HAL
open science

REGARDS COMPARATISTES SUR LA RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

Alex-Geert Castermans, Diana L. M. T. Dankers-Hagenaars, Alice Dejean de La Batie, Jean-Sébastien Borghetti, Charlotte de Cabarrus, Ivano Alogna, Thijs Beumers, Maxime Cormier, Ruben de Graaff, Emmanuelle Lemaire, et al.

To cite this version:

Alex-Geert Castermans, Diana L. M. T. Dankers-Hagenaars, Alice Dejean de La Batie, Jean-Sébastien Borghetti, Charlotte de Cabarrus, et al.. REGARDS COMPARATISTES SUR LA RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE. Revue internationale de droit comparé, 2017, pp.5. hal-01520244

HAL Id: hal-01520244

https://hal.science/hal-01520244v1

Submitted on 17 May 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.

Copyright

REGARDS COMPARATISTES SUR LA RÉFORME DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE

*Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, abordé sous l'angle du droit comparé**

* Une version intégrale de cet article est disponible en ligne et accessible à l'adresse : www.grotiuspothier.wordpress.com/publications/

sous la direction de

Alex Geert CASTERMANS, Professeur de droit civil à l'Université de Leiden (Pays-Bas)

Diana DANKERS-HAGENAARS, Professeur associée de droit civil à l'Université d'Amsterdam (Pays-Bas)

Alice DEJEAN DE LA BATIE, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas (France)

avec la participation de

Jean-Sébastien BORGHETTI, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Charlotte DE CABARRUS, Magistrate, chef du Bureau du droit des obligations, à la Direction des affaires civiles et du sceau du Ministère de la justice

Ivano ALOGNA, Doctorant et ATER à l'Université Panthéon-Assas et à l'Université de Milan (Italie)

Thijs BEUMERS, Doctorant rattaché à l'Institut de Droit privé de l'Université de Leiden

Maxime CORMIER, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Ruben DE GRAAFF, Doctorant rattaché à l'Institut de Droit privé de l'Université de Leiden

Emmanuelle LEMAIRE, Doctorante à l'Université Panthéon-Assas, ATER 2 rattachée à l'Institut de droit comparé

Marie LEVENEUR-AZÉMAR, Docteur en droit, ATER rattachée au Laboratoire de Droit civil de l'Université Panthéon-Assas

Benjamin MORON-PUECH, Docteur en droit, rattaché au Laboratoire de Sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas

Thijmen NUNINGA, Doctorant rattaché à l'Institut de Droit privé de l'Université de Leiden

Thijs VANCOPPERNOLLE, Aspirant du Fonds de la Recherche Scientifique – Flandre (FWO), Centre pour la Méthodologie Juridique, Faculté de Droit, KU Leuven (Belgique)

Gitta VELDT, Doctorante rattachée à l'Institut de Droit privé de l'Université de Leiden

INTRODUCTION – D'UN SYSTÈME À L'AUTRE

La doctrine française n'a eu que le temps de reprendre son souffle entre la publication en février 2016 de l'ordonnance de réforme du droit des contrats et celle, en avril de la même année, d'un avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile par la Chancellerie, qui constitue la seconde étape de modernisation du droit des obligations. Une fois de plus, la concertation est à l'honneur, les juristes étant invités à s'associer au réformateur. C'est dans cet esprit que le groupe de recherche en droit comparé Grotius-Pothier[1], fruit d'un partenariat entre les universités de Leiden et Panthéon-Assas, s'est saisi de l'occasion pour tenter d'apporter un regard comparatiste sur les propositions de l'avant-projet, en mettant principalement l'accent sur le droit néerlandais.

En effet, le *Burgerlijk Wetboek* (Code civil néerlandais) ayant été refondu en 1992 – l'ancien code datait de 1838 – sur les aspects qui intéressent la réforme actuelle, les solutions qu'il propose sont le fruit de l'incorporation d'une masse jurisprudentielle considérable. Elles sont à la fois empreintes d'une modernité qui fait défaut au Code civil français de 1804 et déjà suffisamment éprouvées pour pouvoir faire l'objet d'une évaluation solide. La comparaison des deux systèmes de droit civil se révèle fructueuse : au-delà de la confrontation des textes, elle souligne une approche différente de l'opération même de codification du droit civil.

Le *Burgerlijk Wetboek* de 1992 présente deux caractéristiques principales : il est complexe et cohérent. Sa complexité se manifeste par le fait qu'il traite l'intégralité des domaines relevant du droit privé dans un code unique – intégrant par exemple la matière de l'ancien *Burgerlijk Wetboek* et du *Wetboek van Koophandel* (Code de commerce) – sans pour autant exclure la possibilité que certains sujets de droit privé soient réglés hors du *Burgerlijk Wetboek*. Sa cohérence interne se manifeste quant à elle dans sa structure dite « stratifiée » : les dispositions qui se rapportent à une question de droit se retrouvent à plusieurs niveaux, allant du plus général au plus détaillé.

Le travail de comparaison mené par le groupe Grotius-Pothier a donné naissance à plusieurs propositions de modifications de l'avant-projet, dans le cadre de la consultation organisée par la Chancellerie au cours de l'été, mais a également conduit les auteurs à mener une réflexion plus transversale sur les orientations générales du projet de réforme, et en particulier sur le

[1] www.grotiuspothier.wordpress.com/

rapprochement qu'il ébauche entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle.

Le sentiment que cette convergence est une évolution cohérente de la matière ne date d'ailleurs pas de l'avant-projet de réforme, loin s'en faut, comme le souligne J.-S. Borghetti en ouverture de cet article (I). Afin d'en simplifier la lecture, les commentaires élaborés par les différents membres du groupe Grotius-Pothier (II) sont ensuite organisés suivant le plan de l'avant-projet de réforme, en commençant par les provisions générales, au sein desquelles R. De Graaff et B. Moron-Puech ont choisi de traiter plus précisément la question du concours des responsabilités (II.A), suivies des dispositions relatives aux conditions de la responsabilité, parmi lesquelles le choix d'E. Lemaire et G. Veldt s'est porté sur le sujet essentiel de la causalité alternative (II.B). Viennent ensuite plusieurs commentaires sur les effets de la responsabilité : M. Leveneur-Azémar et W. Th. Nuninga reviennent ainsi sur la question des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité (II.C), tandis que T. Beumers et M. Cormier abordent l'obligation parfois faite à la victime de minimiser son dommage (II.D), avant de laisser I. Alogna évoquer brièvement la reconnaissance du préjudice écologique (II.E). Ces commentaires sur l'avant-projet s'achèvent sur les remarques de T. Vancoppernolle en matière de droit transitoire (II.F).

Pour finir, il semble opportun de prendre un peu de recul en donnant la parole à nos interlocuteurs de la Chancellerie, en particulier C. de Cabarrus, chef du Bureau du droit des obligations, qui a pris le temps d'écouter nos suggestions et d'y répondre, d'abord lors de réunions à Paris et à Leiden, ensuite avec la remise en juillet 2016 de notre réponse[2] à la consultation, et enfin dans le cadre de cet article (III). La conclusion d'A. G. Castermans, D. Dankers-Hagenaars et A. Dejean de la Bâtie, axée sur une affaire néerlandaise de droit bancaire, suggère un angle d'approche différent de la question de la convergence des responsabilités. Une fois de plus, on constate que les responsabilités contractuelle et délictuelle ont chacune un rôle à jouer pour résoudre des situations juridiques de plus en plus complexes, ce qui incite à les envisager côte à côte plutôt que de manière séparée. C'est à ce mouvement de convergence que le lecteur est invité à réfléchir par les contributions qui suivent.

[2] Ce rapport peut être consulté à l'adresse hal.archives-ouvertes.fr/hal-01373466. Il a été établi sous la direction de C. Cousin que nous remercions chaleureusement pour sa participation active et sa coordination du projet Grotius-Pothier de 2015 à 2016.

I. DU RAPPROCHEMENT DES RESPONSABILITÉS DÉLICTUELLE ET CONTRACTUELLE

Faut-il soumettre la responsabilité délictuelle[3] et la responsabilité contractuelle au même régime ? Telle est, en substance, la question à laquelle les contributions qui suivent tentent d'apporter une réponse, dans le contexte d'une possible réforme du droit français de la responsabilité (délictuelle et contractuelle) et dans une perspective de droit comparé franco-néerlandais.

La question est aussi ancienne que complexe. Sans remonter au-delà de l'époque moderne (au sens où les historiens entendent ce qualificatif), il suffit de constater que les deux premières codifications civiles européennes vraiment modernes (au sens où elles marquaient une réelle rupture tant avec le droit coutumier qu'avec le droit romain), à savoir le Code civil français de 1804 et le Code civil autrichien de 1811[4], bien que marquées toutes deux à la fois par l'héritage du *jus commune* et par celui des Lumières, adoptaient sur ce point des positions apparemment opposées. Là où le Code Napoléon distinguait clairement les dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation[5], d'une part, des délits et quasi-délits[6], d'autre part, en les soumettant à deux corps de règles indépendants, le Code habsbourgeois, au contraire, traitait (et traite encore) de manière unitaire de la réparation des dommages et de la compensation[7].

---

[3] Que l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile rendu public en avril 2016 par le ministère français de la justice préfère qualifier de responsabilité extracontractuelle, à la suite de l'ancien article 2270-1 du Code civil (issu de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 et abrogé le 19 juin 2008) et de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le qualificatif de « délictuel » nous paraît cependant préférable à celui d'« extracontractuel », à la fois en raison de son enracinement historique et parce que le second suggère que la responsabilité non contractuelle ne s'appliquerait qu'en dehors de tout contrat, ce qui n'est vrai qu'en cas d'application stricte d'un principe de « non-cumul ». Or, ce principe n'est appliqué pratiquement qu'en France, et seulement depuis les années 1930 : v. sur ce point notre étude « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », *RTD civ.* 2010, p. 1, sp. n° 31 et s. L'avant-projet prévoit en outre de remettre en cause l'applicabilité exclusive de la responsabilité contractuelle dans le champ contractuel, en soumettant dans tous les cas la réparation du dommage corporel aux règles de la responsabilité « extracontractuelle » (art. 1233, al. 2).

[4] Bien qu'entré en vigueur dans l'ensemble de l'empire austro-hongrois en 1811, le code reprend dans une large mesure le Code de Galicie occidentale, élaboré par Karl-Anton VON MARTINI et appliqué dans cette province de l'empire à partir de 1797. Sur le Code civil autrichien, v. plus généralement F.-S. MEISSEL et L. PFISTER (dir.), *Le Code civil autrichien (ABGB). Un autre bicentenaire (1811-2011)*, 2015.

[5] Art. 1146 à 1155 (livre III, titre III, chap. III, sect. IV).

[6] Art. 1382 à 1386 C. civ. (livre III, titre IV, chap. II).

[7] *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB), partie 2, sect. 2, chap. 30, composé des § 1293 à 1341. V. not. le § 1295, al. 1er, qui dispose : « Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag

Depuis deux siècles, la thèse dualiste et la thèse moniste n'ont cessé de s'opposer et de se mêler. La discussion semble avoir été particulièrement vive en France, probablement en raison de l'affirmation de la fameuse règle dite du « non-cumul », qui est en réalité une règle d'exclusivité, écartant l'application de la responsabilité délictuelle dans le champ d'application de la responsabilité contractuelle. Du fait de cette règle, la différence initiale de régime entre les deux responsabilités est apparue non seulement comme un facteur de complexité (ce qui, pour les juristes, n'est pas forcément si grave), mais aussi comme une source d'inégalité entre des victimes placées dans des situations factuelles très proches, et même d'injustice (ce qui est plus gênant). En effet, alors que, dans de nombreux systèmes juridiques, la responsabilité contractuelle est globalement plus favorable au demandeur que la responsabilité délictuelle, c'est souvent l'inverse qui est vrai en droit français, avec cette conséquence paradoxale qu'une victime ayant préalablement contracté avec l'auteur de son dommage et ayant donc payé pour que celui-ci prenne soin de ses intérêts, se trouve parfois soumise à un régime moins favorable que le tiers victime d'un dommage de même nature, qui peut quant à lui invoquer la responsabilité délictuelle.

Cette situation a contribué à nourrir un fort courant doctrinal favorable à l'unification des deux responsabilités[8]. Le droit positif a également évolué dans cette direction, comme l'illustre par exemple la loi Badinter du 5 juillet 1985 sur l'indemnisation des accidents de la circulation, ou encore l'assimilation des « fautes » contractuelle et délictuelle opérée par le fameux arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 octobre 2006[9]. Cette tendance, au demeurant, n'est pas purement française. La directive européenne du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux témoigne elle aussi de la volonté d'harmoniser les conditions d'indemnisation des victimes, indépendamment de leur statut contractuel.

L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, publié par le ministère français de la Justice en avril 2016, marque un pas supplémentaire dans le rapprochement des deux responsabilités en droit français. Certes, il ne va pas jusqu'à les unifier totalement. Néanmoins, il les conçoit

---

verursacht worden sein » (« toute personne a le droit de demander la réparation d'un dommage à celui qui lui a causé par sa faute, soit que le dommage provienne de la violation d'un devoir contractuel, soit qu'il ne se rapporte à aucun contrat »).

[8] Sur la distinction entre les deux responsabilités et sa remise en cause en droit français, v. not. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3e éd., 2008, n° 161 et s.

[9] Cass. , ass. plén., 6 oct. 2006 : *Bull. civ*. n° 9 ; R., p. 398 ; BICC 1er déc. 2006, note et rapp. ASSIE, concl. GARIAZZO ; *D*. 2006. 2825, note VINEY ; *D*. 2007. Pan. 2900, obs. JOURDAIN, et 2976, obs. FAUVARQUE-COSSON ; *JCP* 2006. II. 10181, concl. GARIAZZO, note BILLIAU ; *ibid.* 2007. I. 115, n° 4, obs. STOFFEL-MUNCK ; *CCC* 2007, n° 63, note LEVENEUR ; *RCA* 2006. Étude 17, par BLOCH ; *RDC* 2007. 269, obs. D. MAZEAUD, 279, obs. CARVAL, et 379, obs. SEUBE ; *RTD civ.* 2007. 61, obs. DEUMIER, 115, obs. MESTRE et FAGES, et 123, obs. JOURDAIN.

clairement comme deux espèces d'un même genre et les soumet à un grand nombre de règles communes. La responsabilité contractuelle conserverait une certaine spécificité, mais réduite à bien peu de choses, puisque, à s'en tenir à la présentation de l'avant-projet, cette spécificité s'exprimerait par deux règles seulement[10], d'une portée en outre limitée[11]. De plus, l'indemnisation du dommage corporel relèverait désormais du seul domaine de la responsabilité délictuelle. L'unification, bien avancée pour la plupart des dommages, serait donc complète pour le type de dommage considéré comme le plus grave.

Dans ces conditions, la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle a-t-elle encore un avenir ? Beaucoup paraissent penser que non[12] et la défense de cette distinction, même exposée avec brio[13], passe aux yeux de certains pour du donquichottisme. Il n'est pourtant pas si facile de passer par pertes et profits une distinction qui a tenu une telle place dans notre droit et qui paraît encore structurante dans de nombreux systèmes juridiques. Du moins convient-il de s'interroger : les raisons qui ont justifié l'affirmation de la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle ont-elles disparu, ou en tout cas perdu suffisamment de leur vigueur pour qu'elles ne puissent plus désormais contrebalancer les raisons invoquées au soutien de l'unification des deux responsabilités, et notamment le souci de simplicité et d'égalité de traitement entre les victimes ?

On sait que, dans une approche qui pourrait être qualifiée de traditionnelle, et qui semble encore aujourd'hui prévaloir dans plusieurs systèmes juridiques, dont les droits allemand et anglais, la distinction entre les deux responsabilités exprime une différence de finalité. Alors que la responsabilité délictuelle a fondamentalement pour but de *restaurer* une situation préexistante, qui s'est trouvée altérée par le fait dommageable imputable au défendeur, la responsabilité contractuelle vise quant à elle à

---

[10] La section consacrée aux dispositions propres à la responsabilité contractuelle ne contient en effet que trois dispositions (art. 1250 à 1252), dont la première prévoit simplement que « toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ». Les deux autres dispositions portent respectivement sur la limitation des préjudices réparables à ce qui était prévisible lors de la conclusion du contrat et sur l'exigence de mise en demeure (dont le champ d'application est toutefois limité).

[11] La situation est en réalité plus complexe, d'autres règles de l'avant-projet n'ayant vocation à s'appliquer qu'à la seule responsabilité contractuelle : v. « Vue d'ensemble de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D*. 2016, p. 1386, n° 32 et s. ; v. aussi les contributions au présent dossier de M. LEVENEUR-AZEMAR et W. Th. NUNINGA et de T. BEUMERS et M. CORMIER.

[12] V. encore récemment en ce sens E. JUEN, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préf. É. LOQUIN, 2016.

[13] Nous songeons évidemment tout particulièrement à l'article magistral de Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ*. 1997, p. 323.

instaurer une situation qui n'existait pas encore, mais que le créancier aurait dû faire advenir par l'exécution conforme du contrat[14]. En d'autres termes, la responsabilité délictuelle répondrait à une logique *restauratrice*, quand la responsabilité contractuelle suivrait une logique *instauratrice*[15].

Cette différence théorique permet effectivement de rendre compte des spécificités de la responsabilité contractuelle. Pour s'en tenir au droit français, l'exigence de mise en demeure (art. 1146 ancien et 1231 nouveau du Code civil) offre au débiteur une dernière possibilité de faire advenir la situation promise, avant d'avoir à payer des dommages et intérêts. L'admission explicite de l'indemnisation du manque à gagner (art. 1149 ancien et 1231-2 nouveau du Code civil) est la suite logique de ce que ces dommages et intérêts sont destinés à compenser la non-réalisation d'une situation qui n'existait pas encore mais dont le créancier avait droit qu'elle advienne et qui, très souvent, aurait justement consisté en la réalisation d'un profit. De même, la limitation des dommages et intérêts contractuels à ce qui avait été ou avait pu être prévu lors de la conclusion du contrat (art. 1150 ancien et 1231-3 nouveau du Code civil) résulte naturellement de ce que la situation qu'aurait dû faire advenir la bonne exécution du contrat et dont les dommages et intérêts constituent un équivalent ne peut s'apprécier qu'à l'aune des prévisions des parties. La possibilité de fixer à l'avance le montant des dommages et intérêts (art. 1152, al. 1er, ancien[16] et 1231-5, al. 1er, nouveau du Code civil) est elle aussi conforme à la *ratio* restauratrice de la responsabilité contractuelle, puisqu'il s'agit là encore d'un moyen pour les parties de façonner la situation qu'elles souhaitent voir advenir. C'est toujours cette *ratio* qui conduit à envisager, en matière contractuelle, l'allocation de dommages et intérêts en lien avec l'exécution forcée en nature du contrat, qui permet quant à elle l'instauration directe de la situation promise.

L'opposition de la logique restauratrice de la responsabilité délictuelle et de la logique instauratrice de la responsabilité contractuelle éclaire aussi le refus, par de nombreux droits étrangers, d'indemniser ce que les comparatistes appellent d'ordinaire le préjudice économique pur (*pure*

---

[14] V. par ex. E. DEUTSCH, « Zum Verhältnis von vertraglicher und deliktischer Haftung », in *Festschrift für Karl Michaelis*, 1972, pp. 26-35, sp. p. 31 ; W. V. H. ROGERS, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 17e éd., 2006, n° 1-5 ; S. J. WHITTAKER, « Introduction », sect. 6, in *Chitty on Contracts*, 29e éd., vol. I, 2004, n° 1-098.

[15] Comme l'écrivait le grand juriste écossais T. WEIR, in « Complex Liabilities », in *Int. Enc. Comp. Law*, Vol. XI, *Torts*, part 1, 1983 chap. 12, n° 6 : « Contract is productive, tort law protective. In other words, tortfeasors are typically liable for making things worse, contractors for not making them better. (…) In general there is a perceptible difference between the complaint that things are worse than they were and the complaint that things are not as good as they should have been ».

[16] On sait que, à l'origine, l'article 1152 se composait de ce seul alinéa. L'alinéa 2 a été ajouté en 1975 pour permettre la révision judiciaire des clauses pénales, puis modifié en 1985 afin d'autoriser le juge à procéder d'office à cette réduction.

economic loss), c'est-à-dire le manque à gagner indépendant de toute atteinte physique à la personne ou aux biens du demandeur[17]. Ce préjudice correspond en effet fondamentalement à la non-réalisation d'une situation qui n'existait pas encore au moment du dommage, et son indemnisation relève donc d'une logique instauratrice, et non restauratrice.

La différence historique de régime entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle trouve ainsi un fondement solide dans le constat de leurs finalités distinctes. Toutefois, ces finalités se trouvent aujourd'hui obscurcies par l'effet des transformations qui ont affecté l'une et l'autre responsabilités, du moins en droit français.

La responsabilité délictuelle, tout d'abord, ne sert plus seulement de nos jours à restaurer la situation qui existait avant la survenance du dommage. Elle permet aussi à la victime, dans bien des cas, d'obtenir des dommages et intérêts censés constituer un équivalent de la situation qui serait *devenue* la sienne si les choses avaient suivi leur cours normal à partir de la situation dans laquelle elle se trouvait avant le dommage et qui s'est trouvée altérée par celui-ci. Il en va notamment ainsi à chaque fois que la victime obtient une indemnisation pour un manque à gagner[18]. Par hypothèse, en effet, le manque à gagner consiste en la non perception de revenus qui, au moment où le dommage s'est produit, étaient encore à venir. Or, le droit français se montre particulièrement généreux dans l'indemnisation du manque à gagner en matière délictuelle, puisqu'il admet par principe la réparation du préjudice économique pur[19]. Qui plus est, il autorise même l'indemnisation de la simple espérance de gains futurs, à travers la notion de perte de chance de gains, dont la jurisprudence semble faire une application de plus en plus large.

Par une évolution en quelque sorte symétrique, la responsabilité contractuelle s'est quant à elle étendue à la réparation d'atteintes à des situations préexistantes. Il en va tout d'abord ainsi à chaque fois que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat cause une atteinte à la personne ou aux biens de créancier, distincte de la seule non-obtention par celui-ci de l'avantage auquel il avait droit. Tel est également le cas lorsque

---

[17] Ce refus connaît évidemment des exceptions. Pour une vue d'ensemble de la question, v. not. M. BUSSANI et V. V. PALMER (dir.), *Pure economic loss in Europe*, 2003.

[18] Il faut par ailleurs signaler que le droit français, en demandant au juge de se placer au moment où il statue pour évaluer le dommage et le préjudice, et non au moment de la survenance de ceux-ci, cherche en réalité à placer le demandeur dans la situation dans laquelle il se serait trouvé au moment de la décision d'indemnisation, et non à la replacer dans la situation qui était la sienne au moment du dommage.

[19] L'assimilation des « fautes » contractuelle et délictuelle opérée par l'arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 6 octobre 2006 (v. *supra*) étend significativement le champ de l'indemnisation du préjudice économique pur en matière délictuelle, dans la mesure où, le plus souvent, le tiers qui invoque l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat demande réparation d'un préjudice de ce type.

la responsabilité contractuelle englobe la réparation de dommages causés non pas *par l'inexécution ou la mauvaise exécution* du contrat, mais *à l'occasion de l'exécution* de celui-ci. Or, en droit français, l'extension de la règle dite du non-cumul des responsabilités a justement eu pour effet de faire basculer de tels dommages dans le champ de la responsabilité contractuelle[20], alors qu'ils relevaient antérieurement (et conformément à leur nature, pourrait-on dire) de la responsabilité délictuelle.

En l'état du droit positif français, il serait donc vain de prétendre distinguer clairement la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle en fonction de leurs finalités respectives et des types d'atteintes qu'elles prennent en charge. Toutes deux mêlent aujourd'hui, de manière quasi inextricable, la logique restauratrice, qui était initialement celle de la responsabilité délictuelle, et la logique instauratrice, traditionnellement propre à la responsabilité contractuelle. Dans ces conditions, n'est-il pas justifié de soumettre au même régime les deux responsabilités, et, *in fine*, de les assimiler ?

Le problème de cette approche est cependant qu'elle revient à occulter la différence entre la responsabilité à finalité restauratrice et la responsabilité à finalité instauratrice. Or, si la ligne de partage entre ces deux responsabilités ne passe plus entre le délit et contrat, comme le voudraient les principes précédemment exposés, cela ne signifie pas pour autant qu'elle ait disparu. Aujourd'hui comme hier, il peut être pertinent de distinguer ces deux responsabilités, notamment en ce qui concerne la détermination des préjudices réparables, les modes de réparation (particulièrement la réparation en nature) et le pouvoir reconnu aux parties d'aménager par avance la responsabilité qui pourrait survenir. Mais peut-on consacrer cette distinction en dehors de la dichotomie traditionnelle entre délit et contrat ?

Cela est douteux. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile montre au demeurant comme il est difficile de sortir de l'alternative entre une responsabilité délictuelle à finalité restauratrice et une responsabilité contractuelle à finalité instauratrice, en dépit de la volonté affichée de convergence, voire d'assimilation, entre les responsabilités délictuelle et contractuelle. En témoigne l'article 1233, alinéa 2, de l'avant-projet, qui prévoit que « le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat ». La réparation du dommage corporel relève par excellence de la responsabilité restauratrice, dont elle constitue le cœur. En prévoyant de la soumettre à la seule responsabilité délictuelle,

[20] Où ils sont pris en charge grâce aux diverses obligations de sécurité reconnues par la jurisprudence ; v. sur ce point « La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps », préc., sp. n° 44 et 54.

l'avant-projet affirme implicitement la finalité restauratrice de celle-ci, en même temps qu'il recentre *de facto* la responsabilité contractuelle sur sa finalité instauratrice. Le rapprochement annoncé des deux responsabilités délictuelle et contractuelle n'en est dès lors que plus surprenant.

La confusion est donc grande, en droit français, quant aux rapports qu'entretiennent la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle. L'évolution du droit positif a brouillé la distinction qui existait entre elles, au point d'en remettre en cause le principe même, mais la réforme annoncée semble paradoxalement vouloir la restaurer tout en faisant mine de la nier. Face à une situation aussi embrouillée, l'apport du droit comparé peut être particulièrement précieux. L'étude des droits étrangers oblige à faire ce pas de côté, qui permet de changer de perspective et, parfois, de trouver une issue à une situation apparemment insoluble, en remplaçant une mauvaise question par une bonne. Puisse l'étude du droit néerlandais, et sa confrontation avec le droit français, positif ou prospectif, aider les juristes français à trouver une juste manière de différencier la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle.

II. REGARDS COMPARATISTES

A. – *Le concours des responsabilités contractuelle et délictuelle*

Précisions terminologiques. L'expression « concours » des responsabilités contractuelle et délictuelle, commune aux juristes allemands, anglais, belges et néerlandais, n'est peut-être pas très familière au juriste français, plus habitué à parler de « non-cumul » ou de « non-option » des responsabilités. Cette première expression a été préférée aux expressions françaises pour deux raisons. D'une part, dans une perspective de droit comparé, afin de ne pas préjuger de la réponse à apporter à la question du concours des responsabilités. D'autre part, en n'utilisant pas le terme *action*, afin de ne pas préjuger de la mise en œuvre judiciaire ou non de la demande en responsabilité.

Délimitation du problème. Le problème du concours des responsabilités contractuelle et délictuelle se pose lorsqu'un même fait constitue à la fois la violation d'une norme contractuelle et d'une norme délictuelle. Ce problème se pose habituellement entre deux parties à un contrat, mais il peut également se poser entre une partie et un tiers. Si cette seconde hypothèse n'est pas connue en droit français et en droit néerlandais, elle est néanmoins théoriquement concevable. Il suffirait, pour la rencontrer, qu'un ordre

juridique autorise un tiers à se prévaloir, *via* la responsabilité contractuelle, de l'inexécution du contrat par l'une des parties à celui-ci[21].

Origine du problème. Le concours des responsabilités ne pose aucun problème quand les deux demandes en responsabilité ont le même résultat juridique. Cependant, dans nombre d'ordres juridiques, les responsabilités contractuelle et délictuelle obéissent à des régimes distincts, ce qui peut conduire à des résultats différents en fonction du texte sur lequel est fondé la demande en dommages-intérêts. Ces différences peuvent par exemple concerner les conditions d'exercice du droit ou ses effets, la prescription de l'action en responsabilité ou encore le juge compétent pour en juger.

Solutions possibles. Il existe théoriquement trois solutions, plus ou moins libérales, au problème du concours : admettre une combinaison des demandes en responsabilité, permettre un choix (mais alors sans panachage) ou imposer une seule espèce de responsabilité. Schématiquement, le droit français (et dans une certaine mesure le droit belge)[22] opte pour la troisième solution en faisant primer la responsabilité contractuelle[23]. L'avant-projet de réforme de la responsabilité reprend cette solution traditionnelle (art. 1233 C. civ.), avec toutefois une complexité supplémentaire : si le dommage est corporel, c'est la responsabilité délictuelle qu'il faudra appliquer (art. 1234 C. civ.). En revanche, le droit néerlandais[24] (tout comme les droits allemand[25] et anglais[26]) opte schématiquement pour la deuxième solution, à savoir celle du choix.

Justification des solutions choisies. À l'examen, la solution choisie pour répondre au problème du concours ne dépend pas tant du souci de préserver le contrat face à une responsabilité délictuelle envahissante, comme le pensent les juristes français, ou du caractère indépendant des deux régimes de responsabilité, comme le pensent les juristes néerlandais, que de l'architecture du système juridique relative à ces deux régimes de responsabilité. Si les règles relatives à ces deux espèces de responsabilité sont bien équilibrées, alors l'option paraît être une réponse acceptable. En revanche, si tel n'est pas le cas, alors le non-cumul s'impose, notamment pour éviter de mettre à mal les objectifs poursuivis par l'une de ces espèces de responsabilité civile.

---

[21] Rappr. art. 1242 c. civ. dans l'avant-projet « Catala ».
[22] V. sur ce point notre contribution complète en ligne.
[23] Not. Cass., 2e civ., 3 mars 1993, nº 91-17.677.
[24] Not. HR 6 mars 1959, *NJ* 1959/349.
[25] Not. Reichsgericht, 13 oct. 1916, RGZ, 88, 433 et BGH, 24 nov. 1976, BGHZ 67, 359.
[26] Not. House of Lords, *Henderson v Merrett Syndicates Ltd* (No. 1) [1995] 2 AC 145.

Limites des solutions actuelles. L'examen des différentes solutions apportées au problème du concours fait apparaître qu'aucune d'entre elles n'est pleinement satisfaisante, notamment en ce qu'elles produisent des inconvénients pratiques, plus nombreux dans les systèmes juridiques imposant une solution que dans ceux offrant un choix. En s'en tenant au droit français, cela peut être illustré à partir de la différence de traitement que connaissent les victimes directes d'un dommage corporel et les victimes par ricochet. Ainsi, si une chose vient à causer un dommage corporel lors de l'exécution d'un contrat, la victime indirecte, tierce au contrat peut se fonder sur l'article 1384 du Code civil et être ainsi indemnisée de son préjudice par ricochet, sans nullement avoir à prouver une faute du requérant. En revanche, pour la victime directe, le principe de non-cumul la contraint à se fonder sur le contrat. Or, toutes les fois où le contrat n'aura pas été « forcé » par le juge pour y introduire une obligation de sécurité de résultat, il appartiendra à la victime directe d'apporter la preuve d'une faute. Ce faisant, cette victime sera moins bien traitée que la victime indirecte.

L'avant-projet de réforme a nettement perçu cette difficulté puisque, notamment pour régler ce problème, il prévoit de réparer le dommage corporel sur le seul fondement de la responsabilité délictuelle (art. 1233 al. 2). Pourtant, cette proposition n'échappe pas non plus à la critique. Elle repose en effet sur le postulat suivant lequel l'action délictuelle serait toujours plus favorable aux victimes que l'action contractuelle. Or, d'ores et déjà, un auteur a pu montrer que tel n'était pas toujours le cas[27] et aux hypothèses mentionnées par celui-ci l'on pourrait ajouter celle où le dommage prévisible, réparable sur le fondement de la responsabilité contractuelle, serait plus important que celui réparable *via* une action en responsabilité délictuelle d'une part et celle où le plaideur préfèrerait recourir aux règles de compétences territoriales propres au contrat d'autre part[28].

Un autre inconvénient pratique du principe de non-cumul résulte, en droit français, de la solution asymétrique, actuellement retenue par la Cour de cassation[29], lorsqu'un tiers agit en responsabilité contre un contractant en invoquant la violation dudit contrat. L'asymétrie provient de ce qu'alors que le tiers peut se prévaloir du contrat, cela n'est pas permis au cocontractant qui, disent les auteurs, ne le peut pas, compte tenu de la nature délictuelle de cette action. D'où par exemple l'impossibilité qu'aurait ce contractant

---

[27] J.-S. BORGHETTI, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2016, p. 1386 et s., n°s 38-39.

[28] R. DE GRAAFF, M. LEVENEUR-AZÉMAR et B. MORON-PUECH, « Concurrence of actions », in *Report on the french avant-projet de réforme de la responsabilité civile*, Rapport remis à la Chancellerie, 2016 (hal.archives-ouvertes.fr/hal-01373466).

[29] Cass., AP, 6 oct. 2006 : *Bull. civ*. n° 9.

d'opposer au tiers une clause limitative de responsabilité. Or, une telle asymétrie résulte directement du principe de non-cumul. En effet, le seul moyen d'éviter cet inconvénient serait de juger que l'action du tiers est de nature contractuelle. Toutefois, cela impliquerait un autre inconvénient, plus important aux yeux de la Cour que le précédent inconvénient, et que celle-ci a justement voulu éviter par sa solution : cela empêcherait aux tiers de choisir entre deux actions (l'une fondée sur le contrat et l'autre sur le devoir général de ne pas nuire à autrui). Retenir la nature contractuelle de l'action du tiers conduit en effet, par application du principe du non cumul, à n'ouvrir au tiers qu'une action contractuelle où il risque de pâtir de clauses limitatives de responsabilité non consenties.

Là encore, l'avant-projet de réforme a perçu et tenté de résoudre cette difficulté. Revenant sur la décision de la Cour de cassation précitée, il a été prévu que le tiers ne peut agir que sur le terrain délictuel, en ne pouvant alors se fonder que sur un événement extérieur au contrat (art. 1234 C. civ.). Cependant, compte tenu de l'histoire du droit français sur cette question, il y a fort à parier que les juridictions reproduiront ici ce qu'elles ont fait par le passé : sans le dire, elles estimeront que la violation du contrat constitue une faute délictuelle et, de ce fait, les prévisions du contractant se trouveront là encore malmenées[30]. Ici, le seul moyen de parvenir à une solution équilibrée pour l'ensemble des parties au procès consisterait à permettre au contractant d'opposer aux tiers des clauses limitatives contenues dans son contrat – dès lors bien sûr qu'elles sont valables – soit en affirmant la nature contractuelle de l'action du tiers et en adoptant alors la règle de l'option entre les deux responsabilités[31], soit, dépassant le clivage des responsabilité contractuelle et délictuelle, en admettant, à l'image du droit néerlandais[32], que les clauses limitatives de responsabilité peuvent être opposées au tiers agissant sur un terrain délictuel. Si la première solution s'inscrit dans le cadre traditionnel du problème du concours, la deuxième tend en revanche à réorienter ce problème dans une autre direction : au lieu de résoudre ce problème, il s'agit de le dissoudre en œuvrant à un rapprochement des responsabilités. Si l'avant-projet paraît parfois aller dans cette voie, par exemple quand il s'efforce de dégager des règles communes aux deux espèces de responsabilité, la solution actuellement donnée au problème du concours montre que ses rédacteurs ne sont pas encore prêts à réunifier les deux espèces de responsabilité civile.

---

[30] En ce sens, M. LEVENEUR-AZÉMAR, *Les clauses limitatives de responsabilité*, sous la dir. d'Y. LEQUETTE, thèse de doct., Université Panthéon-Assas (Paris II), 2016, n°s 734-736.

[31] Telle est la solution retenue par l'article 1342 du C. civ. dans l'avant-projet « Catala ».

[32] Not. HR 20 juin 1986, *NJ* 1987/35.

B. – *La causalité alternative*

L'article 1240 de l'avant-projet de réforme dispose que « lorsqu'un dommage corporel est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé ».

1. L'état du droit positif français et l'avant-projet de réforme

La jurisprudence française a été, très tôt, confrontée au problème de l'indétermination de l'auteur du dommage : le scénario le mieux connu demeure sans doute celui des « deux chasseurs », tirant simultanément pour abattre un gibier mais blessant une personne à la place. Dans un tel cas, la stricte rigueur juridique impose que la victime n'obtienne aucune réparation, faute de pouvoir déterminer l'auteur de son dommage. Telle a été la position de la Cour de cassation jusque dans les années 1950[33].

Au regard de la situation difficile dans laquelle se trouvaient les victimes, la jurisprudence a fini par accepter la responsabilité solidaire des participants sur le fondement d'une « faute collective »[34] ou « garde collective » selon les cas, déplaçant ainsi la charge de l'incertitude de la victime aux potentiels auteurs du dommage. Ces deux notions ont toujours fait l'objet d'une interprétation stricte[35], attitude cohérente puisque ce sont des solutions d'exception.

C'est dans l'arrêt relatif au Distilbène (DES) que cette question s'est à nouveau posée[36]. Un enfant avait été exposé *in utero* au médicament, et avait subi un dommage corporel de ce fait, qui s'était révélé quelque vingt ans après l'exposition. Du fait du temps écoulé, la victime s'était trouvée dans l'incapacité de déterminer si le médicament provenait de l'un ou l'autre des producteurs. Pour passer outre cette difficulté, la Cour de cassation a accepté de retenir leur responsabilité solidaire par l'emploi d'une présomption de causalité à leur encontre.

Puis elle a confirmé cette solution en matière contractuelle, pour un patient qui, ayant contracté une infection nosocomiale, ne parvenait pas à

---

[33] V. par ex., la citation de H. et L. MAZEAUD, reprise dans : S. CARVAL, G. VINEY, P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, Traité de droit civil*, LGDJ, 4e éd., 2013, p. 297.

[34] Cass, civ. 2, 19 mai 1976, n° 74-15.063, *Bull. civ. II*, n° 163, p. 127 ; Cass, civ. 2, 15 déc. 1980, n° 79-11.314, *Bull. civ. II*, n° 269.

[35] Cass, civ. 2, 24 mai 1991, n° 90-12.443, *Bull. civ. II*, n° 159, p. 85.

[36] Cass, civ. 1, 24 sept. 2009, n° 08-16.305, *Bull. civ. I*, n° 187, *RTD civ*. 2010, n° 1, 15/03/2010, obs. P. JOURDAIN ; confirmé par Cass, civ. 1, 28 janv. 2010, n° 08-18.837, *Bull. civ. I*, 2010, n° 22, *D.* 2010, n° 40, 18/11/2010, p. 2671, obs. P. DELEBECQUE, J.-D. BRETZNER, I. GELBART-LE DAUPHIN.

déterminer dans quel établissement il avait contracté celle-ci[37]. Récemment, elle a de nouveau appliqué cette présomption, en matière contractuelle, à un cas de dommage matériel[38].

Mis à part cette dernière solution, qui n'a pas vocation à subsister avec l'avant-projet[39], les autres cas semblent pouvoir perdurer, puisque l'article s'applique aux groupes de personnes identifiées « *agissant de concert* » (les chasseurs) ou « *pour des motifs similaires* » (Distilbène).

La place de l'article 1240 dans les dispositions générales semble dénoter une volonté de rapprochement des solutions en matière contractuelle et délictuelle, mais il convient d'être réservé. En effet, la solution de cet article ne s'appliquerait qu'en cas de « *dommage corporel* ». Or, l'article 1233 alinéa 2 de l'avant-projet dispose que « *toutefois, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat* ». Il conviendrait donc d'en conclure qu'en réalité, seules les règles de la responsabilité délictuelle sont applicables à ces situations, qu'elles soient ou non contractuelles. La place de l'article 1240 dans les « *dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle* » est donc source d'interrogation.

2. L'état du droit positif néerlandais

La responsabilité des membres d'un groupe agissant de concert. Le problème concerne la possibilité d'imputer une responsabilité à tous les membres d'un groupe identifié, alors même qu'un seul (ou quelques-uns) de ces membres aurait commis la faute ayant causé le dommage, bien qu'il ne soit pas identifié. C'est l'exemple d'une violence commise par un groupe de hooligans. Comme en droit français, le droit néerlandais a requis l'établissement d'une « faute collective »[40]. Mais allant plus loin, il a décidé de codifier cette solution comme un *nouveau fondement de responsabilité*. La codification d'un nouveau fait illicite, l'acte commis en groupe, à l'article 6:166 al 1 BW constitue une différence majeure avec le droit français, d'un point de vue conceptuel. En effet, par cette codification, le droit néerlandais admet le principe même d'une responsabilité collective. Au contraire, en ne traitant cette question que sur un plan causal, l'avant-projet

---

[37] Cass, civ. 1, 17 juin 2010, n° 09-67.011, *Bull. civ*. I, n° 137, *RTD civ*. 2010, n° 3, 15/10/2010, p. 567, obs. P. JOURDAIN. La loi du 4 mars 2002 n'était pas applicable à ce contentieux.

[38] Cass, civ. 1, 5 fév. 2014, n° 12-23.467, *Bull. civ*. I, 2014, n° 17, *JCP G*., n° 7, 17 fév. 2014, p. 189, obs. S. HOCQUET-BERG.

[39] L'article 1240 s'applique aux dommages corporels, non matériels.

[40] R.J.B. BOONEKAMP, *Onrechtmatige daad in groepsverband*, Kluwer, Deventer 1990, p. 35 avec la référence à Onrechtmatige Daad I (DE GROOT), nr. 358.

de réforme montre que l'admission d'une responsabilité collective doit rester une solution d'exception.

La conception néerlandaise de la responsabilité collective entraîne au surplus une importante différence pratique avec le droit français. En effet, étant donné que le fait illicite est l'acte ou le comportement en groupe, il importe peu, sous l'article 6:166 BW, que la personne appartenant à ce groupe ait ou non personnellement commis l'acte qui a véritablement causé le dommage[41]. Elle ne pourra pas se dégager de sa responsabilité, ce qui se justifie par le fait que la contribution de chacun au comportement collectif augmente le risque de survenance du dommage. Il semblerait donc que le droit néerlandais consacre une présomption irréfragable de causalité à l'encontre des membres du groupe identifié, là où le droit français n'envisage qu'une présomption simple. La solution néerlandaise serait alors plus protectrice des victimes que le droit français.

Alors que la solution néerlandaise s'applique à tous les types de dommages dans des situations délictuelles uniquement, l'article 1240 s'appliquerait aux seuls dommages corporels qui résulteraient d'une situation contractuelle ou délictuelle. Mais alors, conformément à l'article 1233 al. 2, ce sont les règles délictuelles qui gouverneraient ces situations contractuelles.

La responsabilité des personnes agissant pour un motif similaire : la causalité alternative. Ce cas regroupe, en droit néerlandais, le scénario des deux chasseurs et du Distilbène. Le scénario des deux chasseurs se distingue de la responsabilité d'un groupe dans ce droit, car dans le premier cas, *tous* ont commis un acte illicite qui leur est imputable tandis que dans le second, il est impossible de déterminer *qui* a commis l'acte illicite. Le scénario des deux chasseurs n'est donc concerné que par un problème de preuve de causalité.

Cette difficulté probatoire est traitée en droit néerlandais par l'article 6:99 BW qui consacre, comme en droit français, une présomption simple de causalité à l'égard des potentiels auteurs du dommage. Pour que l'article s'applique, il faut que le dommage ait pu résulter de deux ou plusieurs événements, et que ces événements puissent être qualifiés comme des faits générateurs de responsabilité.

Les deux droits consacrent une présomption simple de causalité, mais le champ d'application des solutions diverge. En effet, le droit néerlandais applique ces solutions en matière contractuelle et délictuelle, et pour tous les types de dommage, sans nécessité de prouver que les défendeurs ont agi

[41] HR 2 oct. 2015, ECLI:NL:2015:2914, *NJ* 2016/194, obs. T. HARTLIEF et AA 2016/447, obs. W.H. VAN BOOM.

pour des motifs similaires. L'application est donc très large. L'avant-projet ne s'appliquerait, quant à lui, qu'aux seuls dommages corporels, peu importe qu'ils résultent ou non de situations contractuelles.

3. Quelques propositions d'amélioration de l'avant-projet

L'application exclusive des règles délictuelles en matière de dommage corporel doit donc nous conduire à nous interroger sur la place de l'article 1240. Soit cet article s'applique indistinctement en matière contractuelle et délictuelle, et il convient alors de proposer la suppression de l'alinéa 2 de l'article 1233 de l'avant-projet ; soit la solution de l'article ne permet que l'application des règles délictuelles (même pour des situations contractuelles), et il convient de proposer le déplacement de cet article dans la partie concernant les dispositions spécifiques relatives à la responsabilité délictuelle.

Pour conclure, on peut dire que la place de l'article 1240 semble manifester une volonté des rédacteurs d'aller dans le sens d'un rapprochement des deux ordres de responsabilité. Bien que ce rapprochement demeure encore théorique à plusieurs égards, il s'explique principalement parce que l'avant-projet prévoit la consécration d'une nouvelle distinction entre les dommages corporels et les autres types de dommage. Cette démarcation nouvelle, qui irrigue tout l'avant-projet, marque une faveur particulière aux victimes de dommages corporels, mouvement qui se place dans la droite ligne de la jurisprudence contemporaine, et confirme le changement de paradigme qui s'est instauré depuis plusieurs années au sein du droit de la responsabilité civile.

C. – *Les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité*

Les clauses aménageant la responsabilité civile peuvent concerner la responsabilité contractuelle, en limitant ou excluant la réparation d'un dommage causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle, et la responsabilité extracontractuelle, en modifiant l'indemnisation due à la victime d'un délit civil[42]. Le régime de droit commun des clauses relatives à la responsabilité diffère en droit français selon le domaine concerné, alors qu'il est unifié en droit néerlandais. La question est donc de savoir s'il serait

[42] Précisons dès à présent que le fait de conclure une convention portant sur la responsabilité délictuelle d'un agent n'a pas pour effet de rendre cette responsabilité contractuelle. Dans cette hypothèse, la relation contractuelle porte sur la réparation du dommage qui, lui, est de nature délictuelle.

possible de s'inspirer des règles néerlandaises afin d'obtenir un régime français unique, qui soit plus clair et plus efficace.

1. La comparaison

Les points communs : validité en matière contractuelle et exceptions. En droit français comme en droit néerlandais, en vertu de la liberté contractuelle[43], les parties au contrat décident de l'étendue de leur engagement, et peuvent également en limiter les effets. Dans cette optique, elles peuvent donc limiter ou exclure la réparation due en cas d'inexécution de leurs obligations contractuelles. En ce qui concerne les exceptions, les clauses ne peuvent tout d'abord valablement couvrir le dol ou la faute lourde. Tandis que le droit des contrats français dispose d'un fondement légal (art. 1231-3 C. civ.), le droit néerlandais invoque une contradiction à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ; fondement qui peut d'ailleurs être invoqué hors le cas du dol pour invalider une clause[44]. Ensuite, dans le nouveau droit commun des contrats français, l'article 1171 du Code civil, d'une part, devrait permettre d'invalider des clauses relatives à la réparation lorsqu'elles entraînent un déséquilibre significatif contractuel. L'article 1170 du Code civil, d'autre part, pourrait permettre au juge de réputer non écrites certaines clauses relatives à la responsabilité dans des contrats même négociés.

Les nuances. Le droit des contrats français se concentre sur le comportement du débiteur pour refuser l'application d'une clause à l'occasion d'un litige lorsque l'inexécution de l'obligation a été causée par une faute lourde ou dolosive du débiteur (art. 1231-3 C. civ.). Le droit néerlandais adopte une approche un peu différente. Les clauses peuvent être invoquées par l'une des parties au contrat, sauf si le juge considère qu'il serait inacceptable que la stipulation produise ses effets en l'espèce, à la lumière des standards de « redelijkheid en billijkheid » (raisonnable et équitable)[45]. Ce contrôle est mené grâce à un faisceau d'indices qui comprend notamment la gravité de la faute, la nature de l'acte contenant la stipulation, ou encore le degré de connaissance de la clause par la victime[46]. Si l'effet de la clause est considéré comme déraisonnable, l'agent fautif ne pourra pas s'en prévaloir. En outre, une clause valablement stipulée dans un

---

[43] Droit français : art. 1102 c. civ ; droit néerlandais : A.S. HARTKAMP & C.H. SIEBURGH, *Asser 6-I*. Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer, Kluwer 2012, n° 364.

[44] Art. 3:40 BW ; HR 26 mars 1920, *NJ* 1920/476 et HR 3 juin 1938, *NJ* 1938/920. V. aussi HARTKAMP & SIEBURGH, *op. cit.*, n° 365.

[45] HR 12 déc. 1997, *NJ* 1998/208, par. 3.6.1.

[46] HR 19 mai 1967, *NJ* 1967/261.

contrat peut-elle être opposée à un tiers qui demande réparation de son préjudice causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle ? Cette action soulève la question de l'opposabilité des clauses par le débiteur fautif. Or, en droit français, les clauses prévues au contrat ont pour seul objet d'atténuer la responsabilité contractuelle des parties. Par conséquent, si le tiers n'appartient pas à une chaîne de contrats, il peut se fonder sur le terrain délictuel, empêchant ainsi le jeu des clauses. Le droit néerlandais adopte une conception plus souple de la question. La Cour de cassation néerlandaise (*Hoge Raad*) a permis l'invocation de telles clauses par le débiteur dans certaines hypothèses exceptionnelles[47]. Pour admettre l'opposabilité des stipulations, la connaissance de la clause par le tiers, son appartenance à un même groupe de société, ou encore la fréquence de ce type de clause dans le domaine, peuvent être pris en compte[48].

Les divergences. Le droit néerlandais admet la validité des clauses en matière délictuelle, en retenant que l'obligation de réparer un dommage peut être limitée, peu importe qu'elle provienne de l'inexécution d'une obligation contractuelle ou d'un devoir imposé par la loi. À l'inverse, la Cour de cassation française invalide les clauses relatives à la responsabilité délictuelle en énonçant que les articles 1382 et 1383 sont d'ordre public. Par conséquent, leur application ne peut être paralysée par une convention entre les parties.

Critique de la position française. Absent des textes, le caractère impératif de la responsabilité délictuelle est affirmé de manière péremptoire par la jurisprudence, qui entend ainsi protéger notamment l'un des objectifs de la responsabilité civile, la prévention des dommages. En effet, en prévoyant la responsabilité de celui qui cause un dommage à autrui, le Code civil invite chacun à se sentir responsable de ses agissements. Supprimer conventionnellement la responsabilité pousserait donc à la grave négligence.

Toutefois, cet argument doit être relativisé. D'une part, le potentiel responsable reste, malgré l'existence d'une limitation de responsabilité, pleinement responsable à l'égard de n'importe quelle autre personne qui subirait un dommage de son fait[49]. L'atténuation de responsabilité ne supprime pas pour autant son obligation d'agir prudemment. D'autre part, le développement des responsabilités objectives a pour conséquence d'engager la responsabilité de l'auteur du dommage sans tenir compte de son

---

[47] HR 7 mars 1969, *NJ* 1969/249 ; HR 13 janv. 1979, *NJ* 1979/362.

[48] Concl. A.G. TIMMERMAN, ECLI:NL:PHR:2016:535, HR 9 sept. 2016, *RvdW* 2016/935, par. 3.7 ; S. VAN GULIJK, « Derdenwerking van exoneratiebedingen », WPNR 2015/7057.

[49] Th. GENICON, « L'immunité des clauses de responsabilité », in *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, 2009, p. 125, n° 24.

comportement. Par conséquent, la présence d'une convention relative à la responsabilité ne saurait influer sur ses agissements.

Il faut ajouter enfin que la stipulation de telles conventions, loin de porter atteinte à l'ordre public, apparait au contraire en concordance avec la paix sociale. Tel est le cas des différents acteurs d'une cotraitance qui prévoient les conséquences d'un dommage causé par l'un à l'ouvrage de l'autre sur un même chantier. En définitive, la nullité des clauses relatives à la responsabilité extracontractuelle manque de fondement convaincant et pourrait être combattue.

Droit prospectif français : principe de validité limité. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile du 29 avril 2016 propose de valider en principe les clauses en matière délictuelle, mais limite cette règle aux clauses relatives à la responsabilité sans faute (art. 1281 et 1282). Les deux régimes conservent des divergences, sans justification : 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 de diligence. Cette différence paraît donc illégitime et injustifiée.

2. Le résultat : un régime unique possible

Bien que les responsabilités contractuelle et délictuelle soient en principe distinctes, le droit néerlandais prévoit un régime unique pour les clauses relatives à la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, à l'inverse du droit français. Ce choix d'unification des régimes s'explique par la simple raison que toutes les obligations de réparer un dommage doivent répondre à un même régime, peu importe leur source. Par conséquent, l'unité de régime des clauses transcende la question de la règle du non-cumul, et procède de la liberté contractuelle. Or ce principe existe également en droit français ; la transposition de l'unité paraît donc envisageable.

De plus, cette unité, qui se traduit par un principe de validité à l'égard de toutes les clauses, doit permettre de conclure à l'absence de caractère impératif de la responsabilité extracontractuelle en droit néerlandais. Cette conclusion, qui était déjà pressentie pour le droit français, doit désormais être affirmée. L'obstacle à la validité des clauses en matière délictuelle étant levé, il est possible de consacrer l'unité des régimes des clauses relatives à la responsabilité en matière contractuelle et délictuelle.

En définitive, le principe de validité peut être affirmé en droit français pour toutes les clauses relatives à la responsabilité, avec les limites déjà établies.

Quant à l'efficacité des clauses, celles-ci doivent être paralysées en cas de faute lourde ou dolosive. Cette prise en compte du comportement du débiteur au stade de l'exécution du contrat ou de la commission de la faute rejoint partiellement la paralysie néerlandaise de la clause inacceptable et aboutit à des résultats finalement assez similaires. Enfin, l'opposabilité des clauses répond à une règle limitée et opportune en droit néerlandais. Afin de garantir une meilleure prévisibilité et sécurité juridique pour les contractants, le droit français pourrait s'inspirer de cette solution en tenant compte de la proximité entre le tiers et les contractants.

D. – *La consécration relative de l'obligation de minimiser le dommage dans l'avant-projet de loi réformant la responsabilité civile*

Parmi les dispositions du Chapitre IV de l'avant-projet, l'article 1263 mérite une attention particulière. Disposant que « [e]n matière contractuelle, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice », ce texte remet en cause la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'obligation de minimiser le dommage. Rappelons en effet que la Cour considère « que l'auteur d'un accident est tenu d'en réparer toutes les conséquences dommageables » et « que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »[50].

L'innovation que constitue l'article 1263 n'est toutefois pas surprenante puisque les projets « Catala-Viney », « Terré » et « Béteille » consacraient déjà cette obligation. La surprise vient en revanche de son régime restrictif[51]. Cette obligation est en effet limitée à la matière contractuelle, précision qui est lourde de conséquence au regard des frontières entre responsabilités contractuelle et délictuelle retenues par l'avant-projet. Le texte exige également de la victime qu'elle prenne les mesures « propres à éviter l'aggravation de son préjudice », ce qui correspond à une conception préventive de cette obligation. Enfin, la sanction encourue n'intervenant que lorsque « la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables,

---

[50] Civ. 2e 19 juin 2003, n° 01-13289 et 00-22302. Pour un exposé de la position française en général, v. M. BACACHE, « L'obligation de minimiser son dommage, Rapport Français », in B. DUBUISSON et P. JOURDAIN (dir.), *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle*, Bruylant, 2015, p. 493.

[51] Rappr. P. STOFFEL-MUNCK, « La singularité de la responsabilité contractuelle », *JCP G* 2016, supp. n° 30-35, spéc. n° 17 et, même numéro, F. LEDUC, « Les règles générales régissant la réparation du dommage », spéc. n° 20. *Adde* C. CORGAS-BERNARD, « Le devoir de la victime de ne pas aggraver son préjudice consacré par l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : entre critiques et incertitudes », *RCA* oct. 2016. 12.

notamment au regard de ses facultés contributives », on imagine que l'auteur du dommage établira difficilement la défaillance de la victime.

Si la timidité avec laquelle l'article 1263 consacre l'obligation de minimiser le dommage interroge, sa comparaison avec le droit néerlandais, qui admet l'existence d'une telle obligation, permet d'identifier de potentielles évolutions du texte.

Quant au champ d'application de l'obligation. Alors que l'article 1263 est applicable à la seule matière contractuelle, le droit néerlandais estime qu'une victime est tenue de minimiser son dommage en matière contractuelle[52] comme délictuelle[53]. Cette solution s'explique par le fait que l'obligation est rattachée à des notions générales : la causalité autrefois[54], la faute de la victime aujourd'hui (art. 6:101 BW).

Cette différence entre le droit néerlandais et l'avant-projet de loi est-elle justifiée ? Techniquement, l'exclusion de la matière délictuelle ne va pas de soi. En effet, il convient de rejeter l'idée exprimée par certains[55], selon laquelle la relation entre bonne foi et obligation de minimiser le dommage exclurait cette dernière en matière délictuelle. Outre le fait que d'autres notions, telles que la causalité ou la faute de la victime, sont susceptibles de fonder une obligation de minimiser le dommage en matière délictuelle, l'obligation d'exécuter les conventions de bonne foi n'est que le pendant contractuel des règles plus générales énoncées aux articles 1240 et 1241 du Code civil. Politiquement, justifier l'exclusion d'une obligation de minimiser le dommage en matière délictuelle est aussi difficile tant on peine à croire que le juge remette souvent en cause la réparation des victimes s'il en avait la possibilité. L'expérience néerlandaise est ici particulièrement enrichissante puisque les juges paraissent faire un usage très prudent de leur pouvoir modérateur afin de préserver les intérêts de la victime. Comme indiqué par Bloembergen, « on ne devrait pas trop en attendre de la part de la victime car, après tout, c'est l'auteur du dommage qui l'a placée dans cette situation à la suite de son fait dommageable »[56]. Cette préférence pour la victime se retrouve dans le principe selon lequel l'auteur du dommage ne peut invoquer l'inertie de la victime lorsqu'il avait lui-même l'occasion de

---

[52] V. HR 26 sept. 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF9414, *NJ* 2004/450 (*Hovax/Regiopolitie*).

[53] V. not. HR 18 avril 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9304, *NJ* 1986/567 (*ENCI/Lindelauf*).

[54] V. not. HR 4 oct. 1957, NJ 1958/12, p. 42 et HR 31 oct. 1958, NJ 1959/29, p. 102. *Adde*, sur le lien entre causalité et obligation de minimiser le dommage, A. R. BLOEMBERGEN, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 1965, p. 396 ; A. L. M. KEIRSE, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer, Kluwer, 2003, p. 43 et s.

[55] P. BRUN, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RLDC* sept. 2016. 31, spéc. n° 27.

[56] A. R. BLOEMBERGEN, préc., p. 402.

réduire le dommage[57]. On imagine que les juges français, qui n'ont cessé de faire évoluer la matière vers une meilleure réparation de la victime, adopteraient une approche similaire s'ils disposaient du même pouvoir modérateur.

L'exclusion de la matière délictuelle du champ de l'article 1263 ne semblant pas justifiée, on ne peut que recommander l'application générale de l'obligation de minimiser le dommage. Cette ouverture fait néanmoins resurgir le débat relatif aux conséquences du refus de la victime de se soumettre à un traitement médical susceptible de réduire son dommage.

Quant aux mesures attendues de la victime. La première modification ayant trait aux mesures attendues de la victime vise à offrir une réponse à la question posée par les mesures médicales à la disposition de la victime pour réduire son préjudice. On sait que la Cour de cassation a considéré que la victime ne peut en aucun cas se voir reprocher son refus de se soumettre à un traitement thérapeutique, peu importe la gravité de celui-ci[58]. La solution, justifiée par le droit au respect de l'intégrité corporelle que de nombreux textes consacrent[59], n'est pas discutable et mérite d'être intégrée dans la version amendée de l'article 1263. La comparaison avec le droit néerlandais semble ici d'un secours relatif puisqu'il existe toujours des hésitations dans la littérature au sujet de ce qu'on peut attendre d'une victime d'un point de vue médical[60] : s'il est fort probable qu'un traitement chirurgical considéré comme lourd sera assimilé à une mesure déraisonnable, rien ne permet d'anticiper la décision d'un juge confronté à un traitement médical bénin[61]. Il paraît ici plus prudent de s'en tenir à la solution dégagée il y a plus de vingt ans par les juges français, celle-ci restant toujours autant d'actualité.

Sur la manière d'intégrer cette limite, on peut se tourner vers certains projets de réforme antérieurs qui admettent que la victime doit minimiser son dommage sauf lorsque les mesures envisagées sont de nature à porter atteinte à son intégrité physique. Néanmoins, cette formulation n'est pas opportune puisque l'auteur d'un dommage pourrait affirmer que tel ou tel traitement ne porte pas atteinte à l'intégrité de la victime en l'espèce. De même, l'idée de soustraire au champ de l'article 1263 toute victime d'un dommage corporel, comme l'envisageait le projet « Béteille » et semble l'envisager la Chancellerie si la disposition venait à être appliquée à la matière délictuelle, ne convainc pas. En effet, si l'objectif de protection de

[57] V. not. A. L. M. KEIRSE, préc., p. 121 et A. R. BLOEMBERGEN, préc., p. 403.

[58] Civ. 2e 19 mars 1997, n° 93-10914.

[59] Art. 16-3 c. civ., art. 8 CEDH, art. 5 Conv. d'Oviedo et art. 3 Charte des droits fondamentaux de l'UE.

[60] V. not. A. L. M. KEIRSE, préc., p. 135 et s. et p. 165 et s.

[61] V. not HR 8 fév. 1985, ECLI:NL:HR:1985:AG4961, *NJ* 1986/137 (*Henderson/Gibbs*).

l'intégrité corporelle de la victime peut empêcher que celle-ci ne subisse un traitement médical non désiré, elle ne justifie en rien son inertie lorsque des mesures matérielles ou juridiques pourraient éviter l'aggravation du préjudice. Partant, il parait plus avisé que la limite à l'obligation de minimiser le dommage soit intégrée par un renvoi à l'article 16-3 du Code civil dont, rappelons-le, le second alinéa vise justement à assurer l'intégrité du consentement du patient pour tout traitement médical[62].

La seconde modification suggérée concerne le style de l'article 1263 qui évoque « les mesures sûres et raisonnables [que doit prendre la victime], notamment au regard de ses facultés contributives ». L'accumulation des facteurs paraît ici surabondante et restrictive : surabondante, car il est certain qu'une mesure qui ne serait pas fiable ou qui présenterait un coût excessif pour la victime serait déraisonnable ; restrictive, car l'accumulation peut brider la créativité des parties qui se contenteraient de fonder leurs prétentions sur les facteurs cités. L'article 1263 gagnerait ainsi à évoquer le seul critère du raisonnable, à l'image du droit néerlandais[63].

En définitive, pour intégrer les fruits de la comparaison franco-néerlandaise, l'article 1263 pourrait être ainsi modifié : « Sous réserve de l'article 16-3 du Code civil, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures raisonnables propres à éviter l'aggravation de son préjudice ».

E. – *Le préjudice écologique*

Une nouveauté. Une partie innovatrice concerne le droit de l'environnement et les prévisions de la réparation du « nouveau » *préjudice écologique*, fraîchement introduit dans le Code civil au Chapitre III (art. 1246-1252).

La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages porte à terme un processus créatif long et débattu pour arriver à la reconnaissance du préjudice écologique dans le Code civil. En effet, l'importance de la consécration législative d'une telle reconnaissance faisait déjà ses premiers pas dans les rapports Catala[64] et, dans une moindre mesure, Terré[65] ; ensuite, certains éléments du

[62] V. dans le même sens F. LEDUC, préc.

[63] Le type du dommage, la nature du fait dommageable ou les situations des parties sont alors pris en compte pour établir le caractère raisonnable des mesures. V. A. L. M. KEIRSE, préc., p. 117, p. 160 et s. et p. 185 et s.

[64] Spéc. proposition d'art. 1343 du Code civil.

[65] Spéc. proposition d'art. 8, al. 2.

rapport Lepage sur la Gouvernance écologique[66] et de la proposition de la Commission environnement du Club des juristes[67] ont été repris par la proposition de loi *Retailleau*, adoptée à l'unanimité par le Sénat le 16 mai 2013. Entre-temps, l'apport fondamental de la jurisprudence dans l'affaire de la marée noire provoquée par le naufrage du pétrolier Erika, avec la condamnation civile et pénale de la société Total par l'arrêt du 25 septembre 2012 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation[68], a achevé de convaincre la Garde des Sceaux de l'opportunité d'inscrire cette jurisprudence dans le Code civil. En septembre 2013 un énième rapport est publié[69], à la demande de la Garde des Sceaux, mais malheureusement il ne portera pas à l'aboutissement du projet gouvernemental espéré.

Finalement, grâce à la loi du 8 août 2016, le législateur a codifié ce qu'une partie de la doctrine définit comme « une révolution conceptuelle et hautement symbolique du préjudice (…) : au-delà de la réparation des préjudices subjectifs, à savoir les conséquences personnelles du préjudice écologique, il s'agissait de réparer un préjudice objectif, celui subi exclusivement par la nature »[70]. L'importance de la reconnaissance d'un préjudice écologique objectif de la part de l'ordre juridique français consiste ainsi dans la libération d'une logique ancrée dans le passé – celle d'un préjudice indirect subi par l'environnement, conséquence d'une atteinte à des intérêts humains patrimoniaux ou extrapatrimoniaux – et dans la conquête de sa propre autonomie. En outre, le caractère objectif du préjudice concerne également sa réparation, qui est indépendante du fait générateur d'un tel préjudice : il s'appliquera à la fois à la responsabilité pour faute et à la responsabilité sans faute.

Le principe de réparation du préjudice écologique – consacré dans le Code civil par l'article 1246 qui affirme « Toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer » – nonobstant un clair écho à l'article 1240 (ancien art. 1382 C. civ.), se libère de l'exigence d'un dommage causé « à autrui ». En outre, il déroge au droit commun de la responsabilité en réduisant son propre champ d'application, par rapport à la célèbre formule « *tout préjudice* est réparable », à travers l'expression contenue dans le nouvel article 1247 du Code civil, qui identifie le préjudice écologique réparable dans « une *atteinte non négligeable* aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme

---

[66] www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/084000490.pdf

[67] www.leclubdesjuristes.com/les-commissions/inscrire-la-responsabilite-environnementale-dans-le-code-civil/

[68] Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : JurisData n° 2012-021445.

[69] www.justice.gouv.fr/art_pix/1_rapport_prejudice_ecologique_20130914.pdf

[70] M. BOUTONNET, « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil…», *JCP* n° 37, 2016, 948.

de l'environnement ». Ce seuil de gravité suffisant, empruntant l'expression employée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 30 mars 2010 sur l'affaire de l'Erika, résulte de l'exigence d'un préjudice écologique qui soit caractérisé.

Un autre élément de nouveauté est l'introduction dans le Code civil du principe de priorité de la réparation en nature, prévu par le nouvel article 1249, qui confirme le rôle des dommages-intérêts comme *extrema ratio*, « en cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation ». En outre, ce même article prévoit que les dommages-intérêts accordés (« au demandeur ou, si celui-ci ne peut prendre les mesures utiles à cette fin, à l'État ») seront affectés à la réparation de l'environnement, en dérogation au principe de libre utilisation des sommes allouées prévu par l'article 1264 de l'avant-projet, éliminant ainsi le risque d'un enrichissement sans cause des demandeurs.

Enfin, les nouveaux articles 1251 et 1252 du Code civil renforcent la prévention des dommages écologiques avec des formulations très proches des articles, respectivement, 1237 et 1232 de l'avant-projet : ainsi l'article 1251 dispose que « Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences constituent un préjudice réparable » et l'article 1252 de son côté : « Indépendamment de la réparation du préjudice écologique, le juge, saisi d'une demande en ce sens par une personne mentionnée à l'article 1248, peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le dommage ». Cette formulation très similaire à l'article 1232 de l'avant-projet, pourra avoir comme effet de permettre « d'accorder une juste place à la fonction préventive de la responsabilité, en complément de sa fonction correctrice de cessation de l'illicite »[71], à ne pas confondre avec la prévention du dommage. De plus, la formulation actuelle de l'article 1232 permettra « de mettre l'avant-projet en cohérence avec le droit positif »[72].

Regards comparatistes. Ce nouveau régime de responsabilité ne constitue pas une nouveauté dans le panorama juridique mondiale. En effet, déjà dans les années 1980, les États-Unis se dotaient d'un mécanisme de réparation des atteinte à l'environnement avec la création du CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*)[73], extension des principes de *Common law* en matière de « *strict liability* » pour des activités anormalement dangereuses. Dans cette loi,

[71] M. BOUTONNET et al., « Consacrons les fonctions et les effets de la responsabilité civile ! », *D*. 2016, 2414.

[72] *Ib*.

[73] 42 U.S.C. §§9601-9675.

considérée comme un modèle exemplaire au niveau mondial[74], la réparation du préjudice à l'environnement est prise en compte indépendamment de l'atteinte à la propriété ou à la santé des particuliers. En outre, comme l'a bien énoncé une partie de la doctrine, « la plupart des législations qui prévoient le versement de dommages-intérêts pour des dommages causés au milieu naturel exigent que les sommes ainsi payées soient utilisées soit pour la remise en état des lieux détruits ou dégradés, soit, au moins, à des fins de conservation de la nature ». Ainsi, le CERCLA précise « que les sommes versées doivent être affectées à la restauration ou au remplacement des ressources dégradées ou à l'acquisition de ressources équivalentes »[75].

Par ailleurs, toujours de l'autre côté de l'Atlantique, la réparation du préjudice écologique a été adopté par plusieurs pays : au Mexique[76], au Chili[77] et au Brésil[78], où notamment la loi du 24 juillet 1985 sur l'action civile en matière de dommages environnementaux prévoit que les indemnités soient déposées dans un fonds public géré par l'État, qui veille à l'utilisation prioritaire de sommes versées à des fins de remise en état de l'environnement.

Des nouveautés concernant la reconnaissance d'un préjudice écologique semblent se retrouver également dans un système juridique plus proche géographiquement : les Pays-Bas. Au cours des dernières années, plusieurs organisations d'intérêt public, y compris des groupes de pression environnementale (ONG et associations), ont eu la possibilité d'accéder à la justice afin d'obtenir une protection importante de l'environnement (sur la base de l'article 3:305a du *Burgerlijk Wetboek*, le Code civil néerlandais). Un exemple célèbre de ce phénomène est constitué par l'affaire introduite par l'association environnementaliste *Urgenda*, à l'issue de laquelle la Cour de district de La Haye[79] a condamné le gouvernement néerlandais à prendre des mesures pour réduire les émissions de gaz à effet de serre d'au moins 25% par rapport à 1990. En effet, la Cour a jugé que les objectifs et les mesures prises par l'État auraient conduit en 2020 à un taux de réduction de 14-17%, estimé insuffisant selon les travaux du Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC). À la base de cette

---

[74] R.V. PERCIVAL, « CERCLA in a Global Context », 41 Sw. L. R. 727 (2012).

[75] C. DE KLEMM, « Les apports du droit comparé », in SFDE et IDPD, *Le dommage écologique en droit interne, communautaire et comparé*, Economica, 1992, 161.

[76] Avec la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental (LFRA), entrée en vigueur le 7 juillet 2013.

[77] D'ailleurs, au Chili existent de véritables tribunaux environnementaux, où le juge est spécialement compétent en matière de préjudice écologique « pur ». Cf. R. ASENJO, « L'action en réparation du dommage environnemental et l'expérience du Tribunal environnemental de Santiago, Chili », *Énergie-Env.-Infrastr*. 8-9, 2016, 17.

[78] C. COSTA DE OLIVEIRA, « Le cas brésilien : la procédure civile comme instrument par excellence de la responsabilité civile environnementale », *Énergie-Env.-Infrastr*. 8-9, 2016, 16.

[79] Rb. Den Haag, 24 juin 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7196.

décision il y a une obligation générale de diligence (« *duty of care* ») – déjà prévue à l'article 6:162 BW – en termes d'émissions de polluants, envers *Urgenda* et par conséquent envers l'ensemble de la société néerlandaise.

Un autre point exemplaire du système néerlandais a été mis en évidence par la doctrine : « No European country, except for the Netherlands, provides for a specific liability regime with regard to dangerous substances »[80]. En effet, contrairement aux autres expériences européennes, les Pays-Bas prévoient dans leur Code civil (art. 6:175 BW) une discipline fondée sur la responsabilité objective en matière de substances dangereuses pour l'opérateur de l'activité, qui peut être responsable même après la fermeture de l'usine.

Enfin, conformément à la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale, tendant à une harmonisation progressive de la discipline en Europe et outil essentiel pour la diffusion d'un modèle juridique de responsabilité pour les dommages écologiques « purs », un régime de responsabilité sans faute est inséré dans le titre 17.2 de la Loi sur la gestion environnementale néerlandaise (*Wet Milieubeheer*) qui impose aux opérateurs de fournir des informations et de prendre des mesures préventives et correctives en cas de dommages environnementaux imminents. Les tiers, tels que les propriétaires privés, sont soumis à une obligation de permettre ces mesures et sont créanciers de l'indemnisation des dommages environnementaux.

F. – *Application dans le temps*

Contrairement à l'ordonnance n° 2016-131 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, et à la Loi Transitoire du Nouveau Code civil néerlandais, l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile ne contient aucune disposition transitoire. Partant de ce constat de carence, nous présenterons les différents points à prendre en compte lors de l'élaboration d'un système transitoire et nous émettrons quelques conseils à l'adresse du législateur.

1. L'objet du choix

La politique transitoire. Le législateur doit commencer par décider[81] s'il veut mener une politique transitoire « conservatiste » (champ

[80] M. HINTEREGGER (ed.), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Union*, Cambridge University Press, 2008, 204.

[81] Ce choix est de nature essentiellement politique. V. P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Anvers, Story-Scientia, 1999, 3, n° 7.

d'application intertemporel large de la loi ancienne) ou « progressiste » (champ d'application intertemporel large de la loi nouvelle).

La « césure ». Ensuite, il doit déterminer la date à partir de laquelle la loi nouvelle commence à s'appliquer, date que nous nommerons ci-après « la césure ». Lorsque l'adoption de la loi n'est pas trop urgente, il est conseillé de laisser une période assez importante entre la date de publication et la césure afin de permettre aux justiciables de se préparer à la loi nouvelle[82].

Les « critères de rattachement intertemporels ». Enfin, le législateur doit déterminer la manière dont la loi nouvelle agira sur les situations en cours au moment de la césure. À cet égard, nous lui conseillons de procéder par analogie avec le droit international privé[83] et d'utiliser des « critères de rattachement intertemporels » (par ex. le moment du fait générateur de responsabilité) pour « localiser » la situation en cours dans le temps[84]. Ainsi, la loi ancienne s'applique si le critère de rattachement survient avant la césure. La loi nouvelle s'applique s'il survient après.

Outre son élégance au niveau de la technique juridique, le recours aux critères de rattachement intertemporels a pour avantage de permettre une implémentation nuancée de la politique transitoire. Un critère de rattachement situé au début du « cycle de vie » de la situation juridique implique une application conservatiste de la loi nouvelle, tandis qu'un critère de rattachement situé à la fin du « cycle de vie » implique une application progressiste de la loi nouvelle. Entre ces deux extrêmes se situe tout un spectre de règles transitoires possibles.

2. Les déterminants du choix

Nous présenterons d'abord les limites à la liberté du législateur en la matière. Ensuite, nous porterons à son attention quelques considérations d'opportunité.

La Convention européenne des droits de l'homme. La liberté du législateur en matière de droit intertemporel est tout d'abord limitée par la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, son article 7

---

[82] L'article 9, alinéa 1er de l'ordonnance n° 2016-131 en fournit un bon exemple.

[83] Cela ne signifie pas qu'il faille employer les mêmes critères de rattachement en droit intertemporel et en droit international privé. L'analogie se limite en effet à la technique.

[84] V. dans le même sens P. POPELIER, *Toepassing van de wet in de tijd*, Anvers, Story-Scientia, 1999, 31-36, n° 47-54. V. aussi F. HAGE-CHAHINE, *Les conflits dans l'espace et dans le temps en matière de prescription*, Paris, Dalloz, 1977, 257-272, n° 377-405 ; P. LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps*, Paris, LGDJ, 1959, 147-240, n° 82-131.

interdit l'application rétroactive des lois pénales plus sévères. La notion de « peine » y étant entendue de façon assez large[85], on pourrait imaginer que l'amende civile prévue par le nouvel article 1266 de l'avant-projet tombe sous le coup de cette disposition. Par ailleurs, le droit à un procès équitable (art. 6 de la Convention) peut parfois faire obstacle à l'application de la loi nouvelle aux procès en cours[86] (et plus encore aux procès terminés). Enfin, le droit à la propriété (art. 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention) interdit en principe au législateur de porter atteinte aux droits acquis[87].

Le bloc de constitutionnalité. Des limites comparables résultent du bloc de constitutionnalité français. Ainsi, la constitutionnalité de la rétroactivité est soumise à plusieurs conditions, parmi lesquelles figurent la poursuite d'un but d'intérêt général suffisant (voire même un motif impérieux d'intérêt général[88]), le respect du principe de non-rétroactivité des peines et des sanctions (art. 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, ayant également un champ d'application large[89]) et le respect des décisions de justice ayant force de chose jugée[90]. En outre, si le législateur est libre de modifier les lois existantes, c'est à la condition de ne pas « priver de garanties légales des exigences de caractère constitutionnel »[91]. Enfin, il ne saurait, sans motif d'intérêt général suffisant, porter atteinte aux « contrats légalement conclus »[92], aux « situations légalement acquises »[93], ou même aux « effets qui peuvent légitimement être attendus de telles situations »[94].

Unité ou dualité de régimes intertemporels ? On n'emploie généralement pas les mêmes critères de rattachement intertemporels en matière contractuelle (le moment de la conclusion du contrat[95]) et en matière extracontractuelle (le moment du fait dommageable, du fait générateur de

---

[85] V. CEDH 9 fév. 1995, *Welch/Royaume-Uni*, consid. 27-28.

[86] V. CEDH 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis/Grèce*, consid. 42-50 ; CEDH 28 oct. 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres/France*, consid. 50-61.

[87] V. CEDH 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis/Grèce*, consid. 57-75 ; CEDH 20 nov. 1995, *Pressos Compania Naviera S.A. et autres/Belgique*, consid. 25-44.

Comparez à l'article 69, alinéa a de la Loi Transitoire néerlandaise.

[88] V. Cons. const. 14 fév. 2014, n° 2013-366 QPC, consid. 3.

[89] V. Cons. const. 30 déc. 1982, n° 82-155 DC, consid. 33.

[90] V. Cons. const. 14 déc. 2006, n° 2006-544 DC, consid. 19.

[91] V. Cons. const. 29 juill. 1986, n° 86-210 DC, consid. 2.

[92] V. Cons. const. 13 janv. 2003, n° 2002-465 DC, consid. 4.

[93] V. Cons. const. 29 déc. 2005, n° 2005-530 DC, consid. 45.

[94] V. Cons. const. 19 déc. 2013, n° 2013-682 DC, consid. 14.

[95] Tel est le cas de l'article 9, alinéa 2 de l'ordonnance n° 2016-131.

responsabilité ou de la naissance du dommage[96]). L'avant-projet comprenant des règles relatives aux deux types de responsabilité, opter pour la conclusion du contrat comme critère de rattachement en matière de responsabilité contractuelle (en d'autres termes : opter pour la survie de la loi ancienne pour les contrats en cours) mènerait donc à une dualité de régimes intertemporels.

Par contre, si le législateur opte pour l'application de la loi nouvelle aux contrats en cours[97], il lui est possible d'employer, pour la responsabilité contractuelle, le même critère de rattachement que pour la responsabilité extracontractuelle. Ainsi, il pourrait s'agir du fait générateur de responsabilité (contractuelle ou extracontractuelle).

Si la première option assure la protection des attentes des parties contractantes, la dualité de régime qu'elle entraîne risque toutefois de s'avérer embarrassante en pratique, surtout en ce qui concerne les règles communes aux deux régimes de responsabilité. Inversement, la deuxième option a le mérite de la simplicité, mais elle est moins respectueuse des attentes des parties contractantes (même si elle n'est pas, selon nous, de ce fait inconstitutionnelle[98]).

Seul le législateur pourra donc trancher cette question de nature essentiellement politique, mais *s'il* décide d'appliquer les nouvelles règles en matière de responsabilité contractuelle aux contrats en cours, nous lui recommandons fortement de recourir aux mêmes critères de rattachement que pour les règles relatives à la responsabilité extracontractuelle[99].

L'importance de la clarté. Enfin, il importe que les dispositions transitoires soient claires. Il ne suffit pas que le législateur dispose, le cas échéant, que la loi nouvelle est applicable aux contrats en cours[100], il doit également préciser le critère de rattachement intertemporel[101]. En outre, le

---

[96] Tel (c'est-à-dire le choix de la naissance du dommage comme critère de rattachement) est le cas de l'article 68a *jo.* l'article 69, alinéas a-d de la Loi Transitoire néerlandaise. V. H.L. VAN DER BEEK, *Overgangsrecht nieuw Burgerlijk Wetboek*, Deventer, Kluwer, 1992, 210-226.

[97] Tel est le cas de l'article 9, alinéa 3 de l'ordonnance n° 2016-131 et de l'article 182 de la Loi Transitoire néerlandaise.

[98] Il semble résulter de la jurisprudence que, pour que l'application immédiate aux « contrats légalement conclus » (v. ci-dessus) puisse être considérée comme inconstitutionnelle, la loi nouvelle doit au moins affecter l'économie du contrat, ce que ne fait pas l'avant-projet.

[99] À ce sujet, la Loi Transitoire néerlandaise constitue un mauvais exemple, puisqu'elle emploie des critères de rattachement différents pour les responsabilités contractuelle (art. 182 : le moment du début de l'inexécution) et extracontractuelle (art. 68a *jo.* art. 69, al. a-d : le moment de la naissance du dommage).

[100] Tel est le cas de l'article 9, alinéa 3 de l'ordonnance n° 2016-131.

[101] Tel est le cas de l'article 182 de la Loi Transitoire néerlandaise.

critère de rattachement doit être soigneusement défini, de sorte à pouvoir déterminer avec certitude le moment de sa survenance[102].

En conclusion, on peut ajouter que le législateur a encore du pain sur la planche quant à l'application de la réforme dans le temps. Il serait en effet regrettable que sa valeur soit réduite en raison de troubles en matière de droit intertemporel.

III. DIALOGUE ENTRE LA CHANCELLERIE ET LE GROUPE GROTIUS-POTHIER

Au lendemain de la publication de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, les doctorants du groupe Grotius-Pothier ont pris l'excellente initiative de se rapprocher de la Chancellerie, pour lui proposer de nouvelles pistes de réflexion pour l'élaboration de la réforme du droit de la responsabilité civile, dernière étape de la réforme du droit des obligations.

Ce domaine avait en effet été exclu de l'habilitation à réformer le droit des obligations par ordonnance, pour deux principales raisons : à cause de la sensibilité particulière de ses enjeux économiques, sociaux, politiques et humains (en particulier, l'indemnisation des victimes de dommages corporels), mais aussi et surtout au regard de l'ampleur de l'avant-projet par rapport à celle de l'ordonnance réformant le droit des contrats (70 articles d'un côté, 350 de l'autre).

Le 29 avril 2016, le garde des sceaux a lancé pour trois mois une large consultation publique sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile élaboré par la Chancellerie. Le succès rencontré par la consultation sur l'avant-projet de réforme du droit des contrats a incité le ministère de la justice à renouveler l'expérience, et l'intérêt porté à cette initiative fut tout aussi fort : le bureau du droit des obligations a reçu et analysé plus de mille pages de contributions substantielles, émanant en majorité de l'université, mais également des praticiens du droit, des milieux économiques et des représentants de victimes de dommages corporels.

Ces contributions auront incontestablement permis d'améliorer l'avant-projet du ministère de la justice sur un plan technique, mais aussi de mieux prendre la mesure de certaines propositions formulées, et de nourrir l'étude d'impact qui doit accompagner tout projet de loi.

---

[102] Les articles 173 et 182 de la Loi Transitoire néerlandaise en fournissent de bons exemples.

Parmi les contributions universitaires se démarque particulièrement celle du groupe Grotius-Pothier, qui apporte un éclairage comparatiste extrêmement précieux avec le système juridique néerlandais : celui-ci présente le double avantage de proposer des solutions particulièrement novatrices au regard du droit français, tout en étant suffisamment proche du nôtre pour que nous puissions y trouver une véritable source d'inspiration.

Les thèmes abordés par le groupe Grotius-Pothier ont volontairement été ciblés sur des thèmes particulièrement complexes, répondant ainsi aux besoins de la Chancellerie que nous avions pu exprimer lors de rencontres très enrichissantes à Paris et à Leiden.

En particulier, l'article de R. De Graaff et B. Moron-Puech aborde la délicate question de l'articulation entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle, en soulignant les avantages du droit néerlandais qui a unifié ces deux types de responsabilités.

L'avant-projet de la Chancellerie a pris parti sur une célèbre controverse doctrinale française, en considérant que la responsabilité contractuelle est un « vrai concept »[103] et proposant ainsi un rapprochement des responsabilités contractuelle et extracontractuelle, sur le modèle de l'avant-projet Catala. S'il paraît difficile d'envisager un changement de perspective aussi radical que celui suggéré par le groupe Grotius-Pothier et de renoncer au principe de non option, compte tenu notamment de la portée des clauses générales de responsabilité (faute et fait des choses) que connaît le droit français, il est toutefois très possible que le texte de la Chancellerie évolue sur la « décontractualisation » de l'obligation de sécurité : le projet d'article 1233 visait à mettre fin aux incertitudes liées aux obligations de sécurité (moyens/résultat, moyens renforcés, résultat atténué, etc.) et à l'inégalité de traitement entre les victimes d'un même accident, selon qu'elles sont ou non liées au responsable par un contrat. Cette proposition pourrait toutefois être affinée, pour assurer une juste indemnisation des victimes qui ont expressément prévu des clauses contractuelles qui leur sont plus favorables que les règles de la responsabilité extracontractuelle.

Autre sujet épineux affronté par le groupe Grotius-Pothier, celui du tiers victime d'une inexécution contractuelle. Le projet d'article 1234 propose de revenir sur la jurisprudence qui assimile la faute extracontractuelle et la faute contractuelle[104], pour permettre à un tiers à un contrat d'invoquer une inexécution purement contractuelle pour obtenir

---

[103] Les dommages et intérêts visant à réparer le préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat, et non à fournir au créancier une exécution par équivalent du contrat *Contra*, Ph. RÉMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*1997, p. 323 et s.

[104] Ass. Plén., 6 oct. 2006, n° 05-13255 : « 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 ».

réparation du dommage que celle-ci a causé. Là encore, la radicalité de la solution initialement proposée pourrait être tempérée, pour ouvrir le droit à un tiers légitimement intéressé par la bonne exécution d'un contrat la possibilité d'invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage ; mais alors les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui seraient opposables.

L'article d'E. Lemaire et G. M. Veldt souligne ensuite toute la difficulté de la codification, qui implique une généralisation, de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a consacré la causalité alternative. Afin de faciliter l'indemnisation des victimes du Distilbène, la Cour de cassation a retenu une présomption de causalité à la charge des fabricants du médicament à l'origine de leur dommage[105], pour répondre en équité à l'impossibilité pour la victime de prouver qui est l'auteur du dommage alors qu'elle a circonscrit le cercle des responsables potentiels. Il est apparu nécessaire de consolider cette jurisprudence favorable aux victimes, dans un souci de sécurité juridique, un revirement de la Cour de cassation étant toujours possible[106]. Toutefois, afin d'éviter une extension sans limite d'un tel mécanisme, qui pourrait s'avérer dangereuse au regard de l'exercice de libertés publiques comme le droit de grève ou de manifestation, sous couvert d'indemnisation des conséquences dommageables de certains débordements, la notion de groupe a cependant été précisée par l'article 1240 de l'avant-projet : il faut que les membres du groupe aient agi de concert (unité d'action) ou pour des motifs similaires (même activité) ; en outre, cette responsabilité collective est circonscrite aux collectivités dont tous les membres sont connus ; son champ d'application est enfin limité au dommage corporel, la hiérarchie des intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile pouvant justifier une telle dérogation en faveur des victimes de dommage corporel.

S'agissant ensuite des clauses limitatives et exonératoires de responsabilité, le texte de la Chancellerie sera très certainement amélioré sur un plan technique, mais sur le fond, il est là encore difficile d'envisager

---

[105] V. not. Civ.1ère, 24 sept. 2009, n° 08-16305 : « en se déterminant ainsi, après avoir constaté que le Distilbène avait bien été la cause directe de la pathologie tumorale, partant que Mme P. avait été exposée *in utero* à la molécule litigieuse, de sorte qu'il appartenait alors à chacun des laboratoires de prouver que son produit n'était pas à l'origine du dommage, la cour d'appel a violé » les articles 1382 et 1315 du Code civil. La Cour a retenu la responsabilité des deux seuls laboratoires qui ont distribué la molécule litigieuse, alors qu'il était peu probable que la mère de la victime ait pris les deux médicaments successivement.

[106] V. d'ailleurs récemment Civ. 1ère 3 nov. 2016, n° 15-25348 : la Cour de cassation a considéré que la victime devait démontrer le lien de causalité entre la faute et le médecin malgré des circonstances très particulières qui rendaient cette preuve impossible : un patient ayant été opéré deux fois a fait l'objet d'une troisième opération, ce qui a permis de découvrir une compresse oubliée dans son abdomen lors de l'une des deux précédentes opérations, sans que l'on puisse déterminer lequel des deux premiers chirurgiens avait commis cette faute.

d'admettre une solution aussi novatrice que celle du droit néerlandais, pour revenir sur le caractère d'ordre public de la responsabilité pour faute. Toutefois, comme le soulignent M. Leveneur-Azémar et W. Th. Nuninga, l'avant-projet propose déjà de généraliser des solutions controversées en doctrine et isolées en droit positif[107], en admettant la validité de principe des contrats portant sur la réparation en matière de responsabilité extracontractuelle objective.

Le groupe Grotius-Pothier porte ensuite un regard comparatiste sur l'obligation de minimiser son dommage. L'article 1263 de l'avant-projet était sur ce point assez prudent, limitant le champ d'application de cette obligation à la seule matière contractuelle, et excluant de ce fait le dommage corporel, qui devait être réparé sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle aux termes de l'article 1233 (cf. ci-dessus). En effet, cette obligation paraissait particulièrement cohérente avec les principes de bonne foi et de loyauté réciproque entre les cocontractants. Toutefois, s'il n'est pas exclu que la portée du texte soit élargie à la responsabilité extracontractuelle, compte tenu des multiples contributions en sens lors de la consultation, il n'est en revanche pas envisageable du point de vue de la Chancellerie de soumettre les victimes de dommage corporel à un tel devoir, cette dérogation étant une nouvelle déclinaison de la hiérarchie des intérêts protégés.

Enfin, l'avant-projet soumis à la consultation publique ne comportait que les dispositions modifiées du Code civil, mais bien sûr une telle réforme suppose également de réfléchir non seulement aux dispositions de coordination avec les autres textes légaux, mais aussi à l'application outre-mer de cette réforme, ou encore, point particulièrement sensible et important, à son application dans le temps. À cet égard, la publication de T. Vancoppernolle sera particulièrement éclairante pour le ministère de la justice.

Je ne doute pas que le groupe Grotius-Pothier pourra utilement contribuer aux travaux à venir de la chancellerie, tant sur la responsabilité civile que sur les prochaines étapes, plus lointaines, de la rénovation de notre Code civil, en droit des sûretés, droit des contrats spéciaux ou encore en droit des biens.

---

[107] Contrat conclu entre propriétaires d'animaux placés sans surveillance dans un pâturage commun : Req. 16 nov. 1931.

CONCLUSION – À MI-CHEMIN ENTRE LE DROIT CONTRACTUEL ET LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

L'étude comparative effectuée par le groupe de recherche Grotius-Pothier met en lumière plusieurs aspects de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile. Vu de l'extérieur, notamment de la perspective du droit civil néerlandais, on constate que les droits contractuel et extracontractuel sont encore des domaines séparés en France. Ceci étant, la consultation publique organisée par la Chancellerie et l'ouverture du Bureau du droit des obligations aux travaux de droit comparé, démontre une ouverture d'esprit très encourageante[108].

Aux Pays-Bas, les droits contractuel et délictuel se sont rapprochés. D'une part cela est dû à la structure dite « stratifiée » du Code civil néerlandais, d'autre part, dans un souci de sécurité juridique, le droit a trouvé des solutions jurisprudentielles pour répondre en équité aux besoins de protéger les intérêts des parties au contrat. Ce souci de protection cherche un équilibre entre l'autonomie des parties et la solidarité. L'arrêt *Dexia/De Treek*, une décision notoire du *Hoge Raad*, la Cour suprême néerlandaise, en est un exemple récent et emblématique, définissant la relation entre le consommateur et le fournisseur de services financiers[109].

Cette décision concernait un Néerlandais, M. De Treek, intéressé par un produit proposé par sa banque et qui consistait à acheter des titres avec l'aide d'un prêt. Selon le contrat, il s'agissait d'une opération de *leasing* et M. De Treek devint propriétaire du certificat de manière conditionnelle : la pleine propriété résulterait du paiement de la somme totale. Deux ans et demi après la conclusion du contrat, M. De Treek n'ayant pas rempli ses obligations contractuelles, la banque exigea la résolution du contrat et le paiement des sommes dues. En défense, M. De Treek demanda des dommages-intérêts. Il fit valoir que la banque ne l'avait informé correctement ni de la nature de l'arrangement, ni des risques spécifiques de la transaction, et qu'elle avait donc agi négligemment ou commis une faute délictuelle en manquant à son obligation de diligence : la banque aurait dû mieux connaître son client, notamment quant au fait de savoir si M. De Treek était capable de supporter le risque financier, ou pas[110]. Cette ligne de défense s'avéra efficace : si la banque avait mieux connu son client, elle aurait su qu'il était incapable de remplir ses obligations contractuelles en cas

---

[108] V. III, « Dialogue entre la Chancellerie et le groupe Grotius-Pothier », C. DE CABARRUS.

[109] HR 5 juin 2009, *NJ* 2012/184 (*Dexia v De Treek*).

[110] De nos jours cette obligation est dérivée de directives européennes comme la directive 2004/39/CE concernant les marchés d'instruments financiers, ou encore la directive 2000/12/CE abrogeant la directive 93/22/CEE (Mifid).

de résolution anticipée. Ensuite, la banque aurait dû informer M. De Treek en conséquence et peut-être même lui conseiller de ne pas conclure le contrat. Étant données sa position dans la société, ses connaissances professionnelles et son expérience, la banque se devait d'offrir une certaine protection au consommateur contre son manque de compréhension et contre les dangers de la précipitation, de la désinvolture et de l'imprudence.

La qualification de ces obligations attire l'attention : sont-elles contractuelles ou délictuelles ? Si les obligations précontractuelles sont censées favoriser l'autonomie des parties, alors il faut certainement nous placer sur le terrain contractuel. Si l'on se focalise à présent sur les institutions financières, prises comme des éléments clés du système monétaire, les obligations précontractuelles de ces institutions, et par conséquent l'aspect délictuel, se retrouvent au premier plan. Il est dans l'intérêt de la société que les clients soient bien informés et avertis des risques difficiles à supporter. Il ne s'agit pas tant de dédommager les consommateurs, que d'encourager une forme responsable d'activités bancaires ou de pénaliser les comportements irresponsables.

La question se pose ensuite quant à la nature de la réparation. Les consommateurs comme M. De Treek pourraient vouloir être dédommagés de tous leurs coûts. Afin de trancher cette question, la situation dans laquelle se trouve le client après la résolution du contrat doit être comparée avec la situation dans laquelle il se trouverait si la banque avait correctement connu son client et lui avait donné les informations requises. Par conséquent, les dommages-intérêts pourraient potentiellement couvrir toutes sortes de préjudices. Ceci n'est pas sans rappeler la façon typique d'évaluer un dommage dans le cas d'une action fondée sur la responsabilité extracontractuelle. Toutefois, la question se pose dans les mêmes termes en matière contractuelle. La même obligation de diligence s'impose, par conséquent, le même test est applicable : quelle aurait été la situation financière si une enquête correcte avait été menée, en comparaison avec la situation actuelle ? Finalement, il est possible qu'une partie du dommage reste à la charge du client lui-même, parce qu'il n'a pas pris les précautions nécessaires avant de conclure le contrat. Une fois de plus, le choix entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle est indifférent aux Pays-Bas. L'article 6:101 du Code civil néerlandais, s'applique en effet aux deux types de responsabilité[111].

L'affaire *De Treek* reflète l'évolution de la façon de concevoir l'équilibre entre les parties au contrat, y compris durant la période qui précède sa conclusion. Le même constat peut être fait pour d'autres types de responsabilité qui concernent également les intérêts publics, comme par

[111] V. II.D, T. BEUMERS et M. CORMIER.

exemple la responsabilité du fait des produits défectueux[112] et la responsabilité liée au préjudice écologique[113]. Souvent, les racines européennes de ces droits ne précisent pas quel genre de loi s'applique, s'il s'agit de droit public ou de droit privé, de droit des contrats ou de la responsabilité délictuelle. Pourtant, les États membres doivent prendre dans leur système juridique interne respectif les mesures nécessaires pour assurer une réparation réelle, effective, dissuasive et proportionnée au dommage subi. La mise en œuvre de telles provisions pourrait être facilitée par une application indifférenciée en matière contractuelle et délictuelle.

Ceci étant, un processus de convergence établi par voie légale ou jurisprudentielle requiert qu'une attention particulière soit portée à la façon dont les ajustements sont introduits, par exemple en ce qui concerne les délais de prescription. Ceci pourrait être réalisé par le développement de règles spécifiques de résolution des cas de concours des responsabilités[114] ou par le biais du droit transitoire[115]. Réconcilier les différentes fonctions de la responsabilité pourrait également contribuer à souligner la nécessité d'appliquer les clauses exonératoires de responsabilité à la fois en matière contractuelle et extracontractuelle. Il est sans doute dans l'intérêt du système monétaire que les banques ne soient responsables que dans une certaine mesure, sans que cela dépende de la nature de cette responsabilité[116]. Il serait en outre conforme aux prévisions des parties que de telles limitations s'appliquent quelle que soit la nature de la responsabilité. Dans les affaires de droit financier comme celles qui viennent d'être évoquées, l'enjeu dépasse la simple protection de l'autonomie et de la confiance des parties, ou leur seule sécurité juridique. L'obligation de diligence est également imposée pour protéger le système monétaire tout entier, qui se doit d'être sûr et sain.

On constate que – dans le temps – la force obligatoire du contrat comme principe directeur du droit des contrats s'affaiblit. En France, le souci de protéger la partie la plus faible au contrat en respectant ainsi l'équilibre de ce même contrat se manifeste notamment par l'introduction récente de l'imprévision en droit civil français. Outre cette faiblesse liée à la position respective des parties, la protection est également étendue à la partie dont la vulnérabilité tient davantage aux difficultés propres à l'administration de la preuve. C'est dans cet esprit qu'ont émergé les solutions jurisprudentielles et prospectives relatives à la causalité

[112] V. I, J.-S. BORGHETTI.
[113] V. II.E, I. ALOGNA.
[114] V. II.A, R. DE GRAAFF et B. MORON-PUECH.
[115] V. II.F, T. VANCOPPERNOLLE.
[116] V. II.C, M. LEVENEUR-AZEMAR et T. NUNINGA.

alternative[117]. À côté de l'influence grandissante et incontournable des directives européennes sur nos droits civils, influence qui protège le plus faible et limite l'autonomie des parties, la convergence entre les responsabilités contractuelle et délictuelle, telle qu'elle se manifeste aux Pays-Bas, pourrait servir de source d'inspiration pour la réforme du droit de la responsabilité en France.

[117] V. II.B, E. LEMAIRE et G. M. VELDT.