importants.

2) Le rejet technique et pratique du critère de la connaissance

772. Le rejet au plan technique. Tout d'abord, il faut noter que l'opposabilité d'une clause ne requiert pas le *consentement* préalable du tiers. La connaissance et l'acceptation d'une clause sont nécessaires à sa validité, non à son opposabilité. Une fois que le cocontractant a accepté la clause, celle-ci est valable et peut donc être opposée au tiers qui

¹ P. Ancel, art. préc., in *Mélanges A. Ponsard, op. cit.*, n° 11.

² Par ailleurs, une autre disposition de l'avant-projet a trait à la connaissance de la clause relative à la responsabilité par la partie à qui on l'oppose ; mais en utilisant le terme « partie », l'article 1382-3 de l'avant-projet Catala semble devoir être cantonné aux relations entre les parties au contrat, et ne peut donc être invoqué ici. *Contra*, D. Mazeaud, art. préc., in *Mélanges G. Viney, op. cit.*, n° 29 p. 733.

cherche à engager la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant. L'opposabilité est, selon M. Duclos, « un simple rayonnement indirect » du contrat, qui ne nécessite pas le consentement du tiers¹.

En revanche, sa *connaissance* est, aux dires du même auteur, « la clef de voûte du régime de l'opposabilité ». Toutefois, celui-ci reconnaît que la connaissance *possible* de l'élément juridique est suffisante. Or, l'opposabilité d'une clause limitative ou exonératoire de responsabilité à un tiers répond à l'opposabilité du contrat *par* le tiers. En effet c'est en défense à l'engagement de sa responsabilité, fondée sur son manquement contractuel constitutif d'une faute délictuelle à l'égard du tiers, que le débiteur oppose la clause contenue au contrat. Dans la mesure où il l'invoque, le tiers a donc nécessairement connaissance de l'existence du contrat. Est-il nécessaire qu'il en connaisse toutes les clauses particulières ? Cette condition serait assurément trop stricte. Théoriquement, l'opposabilité d'une clause n'est donc pas subordonnée à sa connaissance par le tiers, il suffit qu'il soit au fait de la présence du contrat.

Techniquement, la connaissance effective de la clause n'est donc pas nécessaire à son opposabilité. En pratique, elle constitue un frein considérable à la mise en œuvre de tout le système.

773. *Le rejet en opportunité.* Bien que d'apparence juste et équitable, cette condition de la connaissance de la clause présente un véritable inconvénient dans sa mise en œuvre. Elle entraîne en effet de graves difficultés pratiques, en ayant pour conséquence de réduire considérablement les chances d'opposabilité de la clause par le débiteur². Il sera en effet fort rare que le tiers au contrat, fût-il membre d'un ensemble contractuel, sache de manière certaine qu'une clause relative à la responsabilité est présente au sein du contrat inexécuté. Il lui sera aisé de plaider que la clause n'a pas été portée à sa connaissance. Dans l'autre sens, le bénéficiaire de la clause aura des difficultés à prouver la connaissance effective de la clause litigieuse par le tiers pour la lui opposer. Car être au fait de la seule existence du contrat sera insuffisant, si la condition positive de la connaissance de la clause est imposée.

Cet obstacle réduirait ainsi à néant toute la construction menée jusque-là, qui cherche à restaurer, de manière équilibrée, l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité. Il nous faut donc adopter un autre critère permettant de filtrer, sans obstruer, l'opposabilité de ces clauses.

¹ J. Duclos, thèse préc., n° 9.

² D. Mazeaud, art. préc., in *Mélanges G. Viney, op. cit.*, n° 29 p. 733.

B. Le critère retenu : la prohibition de la clause issue d'une loi d'ordre public

774. Plutôt que de retenir la connaissance de la stipulation par le tiers comme condition de son opposabilité, il peut être envisagé de tenir compte des prohibitions imposées par le législateur comme limite à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité. Ce nouveau critère doit, dans un premier temps, être présenté (1), avant que sa mise en œuvre ne soit, dans un second temps, précisée (2).

1) Présentation du critère

775. ***Rappel : la protection légale de la partie faible par l'édiction de lois impératives.*** Dans le régime de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, on a vu que les personnes considérées comme « faibles » par le législateur font habituellement l'objet d'une protection particulière, notamment au moyen de l'invalidation des clauses relatives à la responsabilité contenues dans les contrats qu'elles concluent.

Dès lors, il serait problématique que l'opposabilité d'une clause permette de contourner une interdiction légale d'aménager sa responsabilité. Par exemple, le Code de la consommation interdit totalement les clauses limitatives ou exonératoires de réparation dans les contrats de consommation. Imaginons une chaîne de contrats translatifs de propriété ; l'acquéreur est un professionnel, tandis que le sous-acquéreur est un particulier. Si la clause de non-garantie, assimilable à une clause de non-responsabilité, est présente dans le premier contrat de vente, elle pourra être opposée au consommateur, au mépris de la prohibition légale. Cette solution est doublement choquante, car elle est à la fois illégale et injuste. Le consommateur se voit imposer une clause qui n'aurait pas été valable s'il avait conclu directement avec le premier vendeur.

776. ***Adoption du critère de la prohibition d'ordre public.*** Pour supprimer cette difficulté, il semble opportun d'invoquer le caractère d'ordre public de la prohibition légale¹. Pour reprendre l'exemple vu plus haut, l'interdiction prévue par le législateur doit s'appliquer dès lors que le responsable est un professionnel et la victime, un

¹ Comp. J. Huet, thèse préc., n° 732. L'auteur cite P. Esmein (note préc., *JCP G* 1962, II, 12910) qui avait développé l'argument en sens inverse : lorsqu'une limite de réparation est prévue par le législateur, il serait « incohérent de permettre de fonder une demande sur les articles 1382 et s., car cela reviendrait à priver d'effet ces limitations légales ou conventionnelles, qu'on estime utiles, puisque la loi les édicte ou les permet ». Réciproquement, une clause ne peut être opposée à un tiers lorsque, en raison de sa relation avec le responsable, il fait l'objet d'une protection par la loi, qui empêche le jeu des limites de réparation.

consommateur. Elle forme un obstacle aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité valablement insérées dans un autre contrat mais opposées à un particulier. Plus généralement, toute prohibition de clauses relatives à la responsabilité doit être étendue à l'opposabilité des clauses, dès lors qu'elle est issue d'une loi d'ordre public.

La jurisprudence que nous venons d'étudier a cherché, au cours de ces dernières décennies, à protéger la victime d'un manquement contractuel en facilitant son action contre le responsable. L'idée est donc de reprendre cet objectif de protection, mais au lieu de l'étendre aveuglément à tous les tiers, il ne bénéficierait qu'aux personnes identifiées comme faibles par le législateur. Dans ce cas en effet, le législateur contrebalance cette faiblesse par une interdiction impérative des aménagements conventionnels de responsabilité à leur détriment. Cette interdiction concerne bien évidemment la validité des clauses, mais doit être étendue à leur opposabilité, afin de remplir pleinement l'objectif de protection de la partie faible.

Une telle proposition présente l'avantage de conserver une véritable portée à l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, contrairement au critère de la connaissance de la clause.

Déjà évoquée par certains auteurs dans le courant des années 1990, à l'occasion de la critique de décisions validant l'opposabilité d'une clause relative à la responsabilité au sein d'une chaîne de contrats translatifs de propriété¹, cette proposition ne faisait cependant pas l'unanimité. Il avait en effet été souligné que si la victime voulait obtenir une réparation plus conforme à ses prévisions, il lui suffisait d'agir contre son cocontractant direct².

Toutefois, cette remarque, tout à fait juste au demeurant, doit être relativisée. Tout d'abord, il est des cas où le contractant direct est introuvable, ou insolvable. Dans ce cas, le seul recours dont disposera réellement la victime, bien qu'elle soit membre d'un ensemble contractuel, sera une action contre le contractant initial. Dans cette hypothèse, il nous semble légitime que la victime, habituellement protégée par la loi, conserve cet avantage même en présence d'un groupe de contrats. Ensuite, cette remarque relative au recours contre le contractant direct ne vaut plus si l'on ouvre le champ de l'action contractuelle à tous les tiers victimes d'une inexécution contractuelle, même en dehors de tout ensemble contractuel. En effet, d'un point de vue prospectif, la limite de l'ordre public à

¹ D. Mazeaud, note sous civ. 3^e, 26 mai 1992, *Gaz. Pal.* 1993, p. 427, spéc. nos 14 et s. ; V. aussi G. Viney, « L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », in *Mélanges D. Holleaux, op. cit.*, p. 399, spéc. p. 423.

² L. Leveneur, note préc., *CCC* 1995, comm. 159.

l'inopposabilité des clauses est indispensable pour assurer une protection correcte aux parties considérées comme faibles. Il est vrai néanmoins que l'hypothèse d'un tiers particulier subissant un dommage purement contractuel du fait d'une défaillance d'un débiteur professionnel sera rarement rencontrée.

On pourrait encore soulever le risque de réduire la prévisibilité à l'endroit du contractant initial. Néanmoins, la mise en œuvre de ce critère permet de rassurer sur sa portée mesurée.

2) Mise en œuvre du critère

777. Identification de la relation entre le tiers et le débiteur défaillant. La faiblesse de l'une des parties se déduit, dans les droits spéciaux, de la relation qu'entretiennent les deux contractants. Or, dans notre hypothèse, la victime n'est justement pas impliquée dans une relation contractuelle avec le débiteur défaillant contre lequel elle a choisi d'agir. Pour mettre en œuvre ce critère, il faut donc envisager le type de relation contractuelle qui aurait pu être caractérisé entre les deux protagonistes s'ils avaient directement conclu un contrat ensemble. Le tiers se place sur le terrain contractuel ; il n'est dès lors pas difficile d'identifier la relation contractuelle qu'il aurait eue avec le débiteur en cause.

Imaginons une chaîne de contrats de vente ; si le sous-acquéreur est un particulier et le vendeur originaire un professionnel, leur relation directe relèvera du domaine du droit de la consommation. Le même raisonnement s'applique si un particulier fait appel à un entrepreneur, qui lui-même obtient des matériaux chez un professionnel. Si un vice affecte les matériaux, le maître d'ouvrage pourra agir directement contre le fournisseur, et la relation sera elle aussi apparentée à une relation consommateur-professionnel. À l'inverse, si le tiers est un particulier et que le responsable est également un particulier, la relation ainsi établie ne relève d'aucun texte spécial et n'appelle pas de protection particulière. De même, si le contractant originaire et le contractant final sont tous deux professionnels, ils n'entrent pas dans une catégorie protégée impérativement par la loi. Ainsi, l'identification de la nature de la relation qui aurait lié les justiciables s'ils avaient conclu un contrat ensemble permet de mettre en lumière une éventuelle faiblesse de l'une des parties vis-à-vis de l'autre, qui, lorsqu'elle a été appréhendée par le législateur, justifie un traitement favorable pour la victime.

778. Identification des protections d'ordre public pertinentes pour la mise en œuvre du critère. Concrètement, dans les droits spéciaux, le législateur a protégé la partie faible dans deux sortes de situations : soit en raison du type de contrat conclu, soit indépendamment du

contrat en cause, uniquement au regard de la nature des parties. Or, pour la mise en œuvre de la limite à l'opposabilité des clauses, seul le second type de protection peut être pris en compte.

En effet, en reprenant la première situation, si le législateur a interdit la stipulation de clauses relatives à la responsabilité en raison de la relation des parties *dans un type précis de contrat*, comme pour le dépôt hôtelier, le contrat initial ne pourra pas contenir de clause prohibée ; par conséquent, la question de l'opposabilité de la clause ne se posera pas. Le droit des transports, qui relève également de cette catégorie, s'est quant à lui saisi de la question, afin d'assurer une unité de régime de la responsabilité du transporteur. Ainsi, de nombreuses conventions internationales prévoient que les limites qu'elles fixent seront opposables, quel que soit le fondement de la responsabilité retenu¹. Dans ce cas, la question de l'opposabilité de la limitation et de ses exceptions ne relève pas du droit commun des clauses relatives à la responsabilité. Enfin, la lutte contre les clauses abusives nouvellement ajoutée dans le Code civil au futur article 1171, limite son champ d'application aux contrats d'adhésion. En précisant la forme du contrat conclu, le texte interdira la stipulation de clauses abusives lors de la conclusion du contrat initial. En revanche, il ne s'intéresse pas – expressément – à la seule relation des parties. En conséquence, cette prohibition, imprécise au demeurant, n'entre pas dans les interdictions d'ordre public retenues pour limiter l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité.

Il ne faut donc tenir compte que des prohibitions de grande envergure, qui s'attachent à la relation des parties *indépendamment du type de contrat conclu*. Or, dans cette catégorie, seule les *prohibitions impératives* dresseront un véritable obstacle à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité aux tiers victimes. Dans cette optique, la seule interdiction légale en vigueur relative à la stipulation de limites ou exonérations de responsabilité, sans égard au type de contrat conclu, réside dans le droit de la consommation. En effet, la réglementation issue du droit de la concurrence, trop incertaine quant à son application aux clauses relatives à la responsabilité, ne constitue pas une prohibition impérative susceptible d'empêcher l'opposabilité des clauses.

¹ Cf. *supra*, n° 355. Toutefois, lorsqu'en dehors du champ d'application de ces conventions, la loi n'a rien prévu, il semblerait que l'opposabilité des clauses de responsabilité au destinataire soit refusée lorsqu'il n'en a pas eu connaissance (cf. *supra*, n° 118). Cette solution peut néanmoins se comprendre au regard de l'article L. 132-8 du Code de commerce : celui-ci affirme désormais que le destinataire est partie au contrat de transport. Par conséquent, il n'est plus question d'opposabilité de la clause mais bien de validité, à l'égard de l'une des parties au contrat. Sous cet éclairage, il est cohérent de demander la preuve de la connaissance de la clause pour l'appliquer à l'égard du destinataire.

779. *Champ réel d'application.* Finalement, loin de s'étendre à tous les contractants identifiés comme faibles dans la première partie de notre étude, l'inopposabilité ne concernera que le consommateur face à un professionnel. En effet, dans les autres hypothèses de prohibitions légales, la question ne se présentera pas, ou alors, la loi l'aura déjà envisagée. Par conséquent, le critère de l'ordre public connaît finalement un champ d'application limité aux seuls consommateurs. En revanche, les conventions atténuant la responsabilité restent pleinement opposables aux professionnels, ainsi qu'aux particuliers entre eux. Mesurée, cette solution n'entame donc pas substantiellement la prévisibilité des contractants.

Ce champ limité est confirmé par les contours du critère, qui ne fait appel qu'aux lois impératives. En effet, il n'est pas question de tenir compte des prohibitions établies par la jurisprudence.

780. *Contours du critère : le champ limité aux lois impératives.* La règle proposée a été formulée comme tenant compte des prohibitions légales. *Quid* des prohibitions jurisprudentielles ? Prenons l'exemple de la garantie des vices cachés. Un professionnel acquiert un bien d'un vendeur professionnel de la même spécialité. Une clause de non-garantie des vices cachés est valablement insérée au contrat de vente. Dans un second temps, l'acquéreur cède la chose à un sous-acquéreur professionnel, qui ne revêt pas la même spécialité. La clause de non-garantie peut-elle lui être opposée par le vendeur initial ?

Aujourd'hui, la jurisprudence prohibe les clauses de non-garantie lorsque le vendeur est un professionnel sauf si l'acquéreur est de même spécialité¹. Faut-il dès lors en déduire que la stipulation ne devrait pouvoir être opposée au sous-acquéreur dès lors qu'il présente une autre spécialité que le vendeur originaire, en application de cette jurisprudence prohibitive ? Ce résultat n'est pas recevable. La jurisprudence ne peut avoir la même force qu'une loi impérative. Elle ne doit pas imposer la solution relative à l'opposabilité des clauses de non-garantie².

À l'inverse, en appliquant le critère des seules prohibitions légales, la clause sera opposable au sous-acquéreur professionnel. Autrement dit, tout acquéreur professionnel pourra se voir opposer la clause, même s'il n'est pas de la même spécialité que le vendeur

¹ Cass. com., 8 octobre 1973, pourvoi n° 71-14322, *Bull. IV* n° 272, *op. cit.*.

² *Contra*, G. Viney, art. préc., in *Mélanges D. Holleaux, op. cit.*, p. 423 : commentant les décisions de la Cour de cassation relatives à l'opposabilité des clauses dans les chaînes de contrats, l'auteur souligne que « la position adoptée par la Cour de cassation ne doit pas priver les victimes du bénéfice des diverses mesures que la loi et la jurisprudence ont mises au point afin de les protéger contre ces clauses ». Cette limite à l'opposabilité nous semble trop étendue, entraînant un déséquilibre entre les intérêts en présence. La victime est protégée au détriment de la prévisibilité juridique.

originaires. En permettant l'opposabilité des clauses à tous les acquéreurs professionnels, cette solution contourne, dans une certaine mesure, la jurisprudence en vigueur dans le droit de la vente. Néanmoins, cette entorse est opportune, la ligne jurisprudentielle étant ouvertement critiquée car elle maintient une position bien trop sévère à l'égard du vendeur professionnel.

Certes, l'adoption du critère des prohibitions légales modifierait quelque peu la jurisprudence qui admet aujourd'hui l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité sans limite dans les chaînes de contrats translatifs de propriété¹, même au sous-acquéreur profane². Néanmoins, l'objection peut être relativisée. La proposition est bien plus en accord avec la ligne jurisprudentielle prônant l'opposabilité des clauses, que ne l'est le critère de la connaissance de la clause, qui ferait obstacle au jeu de la quasi-totalité des clauses relatives à la responsabilité.

Finalement, l'opposabilité des clauses de non-garantie permise à tous les sous-acquéreurs professionnels, mais non aux particuliers³, offre un juste équilibre.

781. Conclusion de la section. En définitive, limiter l'inopposabilité des clauses aux seules parties protégées par une prohibition légale d'ordre public, c'est-à-dire concrètement aux consommateurs, apparaît comme une solution équilibrée. En outre, ne pas tenir compte des jurisprudences prohibitives, qui ne sauraient se voir reconnaître une valeur similaire aux lois impératives, assure l'opposabilité des clauses de non-garantie à tous les sous-acquéreurs professionnels, mais non aux particuliers. Cette modération serait bienvenue car on le sait, l'admission aveugle des clauses relatives à la responsabilité à la fin des années 1980 a entraîné un rejet de l'action de nature contractuelle afin d'éviter la question de leur opposabilité. Une vision plus réaliste et mesurée de l'opposabilité des clauses en matière contractuelle permet d'asseoir l'idée d'une action en responsabilité contractuelle menée par le tiers victime.

782. Conclusion du chapitre. Le droit positif relatif à l'engagement de la responsabilité du débiteur défaillant par le tiers victime, et à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité contenues dans la convention, est confus et incohérent. Il sacrifie la

¹ Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-13898, *Bull.* I n° 249, *op. cit.*

² Cass. Civ. 3^e, 26 mai 1992, pourvoi n° 90-17703, *Bull.* III n° 175, *Gaz. Pal.* 1993, p. 427, note critique D. Mazeaud, *JCP G* 1992, I, 3625, n° 14, obs. G. Viney.

³ Si le dernier maillon de la chaîne de contrats de vente est un consommateur, la législation impérative des clauses abusives pourra faire obstacle à l'opposabilité de la clause de non-garantie.

prévisibilité et la logique juridique au profit d'une protection aveugle de la victime. L'équilibre du système passe par la restauration de la logique de l'opposabilité. Le tiers doit pouvoir agir sur le terrain contractuel pour opposer valablement le contrat inexécuté au débiteur défaillant, dès lors qu'il pouvait raisonnablement en attendre la bonne exécution. Le contractant peut en retour opposer à la victime la clause limitative ou exonératoire de responsabilité présente dans la convention. Une autre possibilité reste cependant ouverte au tiers victime. Il peut agir sur le fondement délictuel, mais doit dans ce cas apporter la preuve d'un fait générateur sur ce terrain, à savoir la violation d'un devoir général de prudence et diligence, ou autrement dit, une atteinte à la sécurité des biens ou des personnes. De nature délictuelle, la responsabilité engagée empêchera le jeu des clauses. Le tiers ne se fonde pas sur le contrat, par conséquent le débiteur ne peut chercher à lui opposer une stipulation contenue dans la convention. Cette option ouverte au tiers victime permet de restaurer l'opposabilité des clauses dans une mesure raisonnable et équilibrée. Pour être complet, le système doit être assorti d'une limite : l'opposabilité des clauses, sur le terrain contractuel, ne peut prospérer si la loi prohibe la clause et que cette interdiction est d'ordre public. L'opposabilité ne saurait renverser une règle établie impérativement par le législateur.

Les conditions de l'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité à l'égard des tiers sont donc les suivantes :

- l'action du tiers est engagée sur le terrain contractuel
- le tiers invoque le contrat (condition de réciprocité)
- la clause n'est pas interdite par la loi dans la relation responsable-victime (condition du respect de l'ordre public).

CONCLUSION GÉNÉRALE

783. Le régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité paraît simple de prime abord. En principe valables en matière contractuelle et nulles sur le plan délictuel, elles perdent leur efficacité en cas de dol ou faute lourde du responsable.

Cependant, le paysage a été peu à peu modifié par des textes spéciaux qui, matière par matière, ont morcelé le régime des clauses. Tantôt les clauses sont frappées de nullité ; tantôt elles restent admises, mais à condition de ne pas fixer un seuil de réparation inférieur à celui prévu par la loi. À l'inverse, le législateur les valide dans certaines hypothèses alors qu'elles atténuent la responsabilité délictuelle de l'agent, donc hors de la matière contractuelle. Le régime a fini de perdre sa cohérence avec les atteintes jurisprudentielles aux règles classiques de validité et d'efficacité dans le droit commun des clauses relatives à la responsabilité. Tant la jurisprudence *Chronopost* et ses soubresauts, que l'objectivation de la faute lourde, ont mis à mal les quelques certitudes qui existaient encore dans le domaine des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

D'apparence disparate, la plupart de ces atteintes ont pourtant suivi un objectif commun révélé au cours de notre étude, celui de la protection de la partie faible. Inversement, en présence de contractants qui se présentent objectivement sur un pied d'égalité, la liberté contractuelle est conservée. Ce mouvement s'illustre tout particulièrement en droit de la consommation, où toute liberté a disparu. Il est manifeste aussi en droit maritime, notamment avec le régime du contrat de transport sous connaissance, quasiment impératif car non négocié par les parties, et à l'inverse, celui du contrat d'affrètement, conclu entre professionnels, où la liberté contractuelle est mise à l'honneur. Cette tendance se rencontre également dans la responsabilité du fait des produits défectueux, considérée volontiers comme une responsabilité extracontractuelle, législation qui valide néanmoins des clauses atténuant la responsabilité du producteur entre professionnels, ou, autrement dit, lorsque les parties présentent une relation objectivement équilibrée.

Cependant, cet objectif s'observe plus difficilement dans les atteintes jurisprudentielles. Inavouée dans certaines affaires pourtant retentissantes, comme le premier arrêt *Chronopost* du 22 octobre 1996, cette idée de protection de la partie faible est

même inexistante dans les arrêts condamnant la stipulation de clauses de non-garantie des vices cachés entre deux professionnels. Dès lors, les solutions retenues apparaissent non seulement incertaines, en raison des revirements jurisprudentiels, mais également inopportunes. Aux termes de cette étude, nous avons acquis la conviction qu'une clarification des règles de validité dans le droit commun des clauses était nécessaire : elle permettrait d'atténuer sensiblement ces deux difficultés. Mais au-delà d'une simple remise en ordre, la modification de certaines règles traditionnelles ou jurisprudentielles se révèle indispensable, afin de parvenir à un régime satisfaisant et fonctionnel.

784. Ces règles nouvelles que nous proposons couvrent un champ très large, car elles ont vocation à s'appliquer aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle. En effet, il est apparu que le traitement distinct des clauses selon la responsabilité qu'elles cherchaient à atténuer n'était pas justifié. Ces stipulations permettent d'aménager la conséquence de la faute de l'agent ; or la faute contractuelle et la faute délictuelle présentent une gravité comparable pour la société, reconnue comme telle lors de la consécration de l'identité des deux fautes par la jurisprudence. Il faut ajouter à cela l'opportunité de consacrer la validité des clauses en matière délictuelle. Ces conventions sont à la fois nécessaires et finalement peu dangereuses en pratique, en raison de leur faible occurrence, dans la mesure où elles ne peuvent être prévues qu'entre un potentiel responsable et une potentielle victime qui se connaissent.

Au cœur de ces règles de validité se tient le critère relatif à l'existence d'un déséquilibre structurel entre les parties. Dégagé au fil de notre étude des droits spéciaux, il mérite d'être étendu au droit commun des clauses relatives à la responsabilité, assurant ainsi unité et cohérence au sein du régime. Afin de permettre une identification simple et certaine de ce critère abstrait, il est fait appel à la notion de contrat d'adhésion, qui est en passe d'être intégrée dans le Code civil. Dans la mesure où les termes du contrat sont imposés à l'une des parties, en raison de l'absence de négociation possible, un déséquilibre structurel, c'est-à-dire considéré *in abstracto*, existe entre les parties. La partie faible doit donc être protégée contre le risque de déséquilibre contractuel qu'impliquerait une clause relative à la responsabilité prévue à son détriment. C'est donc bien la recherche d'un déséquilibre structurel, puis celle d'un déséquilibre contractuel, qui irriguent la nullité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, et non plus la contradiction à l'obligation essentielle, prônée par la jurisprudence mais trop incertaine.

Enfin, la nullité des clauses doit être conservée lorsqu'elles couvrent le dol ; elle doit être consacrée, pour des raisons d'ordre public et d'intérêt général, lorsqu'elles atténuent ou suppriment la réparation du dommage corporel.

Les nouvelles règles de validité que nous proposons peuvent être ainsi exposées :

- En l'absence de déséquilibre structurel entre les parties :

- En principe, la validité des clauses limitatives et des clauses exonératoires de responsabilité est reconnue ;

- Par exception, les clauses relatives au dommage corporel sont réputées non écrites, ainsi que celles qui couvrent le dol de celui qui cherche à en bénéficier.

- En présence d'un déséquilibre structurel entre les parties (dans les contrats d'adhésion) :

- En principe, la validité des clauses limitatives de réparation est reconnue, tandis que les clauses exonératoires de responsabilité sont réputées non écrites, en raison du trop grand risque de déséquilibre contractuel.

- Le principe de validité des clauses limitatives de réparation connaît cependant deux exceptions, communes à tout le régime des clauses : elles seront réputées non écrites si elles couvrent le dol ou le dommage corporel.

785. En pratique, il serait souhaitable que ces solutions soient consacrées dans le Code civil. En prévoyant de réputer non écrites les clauses qui créent un déséquilibre significatif dans les contrats d'adhésion, l'article 1171 du Code civil issu de l'ordonnance portant réforme du droit des contrats entérinerait une partie importante de la proposition. Toutefois, en prévoyant également le contrôle de la contradiction à l'obligation essentielle, le projet consacre à l'article 1170 une solution jurisprudentielle peu heureuse et difficilement praticable. Néanmoins, il est permis d'espérer que les solutions proposées trouveront alors écho dans la jurisprudence, qui pourra tenir compte de la présence d'un déséquilibre structurel entre les parties pour moduler la caractérisation de la contradiction à l'obligation essentielle. Nettement plus incertaine, cette pratique pourrait toutefois aboutir, au fil des années, à dégager une ligne jurisprudentielle stable si elle suivait les propositions évoquées. Quant à la nullité des clauses relatives à la réparation du dommage corporel, celle-ci restera surtout théorique tant la pratique se refuse le plus souvent à insérer de telles stipulations. Néanmoins, si l'occasion se présentait de statuer sur la question, elle pourrait être mise en œuvre par la jurisprudence en invoquant la contrariété à l'ordre public de la clause.

786. Ces règles tendent à atteindre l'équilibre fragile qui doit être établi entre sécurité juridique, liberté contractuelle, et justice contractuelle par la protection de la partie faible au contrat.

Elles doivent surtout être envisagées au regard du reste du régime des clauses relatives à la responsabilité. En effet, la clause, une fois sa validité admise, grâce à un contrôle effectué au stade de la formation du contrat, n'entrera pas nécessairement en jeu. L'efficacité ultérieure, le moment venu, constitue une part importante du régime des clauses relatives à la responsabilité ; il ne faut pas la négliger, car c'est surtout l'attitude blâmable du débiteur qui appelle la condamnation, au stade de l'exécution, de la limite ou de l'exonération de responsabilité.

787. La doctrine et la jurisprudence ont exploré des voies alternatives pour moduler l'efficacité des clauses, telle la révision judiciaire des clauses, ou à l'inverse leur suppression en cas de résolution du contrat ; mais celles-ci doivent être écartées. En revanche, la gravité du comportement du débiteur doit toujours permettre de paralyser le jeu des clauses relatives à la responsabilité. Les fautes qualifiées qui empêchent l'application d'une clause relative à la responsabilité doivent être redéfinies afin de gagner en prévisibilité. En effet, il est important de connaître l'attitude qui sera qualifiée de faute dolosive, inexcusable ou lourde pour savoir si le plafond prévu par le contrat pourra être écarté par les juges. En outre, l'équipollence des fautes graves à la faute dolosive doit être maintenue afin que le comportement particulièrement répréhensible du débiteur soit sanctionné.

788. Enfin, le jeu des clauses n'est pas limité aux parties contractantes, contrairement à ce que la règle de l'effet relatif des contrats pourrait laisser présager. Les membres d'un ensemble contractuel, et plus généralement les tiers victimes d'un dommage causé par l'inexécution de l'obligation contractuelle du débiteur, cherchent aussi à agir contre ce dernier. Afin, là encore, de trouver un équilibre entre la prévisibilité contractuelle et la protection des victimes, il a été envisagé de modifier les règles d'opposabilité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Une proposition naguère avancée dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription a retenu notre attention ; nous l'avons explorée et soutenue, en proposant quelques légères modifications.

Afin de permettre l'opposabilité au tiers, qui invoque l'inexécution contractuelle, des clauses relatives à la responsabilité du débiteur défaillant, l'avant-projet Catala suggère d'offrir au tiers la possibilité d'agir sur le fondement de la responsabilité contractuelle. L'opposabilité des clauses serait ainsi restaurée, et répondrait à l'opposabilité de la faute contractuelle par le tiers. Nous proposons d'y ajouter une condition : seuls les tiers qui pouvaient raisonnablement attendre la bonne exécution du contrat pourront se placer sur ce terrain. Cette limite permet de réduire l'atteinte au principe de l'effet relatif des contrats.

Le tiers bénéficierait en outre d'une option ; il pourrait également choisir d'invoquer la responsabilité délictuelle du débiteur, entraînant l'inopposabilité des clauses du contrat. La condition de mise en œuvre de cette responsabilité serait de prouver une faute délictuelle, distincte de la faute purement contractuelle. Grâce à cette proposition, la sécurité juridique serait maintenue pour le contractant, tout en préservant les droits de la victime. Afin d'affiner ce système, nous proposons d'ajouter une condition à l'opposabilité de la clause au tiers. À rebours de la condition classique de connaissance de la clause, évoquée par plusieurs auteurs, il nous a paru plus opportun de tenir compte de la relation objective qui pourrait être caractérisée entre le débiteur défaillant et le tiers victime. Si elle relève de l'une des catégories identifiées par le législateur comme objectivement déséquilibrées, et donc protégées par la prohibition d'ordre public des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, la clause ne doit pas être opposable. L'interdiction légale des clauses prévue dans de nombreux droits spéciaux ne peut être tournée par le jeu de l'opposabilité de la clause. Finalement, les conditions de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité à l'égard des tiers qui demandent une réparation peuvent être énoncées dans les termes qui suivent :

- Il faut que l'action du tiers soit engagée sur le terrain contractuel,
- que le tiers invoque le contrat (condition de réciprocité),
- et que la clause ne soit pas interdite par la loi pour ce type de victime (condition du respect de l'ordre public).

À l'heure où le droit des contrats fait l'objet d'une réforme substantielle, et où la responsabilité civile est en passe d'être, elle aussi, profondément renouvelée, le régime des clauses limitatives ou exonératoires de réparation doit être rénové pour gagner en certitude et cohérence, au service de la sécurité juridique et de la protection des parties en présence.

BIBLIOGRAPHIE

- I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies
- II. Traités, manuels et cours
- III. Thèses et mémoires
- IV. Études, rapports et débats parlementaires
- V. Articles de mélanges et d'ouvrages collectifs
- IV. Actes de colloques
- VII. Articles de doctrines et notes de jurisprudence

I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies

- Achard R., Delebecque Ph.**, « Exploitation du navire, Affrètement, Règles communes : Exécution du contrat et effets à l'égard des tiers », *J.-Cl. Transports*, fasc. n° 1216.
- Casson Ph.**, « Dommages et intérêts », *Rép. civ.*
- Cornu G.**, *Vocabulaire juridique*, Association H. Capitant, PUF, coll. Quadrige, 11^e éd. mise à jour, 2016.
- De Quenaudon R., Schultz Ph.**, « Dépôt, Obligations du déposant, Garanties du dépositaire », *J.-Cl. Civil*, art. 1949 à 1954.
- Delebecque Ph.** :
- « Régimes de réparation, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle, Conventions relatives à la responsabilité » », *JCl. Civil*, art. 1146 à 1155, fasc. 21.
 - « Régime de réparation, Clause pénale », *JCl. Civil*, art. 1152, fasc. 22.
- Dross W.**, *Clausier, Dictionnaire des clauses ordinaires et extraordinaires des contrats de droit privé interne*, LexisNexis, 2^e éd., 2011.
- Gency-Tandonnet D.**, « Transport Routier de voyageurs et de leurs bagages », Fasc. 760, *J.-Cl. Transport*.
- Guignard L.**, « Transport et Sous-traitance », *J.-Cl. Transport*, Fasc. 614-20.
- Kerguelen-Neyrolles B.** (dir.), *Lamy Droit des transports*, T. 2, Wolters Kluwer France, 2012.
- Lardeux G., Legeais R., Pédamon M., Witz C.**, *Code civil allemand, Traduction commentée*, Dalloz, 2010.
- Letacq F.**, « Titre de transport, Responsabilité, Actions en réparation », *J.-Cl. Transports*, Fasc. 925.
- Petit B., Rouxel S.**, « Contrats et obligations, Consentement », *J.-Cl. Civil*, art. 1109, 2014.
- Piette G.**, « Affrètement maritime », *Rép. com.*
- Roland H., Boyer L.**, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999.
- Rouvière F.**, « Servitudes du fait de l'homme », *JCl. Civil*, art. 686 à 689.
- Vivant M.**, *Le Lamy droit du numérique*, Wolters Kluwer France, 2015.

Weber J.-F., « Comprendre un arrêt de la Cour de cassation rendu en matière civile », Fiche méthodologique, accessible sur le site internet de la Cour de cassation : www.courdecassation.fr.

II. Traités, manuels et cours

- Antonmattei P.-H., Raynard J.**, *Droit civil, Contrats spéciaux*, LexisNexis, 7^e éd., 2013.
- Aynès L.**, *Les obligations*, Cujas, 9^e éd., 1998.
- Bacache-Gibeili M.**, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, coll. Corpus droit privé, 3^e éd., 2016.
- Bénabent A.** :
- *Droit des obligations*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 14^e éd., 2014.
 - *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 11^e éd., 2015.
- Beignier B., Ben Hadj Yahia S.**, *Droit des assurances*, L.G.D.J., coll. Domat droit privé, 2^e éd., 2015.
- Bigot J., Heuzé V., Kullmann J., Mayaux L., Schulz R., Sontag K.**, *Traité de droit des assurances, Le contrat d'assurance*, T. 3, L.G.D.J., 2^e éd., 2014.
- Bigot J.**, *Le contrat d'assurance*, *Traité de droit des assurances*, T. 3, 2002.
- Benjamin J. P.**, *Benjamin's sale of goods*, Sweet & Maxwell, 8th edition, 2010.
- Bon-Garcin I., Bernadet M., Reinhard Y.**, *Droit des transports*, Dalloz, coll. Précis, 1^e éd., 2010.
- Bridge M. G.**, *The sale of goods*, Oxford, 3rd edition, 2014.
- Brun Ph.**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, coll. Manuel, 3^e éd., 2014.
- Calais-Auloy J., Temple H.**, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2015.
- Carbonnier J.**, *Droit civil Les obligations*, T. 4, PUF, coll. Thémis, 22^e éd. refondue, 2000.
- Chagny M., Perdrix L.**, *Droit des assurances*, L.G.D.J., coll. Manuel, 3^e éd., 2014.
- Chauveau P.**, *Traité de droit maritime*, Librairies techniques, 1958.
- Chen-Wishart M.**, *Contract Law*, 4th ed., Oxford, 2012.
- Collart Dutilleul F., Delebecque Ph.**, *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2015
- De Juglart M.**, *Traité élémentaire de droit aérien*, L.G.D.J., 1952.
- Delebecque Ph.**, *Droit maritime*, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2014.
- Fabre-Magnan M.** :
- *Droit des obligations, Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 3^e éd., 2012.
 - *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 3^e éd. mise à jour, 2013.
- Flour J., Aubert J.-L., Savaux E.** :
- *Les obligations, 3. Le rapport d'obligation*, Sirey, 9^e éd., 2015.
 - *Les obligations, 2. Le fait juridique*, Sirey, 14^e éd., 2011.
- Gardenat L. et M^e Salmon-Ricci**, *De la responsabilité civile (délits et quasi-délits)*, préface G. Ripert, L.G.D.J., 1927.
- Ghestin J.**, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, L.G.D.J., 2006.
- Ghestin J., Jamin Ch., Billiau M.**, *Les effets du contrat*, L.G.D.J., 3^e éd., 2001.
- Ghestin J., Loiseau G., Serinet Y.-M.**, *La formation du contrat*, T. II, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 4^e éd., 2013.
- Girard P.-F.**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, coll. Bibliothèque Dalloz, 2003, Réimpression de la 8^e éd. de 1929, p. 702.
- Girvin S.**, *Carriage of goods by sea*, Oxford University Press, 2nd edition, 2010.
- Groutel H., Leduc F., Pierre Ph., Asselain M.**, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec,

2008

Heuzé V., *La vente internationale de marchandises*, L.G.D.J., coll. Traité de droit des contrats, ss dir. J. Ghestin, 2000.

Huet J., Decocq G., Grimaldi C., Lécuyer H., *Les principaux contrats spéciaux*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 3^e éd., 2012.

Josserand L., *Les transports*, Rousseau, 2^e éd., 1926.

Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Thévenaz, 1953.

Lambert-Faivre Y., Leveneur L., *Droit des assurances*, Dalloz, coll. Précis, 13^e éd., 2011.

Lambert-Faivre Y., Porchy-Simon S., *Droit du dommage corporel*, Dalloz, coll. Précis, 7^e éd., 2012.

Larroumet Ch., Bros S., *Les obligations, Le contrat*, Economica, coll. Corpus droit privé, 7^e éd., 2014.

Le Tourneau Ph. :

- *La responsabilité civile*, Dalloz, 3^e éd., 1982.

- *Droit de la responsabilité et des contrats, Régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. Action, 10^e éd., 2014-2015.

- *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, Dalloz, coll. Référence, 5^e éd., 2015-2016.

Lévy J.-P., Castaldo A., *Histoire du droit civil*, Dalloz, coll. Précis, 2^e éd., 2010.

Lluelles D., Moore B., *Droit des obligations*, Thémis, 2^e éd., 2012 (*droit québécois*).

Mackaay E., Rousseau S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, Thémis, coll. Méthodes du droit, 2^e éd., 2008.

Mainguy D., Respaud J.-L., Depincé M., *Droit de la concurrence*, Litec, 2010.

Malaurie Ph., Aynès L., *Les biens*, Defrénois, 5^e éd., 2013.

Malaurie Ph., Aynès L., Stoffel-Munck Ph., *Les obligations*, L.G.D.J., 6^e éd., 2013.

Malaurie Ph., Aynès L., Gautier P.-Y., *Les contrats spéciaux*, L.G.D.J., 7^e éd., 2014.

Malinvaud Ph., *Droit de la construction*, Dalloz, coll. Action, 6^e éd., 2013.

Malinvaud Ph., Fenouillet D., Mekki M., *Droit des obligations*, LexisNexis, 13^e éd., 2013.

Marty G. et Raynaud P., *Les obligations, T. I Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988.

Mazeaud H. et L., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. I, Librairie du Recueil Sirey, 3^e éd., 1939.

Mazeaud H. et L., Mazeaud J., Chabas F., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, T. III, Montchrestien, 6^e éd. refondue, 1983.

Mazeaud H. et L., Mazeaud J., Chabas F., *Leçons de droit civil, Obligations*, Montchrestien, 9^e éd., 1998.

Mazeaud H. et L., Mazeaud J., Chabas F., De Juglart M., *Leçons de droit civil, Principaux contrats : vente et échange*, Montchrestien, 7^e éd., 1987.

Mazeaud H. et L., Mazeaud J., De Juglart M., *Leçons de droit civil, Principaux contrats*, 2^e partie, Montchrestien, 5^e éd., 1980.

McKendrick E. :

- *Contract Law*, Palgrave Macmillan Law Masters, 7th ed., 2007.

- *Contract Law, Texts, cases and materials*, Oxford University Press, 6th ed., 2014.

Mercadal B., *Droit des transports terrestres et aériens*, Dalloz, coll. Précis, 1996.

Ogus A., Faure M., *Économie du droit : le cas français*, Avant-propos L. Vogel, Panthéon-Assas, coll. Droit comparé, 2002.

Pédamon M., *Le contrat en droit allemand*, L.G.D.J., 2^e éd., 2004.

Picod Y., *Droit de la consommation*, Sirey, 3^e éd., 2015.

Planiol M., Ripert G., Boulanger J., *Traité élémentaire de droit civil*, T. II, L.G.D.J., 1952.

Portalis J.-E., *Discours rapport et travaux inédits sur le Code civil*, Librairie de la Cour de

cassation, 1844.

Pothier, *Traité du contrat de vente, selon les règles tant du for de la conscience, que du for extérieur*, T. I, Debure (Paris), 1762.

Puig P., *Contrats spéciaux*, Dalloz, coll. HyperCours, 6^e éd., 2015.

Raymond G., *Droit de la consommation*, LexisNexis, coll. Droit & Professionnels, 3^e éd., 2015.

Ripert G. :

- *Droit maritime*, T. II, Rousseau et Cie, 4^e éd., 1952.

- *La règle morale dans les obligations civiles*, L.G.D.J. Lextenso, coll. Anthologie du droit, 2014, réédition de la 4^e éd., 1949.

Rodière R. :

- *Droit des transports*, Sirey, 2^e éd., 1977

- *La responsabilité civile*, in *Cours de droit civil français*, T. IX bis, Rousseau et cie, 1952.

- *Traité général de droit maritime, Affrètement et Transports*, T. I, Dalloz, 1967.

Rodière R. et Du Pontavice E., *Droit maritime*, Dalloz, coll. Précis, 12^e éd., 1997.

Rouiller N., *Droit suisse des obligations et Principes du droit européen des contrats*, CEDIDAC Lausanne, 2007.

Sauphanor-Brouillaud N., *Les contrats de consommation, Règles communes*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 2013.

Sériaux A., *Manuel de droit des obligations*, PUF, 2^e éd., 2014.

Starck B., Roland H., Boyer L. :

- *Obligations, Contrat*, 6^e éd., 1998.

- *Obligations, Responsabilité délictuelle*, Litec, 5^e éd., 1996.

Tercier P., Pichonnaz P., *Le droit des obligations*, Schulthess, 5^e éd., 2012.

Terré F., Simler Ph., Lequette Y. :

- *Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 11^e éd., 2013.

- *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, T. 1 et 2, Dalloz, 13^e éd., 2015.

Terré F., Simler Ph., *Les biens*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2014.

Tosi J.-P., *Responsabilité aérienne*, Litec droit, 1978.

Treitel G. H., Peel E., *The law of contract*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, 14th ed., 2015.

Viney G., *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 3^e éd., 2008.

Viney G., Jourdain P., Carval S., *Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 4^e éd., 2013.

Viney G., Jourdain P., *Les effets de la responsabilité*, L.G.D.J., coll. Traité de droit civil, ss dir. J. Ghestin, 3^e éd., 2010.

Wéry P., *Droit des obligations, Volume I Théorie générale du contrat*, Larcier, 2^e éd., 2011.

Wilson J. F., *Carriage of goods by sea*, Pearson, 7th edition, 2010.

Yates D., *Exclusion clauses in contracts*, Sweet & Maxwell, coll. Modern Legal Studies, 1982.

Zenati-Castaing F., Revet T., *Les biens*, PUF, 2008.

III. Thèses et mémoires

Abras J., *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle*, préf. F. Leduc, PUAM, 2008.

Al Jondi M. S., *Le juge et les clauses exonératoires et limitatives de la responsabilité contractuelle*, thèse dactyl., 1979.

Antonmattei P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. Teyssié, L.G.D.J., 1992.

Bacache-Gibeili M., *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J., 1996.

Berlioz G., *Le contrat d'adhésion*, préf. B. Goldmann, L.G.D.J., 1973.

Bloch C., *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. Bout, mémoire, PUAM, 2002.

Borghetti J.-S., *La responsabilité du fait des produits*, préf. G. Viney, L.G.D.J., 2004.

Bucher C.-E., *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*, préf. L. Leveneur, Dalloz, 2011.

Chénéde F., *Les commutations en droit privé, Contribution de la théorie générale des obligations*, préf. A. Ghozi, Economica, coll. Recherches juridiques, 2008.

Coëffard P., *Garantie des vices cachés et « responsabilité contractuelle de droit commun »*, préf. Ph. Rémy, L.G.D.J., 2005.

Delebecque Ph., *Les clauses allégeant les obligations*, thèse dactyl., 1981.

Duclos J., *L'opposabilité (essai d'une théorie générale)*, préf. D. Martin, L.G.D.J., 1983.

Durand P., *Des conventions d'irresponsabilité*, préf. G. Ripert, Librairie des Juris-Classeurs, éd. Godde, 1932.

Fin-Langer L., *L'équilibre contractuel*, thèse L.G.D.J., 2002.

Freleteau B., *Devoir et incombance en matière contractuelle*, thèse dactyl., 2015.

Gaudemet S., *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, 2006.

Genicon Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, préf. L. Leveneur, L.G.D.J., 2007.

Gontier Y., *Plaidoyer pour une révision judiciaire des clauses limitatives de responsabilité*, préf. J. Mestre, Aix-Marseille, 2002, imprimée en 2005.

Gross B., *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, L.G.D.J., 1964.

Honorat J., *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*, préf. J. Flour, L.G.D.J., 1969.

Huet J., *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (Essai de délimitation entre les deux ordres de responsabilité)*, thèse dactyl., 1978.

Jamin Ch., *La notion d'action directe*, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1991.

Goutal J.-L., *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*, préf. H. Batiffol, L.G.D.J., 1981.

Luxembourg F., *La déchéance des droits - Contribution à l'étude des sanctions civiles*, préf. A. Ghozi, Panthéon-Assas, 2008.

Mazeaud D., *La notion de clause pénale*, préf. F. Chabas, L.G.D.J., 1992.

Néret J., *Le sous-contrat*, préf. P. Catala, L.G.D.J., 1979.

Pégliion-Zika C.-M., *La notion de clause abusive au sens de l'article L. 132-1 du Code de la consommation*, thèse dactyl., 2013.

Pellerin J., *Les clauses relatives à la répartition des risques financiers entre contractants*, thèse dactyl., 1977.

Rabut A., *De la notion de faute en droit privé*, L.G.D.J., 1949.

Ranouil V., *L'Autonomie de la volonté : naissance et évolution d'un concept*, PUF, 1980.

Séjean M., *La bilatéralisation du cautionnement ?*, préf. D. Houtcieff, L.G.D.J., 2011.

Sériaux A., *La faute du transporteur*, préf. P. Bonassies, Economica, 2^e éd., 1998.

Serinet Y.-M., *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse dactyl., 1996.

Sichel L., *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl., 2011.

Simler Ph., *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, L.G.D.J., 1969.

Souleau I., *La prévisibilité du dommage contractuel*, thèse dactyl., 1979.

Stoffel-Munck Ph., *L'abus dans le contrat*, préf. R. Bout, L.G.D.J., 2000.

Voisenet P., *La faute lourde en droit privé français*, Rousseau et Cie, 1934.

IV. Études, rapports et débats parlementaires

« Étude sur l'utilisation des contrats-types de transport routier de marchandises. Bilan et perspectives. Rapport final. », Février 2009, commandée par la Direction Générale des Infrastructures, des Transports et de la Mer (DGITM). Étude accessible sur le site internet du ministère du développement durable <http://www.developpement-durable.gouv.fr>.

Concurrence, Consommation, revue trimestrielle de la DGCCRF publiée à la Documentation française, n° 170.

Fosset A., rapporteur, séance du 15 novembre 1994, *JO Débats parlementaires* 1994, Sénat, p. 5566.

Foyer J., Débats à l'Assemblée Nationale du 12 décembre 1991, *JO* 1991, p. 8591.

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

Rapport d'activité pour l'année 2001 (BOCCRF du 30/05/02) de la Commission des clauses abusives.

Rapport d'activité pour l'année 2008 (BOCCRF du 05/03/09) de la Commission des clauses abusives.

Rapport d'information relatif à la responsabilité civile, n° 558 (2008-2009) de MM. Alain Anziani et Laurent Bêteille, déposé le 15 juillet 2009.

Rapport d'information sur le droit commun européen de la vente, présenté par M. Karamanli le 7 décembre 2011.

Rapport du Sénat sur La libéralisation des transports ferroviaires dans l'Union européenne, déposé le 12 février 2009.

Rapport n° 111 (2007-2008) pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, déposé par G. Cornu, sénateur, le 5 décembre 2007.

Rapport sur le projet de loi de modernisation de l'économie, présenté par J.-P. Charié à l'Assemblée nationale le 22 mai 2008.

Vogenaer S., « Civil Justice Systems in Europe: Implications for Choice of Forum and Choice of Contract Law, A Business Survey », 2008.

V. Articles de mélanges et d'ouvrages collectifs

Ancel P., « Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après », in *Mélanges A. Ponsard*, 2003, p. 3.

Behar-Touchais M., « L'équilibre du contrat en droit commercial », in *L'équilibre du contrat*, ss dir. G. Lardeux, PUAM, coll. Laboratoire de droit privé & de sciences criminelles, 2012, p. 27.

Catala P. :

- « À propos de l'ordre public », in *Mélanges P. Drai*, Dalloz, 2000, p. 509.

- « Des contrats déséquilibrés », in *Mélanges F.-C. Jeantet*, LexisNexis, 2010, p. 77

Chantepie G., « Obligation essentielle et clauses abusives », in *Analyses et propositions du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, ss dir. M. Latina et G. Chantepie, Dalloz, 2015, p. 47.

Cuniberti G., « La faible attractivité internationale du droit français », in *Mélanges B. Audit*, LGDJ, 2014, p. 253.

Delebecque Ph. :

- « Clausula, clausulae, clausularum... », in *Mélanges M. Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 33.
- « L'évolution du transport de passagers », in *Mélanges G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 307.
- « La dispersion des sources de la responsabilité du transporteur aérien de passagers », in *Mélanges Ph. Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 325.
- « Le nouveau droit international des transports », in *Mélanges J. Béguin*, Litec, 2005, p. 267.
- « Pour une théorie du contrat de transport », in *Mélanges J.-L. Aubert*, Dalloz, 2005, p. 103.
- Esmein P.**, « Méditation sur les conventions d'irresponsabilité au cas de dommage causé à la personne », in *Mélanges R. Savatier*, Dalloz, 1965, p. 271.
- Jestaz Ph.**, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges P. Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 273 .
- Jourdain P.**, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », in *Mélanges Ph. Malinvaud*, LexisNexis, 2007, p. 303.
- Lagarde P.**, « Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'Union européenne », in *Mélanges J. Ghestin*, L.G.D.J., 2001.
- Larroumet Ch.**, « Pour la responsabilité contractuelle », in *Mélanges P. Catala*, Litec, 2001, p. 543.
- Lécuyer H.**, « Le contrat, acte de prévision », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz PUF Juris-Classeur 1999, p. 643.
- Leveneur L.**, « Regards sur les limitations de responsabilité : d'étonnants paradoxes du droit privé à la lumière du droit public », in *Mélanges E. Fatôme*, Dalloz, 2011, p. 255.
- Malinvaud Ph.**, « De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *Mélanges F. Terré*, Dalloz PUF Juris-Classeur 1999, p. 689.
- Mankiewicz H.**, « Le sort de la convention de Varsovie en droit écrit et en common law », in *Mélanges P. Roubier*, Dalloz et Sirey, 1961, T. 2. p. 105.
- Mazeaud D.**, « À partir d'un petit cas tragique outre-Rhin : retour sur le désordre de la distinction des ordres de responsabilités... », in *Mélanges G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 711.
- Rochfeld J.**, « Du statut du droit contractuel "de protection de la partie faible" : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Mélanges G. Viney*, L.G.D.J., 2008, p. 835.
- Molfessis N.**, « Requiem pour la faute nautique, Études de droit maritime à l'aube du XXI^{ème} siècle », in *Mélanges P. Bonassies*, éd. Moreux, 2001, p. 207.
- Rontchevsky N.**, « La révision de la clause pénale, aujourd'hui et demain », in *Mélanges G. Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 695.
- Rouhette G.**, « "Droit de la consommation" et théorie générale du contrat », in *Mélanges R. Rodière*, Dalloz, 1981, p. 247, n° 11.
- Tunc A.**, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, T. I, Pedone, 1975, p. 407.
- Viney G.**, « L'action en responsabilité entre participants à une chaîne de contrats », in *Mélanges D. Holleaux*, Litec, 1990, p. 399.

Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, ss dir. P. Catala, La Documentation française, 2006.

Pour une réforme du droit des contrats, ss dir. F. Terré, coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2009.

VI. Actes de colloques

« Le projet de droit commun européen de la vente : menace ou opportunité pour le modèle contractuel français ? », 10 mai 2012, *RDC* 2012, p. 1393.

Les obligations en droit français et droit belge, Convergences et divergences, 11 et 12 décembre 1992, Bruylant Dalloz, 1994

Les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité en Europe, 13 et 14 décembre 1990, L.G.D.J., 1990

Les immunités de responsabilité civile, sous la dir. d'O. Deshayes, PUF, 2009

Le juge et l'exécution du contrat, 28 mai 1993, PUAM, 1993

L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle, 7 octobre 1994, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 1996

Les clauses abusives entre les professionnels, 23 mai 1997, Economica

« Les mutations de l'ordre public contractuel », 9 mai 2011, *RDC* 2012, p. 261.

VII. Articles de doctrine et notes de jurisprudence

Amrani-Mekki S., Fauvarque-Cosson B., « Panorama droit des contrats », *D.* 2005, p. 2836.

Ancel P. :

-« Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.

-note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006 *RDC* 2007, p. 538.

Asselain M., note sous Cass. civ. 3^e, 7 octobre 2008, pourvoi n° 07-17969, *RCA* 2009, ét. 6.

Aubert J.-L. :

-obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, *D.* 1989, somm. p. 232.

-obs. sur Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991, *Defrénois* 1991, p. 1301.

Aubert de Vincelles C., « Plaidoyer pour un affinement réaliste du contrôle des clauses limitatives de réparation portant sur les obligations essentielles », *RDC* 2008, p. 1034.

Aubert de Vincelles C., Sauphanor-Brouillaud N., « Loi du 17 mars 2014, nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.

Bacache-Gibeili M., « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.* 2016, p. 1454.

Bakouche D., « Aléa et faute intentionnelle », *RCA* 2014, dossier 7.

Behar-Touchais M. :

-« La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009, p. 202.

-« Que penser de l'introduction d'une protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009, p. 1258.

-« Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* 2015, p. 1003.

-« Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016, 391, p. 662.

Bénabent A., note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1984, *D.* 1985, p. 213.

Benmakhlouf A., concl. sur Cass. soc., 28 février 2002, *JCP G* 2002, II, 10053.

Bergel J.-L., note sous Cass. civ. 2^e, 23 octobre 2003, *RDI* 2004, 276.

Berg-Moussa A., « Notion de déséquilibre significatif et action du ministre : point d'étape et nouveaux questionnements », *JCP E* 2012, p. 1139.

Bihl L., « La loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information du consommateur »,

JCP G 1978, I, 2909, n° 24.

Billiau M., note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *JCP G* 2006, II, 10181.

Bitan H., « Les clauses limitatives de responsabilité dans les contrats informatiques », *CCE* 2004, chron. 2.

Bloch C. :

- obs. sur Cass. civ. 2^e, 4 novembre 2010, *JCP G* 2011, p. 715.

- obs. sur Cass. com., 8 avril 2015, *DMF* 2015, p. 770.

Boffa R., « Juste cause (et injuste clause) », *D.* 2015, p. 335.

Boillot Ch., note sous Cass. com. 18 décembre 2007, *RLDA* 2008, p. 37.

Bonassies P., note sous Trib. com. Bordeaux, 23 septembre 1993, *DMF* 1993, p. 95.

Borghetti J.-S. :

- note sous Cass. com., 21 octobre 2008, *RDC* 2009, p. 506

- note sous CJUE, 4 juin 2009, *D.* 2009, p. 1731

- « La mystérieuse obligation de sécurité relative aux biens à usage professionnel », *D.* 2010, p. 2628.

- « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1.

- « La correction du vice de la chose vendue aux frais du vendeur », *RDC* 2013, p. 104.

- note sous Cass. com., 19 mars 2013, *RDC* 2013, p. 1360.

Boujeka A., « La conversion par réduction : contribution à l'étude des nullités des actes juridiques formels », *RTD com.* 2002, p. 223.

Bouloc B., obs. sur Cass. com., 21 février 2012, *RTD com.* 2012, p. 395.

Brière de l'Isle G., « La faute intentionnelle (À propos de l'assurance de la responsabilité civile professionnelle) », *D.* 1973 chr. p. 259.

Cabannes J., concl. sur Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *D.* 1984 p. 525.

Cappello A., « La violation des règles régissant une activité sportive ou professionnelle », *RTD civ.* 2013, p. 777.

Carbonnier J., note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 décembre 1957, *RTD civ.* 1958, p. 273.

Carval S. :

- note sous Cass. com., 30 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1224.

- note sous Cass. civ. 3^e, 21 janvier 2009, *RDC* 2009, p. 1044.

- note sous Cass. civ. 2^e, 6 février 2014, *RDC* 2014, p. 365.

Chabas F. :

- note sous Cass. com., 7 mai 1980, *D.* 1981 p. 245.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 27 janv. 1982, *JCP G* 1983, II, 19936.

- note sous Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *D.* 1984 p. 525.

Chagny M. :

- note sous CC, 13 janvier 2011, *D.* 2011, p. 392.

- « L'insuccès confirmé de la règle sur l'abus de la relation de dépendance », *RTD com.* 2013, p. 497.

- « L'essor jurisprudentiel de la règle sur le déséquilibre significatif cinq ans après ? », *RTD com.* 2013, p. 500.

- obs. sur Cass. com. 3 mars 2015 et com. 27 mai 2015, *RTD com.* 2015, p. 486.

Chantepie G., note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2011, *D.* 2011 p. 1659.

Chauveau P. :

- « Le projet de loi sur la responsabilité du transporteur par air », *D.* 1955, chr. p. 81.

- note sous CA Paris, 25 juin 1965, *D.* 1966 p. 401.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 juin 1970, *D.* 1971 p. 373.

Chazal J.-P., « Le consommateur existe-t-il ? », *D.* 1997, chr. p. 260.

Chénéde F. :

- « Raymond Saleilles, Le contrat d'adhésion (1^{re} partie) », *RDC* 2012, p. 241.
- « Le contrat d'adhésion dans le projet de réforme », *D.* 2015, p. 1226.
- « L'équilibre contractuel dans le projet de réforme », *RDC* 2015, p. 655.

Cohen D., note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *JCP G* 1997, II, 22881.

Cornu G :

- obs. sur Cass. com. 8 octobre 1973, *RTD civ.* 1975, p. 128.
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 18 novembre 1975, *RTD civ.* 1976, p. 369.

De Gouttes R., avis sous Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *RDC* 2005, p. 651.

De Juglart M., note sous Cass. civ. 2^e, 5 mars 1964, *JCP G* 1964, II, 13696.

De la Pradelle G., note sous Cass. civ. 1^{re}, 11 octobre 1966, *JCP G* 1967 II 15193.

Dejean de la Bâtie N., note sous Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *JCP G* 1984, II, 20255.

Delebecque Ph. :

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 novembre 1988, *D.* 1989 p. 349.
- note sous CA Paris, 15 septembre 1992, *D.* 1993, p. 98.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *Chronopost*, *D. Aff.* 1997, chron. p. 235.
- note sous Cass. Ass. Plén. 30 juin 1998, *JCP G* 1998, II, 10146.
- obs. sur Cass. com., 22 mai 2002, *D.* 2002, somm. p. 2843.
- obs. sur Cass. com., 12 juillet 2004, *D.* 2004, p. 2296.
- note sous Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *RDC* 2005 p. 753.
- note sous CE 10^e et 9^e sous-sections réunies, 6 juillet 2005, *D.* 2005, p. 2094.
- note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 556.
- obs. sur Cass. com. 21 mars 2006, *RTD com.* 2007, p. 519
- « Clause de responsabilité et manquement à une obligation essentielle : l'amalgame », *RDT* 2007, comm. 219.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 2 octobre 2007, *JCP G* 2007, II, 10190.
- « Pour ou contre les clauses limitatives de réparation ? », *RDC* 2008, p. 979.
- « Transport maritime. Convention CNUDCI. Règles de Rotterdam. Adoption », *RTD com.* 2008, p. 901.
- note sous Cass. com., 17 février 2009, *D.* 2009, p. 1308.
- obs. sur CA Versailles, 29 oct. 2013, n° 12/03790, *RDT* 2014, comm. 13.

Delebecque Ph. et Berlingieri F., « Analyse des critiques aux Règles de Rotterdam », *DMF* 2011, p. 731.

Delpech X. :

- obs. sur Cass. com., 30 mai 2006, *D.* 2006, p. 1559.
- obs. sur Cass. com. 13 février 2007, *Faurecia I*, *D.* 2007, p. 654.
- note sous Cass. com. 5 juin 2007, *D.* 2007, p. 1720.
- obs. sur Cass. com. 18 décembre 2007, *D.* 2008, p. 154.
- note sous Cass. civ. 3^e, 10 juin 2009, *D.* 2009, 1685.

Deshayes O. :

- « Clauses limitatives de responsabilité contractuelle et répartition des risques d'inexécution », *RDC* 2008, p. 1008.
- note sous Cass. com., 22 mai 2002, *RDC* 2010, p. 585.
- « La disparition de la faute lourde en droit des transports », *RDC* 2010, p. 615.
- « Victoire d'étape pour les clauses limitatives de responsabilité contractuelle », *RDC* 2010, p. 1253.

Dion N., note sous Cass. civ., 1^{re}, 23 février 1994, *D.* 1995, p. 214.

Donnat F., concl. sur CE 10^e et 9^e sous-sections réunies, 6 juillet 2005, *JCP G* 2005, II, 10154.

- Dubarry J.**, note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2012, *JCP G* 2012, p. 1069.
- Dubois Ph.**, note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 mai 1992, *D.* 1992, p. 469.
- Dubout H.**, « L'exclusion des dommages consécutifs ou indirects dans les contrats d'acquisition d'entreprises », *Bulletin Joly Sociétés* 2002, p. 769.
- Durand-Pasquier G.**, « Clauses excessives : les réajustements opérés par la réforme », *JCP N* 2016, 1113.
- Durry G.** :
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 24 octobre 1967, *RTD civ.* 1968, p. 363.
 - « La notion de faute intentionnelle », *RTD civ.* 1974, p. 414.
 - obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1979, *RTD civ.* 1980, p. 406.
 - obs. sur Cass. com., 27 janvier 1981, *RTD civ.* 1982, p. 426.
 - obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 31 mars 1981, *RTD civ.* 1981, p. 859.
- Edelman B.**, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'homme du marché », *D.* 2011, p. 897.
- Esmein A.**, note sous Cass. Req. 23 février 1897, *S.* 1898 I p. 65.
- Esmein P.**, note sous Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1962, *JCP G* 1962, II, 12910.
- Fabre-Magnan M.**, note sous CEDH 17 février 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, *D.* 2005, p. 2973.
- Fages B.**, obs. sur Cass. com., 29 juin 2010, *RTD civ.* 2010, p. 555.
- Fauvarque-Cosson B.** :
- obs. sur Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *D.* 2005, p. 2845.
 - obs. sur Cass. com., 12 juillet 2004, *D.* 2005, p. 2836.
 - obs. sur Cass. com., 30 mai 2006, *D.* 2006 p. 2638.
- Fenouillet D.**, note sous Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} février 2005, *RDC* 2005, p. 718.
- Gabriel A.**, « La validité des clauses limitatives de responsabilité portant sur le dommage corporel », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, PUAM 2012-2, p. 757.
- Gariazzo A.**, avis sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *JCP G* 2006, II, 10181.
- Gauchon C.**, note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, *D.* 2016, p. 981.
- Gautier P.-Y.**, note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 558.
- Genicon Th.** :
- note sous Cass. com. 18 décembre 2007, *RDC* 2008, p. 262.
 - « Le régime des clauses limitatives de réparation : état des lieux et perspectives », *RDC* 2008, p. 982.
 - note CA Paris, 26 novembre 2008, n° 07/07221, *RDC* 2009, p. 1010.
 - note sous Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2010, *RDC* 2011, p. 65.
 - note sous Cass. com. 5 octobre 2010, *RDC* 2011, p. 431.
 - note sous Cass. com., 3 décembre 2013, *RDC* 2014, p. 176.
- Gény F.**, note sous Cass. civ. 11 février 1931, *S.* 1932, I, p. 121.
- Ghestin J.** :
- « La faute intentionnelle du notaire dans l'exécution de ses obligations contractuelles et l'assurance de responsabilité », *D.* 1974, chr. p. 31.
 - note sous Cass. com. 8 octobre 1973, *JCP G* 1975, II, 17927.
 - obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 1979, *D.* 1980, IR. p. 262.
 - note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, *D.* 1991, p. 460.
 - note sous Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991, *D.* 1991, p. 549.
- Gicquiaud E.**, « Le contrat à l'épreuve du déséquilibre significatif », *RTD com.* 2014, p. 267.
- Gombault N., Choisez S.**, « Un fonds pour la médecine libérale », *La Tribune de l'assurance*, mars 2012, p. 38.
- Gratton L.**, « Les clauses abusives en droit commun des contrats », *D.* 2016, p. 22.

Gridel J.-P., « Remarques de principe sur l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 relatif à la prohibition des clauses abusives », *D.* 1984 chr. XXV p. 153.

Grimaldi C., note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 563.

Grosser P., obs. sur Cass. com. 5 octobre 2010, *JCP G* 2011, chr. 63 p. 132.

Groutel H. :

- note sous Cass. civ. 2^e, 12 avril 2012, *RCA* 2012, comm. 195.

- note sous Cass. com., 28 juin 2005, *RCA* 2005, comm. 256.

Guignard L., note sous Cass. com., 4 mars 2008, *JCP G* 2008, II, 10079.

Halpérin J.-L., « La naissance de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1994, p. 1176.

Hassler T., note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 juin 1990, *JCP G* 1991, II, 21594.

Hocquet-Berg S., note sous Cass. civ. 2^e, 4 novembre 2010 *RCA* 2011, étude n° 4.

Hontebeyrie A. :

- note sous Cass. com., 22 mars 2011, *D.* 2011, p. 2179.

- note sous Cass. com., 19 mars 2013, *D.* 2013, p. 1947.

Houtcieff D. :

- note sous Cass. com. 13 février 2007, *Faurecia I*, *JCP G* 2007, II, 10145.

- note sous Cass. com. 5 juin 2007, *JCP G* 2007, II, 1014.

- note sous Cass. com., 29 juin 2010, *JCP G* 2010, p. 787.

Huet J. :

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, *RTD civ.* 1984, p. 727.

- obs. sous note sous Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *RTD civ.* 1984, p. 508.

- obs. sur Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, *RTD civ.* 1986, p. 364.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *JCP G* 1992, I, 3592.

-« Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 31.

Hugon Ch., « Le sort de la clause pénale en cas d'extinction du contrat », *JCP G* 1994, I, 3790.

Izorche M.-L., note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 juin 1999, *D.* 2000, p. 407.

Jacques Ph., note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 569.

Jambu-Merlin R., « Dol et faute lourde », *D.* 1955, chr. p. 89.

Josserand L. :

- note sous Cass. Req. 14 décembre 1926, *DP* 1927, I, p. 105.

- « La personne humaine dans le commerce juridique », *D.* 1932, p. 1.

- note sous civ. 29 juin et 3 août 1933, *DP* 1933, I, 49.

Jourdain P. :

- note sous Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *JCP G* 1984, II 20256.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *JCP G* 1988, II, 21070.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, *D.* 1989, *RTD civ.* 1988, p. 760.

- obs. sur Cass. com., 9 mai 1990, *RTD civ.* 1990, p. 667.

- obs. sur Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991 *RTD civ.* 1991, p. 750.

- obs. sur Cass. civ. 3^e, 5 février 1992, *RTD civ.* 1992, p. 567.

- obs. sur Cass. civ. 2^e, 17 mai 1995, *RTD civ.* 1995, p. 896.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 2 avril 1996, *RTD civ.* 1996, p. 917.

- obs. sur Cass. com., 17 juin 1997, *RTD civ.* 1998, p. 113.

- obs. sur Cass. Ass. Plén. 30 juin 1998, *RTD civ.* 1999, p. 119.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2000, *RTD civ.* 2001, p. 156.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, *RTD civ.* 2001, p. 146.

- obs. sur Cass. civ. 3^e, 28 novembre 2001, *RTD civ.* 2002, p. 104.

- obs. sur Cass. com., 22 mai 2002, *RTD civ.* 2003, p. 94.

- obs. sur Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *RTD civ.* 2005, p. 604.
- note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RTD civ.* 2007, p. 123.
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2007, *RTD Civ.* 2007, p. 580.
- obs. sur Cass. com. 18 décembre 2007, *RTD civ.* 2008, p. 310.
- note sous Cass. com., 4 mars 2008, pourvoi n° 07-11728, *RTD civ.* 2008, p. 483.
- note sous CJUE, 4 juin 2009, *JCP G* 2009, 82.
- obs. sur Cass. civ. 3^e, 22 octobre 2008, *RTD civ.* 2009, p. 121.
- obs. sur Cass. com. 26 mai 2010, *RTD Civ.* 2010 p. 790.
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 28 juin 2012, *RTD civ.* 2012, p. 729.

Kullmann J. :

- note sous Cass. civ. 2^e, 16 octobre 2008, *RGDA* 2008, p. 912.
- « Chronique de droit des assurances », *JCP G* 2009, I, 133.

Kutscher-Puis F., « Les enseignements allemands sur le déséquilibre significatif en droit des contrats commerciaux », *CCC* 2015, étude 7.

Laithier Y.-M. :

- note sous Cass. com., 30 mai 2006, *RDC* 2006, p. 1075.
- « Clauses abusives – Les clauses de responsabilité (clauses limitatives de réparation et clauses pénales) », *RDC* 2009, p. 1650.
- « L’avenir des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité contractuelle – Rapport français », *RDC* 2010, p. 1091.
- art. sous Cass. com., 29 juin 2010, *RDC* 2010, p. 1220.
- « La portée procédurale de la règle de "non-cumul" des responsabilités contractuelle et délictuelle », *RDC* 2011, p. 51.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011 *RDC* 2011, p. 1156.
- note sous Cass. civ. 3^e, 14 mars 2012, *RDC* 2012, p. 768.

Lajnef N., « Le déséquilibre significatif dans les contrats d’affaires : cinq ans après. Bilan de l’application judiciaire de l’article L. 442-6, I, 2° du code de commerce », *RLC* 2014, p. 171.

Lamère J.-L., « Le 11 septembre tourne une nouvelle page de l’histoire du risque et de l’assurance », *Risques*, 2001, n° 48, p. 29.

Larroumet Ch. :

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1979, *D.* 1979, IR 222.
- note sous Cass. civ. 2^e, 13 novembre 1981, *D.* 1982 IR p. 360.
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 27 janvier 1982, *D.* 1982, IR, p. 359.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 21 juin 1988, *D.* 1989, p. 5.
- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *D.* 1997, chron. p. 145.

Le Tourneau Ph. :

- « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988, p. 505.
- « Brefs propos critiques sur la « responsabilité contractuelle » dans l’avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007, p. 2180.

Lécuyer H., note sous Cass. civ. 3^e, 9 février 2011, *Defrénois* 2011, n° 40156 p. 1485.

Légier G., note sous Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 2004, *JCP G* 2005, II, 10030.

Legros C. :

- note sous Cass. com. 4 janvier 2005, *JCP G* 2005, II, 10067.
- « À propos de l’affaire du Costa Concordia : les méandres des sources applicables à la responsabilité civile contractuelle du transporteur de passagers par voie maritime », *RCDIP* 2013, p. 395.

Lemarié A., « Transport aérien : révision des limites de responsabilité de la convention de Montréal », *RDT* 2010, étude 4.

Lequette Y., « Y aura-t-il encore en France, l'an prochain, un droit commun des contrats ? », *RDC* 2015, p. 615.

Leveneur L. :

- note sous Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991 *CCC* 1991, comm. 200.
- note sous Cass. com. 23 juin 1992, pourvoi n° 90-15045, *CCC* 1992, comm. 120.
- « Contrats entre professionnels et législation des clauses abusives », *CCC* 1994, chr. 4, n° 5.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, *CCC* 1995, comm. 159.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 20 février 1996, *CCC* 1996, comm. 96.
- note sous Cass. com. 22 octobre 1996, *CCC* 1997, comm. 24.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *CCC* 1997, comm. 23.
- note sous Cass. Ass. Plén. 30 juin 1998, *CCC* 1998, comm. 143.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, *CCC* 2000, comm. 175.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 2002, *CCC* 2002, comm. 106.
- note sous Cass. com., 9 juillet 2002, *CCC* 2002, comm. 172.
- note sous Cass. com., 12 juillet 2004, *CCC* 2004, comm. 169.
- note sous Cass. com., 28 juin 2005, *CCC* 2005, comm. 201.
- note sous Cass. civ. 3^e, 26 avril 2006, *CCC* 2006, comm. 155.
- note sous Cass. com., 30 mai 2006, *CCC* 2006, comm. 183.
- note sous Cass. com., 26 septembre 2006, *CCC* 2007, comm. 3.
- note sous Cass. civ. 3^e, 27 septembre 2006, *CCC* 2007, comm. 4.
- note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *CCC* 2007, comm. 63.
- note sous Cass. civ. 3^e, 2 mars 2007, *CCC* 2007, comm. 199.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2007, *CCC* 2007, comm. 233.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, *CCC* 2008, comm. 1.
- note sous Cass. com. 27 novembre 2007, *CCC* 2008, comm. 62.
- note sous Cass. com., 26 mai 2010, *CCC* 2010, comm. 198.
- note sous Cass. civ. 3^e, 13 juillet 2010, *CCC* 2010, comm. 240.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, *CCC* 2011, comm. 54.
- note sous Cass. civ. 3^e, 28 février 2012, *CCC* 2012, comm. 118.
- note sous Cass. com., 19 mars 2013, *CCC* 2013, comm. 129.
- note sous Cass. civ. 3^e, 10 juill. 2013, *CCC* 2013, comm. 234.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, *CCC* 2015, comm. 3.
- « Administrative, vous avez dit administrative ? Comme c'est bizarre... », *CCC* 2014, repère 8.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 mai 2015, *CCC* 2015, comm. 195.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 janvier 2016, *CCC* 2016, comm. 81.

Libchaber R.:

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 8 février 2005, *Deffrénois* 2005, n° 15, p. 1233.
- obs. sur Cass. com. 13 février 2007, *Faurecia I*, *Deffrénois* 2007, 1042.

Lindon R., concl. sur Cass. civ. 1^{re}, 5 décembre 1967, *JCP G* 1968, II, 15350.

Loiseau G. et Billiau M., note sous Cass. com. 9 juillet 2002, *JCP G* 2002, II, 10176.

Loiseau G. :

- « La faute lourde oblige le contractant auquel elle est imputable à réparer le préjudice imprévisible lors de la conclusion du contrat », *CCE* 2014, comm. 94.
- « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.* 2000, p. 47.
- note sous Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *JCP G* 2005, II, 10066.
- note sous Cass. com., 30 mai 2006, *JCP G* 2006, II, 10123.

Lucas de Leyssac C., Chagny M., « Le droit des contrats, instrument d'une forme nouvelle de régulation économique ? », *RDC* 2009, p. 1268

Mainguy D., note sous CC, 13 janvier 2011, *JCP G* 2011, 274.

Malaurie Ph. :

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, *D.* 1989, p. 253.

- note sous Cass. com., 4 juillet 1972, *D.* 1972, p. 732.

Malaurie-Vignal M., « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle ? », *CCC* 2008 dossier 5 n° 23.

Malinvaud Ph. :

- « La responsabilité civile du vendeur à raison des vices de la chose », *JCP G* 1968, I, n° 2153.

- « Pour ou contre la validité des clauses limitatives de la garantie des vices cachés dans la vente », *JCP G* 1975, I, p. 2690

- « La protection des consommateurs », *D.* 1981, chr. 8, p. 49.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 mai 1984, *JCP G* 1985, II, 20387.

- note sous Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, *JCP G* 1986, II, 20616.

Malinvaud Ph. et Boubli B. :

- « Architectes, entrepreneurs et techniciens », *RDI* 1979, p. 216, col. 1.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, *RDI* 1996, p. 74.

Martin D., note sous Cass. com., 4 juin 1991, *D.* 1992, p. 399.

Mathey N. :

- « Du déséquilibre significatif », *CCC* 2011, Repère 10.

- note sous CC, 13 janvier 2011, *CCC* 2011, comm. 62.

- note sous CA Paris, 12 décembre 2013, n° 11/18274, *CCC* 2014, comm. 64.

- note sous Cass. com. 3 mars 2015 et com. 27 mai 2015, *CCC* 2015, comm. 229.

Mazeaud D. :

- note sous Cass. Civ. 3^e, 26 mai 1992, *Gaz. Pal.* 1993, p. 427.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, *D.* 1996, p. 395.

- note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *Deffrénois* 1997, 333.

- « Le régime de l'obligation de sécurité », *Gaz. Pal.* 1997, p. 1201.

- note sous Cass. Ass. Plén. 30 juin 1998, *D.* 1999, p. 262.

- « Les vices de la protection du consentement du consommateur », *D.* 2002, p. 71.

- note sous Cass. civ. 3^e, 16 novembre 2005, *RDC* 2006, p. 330.

- note sous Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *RDC* 2005, p. 673.

- note sous Cass. com., 30 mai 2006, *D.* 2006, p. 2288.

- note sous Cass. com. 13 février 2007, *RDC* 2007, p. 707.

- note sous Cass. com. 5 juin 2007, *RDC* 2007, p. 1121.

- « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.* 2008, p. 1776.

- « Clauses limitatives de réparation, la fin de la saga ? », *D.* 2010, p. 1832.

- note sous Cass. com., 29 juin 2010, *D.* 2010, p. 1832.

- note sous Cass. civ. 3^e, 22 juin 2011, *RDC* 2011, p. 1197.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 15 décembre 2011, *D.* 2012, p. 659.

- note sous Cass. civ. 3^e, 23 mai 2013, *D.* 2013, p. 2142.

Mazeaud H. :

- « Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle », *RTD civ.* 1929, p. 551.

- « La responsabilité du vendeur-fabricant », *RTD civ.* 1955, p. 611.

Mazeaud J. :

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 4 février 1969, *D.* 1969 p. 601.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 1975, *D.* 1976 p. 151.

Mazeaud L., « L'assimilation de la faute lourde au dol », *DH* 1933, chron. p. 49.

Mazeaud V., note sous Cass. civ. 1^{re}, 29 octobre 2014, *D.* 2015, p. 188.

Mekki M., note sous Cass. com. 21 mars 2006 *JCP G* 2006, II 10090.

Mestre J. et Fages B. :

- obs. sur Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *RTD civ.* 2005, p. 779.

- obs. sur CE 10^e et 9^e sous-sections réunies, 6 juillet 2005, *RTD civ.* 2005 p. 779.

Mestre J. :

- « De la notion de clause pénale et de ses limites », *RTD civ.* 1985, p. 372.

- « Le juge face aux stipulations contractuelles excessives », *RTD civ.* 1988, p. 110.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *RTD civ.* 1988, p. 741.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, *RTD civ.* 1989, p. 533.

- « Des frontières de l'article 1152 du code civil », *RTD civ.* 1990, p. 75.

- « Des frontières de l'article 1152 du code civil (suite) », *RTD civ.* 1990, p. 75.

- « Des frontières de l'article 1152, alinéa 2, du code civil » *RTD civ.* 1994, p. 857.

- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, *RTD civ.* 1998, p. 673.

- obs. sur Cass. com., 22 octobre 1996, *RTD civ.* 1997, p. 418.

Moore B. et Baudouin J.-L., note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 618.

Mouly J. :

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 18 janvier 1984, *JCP G* 1985, II, 20372.

- chr. sous Cass. civ. 2^e, 4 novembre 2010, *D.* 2011, p. 690.

Ngyuen Thanh-Bourgeois D., « Contribution à l'étude de la faute contractuelle : la faute dolosive et sa place actuelle dans la gamme des fautes », *RTD civ.* 1973, p. 496.

Paisant G. :

-« Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du Code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) », *RTD civ.* 1985, p. 647.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, *JCP G* 1989, II, 21357.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 1990, *JCP G* 1991, II, 21674.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 14 mai 1991, *JCP G* 1991, II, 21763.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 6 janvier 1994, *JCP G* 1994, II, 22237.

- « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1^{er} février 1995 », *D.* 1995, chr. p. 99.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 24 janvier 1995, *D.* 1995, p. 327.

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2011, *JCP G* 2011, n° 414.

Paulin Ch. :

- étude sous Cass. com. 5 juin 2007, *JCP E* 2007, p. 2234.

- note sous Cass. com. 10 mars 2009, *RDT* 2009, comm. 85.

Pégliion-Zika C.-M., « Les clauses abusives et la recodification du droit de la consommation », *D.* 2016, p. 1208.

Pélissier A. :

-note sous Cass. civ. 1^{re}, 25 février 2010, *JCP G* 2010, 659.

- note sous Cass. civ. 2^e, 12 septembre 2013, *JCP G* 2014, 383, p. 604.

Personnaz J., note sous Cass. civ. 3^e, 23 avril 1970, *JCP G* 1970, II, 16522.

Pichonnaz P., « Clauses abusives et pratiques déloyales : une meilleure réglementation de la concurrence », *Plaidoyer* 2011, 5/11, p. 34 (*référence suisse*).

Picod Y., note sous CC, 13 janvier 2011, *D.* 2011, p. 415.

Piedelièvre S., note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2011, *Gaz. Pal.* 2011, jur. p. 2864.

Pillet G., note sous Cass. com., 19 mars 2013, *JCP G* 2013, n° 705.

Ponsard M., « Le déséquilibre significatif : bilan et perspectives », *CCC* 2013, dossier 4.

Popineau-Dehaullon C., note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 622.

Puig P., « L'obligation de garde accessoire du contrat d'entreprise », *RDC* 2008, p. 402.

Raymond G. :

- note sous Cass. civ. 1^{re}, 5 novembre 1996, *CCC* 1997, comm. 12.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 3 février 2011, *CCC* 2011, comm. 102.

Rémy Ph. :

- obs. sur Cass. Ass. Plén., 7 février 1986, *RTD civ.* 1986, p. 605.
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 8 mars 1988, *RTD civ.* 1988, p. 551.
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 25 janvier 1989, *RTD civ.* 1989, p. 574.
- « la "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.

Revel J., note sous Cass. com., 3 février 1998, *D.* 1998, p. 455.

Revet Th., « Le projet de réforme et les contrats structurellement déséquilibrés », *D.* 2015, p. 1217.

Riera-Thiebault K. et Covillard A., « La notion de déséquilibre significatif visée à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce : un nouveau droit des clauses abusives entre professionnels ? », *Gaz. Pal.* 2013, n° 44-45, p. 6.

Ripert G., note sous Cass. civ. 12 mai 1930, *DP* 1932, I, p. 5.

Robino P., « Les conventions d'irresponsabilité dans la jurisprudence contemporaine », *RTD civ.* 1951, p. 1.

Roblot R., « De la faute lourde en droit privé français », *RTD civ.* 1943, p. 1.

Rochfeld J., « Les ambiguïtés des directives d'harmonisation totale : la nouvelle répartition des compétences communautaire et interne », *D.* 2009, chr. p. 2047.

Rodière R. :

- obs. sur Cass. com., 19 mars 1952, *RTD civ.* 1954, p. 201.
- obs. sur Cass. com. 4 juillet 1951, *RTD civ.* 1954, p. 221.
- note sous Cass. com., 16 février 1954, *D.* 1954 p. 534.
- note sous Cass. civ. 2^e, 17 février 1955, *JCP G* 1955, II, 8951.
- note sous Cass. civ. sect. com., 15 juin 1959, *D.* 1960, II, p. 97.
- « Faute nautique et faute commerciale devant la jurisprudence française », *DMF* 1961, p. 459.
- note sous Cass. com., 7 mai 1980, *JCP G* 1980, II, 19473.

Saint Esteben R., « L'introduction par la loi LME d'une protection des professionnels à l'égard des clauses abusives : un faux ami du droit de la consommation », *RDC* 2009, p. 1275.

Sargos P., rapport sous Cass. civ. 1^{re}, 18 juillet 2000, *JCP G* 2000, II, 415.

Sarrut L., note sous Cass. civ., 27 janvier et 21 avril 1913, *D.* 1913 I p. 249.

Savaux E., « Brèves observations sur la responsabilité contractuelle dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *RDC* 2007, p. 45.

Schmelck R., concl. sur Cass. ch. mixte, 23 mars 1973, *D.* 1973, p. 305.

Sériaux A., note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *Chronopost*, *D.* 1997, p. 121.

Sérinet, note sous Cass. com. 13 février 2007, *Faurecia I*, *JCP G* 2007, II, 10063.

Servant P., « L'extrême rapidité des revirements de jurisprudence en matière de responsabilité hôtelière », *D.* 2001, p. 2914.

Seube J.-B., obs. sur Cass. civ. 3^e, 24 octobre 2012, *JCP E* 2013, p. 1003 n° 6.

Sinay-Cytermann A., « De la compétence judiciaire européenne en matière de contrat conclu par un consommateur », *Rev. crit. DIP*, 2013, p. 487.

Sourieux J.-L., note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 583.

Sourzat C., note Cass. civ. 3^e, 6 octobre 2010, *Deffrénois* 2011, p. 76.

Starck B., « Observations sur le régime juridique des clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité », *D.* 1974 chr. p. 157.

Stoffel-Munck Ph. :

- obs. sur Cass. com., 28 juin 2005, *JCP G* 2006, I, 111.
- note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 587.

- obs. sur Cass. civ. 3^e, 27 septembre 2006, *JCP G* 2007, I, 115, n° 12.
- sur Cass. com. 18 décembre 2007, *JCP G* 2008, I, 125.
- obs. sur Cass. com., 21 octobre 2008, *JCP G* 2009, I, 123, n° 6.
- obs. sur Cass. civ. 3^e, 21 janvier 2009, *JCP G* 2009, I, 248, n° 12.
- note sous Cass. com., 29 juin 2010, *JCP E* 2010, p. 1790.
- « Les clauses abusives : on attendait Grouchy... », *Dr. Patr.* 2014, n° 240, p. 56.
- Tassel Y.**, « *Dura Lex Sed Lex* : la responsabilité de l'entrepreneur de manutention maritime et sa limitation », *DMF* 2011, p. 721.
- Testu F.-X., Moitry J.-H.**, « La responsabilité du fait des produits défectueux. Commentaire de la loi 98-389 du 19 mai 1998 », *D. Aff.* 1998, suppl. au n° 125, p. 3.
- Testu F.-X.**, « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G* 1993, I, 3673, n° 32.
- Tosi J.-P.** :
- note sous Cass. Ch. mixte, 22 avril 2005, *D.* 2005, p. 1864.
- obs. sur Cass. com., 1^{er} décembre 2009, *D.* 2010, p. 409.
- Tournafond O.** :
- note sous Cass. com., 25 novembre 1997, *D.* 1999, p. 16.
- obs. sur Cass. civ. 3^e, 24 octobre 2012, *RDI* 2013, p. 93.
- Trébulle J.-G.** :
- obs. sur Cass. com., 7 novembre 2006, *RDI* 2007 p. 330.
- obs. sur Cass. civ. 3^e, 28 mars 2007, *RDI* 2007 p. 330.
- Utzsneider Y., Lamothe A.**, « Que penser d'une règle de protection contre les clauses abusives dans le Code de commerce ? », *RDC* 2009, p. 1261.
- Vialard A.** :
- « La limitation de responsabilité, clé de doute pour le droit maritime du 21^{ème} siècle », *DMF* 2009, p. 21.
- note sous Trib. com. Bordeaux, 23 septembre 1993, *DMF* 1993, p. 706.
- Viney G.** :
- « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable, et faute dolosive », *D.* 1975, chr. p. 263.
- « Les clauses aménageant la responsabilité des constructeurs », *RDI* 1982, 319.
- note sous Cass. Ass. Plén., 12 juillet 1991, *JCP G* 1991, II, 21743.
- obs. sur Cass. Civ. 3^e, 26 mai 1992, *JCP G* 1992, I, 3625, n° 14.
- chr. sous Cass. civ. 1^{re}, 23 février 1994, *JCP G* 1994, chr. p. 3809.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 7 juin 1995, *JCP G* 1995, I, n° 3893.
- obs. sur Cass. civ. 1^{re}, 2 décembre 1997, *JCP G* 1998, I, 144.
- obs. sur Cass. Ass. Plén. 30 juin 1998, *JCP G* 1998, I, 187.
- note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *D.* 2006, p. 2825.
- note sous Cass. com. 18 décembre 2007, *RDC* 2008, p. 287.
- note sous Cass. com. 4 mars 2008, *RDC* 2008, p. 750.
- note sous CJUE, 4 juin 2009, *RDC* 2009, p. 1381.
- note sous Cass. civ. 1^{re}, 28 avril 2011, *RDC* 2011, p. 1163.
- « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, chr. p. 1378.
- Wicker G.**, note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006, *RDC* 2007, p. 593.
- Wintgen R.**, note sous Cass. Ass. Plén., 6 octobre 2006 *RDC* 2007, p. 609.

INDEX ALPHABÉTIQUE

Les chiffres renvoient aux numéros des paragraphes

-A-

Acceptation : 66, 70

Acceptation des risques : 374, 493

Autonomie de la volonté : 131, 192, 408, 598

Animaux : 76, 373, 374

-C-

Clauses abusives :

- droit de la consommation : 199-248
 - droit international privé : 220-224
 - liste grise : 238-242
 - liste noire : 210-219
 - pratique (illicite) : 225-228
- droit commun : 267-274
- droit de la concurrence : *V. droit de la concurrence*

Chronopost : 318, 321-329, 335, 337-339

Clause de non-garantie :

- consommation (conformité) : 198, 229-231
- construction : 176-179
- nature : 173-175
- vente (vices cachés) : 277-315, 448

Clause de non-obligation : 17-19, 26, 154, 162, 325

Clause de non-responsabilité : *V. clause exonératoire de responsabilité*

Clause exonératoire de responsabilité :

- clause de non-obligation (distinction) : 17-19
- clause de différend (distinction) : 20-22
- définition : 14-27
- exonération partielle : 13, 447
- validité : *V. validité*

Clause limitative de réparation :

- clause pénale (distinction) : 630-635
- définition : 11, 12, 13
- montant dérisoire : 124, 240, 227, 444
- validité : *V. validité*

Clause limitative de responsabilité : *V. clause limitative de réparation*

Clause pénale : *V. révision judiciaire*

Clause relative à la responsabilité :

- avantages : 33
- convention (distinction) : 10
- inconvénients : 34

Clause réputée non écrite : 10, 419

Connaissance : 66-69, 163, 168, 770-773

Construction : *V. clause de non-garantie*

Contrat d'adhésion : 69, 135, 257, 269, 335, 398, 410-414, 417, 448, 457

Convention relative à la responsabilité : *V. clause relative à la responsabilité*

-D-

Déclaration de valeur : 124, 241

Dépôt hôtelier :

- autres dépôts (exclusion) : 154
- clause de non-responsabilité (non) : 155
- dépôt hospitalier (extension) : 154, 617
- faute de l'hôtelier : 613-616, 618, 619
- plafond légal de réparation : 156
- pratique hôtelière : 158-169

Déséquilibre significatif : 208, 245, 253, 262, 273, 450-453

Déséquilibre structurel : 123, 126, 133-135, 207, 257, 271, 300, 335, 350, 395, 398, 407-418, 441, 485

Domage corporel :

- assurance : 102
- décharge de responsabilité : 97
- droit des transports : 358-369
- nullité des clauses : 94-96, 103-109
- plafond légal de réparation : 100
- proposition (nouvelles règles) : 427-434
- validation jurisprudentielle : 379-383

Droit de la consommation :

- acteurs (déséquilibre structurel) : 184-196
- clauses abusives : V. *clauses abusives*.
- garantie de non-conformité : V. *clause de non-garantie*

Droit de la concurrence :

- article L. 442-6, I, 2° : 251-266
- clause relative à la responsabilité : 264, 265
- grande distribution : 256, 257

Droits étrangers :

- droit anglais : 37, 62, 203, 304-308, 336, 416, 425, 428, 470, 585
- droit allemand : 37, 62, 203, 416, 425
- droit néerlandais : 416
- droit suédois : 470
- droit suisse : 37, 425
- droit québécois : 274, 336, 416
- droit belge : 62, 425, 470

-E-

Équipollence à la faute dolosive : 543-559, 570, 588

-F-

Faurecia II : 319, 323, 330-333, 335, 337-339

Faute contractuelle et faute délictuelle :

- distinction : 679-681
- identité : 682-700

Faute dolosive :

- conception large : 506, 507, 513, 514
- effet : 591-605
- faute intentionnelle (distinction) : 509-511, 515-518
- nullité des clauses : 422-426
- proposition (nouvelle définition) : 562-571

Faute inexcusable :

- appréciation : 539-541
- effet : 591-605
- définition : 534-538
- proposition (nouvelle appréciation) : 574-579

Faute intentionnelle : V. *faute dolosive*

Faute lourde :

- appréciation : 531
- conception objective ou subjective : 522-526
- critères (recherche de) : 527-530

- effet : 591-605
- proposition (nouvelle définition) : 580-587

Faute qualifiée : V. *faute dolosive, faute inexcusable, faute lourde*.

Faute simple (rôle paralysant) : 613-619

-G-

Groupes de contrats : V. *opposabilité*

-L-

Liberté contractuelle : 30, 58, 62, 136 à 138, 154, 172, 201, 218, 336, 437, 459

-M-

Médecins : 97, 101, 102, 431

-O-

Obligation essentielle : 283, 318, 322, 325, 329-331, 340, 438, 450, 454, 459, 463, 524, 586, 587, 646.

Opposabilité de la clause :

- connaissance de la clause : 769-773
- groupe de contrats : 673-676, 699, 706-710, 727, 728, 737, 753
- notion : 669
- limite : 774-782
- responsabilité contractuelle : 705-711, 759, 760
- responsabilité délictuelle (non) : 704, 713-718, 762-766

-R-**Réforme :**

- droit des contrats (ord. 10 février 2016) : 38, 340, 413, 417, 456-459, 664
- droit de la responsabilité (avant-projet 29 avril 2016) : 38, 353, 354, 429, 460-463, 601, 604, 647, 731, 737, 745
- proposition de règlement relatif au droit commun de la vente (25 octobre 2011) : 243-248

Résolution pour inexécution (maintien de la clause) : 649-665

Responsabilité civile :

- assurance : 5, 6
- développement : 3-6

Responsabilité extracontractuelle :

- caractère d'ordre public : 81-88, 468

- clauses en matière de (existence): 7, 73
- responsabilité contractuelle (rapport avec) : 471-474

Responsabilité du fait des produits défectueux : 343-354

- opposabilité des clauses : 347
- validité des clauses : 346, 350, 352

Révision judiciaire :

- clause pénale : 624-626, 628,
- rejet de l'extension : 627, 632, 637-648

-T-

Tiers (engagement de la responsabilité par) :

- distinction : 727, 728, 749
- droit positif : 673-676
- droit prospectif : 721-757
 - o terrain contractuel : 723-728
 - o terrain délictuel : 729-738
 - o option : 739-757
- effet relatif (rapport avec) : 694-697, 747, 748

Transports (droits des) : 117 et s., 355 et s.

- aérien : 126, 146, 149, 360, 364, 380, 513, 534, 579, 608-611
- clause exonératoire : 121-139
- clause limitative : 140-150
- contrat d'affrètement : 130, 131 137
- contrat de déménagement : 124
- contrat de volume : 136
- contrat-type : 143
- déclaration de valeur : *V. déclaration de valeur*
- dommage corporel : 358-369
- faute inexcusable : 534-538, 607-611

- ferroviaire (bon-voyage) : 227
- maritime : 132, 139, 360, 365
- *negligence clause* : 138
- plafond légal de réparation : 146, 149, 579
- responsabilité extracontractuelle : 355-357
- terrestre : 122-128, 142-144, 146-150, 360, 535
- transport sous connaissance : 130, 135

-V-

Validité en matière contractuelle :

- conditions : 66-70
- fondements : 57-65
- historique : 47-55
- portée : 51-53
- proposition (nouvelles règles) : 419-454

Validité en matière extracontractuelle :

- clause minière : 375-377
- conditions de forme : 490-495
- contrariété à l'ordre public (absence de) : 87
- disposition spéciale (gibier et lapins de garenne) : 76
- mise en pacage commun : 373, 374
- nullité (jurisprudence) : 77, 78
- proposition (nouvelles règles) : 475-495

INDEX DES PRINCIPAUX TEXTES CITÉS

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe

I. TEXTES CODIFIÉS

Articles du Code des assurances :

L. 113-1 : 509, 510

L. 121-1 : 6

L. 124-1 : 5

L. 172-13 : 546

L. 174-5 : 546

L. 191-5 : 545

L. 243-9 : 178

L. 426-1 : 102

R. 243-9 : 178

Articles du Code civil en vigueur au 1^{er} juillet 2016 :

6 : 96, 97

16 : 95, 100

1108 (futur 1128) : 67, 408

1128 (abrogé par l'ord. 10.02.16) : 92-95

1134 (futur 1103) : 58, 424, 595, 599, 624

1135 (futur 1194) : 154, 344

1147 (futur 1231-1) : 283, 452, 744

1150 (futur 1231-3) : 25, 38, 59, 172, 246, 281, 282, 325, 419, 424, 545, 556, 563, 595, 598, 635, 639, 643, 645, 699, 702, 713, 724, 760

1151 (futur 1231-4) : 12

1152 (futur 1231-5) : 60, 624-633, 636, 640, 648.

1174 (futur 1304-2) : 25, 246, 424

1382 (futur 1240) : 53, 74, 76, 77, 81, 88, 468, 469, 486, 595, 619, 690, 733, 735, 776

1384 (futur 1242) : 3, 78, 97, 374, 468, 691, 726, 744

1386-1 (futur 1245) : 282, 344, 345, 351

1386-15 (futur 1245-14) : 77, 346, 354, 428, 764

1627 : 44, 277

1641 : 172, 283

1642 : 292, 293

1643 : 44, 172, 277, 281-286, 298, 315

1645 : 282

1646 : 282

1646-1 : 173, 176

1792 et s. : 173-177, 673

1953 : 155, 157, 160, 613, 616, 619

2254 : 21

Articles ajoutés au Code civil le 1^{er} octobre 2016 :

1110 : 411, 413

1143 : 414

1170 : 340, 417, 456, 459, 463, 785

1171 : 257, 268-273, 340, 450 à 459, 778, 785

Articles du Code de commerce :

L. 110-1 : 118
L. 132-8 : 118, 778
L. 133-1 : 123
L. 133-8 : 530, 535, 545, 546
L. 133-9 : 124
L. 440-1 : 265
L. 442-6 : 251 à 266, 270, 273, 436, 441, 451
L. 511-11 : 545
L. 511-28 : 545

Articles du Code de la consommation :

Liminaire : 186 à 188
L. 212-1 (L. 132-1 anc.) : 188, 206, à 212, 241, 256, 262, 270
L. 217-1 (L. 211-1 anc.) : 197
L. 217-13 (L. 211-13 anc.) : 232
L. 217-15 (L. 217-15 anc.) : 230, 235
L. 218-1 (L. 138-1 anc.) : 21
L. 231-1 (L. 139-1 anc.) : 224
L. 232-1 (L. 135-1 anc.) : 224, 313
L. 241-2 (L. 132-2 anc.) : 219
R. 212-1 (R. 132-1 anc.) : 21, 67, 68, 124, 143, 206, 224, 262, 300
R. 212-2 (R. 132-2 anc.) : 262

Article du Code de la construction et de l'habitation : L. 261-16 : 176

Article du Code minier : L. 155-4 : 375

Articles du Code rural et de la pêche maritime :

L. 411-1 : 550
L. 415-6 : 76

Articles du Code de la santé publique :

L. 1111-4 : 97
L. 1113-1 : 154, 617
L. 1113-2 : 617
L. 1113-9 : 154
L. 1142-1 : 433
L. 1142-2 : 102
L. 1142-4 : 102
R. 1142-4 : 6, 102

Articles du Code de la sécurité sociale :

L. 375-1 : 546
L. 452-1 : 533, 538
L. 453-1 : 546

Articles du Code des transports :

L. 1432-4 : 143
L. 5121-2 : 537
L. 5121-3 : 355, 515
L. 5341-12 : 545
L. 5411-2 : 130
L. 5421-5 : 360
L. 5422-12 : 135
L. 5422-14 : 533
L. 5422-15 : 21, 135
L. 5422-16 : 134
L. 5423-1 : 130, 137
L. 5621-13 : 545
L. 5622-4 : 545
L. 6421-3 : 360
L. 6422-2 : 141, 428
L. 6422-3 : 537

Article du Code du tourisme : L. 211-16 : 360

II. CONVENTIONS INTERNATIONALES

1) Contrats de transport

– Mer :

Convention de Bruxelles 1924 : 130, 134, 135, 146-149, 535, 546

Convention d'Athènes 1974 : 127, 360, 365, 367, 428

Convention de Londres 1976 : 147, 149, 428

Règles de Rotterdam 2008 : 134, 136, 611

– Air :

Convention de Varsovie 1929 : 17, 126, 146 à 149, 360, 366, 380, 382, 534, 536, 546, 558, 608

Convention de Montréal 1999 : 126, 127, 147, 360, 364, 579, 608-613

– Route :

Convention de Genève, relative au contrat de transport international de marchandises par route

(CMR 1956) : 126, 146, 147, 327, 355, 536, 545, 765

Convention de Genève, relative au contrat de transport international de voyageurs et de bagages par route (CVR 1973) : 360, 536

– Fer :

Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (RU-CIM 1999) : 355, 535

Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire de voyageurs (RU-CIV 1999) : 127, 360, 367, 428, 535

– Navigation intérieure :

Convention de Budapest, relative au contrat de transport de marchandises en navigation intérieure

(CMNI 2001) : 126, 146, 147, 355, 578

2) Autres contrats

– Dépôt hôtelier :

Convention de Paris : 155, 613, 618

– Vente :

Convention de La Haye 1955 : 312, 314

Convention de Vienne 1980 : 312, 314

TABLE DES MATIÈRES

<i>Principales abréviations</i> _____	<i>VII</i>
<i>Sommaire</i> _____	<i>IX</i>
<i>Introduction</i> _____	<i>1</i>
<i>Première Partie La validité des clauses relatives à la responsabilité</i> _____	<i>33</i>
<i>Titre I Les règles classiques de validité des clauses relatives à la responsabilité</i> _____	<i>35</i>
Chapitre I Le principe classique de validité des clauses relatives à la responsabilité en matière contractuelle _____	37
Section 1 : L'élaboration jurisprudentielle du principe de validité _____	37
§1. L'admission progressive du principe de validité _____	38
A. La validation des clauses limitatives de responsabilité _____	38
B. La validation progressive des clauses exonératoires de responsabilité _____	39
1) L'admission progressive du principe même de validité _____	39
2) L'affinement progressif de la portée de la validité _____	40
§2. L'affirmation du principe de validité _____	42
A. La pleine validité des clauses relatives à la responsabilité _____	42
B. La justification du principe de validité _____	43
1) Fondements juridiques _____	43
a) En droit français _____	44
b) Dans plusieurs droits étrangers _____	46
2) Fondements extra-juridiques _____	47
Section 2 : La validité conditionnée _____	48
Chapitre II Le principe classique de nullité des clauses dites contraires à l'ordre public 53	
Section 1 : La nullité jurisprudentielle des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle 53	
§1. L'affirmation jurisprudentielle de la nullité des conventions relatives à la responsabilité délictuelle _____	55
A. Le silence relatif des textes _____	55
B. L'établissement jurisprudentiel de la nullité _____	56
§2. La contrariété à l'ordre public comme fondement annoncé du principe de nullité _____	58
A. L'affirmation jurisprudentielle du caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle 58	
B. Une justification insuffisante de la prohibition totale des conventions en matière délictuelle _____	59
1) Le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle en question _____	60
a) La relativisation du principe de réparation intégrale _____	60

b) La faiblesse de l'argument relatif au caractère dissuasif de la responsabilité _____	61
2) L'absence de contrariété à l'ordre public des conventions relatives à la responsabilité délictuelle _____	62
Section 2 : La nullité en doctrine des clauses relatives au dommage corporel _____	64
§1. La certitude de la nullité des clauses supprimant la réparation du dommage corporel _____	64
A. La faiblesse de l'argument fondé sur l'actuel article 1128 du Code civil _____	65
B. Les clauses de non-responsabilité contraires à l'ordre public _____	66
§2. L'affinement nécessaire des solutions pour les clauses limitant la réparation du dommage corporel _____	69
A. La recevabilité du principe de la limitation en cas de dommage corporel _____	70
B. Le rejet de la nature conventionnelle de la limitation _____	72
1) Un double obstacle _____	72
2) Un argument inopérant : le partage des risques _____	73

Titre II La remise en cause des règles classiques de validité par l'émergence du critère du déséquilibre structurel _____ 77

Chapitre I Le recul de la validité des clauses en matière contractuelle en raison de la prise en compte du déséquilibre entre les contractants _____ 79

Section 1 : Les atteintes légales dictées par la nécessité de la protection du contractant en situation de faiblesse _____	80
Sous-section 1 : Les atteintes ponctuelles au principe de validité des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité _____	80
§1. Les atteintes en droit des transports _____	81
A. L'interdiction des clauses exonératoires de responsabilité en présence d'un déséquilibre structurel _____	82
1) Un mouvement général en droit des transports _____	83
a) Le rejet des clauses exonératoires de responsabilité par le droit interne _____	83
b) Le rejet des clauses exonératoires de responsabilité par le droit international _____	86
2) L'exemple probant du droit maritime _____	88
a) La prise en compte du déséquilibre entre les parties à l'origine de la distinction entre l'affrètement et le transport sous connaissance _____	89
b) Le déséquilibre entre les parties, guide de la validité des clauses relatives à la responsabilité _____	90
i. Le transport sous connaissance, déséquilibre entre les contractants et nullité des clauses relatives à la responsabilité _____	91
ii. Le contrat d'affrètement, équilibre entre les contractants et validité des clauses de non-responsabilité _____	93
B. L'encadrement des clauses limitatives de responsabilité pour protéger la partie faible _____	96
1) L'encadrement souple du droit interne _____	96
2) L'encadrement strict du droit international _____	99
§2. Les atteintes dans le Code civil _____	103
A. L'exclusion légale de l'aménagement conventionnel de la responsabilité dans le dépôt hôtelier _____	103

1) Propos liminaire : la notion de dépôt hôtelier _____	103
2) L'exclusion des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité _____	105
3) L'apparente survivance de clauses exonératoires de responsabilité dans les hôtels __	107
a) Une clause relative à la responsabilité de l'hôtelier ? _____	107
i. Une clause exonératoire de responsabilité relative à une obligation de sécurité ?	108
ii. Une clause de non-obligation ? _____	109
b) Un comportement dicté au client ? _____	110
i. Une obligation à la charge du client ? _____	110
ii. Une incombeance ? _____	111
c) Conclusion de l'analyse _____	112
B. L'exclusion excessive de toute atténuation de la garantie des vices cachés dans le droit de la construction _____	113
1) Propos liminaire : la nature de la clause de non-garantie _____	115
2) La prohibition systématique récente des clauses relatives à la garantie des constructeurs _____	117
3) Conséquences problématiques _____	118
Sous-section 2 : Les atteintes de grande envergure au principe de validité des clauses relatives à la responsabilité _____	119
§1. Le rejet absolu en droit de la consommation en raison du déséquilibre structurel entre les contractants _____	120
I. Le rejet absolu en droit positif _____	120
A. Le déséquilibre structurel, raison d'être du droit de la consommation _____	120
1) Identification des acteurs du droit de la consommation _____	121
a) Le débiteur de la protection _____	121
b) Le créancier de la protection _____	121
2) Présence d'un déséquilibre structurel entre les acteurs _____	124
a) L'apparition du déséquilibre structurel entre les parties _____	124
b) La naissance du droit de la consommation, lutte contre les déséquilibres _____	125
B. La lutte sans merci du droit de la consommation contre les clauses relatives à la responsabilité _____	127
1) Les clauses relatives à la responsabilité comme point de départ de la lutte contre les clauses abusives _____	128
a) La loi du 10 janvier 1978, premier pas dans la lutte contre les clauses abusives __	128
b) L'insuffisance du système _____	131
2) Le dispositif actuel de droit français de lutte contre les clauses abusives _____	132
a) L'avènement du déséquilibre structurel, cause de déséquilibre contractuel _____	133
b) Approche critique des listes noire et grise _____	135
i. La compatibilité en question de la liste noire avec la définition générale de la clause abusive _____	135
ii. Les clauses relatives à la responsabilité dans la liste noire : un choix très critiquable _____	136
3) La prohibition renforcée par les règles de droit international privé de l'Union européenne _____	140

a) Des règles favorables au consommateur quant à la compétence judiciaire _____	141
b) La résolution des conflits de loi en faveur du consommateur _____	142
C. La résistance de la pratique _____	144
1) La présence de nombreuses clauses de responsabilité en pratique _____	144
a) Les clauses abusives dans les contrats de transport ferroviaire _____	145
b) Les garanties conventionnelles dans les contrats de vente _____	147
2) Des remèdes récemment adoptés _____	149
II. Le rejet mesuré en droit prospectif _____	150
A. Droit prospectif interne : proposition de modification des listes _____	151
B. Droit prospectif européen : la proposition de règlement relatif au droit commun de la vente _____	154
§2. Le rejet probable en droit de la concurrence en raison du déséquilibre supposé entre les contractants _____	157
A. La lutte contre les clauses à l'origine d'un déséquilibre significatif dans le Code de commerce _____	158
1) Le dispositif de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce _____	158
2) Le fondement de la protection : la présence d'un déséquilibre entre les contractants _	159
a) Le fondement apparent dans la loi : le déséquilibre circonstanciel entre les parties	159
b) Le fondement révélé par le juge : le déséquilibre structurel entre les parties _____	161
3) La mise en œuvre _____	163
B. L'application du dispositif aux clauses relatives à la responsabilité en question _____	164
1) Le contrôle du juge _____	164
2) Le sort des clauses relatives à la responsabilité _____	166
§3. Le rejet imminent en droit commun des contrats : la consécration de la prise en compte du déséquilibre structurel _____	168
A. L'introduction de la lutte contre les clauses abusives dans le droit commun des contrats	168
B. Quelle incidence pour les clauses relatives à la responsabilité ? _____	171
Section 2 : Les atteintes jurisprudentielles injustifiées _____	173
Sous-section 1 : Une atteinte ponctuelle au principe de validité dans le droit de la vente _____	174
§1. La remise en cause du principe de validité des clauses de non-garantie des vices cachés apparemment justifiée _____	174
A. L'évolution du régime des clauses de non-garantie des vices cachés en raison de l'apparente prise en compte de la situation des parties _____	175
1) Le principe de validité légalement affirmé en raison de l'équilibre entre les contractants _____	175
a) La proximité du régime légal spécial des clauses de non-garantie et du régime de droit commun des clauses de non-responsabilité _____	175
b) La validité justifiée par l'équilibre supposé entre les parties _____	179
2) Le renversement jurisprudentiel du principe en raison de l'apparition du déséquilibre entre les contractants _____	180
B. Le régime des clauses de non-garantie des vices cachés en droit positif _____	181
1) Le principe de nullité en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties _____	182
2) La validité résiduelle en présence d'un équilibre structurel entre les parties _____	183

a) La vente entre non-professionnels _____	183
b) La vente entre professionnels de même spécialité _____	183
§2. Le caractère hautement critiquable de la remise en cause du principe de validité des clauses de non-garantie des vices cachés _____	186
A. Une solution incohérente au regard du droit interne _____	186
1) La présomption irréfragable de connaissance du vice, une solution contestable ____	186
2) Le déséquilibre structurel, une justification insuffisante _____	187
B. Une solution néfaste au regard du droit international _____	190
1) La solution équilibrée du droit anglais _____	191
2) Le défaut d'attractivité du droit français _____	194
a) La reconnaissance du manque d'attractivité du droit français de la vente _____	194
b) La possibilité de choisir une autre loi dans les ventes internationales _____	195
Sous-section 2 : Une atteinte de grande envergure au principe de validité en droit commun des contrats _____	197
§1. Le coup d'éclat de la jurisprudence <i>Chronopost</i> _____	198
A. La porosité critiquable des frontières entre conclusion et exécution du contrat _____	201
B. Un fondement contestable _____	202
C. L'objet du contrôle en question _____	208
§2. L'absence de justification valable _____	210
A. Le silence de la Cour de cassation _____	211
B. Une justification insuffisante : la justice contractuelle _____	213

Chapitre II La percée de la validité des clauses supposées contraires à l'ordre public 219

Section 1 : La validation légale dans les droits spéciaux _____	220
§1. La porosité des frontières : les clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle autorisées _____	220
A. Les limitations conventionnelles de responsabilité validées dans la responsabilité du fait des produits défectueux _____	221
1) La validité reconnue des clauses relatives à la réparation des dommages aux biens entre professionnels _____	222
2) Les justifications de la validité _____	225
a) Justification au fond : l'absence de déséquilibre structurel entre les contractants _	225
b) Justification technique : la marge de manœuvre lors de la transposition de la directive _____	225
3) Droit prospectif : la suppression de l'exception de validité _____	228
B. Le seul principe de limitation de réparation adopté en droit des transports _____	229
§2. La primauté de la prévisibilité contractuelle : les clauses relatives au dommage corporel validées _____	231
A. La validation des limites de réparation du dommage corporel en droit des transports __	233
1) La présence fréquente de limites de responsabilité portant sur les dommages corporels _____	233
2) La protection incidente de la partie faible au contrat _____	234
3) L'essoufflement du mouvement ? _____	235
B. Les limites à la validation : l'interdiction des clauses exonératoires de responsabilité __	238

Section 2 : La validation discrète en jurisprudence _____	239
§1. La validation en question des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle _____	239
A. La mise au pacage commun _____	240
B. La clause minière _____	242
§2. La validation ponctuelle des clauses couvrant le dommage corporel _____	244
A. La validation indirecte du principe de limitation par la Cour de cassation _____	244
B. La validation des clauses relatives à la responsabilité par la jurisprudence _____	246
1) La validation des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité par la Cour de cassation _____	246
2) Justifications de la rareté des décisions _____	247

Titre III Le renouvellement des règles de validité par la prise en compte du critère du déséquilibre structurel _____ 251

Chapitre I Pour la restauration du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité contractuelle _____ 253

Section 1 : Le critère retenu : l'absence de déséquilibre structurel entre les parties _____	253
§1. Enseignements issus des droits spéciaux _____	254
A. Constat : la protection de la partie faible dans un contrat déséquilibré _____	254
1) Présence d'un déséquilibre entre les parties _____	254
a) Nature du déséquilibre _____	255
b) Type de déséquilibre _____	256
2) Du déséquilibre structurel à l'encadrement des clauses relatives à la responsabilité _____	258
a) Conséquence du déséquilibre structurel : l'absence de négociation _____	258
b) Raisonnement suivi pour encadrer les clauses relatives à la responsabilité _____	259
B. Appréciation des choix effectués par le législateur _____	260
1) Les choix relatifs aux clauses exonératoires de responsabilité convaincants _____	260
2) Le manque de cohérence des choix relatifs aux clauses limitatives de réparation _____	261
§2. Affinement du critère _____	263
A. Identification du déséquilibre structurel _____	263
1) Apparition du déséquilibre entre les parties _____	263
2) Développement du contrat d'adhésion _____	264
3) Conséquence : le contrat d'adhésion, critère du déséquilibre structurel _____	266
B. Justifications de la prise en compte du déséquilibre structurel _____	269
Section 2 : Proposition d'un régime restauré de validité en matière contractuelle _____	272
Sous-section 1 : Les règles de validité sans égard à la nature du contrat _____	273
§1. La confirmation de la nullité des clauses couvrant le dol _____	273
A. Contenu du principe de nullité des clauses couvrant le dol _____	274
B. Fondements du principe de nullité des clauses couvrant le dol _____	277
§2. L'affirmation de la nullité des clauses atténuant la réparation du dommage corporel _____	279
A. L'interdiction des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité relatives au dommage corporel _____	279
B. Limite : l'établissement de plafonds légaux _____	281
Sous-section 2 : Les nouvelles règles de validité construites autour du déséquilibre structurel _____	284

§1. La validité quasi absolue en l'absence d'un déséquilibre structurel entre les contractants	284
§2. La validité contrôlée en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties	286
A. Le choix de la distinction entre clauses limitatives et clauses exonératoires de responsabilité	287
B. Régime des clauses relatives à la responsabilité	289
1) Régime des clauses exonératoires de responsabilité	289
2) Régime des clauses limitatives de réparation	291
Sous-section 3 : Le régime proposé à l'épreuve de la réforme du Code civil	296
§1. Les textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016	296
§2. Les textes proposés par l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016	299

Chapitre II Pour la consécration du principe de validité des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle **303**

Section 1 : Le contexte favorable à la consécration d'un principe de validité des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle	303
§1. L'absence de caractère d'ordre public des textes relatifs à la responsabilité délictuelle	304
A. Le rejet théorique du caractère d'ordre public	304
B. Le rejet du caractère d'ordre public par les droits étrangers	305
§2. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle	305
A. Le mouvement de rapprochement des deux ordres de responsabilité	306
B. Les conséquences de ce rapprochement : l'identité des règles de validité des clauses relatives à la responsabilité	307
Section 2 : Propositions de nouvelles règles de validité en matière extracontractuelle	310
§1. La consécration du principe de validité	310
A. La validité étendue en l'absence d'un déséquilibre structurel entre les parties	310
B. La validité restreinte en présence d'un déséquilibre structurel entre les parties	312
1) Opportunité d'évoquer l'hypothèse d'un déséquilibre structurel pour les clauses relatives à la responsabilité délictuelle	312
2) Régime des conventions de responsabilité en présence d'un déséquilibre structurel	313
§2. Les conditions formelles	315
A. Le principe du consensualisme	315
B. La question du support	316

Deuxième partie L'efficacité des clauses relatives à la responsabilité **319**

Titre I Les limites à l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité entre les parties **321**

Chapitre I La suppression de l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité en raison de la gravité de la faute du responsable **323**

Section 1 : Identification des fautes	323
Sous-section 1 : Présentation des différents types de faute	324
§1. La faute dolosive, une notion dualiste	324

A. La faute dolosive, notion évolutive dans le droit commun de la responsabilité contractuelle	325
1) De la conception restrictive à la conception extensive de la notion de faute dolosive	325
a) L'extension jurisprudentielle de la définition de la faute dolosive en droit commun des contrats	325
b) La confirmation du mouvement en droit des assurances	327
2) Le droit positif : la dualité de la notion de faute dolosive	331
a) L'acceptation souple de la faute dolosive pour faire obstacle aux clauses relatives à la responsabilité	331
b) Le maintien de la faute intentionnelle	333
B. La faute dolosive, notion claire dans le droit de la responsabilité extracontractuelle	334
§2. Les fautes équivalentes à la faute dolosive	336
A. L'identification des fautes couvertes par le principe d'équipollence	336
1) La faute lourde, notion classique du droit commun	337
a) Conception objective et conception subjective de la faute lourde	338
b) Les critères insaisissables de la faute lourde	342
c) Une certitude : l'appréciation in abstracto de la faute lourde	345
2) La faute inexcusable, notion en pleine expansion dans les droits spéciaux	346
a) Apparition et expansion de la faute inexcusable en droit des transports	346
b) Certitude de la définition de la faute inexcusable	348
c) Incertitude de l'appréciation de la faute inexcusable	350
B. La survivance du principe d'équipollence	352
1) L'assimilation jurisprudentielle de la faute lourde à la faute dolosive, une règle contestée	352
a) La portée de l'adage	353
b) Des justifications débattues	355
i. L'assimilation, simple règle de preuve ?	355
ii. L'assimilation, une règle de fond	357
c) Le maintien conditionné du jeu de l'adage	362
2) L'assimilation légale de la faute inexcusable à la faute dolosive, une règle acquise	363
Sous-section 2 : Renouveau des différentes notions	365
§1. La notion unitaire de faute dolosive	366
A. Une nécessaire clarification	366
B. Une proposition de redéfinition	367
1) La conscience de la réalisation certaine du dommage	367
2) La requalification de l'inexécution volontaire	368
§2. L'approche renouvelée de la faute inexcusable	369
A. Le maintien de la définition	370
B. L'approche renouvelée de l'appréciation in concreto de la faute inexcusable	371
1) Les avantages d'une appréciation in concreto	371
2) Les conditions de l'appréciation in concreto	371
a) L'assouplissement de l'appréciation in concreto	372
b) La nécessité de réviser les plafonds légaux en droit des transports	372

§3. La définition renouvelée de la faute lourde _____	374
A. Une définition toujours souple mais précisée _____	374
1) Une faute « lourde de conséquences prévisibles » _____	374
2) L'inexécution d'une obligation essentielle, simple indice de la gravité de la faute _____	378
B. L'extension de la règle d'équipollence à la matière délictuelle _____	379
Section 2 : Effet des fautes sur le jeu des clauses relatives à la responsabilité _____	381
§1. Le principe de droit commun : l'inefficacité des clauses relatives à la responsabilité en présence d'une faute très grave _____	382
A. Contenu de la règle _____	382
1) L'inefficacité des clauses limitée au cas d'espèce _____	382
2) Le large champ d'application de la règle d'inefficacité _____	383
B. Justifications de la règle d'inefficacité _____	386
1) En matière contractuelle _____	386
2) En matière extracontractuelle _____	388
§2. Les exceptions des droits spéciaux _____	390
A. Un régime plus strict pour le créancier : la paralysie des clauses limitée à la faute dolosive _____	390
1) La suppression de la cause de déplaçonnement pour le transporteur aérien de marchandises _____	391
2) Un choix très critiquable _____	392
B. Un régime plus strict pour le débiteur : la paralysie des clauses étendue à la faute simple _____	394
1) La faute simple de l'hôtelier, obstacle à la limitation légale _____	394
2) L'extension de la solution au dépôt hospitalier _____	397
3) Un choix difficilement justifiable _____	398
Chapitre II L'exclusion des pistes alternatives pour moduler l'efficacité des clauses relatives à la responsabilité _____	401
Section 1 : Le rejet de la révision judiciaire des clauses limitatives de réparation _____	401
§1. La faiblesse du fondement théorique _____	402
A. Le strict champ d'application de l'actuel article 1152 du Code civil _____	402
1) Débat général sur le champ d'application _____	403
2) L'exclusion particulière des clauses limitatives de responsabilité du champ d'application _____	404
B. L'impossible assimilation des clauses limitatives de responsabilité aux clauses pénales _____	406
1) L'insuffisance de la similitude d'effets des deux types de clause _____	406
2) Le recours inefficace à l'argument du dol _____	408
§2. La remise en cause des intérêts pratiques de la révision _____	409
A. Le manque d'intérêt pratique de la révision de la clause limitant la réparation à un montant dérisoire _____	409
1) Difficultés à définir la clause révisable _____	410
2) Inutilité ou risque d'arbitraire de la révision _____	411
B. La caducité de la proposition de révision des clauses en fonction du comportement du débiteur _____	412

Section 2 : Le maintien des clauses relatives à la responsabilité en cas de résolution pour inexécution	414
§1. L'opportunité de la résolution pour inexécution	415
§2. Le jeu des clauses relatives à la responsabilité en question en cas de résolution pour inexécution	417
A. L'apparition d'un doute	418
B. Le rejet nécessaire de la paralysie des clauses relatives à la responsabilité en cas de résolution pour inexécution	419
1) Une solution pratiquement inopportune	419
2) Une solution théoriquement indéfendable	420
a) Le maintien certain des clauses pénales	420
b) L'absence d'obstacle au maintien des clauses limitatives de responsabilité	421

Titre II Le rayonnement des clauses relatives à la responsabilité à l'égard des tiers 427

Chapitre I Le déclin de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité 431

Section 1 : Les errements jurisprudentiels relatifs à l'engagement de la responsabilité du débiteur par le tiers victime	431
§1. Les évolutions jurisprudentielles concernant le terrain d'engagement de la responsabilité du contractant	432
§2. L'évolution de la définition de la faute engageant la responsabilité délictuelle du contractant	435
A. Position initiale : l'apparente distinction entre faute contractuelle et faute délictuelle	436
1) L'exigence jurisprudentielle de la preuve d'une faute indépendante	436
2) Une exigence factice ?	437
B. L'identité des fautes retenue au profit de la victime	439
1) Divergences entre les chambres de la Cour de cassation	439
2) Consécration de l'identité des fautes contractuelle et délictuelle	440
a) Une solution critiquable sur le plan théorique	440
i. L'absence d'identité réelle entre faute contractuelle et faute délictuelle	440
ii. L'atteinte à la règle du non-cumul des responsabilités	444
iii. L'atteinte à l'effet relatif du contrat	445
b) Une solution à la portée pratique démesurée	448
Section 2 : L'opposabilité réduite des clauses relatives à la responsabilité	450
§1. L'opposabilité limitée aux actions contractuelles	450
A. L'inopposabilité des clauses en cas de responsabilité délictuelle	451
B. L'opposabilité résiduelle en cas de responsabilité contractuelle	452
1) L'opposabilité résiduelle dans les chaînes de contrats translatifs de propriété	452
2) La question de la « double limite »	452
§2. L'inopportunité du champ réduit de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité	456
A. La prévisibilité contractuelle évincée	456
B. La surprotection de la victime	458

Chapitre II Le renouveau de l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité 461

Section 1 : La redéfinition du terrain de l'engagement de la responsabilité	461
---	-----

§1. Le rejet des propositions « unitaires » _____	462
A. Le « tout contractuel » _____	462
1) Une proposition radicale : le terrain contractuel pour tous les tiers _____	462
2) Une proposition plus mesurée : le terrain contractuel pour les parties d'un groupe de contrats _____	465
B. Le « tout délictuel » _____	469
1) Présentation _____	469
2) Critiques _____	470
§2. Une proposition intermédiaire et équilibrée _____	476
A. Opportunité théorique _____	477
1) L'absence de neutralisation de la règle du non-cumul des deux responsabilités _____	477
2) La remise en cause modérée de l'effet relatif du contrat _____	481
3) Une règle nouvelle _____	485
B. Opportunité pratique _____	486
1) La suppression des différences de régime injustifiées _____	487
2) La réalité de la portée pratique de l'action sur le terrain délictuel _____	488
Section 2 : Le renouvellement des règles d'opposabilité des clauses _____	491
§1. L'opposabilité possible grâce au terrain contractuel _____	492
A. La cohérence du système retrouvée : la renaissance de l'opposabilité des clauses grâce à la nature contractuelle de la responsabilité _____	492
B. Le maintien de l'inopposabilité des clauses sur le terrain délictuel _____	493
§2. Les limites à l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité _____	497
A. Le critère rejeté : la connaissance de la clause _____	497
1) La défense doctrinale du critère de la connaissance _____	497
2) Le rejet technique et pratique du critère de la connaissance _____	498
B. Le critère retenu : la prohibition de la clause issue d'une loi d'ordre public _____	500
1) Présentation du critère _____	500
2) Mise en œuvre du critère _____	502
Conclusion générale _____	507
Bibliographie _____	513
I. Dictionnaires juridiques et encyclopédies _____	513
II. Traités, manuels et cours _____	514
III. Thèses et mémoires _____	516
IV. Études, rapports et débats parlementaires _____	518
V. Articles de mélanges et d'ouvrages collectifs _____	518
VI. Actes de colloques _____	520
VII. Articles de doctrine et notes de jurisprudence _____	520
Index alphabétique _____	531
Index des principaux textes cités _____	535
Table des matières _____	539

Résumé :

Présentes dans de nombreux domaines, les clauses limitatives de réparation et les clauses exonératoires de responsabilité constituent une pratique très courante. Si elles se rencontrent le plus souvent en matière contractuelle, ces conventions peuvent également aménager la responsabilité extracontractuelle d'un potentiel responsable qui connaîtrait déjà la victime éventuelle, tel un voisin ou un cotraitant dans la réalisation d'un ouvrage. Malgré leur utilité et leur fréquence pratique, ces clauses pâtissent aujourd'hui d'un régime incertain, qui suscite nombre d'interrogations, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Pour savoir si une clause limitative ou exonératoire de responsabilité peut jouer en faveur du responsable, il faut dans un premier temps vérifier sa validité. Or, tant les droits spéciaux (droit des transports, droit de la consommation...) que la jurisprudence (notamment l'arrêt *Chronopost*) ont porté de multiples atteintes aux règles classiques de validité de ces stipulations. Il est dès lors nécessaire d'instaurer des directives renouvelées afin de clarifier cette question primordiale. Dans un second temps, il n'est pas certain que la clause relative à la responsabilité, pourtant valable, puisse déployer tous ses effets. L'efficacité de ces stipulations revêt ainsi une grande importance. Cependant, là encore, les règles de paralysie en cas de faute qualifiée du responsable, ainsi que celles qui gouvernent l'opposabilité des clauses aux tiers victimes d'un dommage causé par un manquement contractuel, méritent d'être rénovées pour balayer les incertitudes qui jalonnent aujourd'hui la matière.

À l'heure où le droit de la responsabilité civile est en passe d'être réformé, cette étude propose un nouveau régime applicable aux clauses relatives à la responsabilité pour que la notion recouvre sa fonction de véritable outil de prévisibilité pour les parties.

Mots-clés : Clause limitative de réparation – Clause limitative de responsabilité – Clause exonératoire de responsabilité – Réparation – Droit des contrats – Droit de la responsabilité civile – Clause abusive – Droit des transports – Déséquilibre significatif – Partie faible – Faute dolosive – Opposabilité

Abstract : *Limitation and exclusion clauses*

Limitation and exclusion clauses constitute a very common practice in many areas. Although they are more often used in the contractual field, these agreements can also change tort liability of a potential tortfeasor who would already know the potential victim, as a neighbour or a consortium member. Nowadays, despite their utility and practical frequency, these stipulations suffer from an uncertain regime, that gives rise to questions, as much in contractual field as in tort field.

Firstly, to know whether an exclusion clause can be invoked by the responsible, we need to verify its validity. Yet, both laws in different fields (transport law, consumer law ...) and case law (especially the famous *Chronopost* case) have affected the classic rules of validity of these stipulations. There is therefore a need to establish new guidelines to clarify this important question. Secondly, it is not certain that the exclusion clause, however valid, will apply. The effectiveness of these provisions is also of great importance. Nevertheless, the rules governing the paralysis in case of gross fault from the responsible and those who regulate the enforceability of clauses to third parties, victims of a damage caused by a breach of contract, should be renovated to sweep away the uncertainties that confuse the subject.

At a time when French civil liability law is about to be reformed, this study proposes a new regime for exclusion and limitation clauses in order to restore their true function of foreseeability for parties.

Keywords : Limitation clause – Exclusion clause – Damages – Contract law – Contractual liability – Tort law – Unfair terms – Transport law – Significant imbalance – Weaker party – Deliberate fault – enforceability to third parties