



**HAL**  
open science

## Réponse à consultation publique sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile publié le 29 avril 2016

Marie Leveneur-Azémar

### ► To cite this version:

Marie Leveneur-Azémar. Réponse à consultation publique sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile publié le 29 avril 2016. [Rapport de recherche] Laboratoire de droit civil. 2016. hal-01508063

**HAL Id: hal-01508063**

**<https://hal.science/hal-01508063>**

Submitted on 13 Apr 2017

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

# Réponse à consultation publique sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile

Marie LEVENEUR-AZEMAR  
marie.leveueur@gmail.com  
A.T.E.R à l'Université Paris II

## I. Article 1234

## II. Articles 1281 à 1283

### I. Article 1234 : action du tiers contre le débiteur défaillant

*« 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. »*

**Cette disposition a pour objet de mettre fin à la jurisprudence *Myr'ho*** issue de l'arrêt d'Assemblée Plénière du 6 octobre 2006. **L'objectif est louable**, en raison des difficultés entraînées par la solution jurisprudentielle. L'article 1234 proposé permet de revenir à des solutions beaucoup plus traditionnelles, avec la nécessité de prouver une faute extérieure au contrat pour le tiers pour pouvoir engager la responsabilité extracontractuelle du débiteur défaillant.

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, laquelle ne peut se doubler d'une faute délictuelle. Le tiers 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 (fait générateur de responsabilité extracontractuelle). 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 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. 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.

On pourrait répondre que **le tiers peut dans la plupart des cas se retourner contre son contractant direct. Cet argument 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. Il semble préférable que le sous-locataire, utilisateur des lieux loués, agissent directement contre le bailleur plutôt que contre son cocontractant, qui agira ensuite contre le bailleur.

**Ainsi, la combinaison du terrain délictuel avec le retour à une faute détachable du contrat entraînera un net recul pour les tiers victimes.**

**Il aura aussi pour effet de creuser l'écart entre les chaînes de contrats translatifs et les chaînes de contrats non translatifs de propriété.** Cet écart est d'ailleurs consacré, sans justification, par l'avant-projet. Pour ne pas supprimer toute la construction relative aux chaînes de contrats, l'avant-projet propose en effet d'ajouter un 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.

La seconde hypothèse concerne les tiers au contrat, victimes d'une **inexécution en dehors 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'école. 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 tireur (Cass. com., 4 juin 1991, pourvoi n° 89-14629). 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. 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. Et là encore, **l'argument relatif à l'action contre le contractant direct va contre l'efficacité du droit et des actions en justice**. Ainsi, ce 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 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.

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 originaire est une vente. À rebours des constructions jurisprudentielles élaborées dans les années 1980, cette solution instaure en pratique des **différences de traitements injustifiées** et **complexifie grandement l'action du tiers** victime. En outre, elle 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 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**. Si cette tendance se concrétisait, **elle réduirait à néant les prévisions des parties**, en empêchant au débiteur défaillant d'opposer les clauses relatives à la responsabilité au tiers victime, en raison du terrain extracontractuel, alors même que ce tiers ne se plaindrait que d'une inexécution contractuelle.

Trop de conséquences pratiques inopportunes entachent cette proposition. Il est donc nécessaire de chercher une autre voie.

**Proposition : offrir une option au tiers entre le terrain contractuel et le terrain délictuel, avec cependant une nuance afin de limiter l'atteinte à 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.

### ***1) Atteinte au principe de l'effet relatif ?***

De prime abord, cette solution semble passer outre la règle de l'effet relatif des contrats. 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 contractuelle. 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 contrat. 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, cette interprétation large de l'effet relatif a été remise en cause à la fin du XX<sup>ème</sup> 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 » (G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, L.G.D.J., n° 240). C'est en réalité sur ce dernier point que se cristallise la véritable difficulté.

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 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.

Dans un premier temps, **cette critique peut être nuancée**, en soulignant la cohérence de la solution. Lorsque le fait générateur de responsabilité est la pure inexécution d'une obligation contractuelle, la responsabilité doit être de nature contractuelle. 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 violée. Il s'agit de « mettre l'accent sur l'unité du fait générateur, au détriment de la diversité des victimes » (J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, thèse Paris II, n° 629).

Dans un second temps, il faut souligner qu'il reste 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. **Cette difficulté peut être résolue par l'ajout d'un critère**.

### ***2) 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. 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 obligations. 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. À l'opposabilité du manquement contractuel par le tiers, répond l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité présentes dans le contrat par le débiteur défaillant. 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 des règles déterminant l'engagement de la responsabilité contractuelle, et une approche plus réaliste de la situation des tiers victimes d'inexécutions d'obligations purement contractuelles. Nous proposons donc de modifier l'article 1234.

**Proposition :**

**Article 1234 :**

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 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 extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

## II. Articles 1281 à 1283 : Contrats excluant ou limitant la réparation

### Remarques générales :

Le silence du code de 1804 sur ces clauses a entraîné la construction d'un régime jurisprudentiel peu lisible et accessible. **La consécration de la notion et d'un régime pour les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité est un point très positif pour notre droit des contrats.**

**En revanche, la distinction entre validité et efficacité des clauses ne ressort pas clairement des textes.** Or, si les règles de validité jouent au stade de la **formation** du contrat, et permettent de réputer non écrite une clause le cas échéant, les règles qui modulent l'efficacité ne peuvent être invoquées qu'au moment de **l'exécution** du contrat ou de la commission du fait dommageable. Elles paralyseront la clause dans ce cas, mais celle-ci restera valable si le contrat dure dans le temps. Cette **différence importante** devrait ressortir plus clairement des textes proposés.

Les textes proposés semblent avoir pour vocation de créer un **régime complet pour les clauses relatives à la responsabilité**. Si tel est le cas, une règle relative à l'invalidité des clauses couvrant les fautes qualifiées devrait être ajoutée.

### A. 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. »*

**Cette disposition emporte notre pleine adhésion.** La consécration du principe de validité, tant en matière contractuelle qu'extracontractuelle, est nécessaire pour redonner à ces clauses leur rôle premier d'outil de prévision solide pour les contractants.

L'exclusion du dommage corporel répond à un souci de réparation intégrale du dommage corporel, en cohérence avec le reste du projet. Bien que les clauses aménageant la réparation du dommage corporel ne permettent pas de porter atteinte à l'intégrité du corps humain, elles portent en elles un trop grand risque pour ceux qui les acceptent. En prévoyant de réduire la réparation en cas de négligence ou faute, elles sont contraires à l'ordre public. Leur condamnation est donc nécessaire.

### B. 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. »*

- **Commentaire de l'alinéa 1<sup>er</sup>**

La formulation de cet alinéa n'est pas très claire. Est-ce une reprise de l'Avant-Projet Catala, qui prévoyait que les clauses en matière délictuelle n'étaient valables que pour les responsabilités sans faute ? Ou bien est-ce seulement au stade de la commission du fait dommageable que le contrôle sera effectué, et la simple faute du responsable aura alors pour conséquence de paralyser la clause ?

Dans tous les cas, **pourquoi effectuer une distinction avec la responsabilité contractuelle** ? En quoi la société est-elle plus atteinte par une violation d'un devoir général de se bien conduire (faute délictuelle) ou d'une promesse (faute contractuelle) ? Les deux types de faute, même si le projet rejette leur assimilation, affichent une **gravité comparable** pour la société. D'ailleurs, l'assurance de responsabilité civile couvre aussi bien la faute contractuelle que délictuelle (Ph. Stoffel-Munck, *RDC* 2007, p. 587, n° 6). Dès lors, pourquoi limiter la validité des conventions relatives à la responsabilité extracontractuelle aux seules responsabilités sans faute ? Ou bien, si la disposition porte sur leur efficacité, pourquoi refuser l'efficacité des conventions en matière extracontractuelle dès lors que le dommage a été causé par la faute simple du responsable ?

On pourrait répondre qu'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 fait** (Th. Genicon, « L'immunité des clauses de responsabilité », in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, 2009, p. 125, n° 24). **L'exonération ou la limitation de responsabilité ne supprime pas pour autant son obligation d'agir prudemment.**

**Par conséquent, la différence de régime entre les clauses en matière contractuelle et celles en matière extracontractuelle n'est pas justifiée, et devrait être supprimée.**

- **Commentaire de l'alinéa 2**

L'ajout de « l'acceptation non équivoque » est **obscur**. L'acceptation d'une clause est une condition nécessaire à sa validité : il faut qu'elle soit rentrée dans le champ contractuel pour être valable. Pour cela, elle doit avoir été connue et acceptée du cocontractant. Cette condition relève du consentement des parties lors de la conclusion du contrat (futurs articles 1113 et suivants du Code civil)

En outre, qu'est-ce qu'une acceptation « équivoque » ? A-t-elle une quelconque valeur en dehors des clauses relatives à la responsabilité sans faute ? On ne voit pas bien la portée pratique de cette exigence.

Dès lors, cette condition supplémentaire, limitée aux responsabilités sans faute, est à la fois inutile et obscure. Elle pourrait donc être supprimée.

**Conclusion : suppression de l'article 1282.**

### **C. 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. »*

#### **- Commentaire de l'alinéa 2**

L'alinéa 2 propose d'interdire l'opposabilité des clauses entre les parties lorsque celle à qui on l'oppose n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

#### **-Opposabilité ?**

L'opposabilité désigne classiquement l'opposabilité d'un acte ou d'une clause par une partie à l'égard d'un tiers. En revanche, entre les parties, il n'est pas question d'opposabilité (S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, thèse Paris II, n° 47 : « Considérer un acte ou une clause inopposable, c'est les tenir pour inefficients à l'égard d'un tiers »). Néanmoins, il est vrai que le juge utilise souvent cette expression en matière de clauses relatives à la responsabilité. Il serait pourtant préférable de ne pas consacrer cet abus de langage. L'expression pourrait être aisément remplacée par « contre laquelle elles sont invoquées ».

#### **-Validité/efficacité**

La question de la connaissance de la clause par l'une des parties relève de la validité de la clause : si elle n'a pas été connue, elle n'a pas pu entrer dans le champ contractuel, le cocontractant n'a pas pu donner son accord, la clause n'est donc pas valable. On pense par exemple aux exclusions de responsabilité dans les chambres d'hôtel ou bien sur un ticket de transport remis après paiement du prix : dans ces cas, la clause n'étant pas connue du client au moment de la conclusion du contrat, il n'a pas pu l'accepter, elle n'est donc pas valable. Ce n'est pas une question d'efficacité.

#### **-Régime complet ou renvoi au droit des contrats ?**

Comme pour l'acceptation non équivoque, la question se pose de l'apport de cette règle vis-à-vis du droit commun des contrats qui impose le consentement des deux parties pour que le contrat soit valable. S'il s'agit de construire un régime à part entière, la référence à la connaissance est compréhensible ; elle doit cependant être reformulée pour faire apparaître la validité et non l'inefficacité de la clause.

### -Champ de la disposition

La disposition est limitée à la matière contractuelle. Néanmoins, pourquoi cette limitation ? Là encore, si les conventions relatives à la responsabilité sont valables en matière extracontractuelle, il faut également prévoir la condition de la connaissance de la clause.

### **Proposition**

#### **Article 1283 alinéa 2 :**

Elles ~~n'ont pas non plus d'effet~~ **ne sont valables que** si la partie ~~à laquelle elles sont opposées~~ **contre laquelle elles sont invoquées** n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

#### - **Commentaire de l'alinéa 1<sup>er</sup>**

##### 1) Faute intentionnelle et faute lourde :

#### -Validité/efficacité

Les fautes qualifiées ont deux rôles pour les clauses relatives à la responsabilité :

-au moment de la validité : la clause ne peut couvrir à l'avance la faute volontaire du débiteur ou du responsable (sinon, l'obligation devient potestative) ;

-au moment de l'efficacité : la clause ne peut jouer en faveur de celui qui a commis une faute qualifiée.

Ici, **l'alinéa 1<sup>er</sup> ne prévoit que l'inefficacité**, il manque donc le versant relatif à la validité.

#### -Régime complet ou renvoi au droit des contrats ?

L'absence de la règle relative à la validité s'explique sans doute parce que cette règle découle des articles 1174 (futur 1304-2) et 1134 alinéa 3 (futur 1104) du Code civil. Mais si l'ambition du texte est d'établir un régime complet, il serait bon d'édicter clairement la nullité des clauses qui couvrent la faute intentionnelle ou lourde.

En outre, si la validité des conventions de responsabilité est étendue à la matière extracontractuelle même pour les fautes simples, il faut également unifier la solution de l'inefficacité de ces clauses en cas de faute lourde ou dolosive.

#### -Absence de l'inexécution volontaire

**En remplaçant la faute intentionnelle par la faute dolosive**, le texte perd du même coup le bénéfice de la jurisprudence *Société des comédiens français* (civ. 1<sup>re</sup>, 4 février 1969). Cet arrêt permet de caractériser une faute dolosive dès lors que la simple inexécution volontaire de l'obligation est prouvée, sans avoir à établir que l'agent recherchait les conséquences dommageables de son acte (critère de la faute intentionnelle). Cette nuance est importante car **la faute intentionnelle, plus restrictive, ne peut couvrir l'hypothèse du manquement volontaire**, au demeurant plus fréquente que la faute intentionnelle classique. Ainsi, cette suppression entraînerait une conséquence curieuse : la faute lourde, involontaire, permettrait de désactiver les clauses relatives à la responsabilité, alors que la faute volontaire, entendue comme

l'inexécution volontaire de l'obligation contractuelle, n'aurait pas cet effet car elle ne relèverait ni de la faute lourde, ni de la faute intentionnelle.

Pour remédier à ce manque, il suffirait d'inclure **la faute inexcusable**, découverte par les droits spéciaux, dans la disposition. Étendue au droit commun de la responsabilité civile, elle pourrait couvrir le manquement volontaire.

## 2) Contradiction à l'obligation essentielle

### -Validité/efficacité

La rédaction de cette partie de la disposition est regrettable car **elle invoque l'inefficacité alors que la contradiction à l'obligation essentielle touche à la validité de la clause**, et non à son efficacité. En effet, la règle a pour objet de réputer non écrite une clause qui supprime au contrat sa cohérence, en vidant de toute portée son obligation essentielle. La question se pose donc au moment de la formation du contrat, il s'agit bien d'une question de validité.

### -Objet du contrôle

Par ailleurs, le contrôle de la contradiction à l'obligation essentielle n'est pas le meilleur moyen de sanctionner efficacement les clauses injustes. Il serait préférable, comme la Cour de cassation l'a appliqué dans l'arrêt *Faurecia II* (com. 29 juin 2010), d'effectuer un contrôle de l'équilibre, c'est-à-dire **de vérifier si la clause crée un déséquilibre significatif au sein de la convention**. Ce contrôle, qui entre dans le Code civil à partir du 1<sup>er</sup> octobre, sera un bon outil pour écarter les clauses qui déséquilibrent excessivement le contrat. Néanmoins, dans la mesure où le contrôle de la contradiction à l'obligation essentielle existe déjà dans le nouveau droit des contrats, le choix de reprendre cette solution, même si elle n'est pas idéale, est compréhensible.

### -Régime complet ou renvois au droit des contrats ?

La redondance avec le futur article 1170 du Code civil s'explique sans doute par la volonté de construire un régime complet des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité. Cependant, si tel est vraiment l'objectif, pourquoi ne pas avoir ajouté les clauses qui couvrent la faute intentionnelle et la faute lourde ? La rédaction actuelle manque de cohérence.

Ainsi, **deux nouvelles rédactions peuvent être proposées** : soit un régime complet est édicté, et dans ce cas il doit être complété ; soit les références au droit des contrats sont suffisantes, et dans ce cas la question du contrôle de la contradiction à l'obligation essentielle doit être écartée à l'article 1282.

## **Propositions :**

### **Article 1281 : maintien en l'état**

### **Article 1282 : supprimé, remplacé par :**

Les clauses limitatives ou exclusives de réparation ne sont valables que si la partie contre laquelle elles sont invoquées a pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

Elles sont réputées non écrites lorsqu'elles couvrent la faute intentionnelle, inexcusable ou lourde du débiteur ou de l'auteur du dommage.

En matière contractuelle, elles sont également réputées non écrites lorsqu'elles entraînent un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties.

#### **Ou**

En matière contractuelle, elles sont également réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur.

### **Article 1283 :**

Elles n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle, inexcusable ou de faute lourde du débiteur ou de l'auteur du dommage.

**Ou** (rédaction allégée car renvoi au droit commun des contrats pour les règles de validité)

### **Article 1281 : maintien en l'état**

### **Article 1282 :**

~~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.~~

### **Article 1283 : supprimé**