



Avant-projet de loi Réforme de la responsabilité civile

Analyses et contrepropositions

**Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique
(EA 3457)**

Université Paris-Ouest Nanterre La Défense

A l'occasion de la consultation publique relative au projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, plusieurs membres du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique de l'Université Paris-Ouest Nanterre La Défense (CEDCACE, EA 3457) avaient livré, en 2015, au Ministère de la Justice, leurs réflexions sur les aspects du projet relatifs au régime général et à la preuve des obligations.

Sollicité par la direction des affaires civiles et du sceau du Ministère de la Justice pour participer à la consultation publique relative à l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, le CEDCACE a, à nouveau, invité ses membres, enseignants-chercheurs confirmés comme doctorants, à exposer des analyses et avancer des contrepropositions.

Dix contributions, relatives à huit sujets et douze articles de l'avant-projet (1234, 1235, 1238, 1241, 1242, 1244, 1258, 1263, 1266, 1281, 1282 et 1283), sont ici rassemblées.

Si toutes les contributions soulignent l'effort considérable et utile que constitue l'œuvre de codification entreprise, le texte de l'avant-projet suscite des réserves, parfois importantes.

Dans la mesure où chaque contribution reflète l'opinion de son auteur, et où les sujets abordés sont très divers, il ne s'agit pas ici de proposer une synthèse des analyses et contrepropositions. Mais certaines observations récurrentes méritent probablement d'être soulignées.

Plusieurs contributions mettent ainsi en évidence que l'effort de définition entrepris n'est pas toujours couronné de succès. Parfois, la définition, en elle-même, ne convainc pas : il en va ainsi de la définition de la faute ou de celle du trouble anormal de voisinage. Parfois, la définition ne paraît pas satisfaisante dès lors qu'elle se réfère à un autre concept qui n'est lui-même pas défini, alors que sa définition est incertaine ou controversée : il en va ainsi du préjudice, défini par référence à un dommage dont l'avant-projet de donne pas de définition. Mais, de manière plus gênante car il n'est plus alors question de pertinence mais de cohérence interne, la définition retenue ne correspond pas toujours exactement aux usages du terme dans l'avant-projet ou dans l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Ainsi peut-on s'étonner que la faute doive causer un préjudice mais le fait de la chose un dommage pour ouvrir droit à réparation alors que préjudice et dommage sont distingués à l'article 1235 de l'avant-projet. On peut encore souligner un « hiatus terminologique » entre l'ordonnance de 2016 qui mentionne la clause « qui prive de sa substance l'obligation essentielle » pour la réputer non-écrite quand, pour neutraliser les effets d'une clause limitant ou excluant la responsabilité, l'article 1283 de l'avant-projet évoque les « clauses qui contredisent la portée de l'obligation essentielle ».

Par ailleurs, les auteurs relèvent à plusieurs reprises que les moyens sollicités ne semblent pas toujours les plus aptes à atteindre l'objectif visé. Certes, apprécier la conformité du texte à sa finalité est parfois délicat, dès lors que l'avant-projet n'est pas accompagné d'un exposé des motifs. Ceci étant, il est significatif que les commentateurs ne parviennent pas toujours à identifier à partir du texte lui-même le but poursuivi par les rédacteurs : s'agissant des troubles de voisinage, en se référant à une formule ancienne du tribunal des conflits, et à elle seule, en matière de portée des autorisations administratives, les auteurs de l'avant-projet ont-ils véritablement cherché à condamner la jurisprudence la plus récente de la même juridiction ? en définissant la perte de chance comme la disparition d'une éventualité favorable, les auteurs ont-ils entendu condamner la jurisprudence admettant que la perte de chance puisse consister à être privé de la possibilité de ne pas être exposé à un risque ? De fait, il est peut-être plus gênant encore que s'expriment des doutes sur l'aptitude du texte à atteindre le résultat qu'incontestablement il vise. Les doutes peuvent être liés à des contraintes externes. Ainsi, l'imprécision du texte relatif à l'amende civile et le montant extrêmement élevé auquel elle peut être fixée rendent très incertaine l'aptitude de l'article 1266 proposé à

passer avec succès un test de constitutionnalité ou conventionalité. Mais les doutes sur l'efficacité des dispositifs à l'œuvre proviennent parfois des textes eux-mêmes. Si la jurisprudence dite *Bootshop*, issue de l'arrêt rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 6 octobre 2006, doit être abandonnée, faut-il nécessairement exclure que l'action du tiers puisse être de nature contractuelle, alors que cette solution serait la plus respectueuse des prévisions du débiteur ? Si l'obligation d'éviter l'aggravation de son préjudice doit voir le jour, faut-il nécessairement la restreindre à la sphère contractuelle alors que « l'objectif de responsabilisation des victimes [...] devrait être poursuivi quel que soit le contexte - contractuel ou non – dans lequel le dommage a été causé » ?

Tous les textes de l'avant-projet auraient mérité un examen critique - et bienveillant. Le travail mené par les membres du CEDCACE n'est donc que très fragmentaire et ne rend pas justice à la richesse du travail entrepris. Qu'il puisse, néanmoins, être utile aux rédacteurs du projet de loi dont le droit de la responsabilité civile a tant besoin !

SOMMAIRE

Louis Thibierge	<i>La responsabilité des contractants à l'égard des tiers</i>	Art. 1234	p. 5-7
Arnaud Thomas	<i>Le dommage et le préjudice</i>	Art. 1235 (et art. 1258)	p. 8-12
Clara Hervas-Hermida	<i>La perte de chance</i>	Art. 1238	p. 13-15
Marc Pichard	<i>La faute</i>	Art. 1241 et 1242	p. 16-20
Clément Bizet	<i>Les troubles du voisinage : définition et régime</i>	Art. 1244 al. 1 ^{er}	p. 21-25
Clément Bizet	<i>Les troubles du voisinage : portée des autorisations administratives</i>	Art. 1244, al. 2 nd	p. 26-29
Aurélie Ballot-Léna	<i>Obligation pour la victime d'éviter l'aggravation de son préjudice en matière contractuelle</i>	Art. 1263	p. 30-33
Aurélie Ballot-Léna	<i>Amende civile (1^{re} partie)</i>	Art. 1266	p. 34-37
Aurélie Ballot-Léna	<i>Amende civile (2^{nde} partie)</i>	Art. 1266	p. 38-40
Louis Thibierge	<i>Les contrats limitant ou excluant la responsabilité</i>	Art. 1281, 1282 et 1283	p. 41-44

LA RESPONSABILITE DES CONTRACTANTS A L'EGARD DES TIERS

(avant-projet, art. 1234)

par Louis Thibierge, maître de conférences

En un article, l'avant-projet brise la jurisprudence *Bootshop* de 2006 et rebat les cartes de l'opposabilité du contrat par les tiers victimes de son inexécution.

Article 1234

Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

I. ANALYSE

Sources. Rares sont les occasions d'une tension si nette entre sources du droit. L'avant-projet qui, pour l'essentiel, codifie à droit prétorien constant, marque à l'article 1234 une rupture éclatante avec la jurisprudence *Bootshop* rendue le 6 octobre 2006 par l'Assemblée plénière. La (future) loi s'impose au juge, et prend acte des critiques virulentes formulées par la doctrine à l'endroit de l'arrêt litigieux. Rappelons que la Cour y avait affirmé que le tiers à un contrat pouvait invoquer, au soutien de son action en responsabilité délictuelle, un manquement contractuel. Consacrant une identité des fautes délictuelle et contractuelle, la Haute juridiction reconnaissait que toute faute contractuelle constituait *ipso facto* une faute délictuelle à l'égard des tiers. L'affirmation suscitait des réserves, tant quant cette assimilation que quant à ses conséquences.

L'article 1234 abandonne la jurisprudence *Bootshop* et restitue à la faute contractuelle sa relativité. Il affirme deux principes essentiels : l'action en responsabilité introduite par le tiers est nécessairement extracontractuelle et ne peut procéder que d'un fait générateur de responsabilité extracontractuelle.

Type de responsabilité. L'article 1234 est univoque : le tiers ne peut *demandeur réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle*. La solution, déjà retenue par l'arrêt *Bootshop*, n'est pas en soi nouvelle. Mais est-elle justifiée ? Cela n'est pas certain. D'une part, il est vain de vouloir convoquer l'effet relatif des conventions. Celui-ci interdit simplement, au stade de la formation, de créer une obligation sur la tête d'un tiers et, au stade de l'exécution, à un tiers de demander l'exécution forcée du contrat. D'autre part, donner au tiers une action en responsabilité délictuelle, c'est lui permettre de perturber les prévisions du débiteur. En effet, le tiers ne peut se voir opposer, sur le fondement délictuel, ni l'article 1150 C. civ. (prévisibilité du dommage), ni les clauses pénales, ni les clauses limitatives de responsabilité, ni les clauses compromissaires ou attributives de juridiction. On en arrive, paradoxalement, à traiter mieux le tiers que le contractant, au mépris de la sécurité juridique. D'aucuns avaient alors suggéré de maintenir le fondement délictuel de l'action, mais de rendre opposable au tiers tous les aménagements contractuels. Il n'est pas certain qu'une telle voie soit adaptée. Peut-on encore parler de recours extracontractuel dans ce cas ? Enfin, la solution prônée par l'article 1234 ne manque-t-elle pas de nuance ? *De lege lata*, toutes les actions introduites par des tiers au contrat ne sont pas nécessairement délictuelles,

que l'on songe à la stipulation pour autrui (parfois implicite, comme l'obligation de sécurité découverte dans le contrat de transport) ou aux chaînes de contrats. Si l'on occulte un instant l'altération projetée de l'article 1603 relatif à la vente, l'assertion de l'article 1234 paraît bien générale : toutes les actions de tiers seraient délictuelles ? En toute hypothèse, assigner un fondement exclusivement délictuel à l'action des tiers ne paraît pas nécessairement opportun. D'aucuns avaient, au soir de l'arrêt *Bootshop*, déjà proposé de conférer à l'action un caractère contractuel, afin de ne pas ruiner les prévisions des parties. On peut regretter que l'avant-projet ne souscrive pas à cette suggestion.

Fait générateur. C'est là que se cristallise la rupture. L'arrêt *Bootshop* avait permis au tiers d' « emprunter » le manquement contractuel au créancier, c'est-à-dire d'asseoir son action délictuelle sur un fondement contractuel, au prix d'une confusion des genres. Si, à n'en pas douter, le manquement contractuel constitue bien un fait illicite, il n'est pas certain qu'il puisse et doive produire ses effets *erga omnes*. D'une part, est-il bien logique que le créancier puisse tolérer l'inexécution pendant que le tiers s'en prévaut pour en demander réparation ? D'autre part, n'est-il pas nécessaire de distinguer suivant les obligations ? Les unes sont proprement contractuelles, en ce sens qu'elles n'intéressent que les parties au contrat. Les autres ne sont que le reflet contractuel d'une règle générale de conduite, laquelle intéresse également les tiers. Si la distinction est imparfaite, elle traduit une réalité : toutes les obligations contractuelles n'intéressent pas nécessairement les tiers. L'immixtion n'est pas toujours justifiée. Il est donc heureux que l'article 1234 prenne un net départ d'avec la jurisprudence *Bootshop*. Il n'est désormais plus question que le tiers invoque, au soutien de son action délictuelle, un manquement contractuel. Au contraire : il lui faudra supporter la charge – et le risque – de la preuve : à lui de *rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II*.

Prima facie, on peut croire à une restriction. Le tiers doit désormais rapporter la preuve d'un fait générateur de responsabilité délictuelle. Il ne pourra plus se borner à établir la preuve d'un manquement contractuel, preuve fort aisée à rapporter en présence d'une obligation de résultat. L'immixtion du tiers dans la sphère contractuelle semble circonscrite.

Pourtant, la restriction peut n'être qu'un faux-semblant. En effet, les *faits générateurs visés à la section II du chapitre II* englobent aussi bien la faute entendue largement (art. 1242 : *violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence*) que les responsabilités sans faute : fait des choses (art. 1243), troubles anormaux de voisinage (art. 1244) responsabilité du fait d'autrui profondément remaniée (art. 1245). De fait, les cas d'engagement de la responsabilité sont tels qu'on peut craindre au contraire que l'action du tiers ne soit facilitée.

Causalité directe. La réponse demeure incertaine, du fait de la rédaction singulière de l'article 1234 quant à l'exigence d'un lien de causalité. De prime abord, on n'est guère surpris que le texte impose un lien de causalité directe. Certes, cette exigence est habituellement cantonnée à la sphère contractuelle, mais puisque la situation visée à l'article 1234 est hybride, on ne s'offusquera pas de la transposition de cette exigence. Pourtant, à la réflexion, on s'avouera plus partagé. En effet, le texte n'exige pas la preuve d'un lien de causalité directe entre le *fait générateur* et le *dommage* subi par le tiers, mais entre l'inexécution de l'obligation et le *dommage* subi. Qu'on en juge : « Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers ». L'assertion paraît bien étrange. On peine à appréhender l'architecture du texte : le *dommage* procède-t-il de

l'inexécution ou du fait générateur ? Pourquoi poser une exigence de causalité *directe* pour l'inexécution mais pas pour le fait générateur ? N'y a-t-il pas quelque artifice, voire quelque sophisme à vouloir établir, d'une part, que le dommage a été causé par un fait générateur de responsabilité civile imputable au débiteur puis, dans un second temps, de lui découvrir une cause médiate, l'inexécution contractuelle ?

II. PROPOSITIONS ALTERNATIVES

Texte du projet : Article 1234

Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

Proposition A : Article 1234

Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle a causé un préjudice à un tiers, celui-ci peut en demander réparation sur le fondement de la responsabilité contractuelle.

L'action du tiers est soumise aux mêmes conditions que l'action du créancier de l'obligation inexécutée.

Proposition B : Article 1234

Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle a causé un préjudice à un tiers, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur, sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, que si le tiers démontre que l'inexécution constitue à son égard un fait générateur de responsabilité extracontractuelle.

Explications

Une fois n'est pas coutume, ce n'est pas une mais deux propositions alternatives qui sont ici faites. D'un point de vue sémantique, toutes deux préfèrent le terme de préjudice à celui de dommage. Sur le fond, et à rebours de l'avant-projet Catala, les deux propositions sont alternatives et non cumulatives. Il n'est pas ici question de laisser au tiers le choix d'opter entre deux types de responsabilité.

La proposition A est la plus radicale. Elle astreint le tiers à agir sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Profitant alors du contrat, il en subira également toutes les restrictions (clauses limitatives de responsabilité, clauses pénales, compromissaires, *etc*). La cohérence est à ce prix.

La proposition B, plus accessible, maintient le fondement extracontractuel de l'action, mais clarifie les conditions de déclenchement. Le tiers ne peut se prévaloir de la seule inexécution, mais doit démontrer que celle-ci constitue à son égard un fait générateur de responsabilité extracontractuelle.

LE DOMMAGE ET LE PREJUDICE

(avant-projet, art. 1235)

par Arnaud Thomas, doctorant

L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile reprend une définition classique du préjudice.

Plus innovante est la distinction formellement opérée entre les notions de dommage et de préjudice, dont l'avant-projet ne semble pour autant tirer aucune conséquence. Seul le second terme est défini, notamment en ce qu'il résulte du premier, qui demeure quant à lui évanescent.

Une distinction cohérente du dommage et du préjudice passe nécessairement par la définition de ces deux notions, intrinsèquement liée à l'objet de la responsabilité et aux notions de réparation et d'indemnisation.

Article 1235

Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif.

Article 1258

Sous réserve de dispositions ou de clauses contraires, la réparation doit avoir pour objet de replacer la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

I. ANALYSE

A. Distinction confuse du dommage et du préjudice

La réelle innovation issue de l'avant-projet quant au préjudice tient en ce que celui-ci est expressément défini à l'article 1235 comme « *résultant d'un dommage* ». L'existence d'un lien de cause à effet, pour ne pas dire de causalité, entre le dommage et le préjudice, semble indiquer la volonté de distinguer clairement ces deux notions.

Cette distinction, originale au regard du droit positif, était déjà présente au sein du projet Catala et de ses annotations, dans des termes quasiment identiques. Le projet Terré retenait une distinction analogue. Seul le dommage y était défini, entendu comme « *toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit* », et conditionnait l'engagement de la responsabilité. A l'inverse, le préjudice n'y était pas défini, mais commandait par sa nature aux modalités et à l'étendue de la réparation.

La distinction telle qu'elle est prévue dans l'avant-projet souffre de l'absence de définition du dommage, à propos duquel il est uniquement précisé qu'il est la source du préjudice.

Comme c'était le cas dans le projet Catala, cette distinction, bien qu'apparente, ne semble emporter aucune conséquence. Ainsi, la démonstration d'un lien de causalité est uniquement requise entre le fait générateur et le dommage (Article 1239). Si la distinction est reconnue entre dommage et préjudice, il semble que la responsabilité demeure soumise à la démonstration des trois conditions classiques : un fait générateur, un dommage, et un lien de causalité les reliant.

Cependant, un recours parfois indifférencié aux deux termes laisse craindre une absence de cohérence entre les deux notions au sein de l'avant-projet.

En effet, si la faute cause un préjudice (Articles 1241 et 1282), le fait de la chose et d'autrui causent un dommage (Articles 1243 et 1245), et la faute de la victime contribue quant à elle à la réalisation de son dommage (Article 1254). De même, le dommage est corporel (Article 1254), mais la prédisposition à trait au préjudice (Article 1268).

Le recours à la distinction dans un but purement explicatif n'est pas choquant, à condition que la compréhension des mécanismes de la responsabilité en soit réellement facilitée. Tel n'est pas le cas à la lecture de l'avant-projet.

B. Définition classique mais insatisfaisante du préjudice

L'article 1235 de l'avant-projet donne une définition du préjudice très proche de celle de l'article 1343 du projet Catala : la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif.

Est ainsi reprise la définition devenue classique en doctrine du préjudice en tant qu'atteinte portée à un intérêt. Il est néanmoins permis de regretter les confusions que cette définition peut engendrer. La recevabilité et le bien-fondé de l'action en responsabilité sont en effet soumis à la démonstration de deux intérêts différents. L'intérêt à agir, condition du droit d'agir procédural, risque de se confondre avec l'intérêt substantiel, auquel il est porté atteinte. La distinction de ces deux notions mériterait sans doute le recours à deux termes différents.

La définition de l'article 1235 se distingue de celle proposée par le projet Terré, en ce qu'elle ne prône pas une sélection, par « le Droit », des préjudices réparables. Un retour à la notion d'intérêt légitime juridiquement protégé, antérieure à l'arrêt Dangereux, semble écarté. Seul est exclu le préjudice illicite (article 1235). L'avant-projet témoigne ainsi d'un refus d'opérer une sélection *a priori*, en fonction de la nature du dommage ou de la qualité de la victime. Contrairement à ce qu'avait prévu le projet Terré, l'indemnisation d'un préjudice réfléchi n'est ainsi pas réservée aux seuls proches d'une personne physique atteinte dans son intégrité corporelle. Il est cependant possible de proposer une définition dont les termes rejetteraient plus expressément toute sélection en fonction de la nature du dommage.

II. PROPOSITIONS ALTERNATIVES

Chapitre 1^{er} - Dispositions préliminaires

Article 1232

Sous réserve de dispositions ou de clauses contraires, la responsabilité civile a pour objet de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

En l'absence d'un dommage caractérisé, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur.

Chapitre II - Les Conditions de la responsabilité

Section 1- Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle

Sous-section 1. *Dommage réparable et préjudice indemnisable*

Article 1235 : *Est réparable tout dommage certain consistant en l'atteinte portée à la situation d'une personne ou d'une collectivité.*

Est indemnisable tout préjudice patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif résultant d'un dommage qui n'a pas été réparé.

Chapitre IV - Les effets de la responsabilité

Section 1 - Principes

Article 1258 (Modification de l'article 1259 et transfert de l'actuel article 1258 au sein du chapitre préliminaire)

Le rétablissement de la victime dans la situation où elle se serait trouvée si le fait dommageable n'avait pas eu lieu peut prendre la forme d'une réparation ou d'une indemnisation, ces deux types de mesures pouvant se cumuler.

A. Objet de la responsabilité

La Cour de cassation rappelle régulièrement que : « *le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime, aux dépens du responsable, dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit* » (Cass. Civ. 2^{ème}, 8 avril 1970, n°68-13.969 ; Cass. Com., 10 Janvier 2012, n°10-26.837).

L'article 1258 de l'avant-projet reprend une formulation approuvée. Il semblerait logique que l'objet de la responsabilité civile soit défini dès le chapitre préliminaire de l'avant-projet, et non pas au sein du chapitre quatre.

L'article 1232 peut dès lors être rédigé en deux alinéas. Le premier définissant l'objet classique de la responsabilité civile, le second entérinant la codification du recours à la responsabilité civile à titre préventif. Il en ressort alors une définition claire de l'objet de la responsabilité civile, qui requiert néanmoins une définition du dommage et du préjudice.

B. Définition : de l'atteinte portée à un intérêt à l'atteinte portée à une situation

L'avant-projet ne définit pas formellement le dommage. Il est néanmoins possible d'en découvrir une définition dans l'article 1258 précité. En effet, l'objet de la réparation y est défini comme le rétablissement de la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit. Le dommage peut alors s'analyser comme l'atteinte portée à la situation de la victime. Définir le dommage comme l'atteinte portée à une situation revient à codifier la jurisprudence issue de l'arrêt Dangereux par lequel la Cour de cassation avait cessé de définir le dommage comme l'atteinte portée à un intérêt légitime juridiquement protégé. Cette nouvelle définition présente plusieurs avantages.

Le recours à la notion d'atteinte portée à une situation rend impossible l'exclusion de certains dommages du domaine du réparable, exclusion souhaitée par une partie de la doctrine et proposée dans le Projet Terré. L'avant-projet ne reprenant pas à son compte cette volonté de ne plus réparer certains dommages, il paraît cohérent de définir le dommage en des termes excluant toute sélection *a priori*.

La disparition du concept substantiel d'intérêt, dans la définition du dommage, permet également d'éviter toute confusion avec l'intérêt à agir procédural.

Au demeurant, interdire la sélection des dommages réparables n'exclut cependant pas leur hiérarchisation, le Code civil pouvant prévoir des régimes différents pour la réparation de certains types de dommage.

C. Distinction du dommage et du préjudice, distinction de la réparation et de l'indemnisation

Longtemps considérés comme synonymes, les termes de dommage et de préjudice tendent, sous la plume de nombreux auteurs, à trouver des sens distincts (P. Brun, « *Personnes et préjudice* », Revue générale de droit, Volume 33, 2003, p. 187-209; J.-S. Borghetti, « *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle* », in Études G. Viney, LGDJ, 2008, p. 145). Ces deux vocables ne sont cependant pas les seuls considérés comme synonymes en droit de la responsabilité civile. Jurisprudence et doctrine ont ainsi recours aux notions de réparation et d'indemnisation de manière indifférenciée. Il est permis de penser que la distinction du dommage et du préjudice trouve un écho dans la distinction du réparable et de l'indemnisable.

Défini comme l'atteinte portée à une situation, le dommage disparaît dès lors qu'il est réparé par le responsable. Cette réparation est possible en matière de dommage matériel, par la remise en état du bien ou son remplacement, comme le prévoit l'article 1278. Cette réparation passe par le paiement en matière de retard d'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent. Cette réparation paraît plus difficile à atteindre en matière de dommage corporel.

L'impossibilité, juridique ou matérielle, de réparer, implique la persistance du dommage. A défaut de pouvoir replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne si le fait dommageable n'était pas intervenu, le responsable est tenu de compenser les préjudices nés de l'atteinte portée, désormais définitivement, à la situation de la victime. Cette compensation ne peut prendre la forme que d'une indemnisation, c'est-à-dire de l'allocation de dommages-intérêts.

De même, la perturbation temporaire de la situation de la victime entre la date du fait dommageable, et celle de la réparation, donne également naissance à un préjudice. Il s'agit de la privation de jouissance en matière de dommage matériel, ou, notamment, des intérêts au taux légal en matière de retard dans le paiement d'une somme d'argent.

Dans les deux cas, le préjudice subi peut alors être patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif.

La distinction proposée implique une modification d'un grand nombre d'articles intégrant les termes dommage, préjudice, réparation et indemnisation.

D. Caractères du dommage et du préjudice

Il n'apparaît pas nécessaire d'alourdir la rédaction proposée des deux alinéas de l'article 1235 en précisant que dommage et préjudice peuvent apparaître de manière directe ou réfléchi. La précision n'aurait comme seule utilité que de réaffirmer le droit à réparation et indemnisation des victimes par ricochet.

L'avant-projet prévoit l'opposabilité « *aux victimes d'un préjudice par ricochet* » de la faute ou de l'inexécution contractuelle de la « *victime directe* » (Article 1256). C'est là une réaffirmation implicite mais suffisante du caractère réparable du dommage par ricochet.

En effet, le caractère réfléchi ne commande pas à l'existence du dommage ou du préjudice, mais uniquement à l'influence sur la victime par ricochet du rôle causal de la victime immédiate. La référence au caractère réfléchi trouve ainsi plus logiquement sa place dans la partie de l'avant-projet relative aux causes d'exonération, que dans celle définissant le champ du réparable et de l'indemnisable.

L'article 1256 peut néanmoins être modifié en prévoyant que la faute de la victime directe est opposable aux victimes par ricochet, sans que le texte n'ait ainsi à viser le dommage ou le préjudice.

Aux fins de maintenir le caractère désormais potentiellement collectif de l'action en responsabilité civile, il paraît opportun de préciser que constitue un dommage l'atteinte portée à la situation d'une personne ou collectivité.

LA PERTE DE CHANCE

(avant-projet, art. 1238)

par Clara Hervas-Hermida, docteure en droit

L'article 1238 de l'avant-projet de réforme est consacré à la perte de chance : il fournit une définition et délimite l'étendue de la réparation de ce type de préjudice. La formulation semble classique : la notion de perte de chance proposée est celle conçue au fil du temps par la jurisprudence. Cependant, des hésitations sont permises quant à sa portée : elle semble ignorer la perte de chance négative c'est-à-dire la perte de chance d'éviter un risque.

Article 1238

Seule constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable.

Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée.

I. ANALYSE

Ce texte est contenu dans les dispositions communes portant sur les conditions de la responsabilité, au sein de la sous-section consacrée aux différents types de préjudices réparables. Cette disposition définit d'abord la perte de chance (A) et délimite ensuite l'étendue de sa réparation (B).

A/ La définition de la perte de chance

La notion de perte de chance, d'origine jurisprudentielle, constitue un chef de préjudice autonome (Civ 1e 13 mars 2007 Bull. civ. I n°118). Son champ d'application est vaste, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle : la perte de chance trouve à s'appliquer lorsque le demandeur a été privé de la possibilité de gagner un procès (Civ. 1e 16 janvier 2013 n° 12-14.439, Bull. civ. I, n°2), en matière médicale (Crim. 26 mars 2013, n°12-82-600, Bull. Crim. n°269), en cas de nullité d'un contrat de vente entraînant restitution du bien suite à une erreur de mesurage de surface (Civ. 3e 28 janvier 2015 n°13-27.397, publié), ou pour réparer la perte de chances professionnelles survenues après des accidents (Civ. 2e 7 févr. 1996, Bull. Civ. II, n°36). Son inclusion dans la réforme portant sur la responsabilité civile n'est pas surprenante et est évidemment bienvenue.

A la différence du Projet Catala-Viney, qui évitait toute définition, ainsi qu'à la différence du Projet Terré, qui proposait une définition plus originale et éloignée des formulations proposées par la jurisprudence, jugées trop imprécises, le texte adopte une formulation classique et reprend presque mot pour mot la définition de la perte de chance donnée par la Cour de cassation dans plusieurs de ses décisions, que ce soit en matière contractuelle ou extracontractuelle (Civ 1^e 21 nov. 2006, Bull. Civ. I, n°498, ou avant Crim 18 mars 1975).

Cette définition risque pourtant de faire l'objet de critiques. Les rédacteurs du Projet Terré avaient déjà manifesté leurs réticences car elle était imprécise et cachait l'élément essentiel de la perte de chance, qui est l'aléa. C'est pourquoi ils avaient préféré introduire une autre définition qui mettait l'accent sur celui-ci : la perte de chance était alors conçue comme « l'interruption d'un processus à l'issue incertaine » (projet Terré, art. 9). Sans vouloir nier

l'intérêt de ces critiques, l'emploi du terme « éventualité » introduit cette idée d'aléa : ce n'est pas un fait qui s'est produit mais qui aurait pu se produire éventuellement.

En outre, le texte de l'avant-projet exige que la disparition de l'éventualité favorable soit actuelle et certaine. Elle doit être avérée, indubitable et actuelle, non pas future. Ces exigences sont par ailleurs requises de tout préjudice pour qu'il soit réparable (avant-projet, art. 1235). Il est donc naturel de rappeler la nécessité du caractère actuel et certain de la disparition de cette éventualité. En revanche, le texte de l'avant-projet n'évoque pas les caractères réel et sérieux de la chance, exigés jusqu'à présent par la plupart des juges de fond au moment d'analyser l'existence de la perte de chance. Ce faisant, il semble consacrer la solution jurisprudentielle selon laquelle toute perte de chance, même minimale, pourrait faire l'objet de réparation (Civ. 1^e 16 janvier 2013 n° 12-14.439, Bull. civ. I, n°2). Quoique critiquée, la solution semble bienvenue : en toute logique, le degré de probabilité d'un événement ne devrait pas conditionner le principe même de l'indemnisation ; seule importe la certitude que le dommage a constitué un obstacle à la réalisation d'un événement favorable, même peu probable. Le texte s'aligne donc sur le dernier état de la jurisprudence ; on ne constate aucun changement essentiel sur la manière de concevoir et d'analyser la perte de chance.

Cependant, si la définition donnée par le texte reste fidèle à la conception jurisprudentielle, des hésitations sont permises quant à sa portée. S'il est vrai qu'au départ la perte de chance était conçue comme la disparition d'une éventualité favorable, la jurisprudence a également admis la possibilité de réparer la perte de chance d'éviter un risque qui s'est finalement réalisé (Civ 1^e 7 déc. 2004, Bull. Civ. I, n°30). Or, avec la rédaction contenue dans la réforme, il est légitime de se demander si cette autre manière de concevoir la perte de chance est désormais vouée à la disparition, ou s'il s'agit tout simplement d'un oubli du législateur. Si l'on se tient aux mots, l'adjectif « seule » semble exclure de manière expresse cette possibilité. L'avant-projet reprendrait alors la conception plus restrictive retenue par les rédacteurs du Projet Terré. Cette analyse ne s'impose toutefois pas avec la force de l'évidence – la frontière entre la disparition de l'éventualité d'un événement favorable et la non-exposition à un risque étant, *de facto*, poreuse – et ne semble pas nécessairement justifiée.

B/ L'étendue de la réparation

Après avoir formulé une définition, le deuxième alinéa du texte, rappelle sans surprise que l'étendue de la réparation est différente de l'avantage qu'aurait procuré la chance perdue. En effet, si la perte de chance constitue en elle-même un préjudice réparable, elle ne peut pas être identifiée à l'avantage qui aurait pu advenir si la chance n'avait pas été perdue. Toute perte de chance fera l'objet d'une réparation à proportion de l'éventualité favorable perdue ; si la probabilité de survenance de l'événement était faible, l'indemnisation devra être admise en son principe, mais sera particulièrement, car proportionnellement, limitée. Cette analyse fait consensus. Elle a été à maintes fois rappelée par la jurisprudence, ainsi que par le Projet Catala. Le texte du projet Terré n'en fait pas mention expresse, probablement car la solution va de soi ; d'ailleurs, le commentaire du projet rappelle que le préjudice réparable n'est pas l'avantage espéré, mais plutôt « la valeur de l'avantage pondérée par la probabilité de sa réalisation » (Cl. Grare-Didier, « Du dommage », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 141). La précision introduite par le texte de la réforme n'a donc rien d'original et s'impose avec la force de l'évidence.

En définitive, la consécration proposée de la perte de chance s'inscrit dans la continuité. La définition mériterait toutefois d'être précisée, afin de dissiper toute incertitude quant à la possibilité de qualifier de perte de chance l'exposition à un risque qui aurait pu être évitée. Si l'alinéa 2 peut être maintenu en l'état, l'alinéa 1^{er} pourrait donc faire l'objet d'une rédaction plus souple.

II. PROPOSITION ALTERNATIVE

« Constitue une perte de chance réparable la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable ou de la possibilité d'éviter un risque.

Le préjudice de perte de chance est distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée ».

Au premier abord, la perte de chance est toujours la disparition d'une éventualité favorable - d'où le terme de chance. Toutefois, la perte de chance pourrait être et est d'ailleurs souvent analysée à la fois comme étant la perte d'un gain mais également comme la possibilité d'éviter une perte (D. Sindres, « Exposition à un risque et perte de chance : un couple mal assorti ? », *RTD civ.* 2016. 25). Eviter un risque peut être considéré comme étant toujours avantageux et constituer un événement favorable c'est-à-dire une chance.

La jurisprudence s'est montrée réceptive à cette manière de concevoir la perte de chance, notamment pour sanctionner le manquement au devoir de conseil et d'information de certains professionnels. Cette analyse a été surtout suivie en vue de réparer le manquement du médecin à son devoir d'information : le préjudice consistait en ce que le patient perd la chance d'éviter un risque (Civ 1^e 6 déc. 2007, n°06-19301, v. également Civ. 1^e 23 janvier 2014 n°12-22123), analyse qui permettait de ne pas sanctionner le manquement au devoir d'information en tant que source d'un préjudice moral. Mais elle avait également été suivie pour sanctionner le manquement d'autres professionnels comme les avocats afin de sanctionner le préjudice né de la perte de chance d'éviter une condamnation (Civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 05-15.139, Bull. civ. I, n° 294), ou en matière bancaire (Com. 20 oct. 2009, n° 08-20.274, Bull. civ. IV, n° 127).

Cependant, cet élargissement jurisprudentiel a été critiqué par la doctrine, notamment par les rédacteurs du Projet Terré (Cl. Grare-Didier, « Du dommage », préc., p. 136 et s.). Plusieurs arguments sont avancés, notamment la confusion entre la réparation de la perte de chance et le risque avéré de dommage. Or, l'étendue de la réparation de la perte de chance d'éviter un préjudice sera désormais cadrée et soumise au mode d'évaluation prévu à l'alinéa 2, et s'agissant des dommages corporels, aux nomenclatures fixées par décret, tel que prescrites par l'art. 1269 de l'avant-projet. Si la perte de chance est constatée, il est dès lors moins probable que les juges réparent le risque avéré et non pas la perte de chance d'éviter ce risque.

Par ailleurs, cet élargissement a été en quelque sorte contredit par une autonomisation croissante du préjudice résultant du manquement au devoir d'information, notamment en matière médicale : pour la Cour de cassation le manquement au devoir d'information constitue désormais en soi un préjudice qui doit toujours être réparé (Civ 1^e 3 juin 2010, n°09-13.591) ; lorsque le préjudice se réalise, le patient subit un préjudice d'impréparation (Civ 1^e 6 avril 2016 n°15-17351). Toutefois, cette autonomisation de la réparation du manquement au devoir d'information n'est pas aboutie en dehors du domaine médical. La disparition de cette manière d'envisager la perte de chance introduit un risque élevé de disparités jurisprudentielles au moment de sanctionner le manquement au devoir d'information et de conseil.

Le maintien d'une notion large de perte de chance semble dès lors plus opportun. Même si la formulation de l'avant-projet pourrait faire référence aux cas où la perte de chance consisterait à éviter un risque, il semble toutefois utile, notamment au vu des controverses doctrinales, d'en faire mention expresse. C'est pourquoi, eu égard à l'ambiguïté du texte initial et à la porosité des frontières conceptuelles, il semble judicieux de poser une définition plus large de la perte de chance, afin d'éviter des disparités de traitement qui pourraient s'avérer fâcheuses.

LA FAUTE
(avant-projet, art. 1241 et 1242)
par Marc Pichard, professeur

L'avant-projet suggère, d'une part, une reformulation de la clause générale de responsabilité pour faute, d'autre part, une définition légale, inédite, de la faute. Cette dernière, d'apparence consensuelle, peut toutefois susciter d'importantes réserves : il n'est pas certain qu'elle permette de qualifier les situations résultant d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement d'une personne morale de fautes; elle se réfère au « devoir général de prudence et de vigilance », ce qui ne permet d'identifier ni un contenu matériel ni une méthode d'appréciation de la faute ; surtout, elle pourrait conduire à évincer purement et simplement les droits subjectifs du droit de la responsabilité civile.

Article 1241

Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé.

Article 1242

Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence.

I/ ANALYSE

La structure générale est, incontestablement, heureuse. Elle conduit, comme l'avaient suggéré les avant-projets « Catala » (art. 1352) et « Terré » (art. 1 et 5), à distinguer un énoncé élevant la faute au rang de fait générateur de responsabilité, d'une part, et un énoncé posant une définition de la faute, d'autre part.

A. Maintien d'une clause générale de responsabilité pour faute

La clause générale de responsabilité pour faute est une spécificité du droit français de la responsabilité civile (v. Ph. Rémy, « Réflexions préliminaires sur le chapitre *Des délits* », in Fr. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, 2011, p. 15 et s.). L'avant-projet fait le choix de la maintenir mais, en réalité, on peut se demander s'il pouvait en aller autrement : « une telle clause générale [...] est à ce point ancrée dans la culture juridique française que *son abandon est inenvisageable* » (J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Commentaire des principales dispositions », *D.* 2016.1442, n° 4). Le choix opéré paraît donc peu discutable. Reste à évaluer le texte proposé aux termes duquel « Toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé ».

Inévitablement, il suscitera l'opposition de tous ceux qui regretteront la disparition de la formule de l'article 1382 du Code civil – sa place étant d'ores et déjà modifiée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 (C. civ., art. 1240). De fait, le projet « Terré » avait fait le choix d'une formule plus proche du texte actuel (« Tout fait qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »). Pourtant, seule la nostalgie pourrait justifier un tel regret, tant la formule de l'ancien article 1382, aussi élégante soit-elle, est, pour le profane, trompeuse, qui semble faire de « tout fait quelconque de

l'homme » un fait générateur de responsabilité, quand la nécessité qu'il constitue une faute est simplement insérée dans une proposition relative (v. d'ailleurs, à ce propos, la proposition de loi « Béteille » qui avait fait disparaître, du moins dans l'article 1382 reformulé, toute référence à la faute : « *Art. 1382.* – Tout fait quelconque de l'homme ou toute contravention à une obligation contractuelle, qui cause à autrui un dommage, oblige son auteur à le réparer »). Quant à la disparition de la distinction du délit – objet de l'article 1382 du Code civil – et du quasi-délit – objet de l'article 1383 -, elle ne peut qu'être bien accueillie : dépourvue de portée, cette pseudo-distinction devait être abandonnée. La réforme apparaît donc justifiée.

Quant à la formule proposée, d'une grande simplicité, elle peut convaincre. En particulier, on peut se féliciter de voir le lien de causalité partir de la faute et non de son auteur, en quoi la proposition rompt avec celle suggérée dans le projet « Catala » (« Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'*il* a causé »). On peut, en revanche, s'étonner de voir, à l'autre bout de la chaîne, mentionné non le dommage, mais le préjudice – d'autant que le préjudice est lui-même présenté comme résultant du dommage (art. 1235 ; v. A. Thomas, « Le dommage et le préjudice (art. 1235 et 1258) »).

B. Introduction d'une définition de la faute

L'introduction d'une définition de la faute semble, au premier abord, de bonne méthode – mais son contenu comme sa portée peuvent être discutés.

Le contenu de la définition

La définition proposée s'avère, au premier abord, consensuelle – et est conforme à celle avancée dans le projet « Catala », sous réserve de la disparition de la référence aux règlements.

D'une part, elle réduit la faute à son élément objectif : l'avant-projet propose donc de consacrer la jurisprudence constante depuis plus de trente ans, avec laquelle certains suggèrent, au contraire, de rompre (v. le projet « Terré », qui envisage d'introduire à l'article 6, dans un paragraphe consacré à la faute, la formule de l'actuel article 414-3 du Code civil (« L'auteur d'un fait illicite qui cause à autrui un dommage à autrui alors qu'il était dépourvu de discernement n'en est pas moins obligé à réparation ») : le renfort de ce texte, à cet endroit, ne peut s'expliquer que si l'on considère que la personne dépourvue de discernement ne peut pas être fautive). D'autre part, et dans la lignée de Planiol, l'avant-projet définit la faute comme la violation d'une règle de comportement. Cette dernière peut avoir des sources différentes : ou bien la loi elle-même ou bien le devoir général de prudence ou de diligence. En cela, la définition est, en réalité, porteuse de choix discutables.

En premier lieu, il n'est pas certain qu'une telle définition permette de qualifier de fautes les situations nées du défaut d'organisation d'une personne morale – ce que préconisent pourtant les avant-projets « Catala » (art. 1353) et « Terré » (art. 7), qui mettent en avant la nécessité d'adopter une définition de la faute autorisant l'engagement de la responsabilité des personnes morales indépendamment du comportement de leurs organes (par exemple, du fait de l'absence provisoire de désignation d'un représentant légal). Or, si la précision semble utile, c'est parce qu'il est pour le moins délicat de qualifier un tel défaut d'organisation de manquement au devoir général de prudence ou de diligence – qui semble propre aux personnes physiques. Cette lacune pourrait certes refléter un choix délibéré de ne pas

permettre l'engagement de la responsabilité de la personne morale dans une telle hypothèse, ce qui peut interloquer et, faute de justification, ne convainc pas.

En second lieu, cette définition de la faute, en particulier lorsqu'elle est mise en perspective avec les autres faits générateurs de responsabilité (« fait des choses » et « troubles anormaux de voisinage » (v. C. Bizet, « Les troubles du voisinage : 1^{ère} et 2^{nde} partie (art. 1244) »)) peut laisser perplexe : qu'en est-il en effet de la violation du droit (subjectif) d'autrui ? À cet égard, deux interprétations sont possibles.

Ou bien l'on considère que toute reconnaissance d'un droit par la loi pose implicitement mais nécessairement une règle de conduite interdisant à autrui de violer ledit droit (en ce sens, v. G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 449, p. 454 : « Même sans imposer directement tel ou tel comportement, le législateur parvient indirectement au même résultat lorsqu'il définit certains droits subjectifs et organise leur protection : en effet, par là même, il interdit tous les actes qui réalisent une violation de ces droits ») ; ainsi, l'article 9 du Code civil pourrait-il être traduit comme « Nul ne peut porter atteinte à la vie privée d'autrui » ; la violation de l'article 9 constituerait donc une faute, génératrice de responsabilité de la part de son auteur. La rupture serait alors consommée avec l'arrêt du 5 novembre 1996 (pourvoi n° 94-14798) qui pose l'autonomie de la réparation fondée sur l'article 9 du Code civil (« selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation »). On pourrait regretter le recul conceptuel, et le refoulement des rares expressions positives de la théorie de la garantie de Boris Stark, ainsi opérés. Ceci étant, l'analyse n'emporterait probablement que peu de conséquences directes : les atteintes à la vie privée seraient toujours indemnisées. En revanche, elle ne serait probablement pas sans conséquences indirectes : les propositions avancées de fonder l'indemnisation des dommages corporels sur le seul article 16-1, alinéa 1^{er}, du Code civil, nourries de la jurisprudence relative à l'article 9, verraient leurs chances de prospérer réduites à néant.

Ou bien l'on estime que la reconnaissance d'un droit à l'un n'équivaut pas à « imposer » une « règle de conduite » à l'autre ; la violation de l'article 9 du Code civil ne saurait alors, en elle-même, être qualifiée de faute. L'article 9 du Code civil, mais aussi l'article 544 du même code, entre autres, deviendraient alors tout simplement étrangers à la responsabilité civile, puisque la liste des faits générateurs de responsabilité extracontractuelle posée aux articles 1241 et suivants de l'avant-projet ne peut être que limitative. Même si, d'ores et déjà, la disparition, dans les décisions de la Cour de cassation, des références à l'article 1382 du Code civil en matière d'atteinte à la vie privée et, parfois, d'atteinte au droit de propriété, a pu être analysée comme une émancipation de la protection des droits subjectifs du droit de la responsabilité civile, l'analyse est contestable : ne plus se référer au siège historique de la responsabilité civile ne signifie pas nécessairement que la garantie des droits est étrangère à la responsabilité (en ce sens, v. en part. Chr. Quézel-Ambrunaz, « La responsabilité civile et les droits du titre I du livre I du code civil. À la découverte d'une hiérarchisation des intérêts protégés », *RTD civ.* 2012.251). Une définition de la faute qui exclurait de son champ l'atteinte à un droit, tandis qu'une telle atteinte ne saurait être qualifiée de fait générateur de responsabilité : le bouleversement théorique serait considérable. Parce qu'il est difficile à justifier, il conviendrait d'adopter une rédaction qui ne ferme pas la porte à la prise en considération, au sein de la responsabilité civile, à la violation d'un droit subjectif, au moins en tant que faute.

La portée de la définition

S'agit-il seulement de faire œuvre doctrinale ou encore de favoriser l'accessibilité du droit, en particulier aux étrangers que le système de clause générale de responsabilité pour faute pourrait laisser perplexe ? S'agit-il, au-delà, de l'expression de la volonté d'imposer au juge une meilleure explicitation des normes auxquelles il se réfère pour qualifier un comportement de fautif ? L'enjeu serait tout autre. En réalité, outre qu'il n'est pas certain que l'introduction d'une quelconque définition de la faute se traduise effectivement par une telle canalisation des pouvoirs du juge (en ce sens, v. J.-S. Borghetti, art. préc., n° 16), il est fort douteux que cette définition-là ait quelque chance de produire un tel effet : le « devoir général de prudence ou de diligence » est une norme à ce point fuyante que l'on peut douter qu'elle impose au juge quelque contrainte argumentative que ce soit ; et, dans la mesure où son apport en termes de méthode d'appréciation de l'existence d'une faute est, pour le moins, incertain, le maintien de la référence à ce devoir ne s'impose pas.

II/ PROPOSITIONS ALTERNATIVES

Sous-section 1. Le fait générateur de responsabilité extracontractuelle

§1 La faute

Article 1241

Toute faute oblige son auteur à réparer le dommage qu'elle a causé.

Article 1242

Constitue une faute toute violation d'une prescription légale, toute atteinte au droit de la victime (variante : d'autrui) ou tout acte objectivement anormal au regard du comportement attendu d'une personne raisonnable.

La faute de la personne morale s'entend non seulement de celle qui est commise par un représentant, mais aussi de celle qui résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement.

La réécriture de l'article 1241 proposée n'est que marginale : remplacer le terme préjudice par celui de dommage, ce qui assurerait la cohérence de la rédaction entre tous les textes relatifs aux faits générateurs (les articles 1243 et 1244 se référant en effet au dommage et pas au préjudice).

Les modifications de l'article 1242 suggérées sont beaucoup plus substantielles – et répondent à des logiques différentes.

Il s'agit, en premier lieu, de combler ce qui semble être une lacune relative à la possibilité d'engager la responsabilité d'une personne morale du fait de son défaut d'organisation ou de fonctionnement dommageable. La question se pose de savoir si la faute réside alors dans le défaut d'organisation ou de fonctionnement lui-même ou dans un fait autre, *résultant* de ce défaut d'organisation ou de fonctionnement. Dans la mesure où la formule « résulte d'un défaut d'organisation ou de fonctionnement », adoptée tant par le projet « Catala » que par le projet « Terré », tout à la fois, embrasse *a priori* plus d'hypothèses et devrait logiquement imposer une identification précise de la faute, cette seconde approche doit être préférée.

Il s'agit, en deuxième lieu, d'abandonner la référence au devoir général de prudence ou de diligence au profit de la mention d'un « acte objectivement anormal au regard du comportement attendu d'une personne raisonnable ». Une telle formule n'implique, certes, aucun contenu matériel précis – mais, en réalité, le devoir général proposé guère plus ; en revanche, elle impose une méthode d'appréciation de la faute par référence à un standard conçu *in abstracto* – méthode d'appréciation dont le caractère objectif pourrait, du reste, faire l'objet d'une mention expresse.

Il s'agit, en troisième lieu, et surtout, de s'assurer que soit qualifiée de faute l'atteinte à un droit. De fait, il s'agit là d'un pis-aller : fonder directement la responsabilité sur certains droits de la victime, en particulier le droit au respect de son corps, aurait été une piste autrement ambitieuse à explorer ; mais c'est toute l'architecture de l'avant-projet qui serait alors remise en cause. *A minima*, il convient de s'assurer que l'atteinte à un droit soit qualifiée de faute – ce que ne garantit pas la formule selon laquelle « constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ». Du reste, la référence à une « règle de conduite » traduit une conception de la normativité juridique discutable : toutes les prescriptions légales ne sont pas énoncées comme des règles de conduite, quand bien même elles signifieraient de telles règles. Partant, la référence à une « règle de conduite imposée par la loi » devrait être remplacée par l'expression « prescription légale ». Par précaution, puisque reconnaître un droit n'est pas, *stricto sensu*, prescrire, mais aussi pour rendre justement compte de la place des droits subjectifs au sein de la responsabilité civile, il est proposé d'explicitier que l'atteinte à un droit constitue également une faute, fait générateur de responsabilité. Si l'article 1234 est maintenu en l'état, il conviendrait, par souci de cohérence, de préciser qu'est une faute « toute atteinte à un droit *de la victime* » (car elle seule devrait pouvoir se prévaloir de la violation de son droit, en conformité avec l'article 1234 proposé (v. L. Thibierge, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers, art. 1234 »)) ; si, en revanche, tout manquement contractuel devait persister à constituer une faute délictuelle susceptible d'être invoquée par un tiers, pourrait être qualifiée de faute « toute atteinte au droit d'autrui ».

LES TROUBLES DU VOISINAGE : DEFINITION ET REGIME
(avant-projet, art. 1244, al. 1^{er})
par Clément Bizet, doctorant

L'avant-projet consacre au rang des faits générateurs de responsabilité les « troubles anormaux de voisinage ». La codification de cette théorie d'origine prétorienne est l'occasion d'en assurer une lisibilité parfois mise à mal par les nombreuses évolutions dont elle a fait l'objet. Si le texte atteint son objectif à plusieurs égards, certaines lacunes et incertitudes demeurent.

Art. 1244

Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître de l'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, à l'origine d'un trouble du voisinage répond du dommage excédant les inconvénients normaux du voisinage.

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble, à condition qu'elles ne contrarient pas les prescriptions édictées par les autorités administratives dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publiques.

I. ANALYSE

Le Code Napoléon consacre de nombreux textes à la situation de voisinage, par nature source de désagréments. Si la contiguïté de fonds est encadrée sur plusieurs plans (servitudes, mitoyenneté...), les troubles qui peuvent en résulter ne sont pas envisagés. Pour combler cette lacune, le juge a ajouté des limites à l'exercice des droits réels en se fondant sur l'abus de droit puis, de manière plus audacieuse, en développant un régime objectif et autonome de responsabilité, la « théorie des troubles anormaux du voisinage », traduite dans un attendu consacré au rang de principe : « *nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage* » (par ex. : Civ. 3^e, 13 novembre 1986, Bull. civ. III, n° 172). C'est ce régime que l'article 1244 de l'avant-projet entend intégrer au Code civil.

Des incertitudes affectent l'œuvre prétorienne. Le texte proposé, fortement imprégné de l'expression consacrée par la jurisprudence la plus récente qui conditionne la responsabilité à la preuve d'un trouble « excédant les inconvénients normaux du voisinage » (par ex. : Civ. 2^e, 3 mars 2016, n° 14.14-534), offre l'éclaircie espérée sur certains points mais en abandonne d'autres à l'ombre.

A. Les éclaircies bienvenues

Le texte est éclairant sur les parties concernées et le régime de mise en oeuvre de la théorie.

1. Les parties concernées par le trouble de voisinage

La jurisprudence concernant *la victime du trouble* est établie : tout occupant d'un fonds, à quelque titre que ce soit, justifiant d'un préjudice réparable, pourra se prévaloir de la théorie dès lors qu'il aura été généré par un trouble du voisinage.

La clarification apportée quant *au responsable du trouble* doit, elle, être saluée. Les errements ont été nombreux, notamment en matière de troubles résultant de travaux immobiliers. La jurisprudence est passée d'une interprétation stricte du voisinage, fondée sur un critère spatial, avant de s'en détacher pour consacrer la notion de « voisin occasionnel ». Toutefois, dans son dernier état, la Cour de cassation avait semblé abandonner toute référence à la notion de voisin, et proposait une analyse purement causale (ont ainsi été condamnés un bureau d'étude, un entrepreneur, un sous-traitant...).

Le texte proposé revient à une définition plus stricte de la notion de voisin, appelée de ses vœux par une large partie de la doctrine. De manière classique, le propriétaire du fonds duquel provient le trouble peut toujours être responsable et défendeur à l'action. Mais il n'est pas le seul. Toute personne « occupant » ou « exploitant » l'immeuble en vertu d'un titre peut également voir sa responsabilité engagée. Si la liste des défendeurs possibles peut susciter quelque perplexité (le locataire est bien un occupant pourvu d'un titre, de sorte qu'il ne devrait être mentionné qu'à titre d'exemple ; surtout, on peine à trouver un exemple d'exploitant d'un fonds qui n'en serait ni propriétaire ni occupant), elle n'est pas sans mérite : l'objet principal du titre doit être l'autorisation d'occuper ou d'exploiter le fonds, ce qui suffit à exclure du champ de cette responsabilité sans faute les simples intervenants aux travaux initiés et supervisés par le maître de l'ouvrage ou son représentant et rend de sa cohérence à la théorie.

2. Le régime

En droit positif, la spécificité de la théorie n'atteint pas les conséquences de sa mise en oeuvre ; elles sont l'allocation de dommages et intérêts, ou la cessation du trouble illicite – le juge pouvant aller jusqu'à ordonner la suppression de l'installation ou la cessation de l'activité en cause. Le texte de l'avant-projet semble reprendre ces solutions : la généralité de la formule du premier alinéa le laisse penser ; la formulation de la limite posée au second en matière d'activité autorisée par l'administration l'assure.

Pour sa part, l'usage de la formule active « répond », déjà proposée par le Projet Terré, pourrait être le signe d'un malaise du rédacteur à assimiler cette théorie, dépourvue de faute et de tout autre fait générateur illicite, à de la responsabilité au sens strict et expliquerait ainsi l'abandon de l'expression « est responsable ». En tout état de cause, le caractère intrinsèquement objectif de la théorie devrait être précisé, de la même manière qu'il l'est dans le cadre de la responsabilité du fait des choses (avant-projet, art. 1243), par l'usage du qualificatif « de plein droit ».

Nonobstant cette dernière lacune que l'objectif de lisibilité commande de combler, ces premiers points offrent une meilleure prévisibilité dans l'application de la théorie. Un sort moins heureux a été réservé aux notions de trouble et d'anormalité.

B. Les zones d'ombre persistantes

Si le silence du texte sur la définition du trouble cause des regrets d'ordre théorique, l'absence de référence au risque de dommage aurait pour sa part des conséquences pratiques, tandis que la présentation de l'anormalité adoptée suscite des réserves des deux ordres.

1. L'absence de définition du trouble

Conservant la spécificité de la théorie développée en jurisprudence, l'avant-projet en fait *une source autonome de responsabilité*. Aucune définition n'est pourtant proposée de la notion de trouble, élevé au rang de fait générateur et dont la qualification devrait, à ce titre, être contrôlée par la Cour de cassation, comme l'est celle de la faute ou du fait de la chose (v. G. Viney *et al.*, *Les conditions de la responsabilité*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 4^e éd., LGDJ, 2013, n° 640 et 656 et s.). Cette lacune s'ajoute aux absences de définitions regrettées dans le texte de la Chancellerie ; elle est cependant vénielle : en pratique, l'absence de définition du trouble n'a jamais constitué un obstacle à l'application de cette théorie par la jurisprudence qui y intègre des nuisances diverses, résultant d'activités licites ou non (pour une présentation complète v. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2014, n° 7165 s.).

2. L'absence de référence au risque de dommage

Plus regrettable est le silence relatif au *risque de dommage* qui, en application d'une jurisprudence établie, caractérise le trouble (par ex. : Civ. 2^e, 24 février 2005, n° 04-10.362 : risque d'incendie lié à la présence de paille) dès lors qu'il est avéré ou « particulièrement élevé » (Civ. 2, 11 septembre 2014, n° 13-23.049), cette exigence permettant de ne pas appliquer la théorie à « *un risque imaginé* » (Ph. Stoffel-Munck, *D.* 2009, p. 2817) et de la réserver à « *des craintes objectivement documentées* » (L. Neyret, *D.* 2015, p. 1873). La consécration du trouble constitué par le risque de dommage serait, au premier abord, conforme à l'esprit de l'avant-projet dont plusieurs articles témoignent de la volonté d'assurer la fonction préventive de la responsabilité civile (art. 1232 et 1237 notamment) ; cependant, il ne s'agit pas alors exclusivement de prévention : le risque de dommage serait ici envisagé comme fait générateur emportant lui-même un préjudice *certain* – ce qui permettrait d'exclure des prétoires les craintes parfaitement subjectives. Or, la conformité d'une telle proposition à l'article 1135 de l'avant-projet, qui définit le préjudice comme résultat d'un dommage déjà réalisé, est incertaine. Il conviendrait donc que le texte prenne explicitement parti.

3. L'illisible notion d'anormalité

La première incertitude concerne *l'objet de l'appréciation du caractère anormal*. Des auteurs ont soulevé le caractère amphibologique de la notion que la jurisprudence appliquerait tant au fait générateur – le trouble – qu'au dommage qui en résulte, ces deux notions étant parfois elles-mêmes assimilées (v. Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n° 7183 et, sur le caractère amphibologique de la notion même de trouble, G. Gourtieu, *JCI. Responsabilité civile et assurances*, Fasc. 265-10, 2000, n° 27). Le texte, qui reprend la formule ambiguë de l'article 24 du Projet Terré, conditionne l'engagement de la responsabilité à la survenance d'un « dommage excédant les inconvénients normaux du voisinage ». La formule est maladroite :

elle laisse entendre qu'un dommage pourrait être normal s'il n'excédait pas un certain seuil. Or le dommage est par nature anormal.

Si *l'anormalité* ne peut s'appliquer au dommage, elle pourrait s'appliquer soit au *fait générateur – le trouble* – soit à *l'inconvénient* qu'il entraîne. Il semblerait que la volonté soit ici de conditionner la responsabilité au *caractère anormal de l'inconvénient* causé au voisinage, solution inspirée de la jurisprudence la plus récente. La responsabilité ne reposerait donc pas tant sur un comportement que sur les conséquences qu'il produit : seul serait un trouble de voisinage source de responsabilité l'événement emportant des inconvénients anormaux ; partant, la rigueur nous empêcherait de parler encore de « trouble anormal » du voisinage (expression d'ailleurs abandonnée par les projets Catala et Bétaille). Si seule la situation générant des inconvénients anormaux mérite la qualification de trouble, et puisque, en tant que fait générateur de responsabilité, le trouble devrait faire l'objet d'un contrôle de la Cour de cassation (v. *supra*), l'anormalité devrait alors, en rupture avec la solution jurisprudentielle qui réserve aux juges du fond une appréciation souveraine de l'anormalité, faire l'objet d'un contrôle par les Hauts magistrats.

Une autre incertitude affecte l'*appréciation de cette anormalité* : la jurisprudence est hésitante sur les *prédispositions de la victime*. Conformément au droit commun, le juge ne semble pas, en principe, en tenir compte pour évaluer le préjudice (avant-projet, art. 1268) ; mais il le fait parfois pour *apprécier l'anormalité du trouble*. Le texte n'est d'aucun apport sur ce point.

La seconde question non tranchée est celle de *la théorie de la préoccupation* en application de laquelle l'anormalité serait écartée dès lors que l'activité génératrice du trouble est antérieure à l'installation du voisin qui en subit les inconvénients. La jurisprudence semble tenir compte de la seule préoccupation collective pour réduire, voire exclure, le droit à indemnisation (ex., pour le voisinage d'une zone industrielle : Civ. 1^e, 27 mai 1975, n° 74-11.480). Le silence du texte doit-il être interprété comme un abandon, peut-être regrettable, de cette solution ? Le texte est tout aussi silencieux à propos de la préoccupation individuelle, vivement critiquée, qu'une loi du 4 juillet 1980 a consacrée au profit d'un certain nombre d'activités économiques (v. art. L. 112-16 CCH). L'avant-projet n'intègre pas ce dispositif au droit commun, solution heureuse car cette théorie consacre « *une sorte de droit acquis de nuire à autrui, au prétexte de sa préoccupation* » (J.-L. Bergel, *et al.*, *Les biens*, in J. Ghestin (dir.), *Traité de droit civil*, 2^e éd., LGDJ, 2010, n° 113). Une clarification du régime et un renvoi à ce texte ne paraissent cependant pas superflus.

II. PROPOSITION ALTERNATIVE

§3 Les troubles du voisinage

Art. 1244 - *Le propriétaire, le locataire ou toute autre personne bénéficiant d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper un fonds, qui provoque un trouble excédant les inconvénients normaux du voisinage, répond de plein droit des conséquences de ce trouble.*

L'anormalité des inconvénients du voisinage s'apprécie en considération de l'environnement global du fonds mais, hors les cas visés à l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation, sans égard pour l'antériorité de l'activité particulière occasionnant le trouble à l'installation du demandeur.

Les inconvénients anormaux engendrés par un risque avéré de dommage constituent un trouble au sens de l'alinéa premier.

(sur l'actuel al. 2, v. infra, Les troubles du voisinage : portée des autorisations administratives)

LES TROUBLES DU VOISINAGE :
PORTEE DES AUTORISATIONS ADMINISTRATIVES
(avant-projet, art. 1244, al. 2nd)
par Clément Bizet, doctorant

L'avant-projet prévoit un régime particulier lorsque les troubles de voisinage sont causés par des activités autorisées par voie administrative. L'objectif poursuivi semble être la protection des autorisations administratives et des activités qui en sont l'objet ; l'enjeu principal est ainsi de savoir si le texte est, dans son état actuel, en mesure de rallier cet objectif. Il semble ne l'être que partiellement.

Art. 1244

Le propriétaire, le locataire, le bénéficiaire d'un titre ayant pour objet principal de l'autoriser à occuper ou à exploiter un fonds, le maître de l'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, à l'origine d'un trouble du voisinage répond du dommage excédant les inconvénients normaux du voisinage.

Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut cependant accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble, à condition qu'elles ne contrarient pas les prescriptions édictées par les autorités administratives dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publiques.

I. ANALYSE

Un régime particulier de la responsabilité pour troubles du voisinage est prévu par l'alinéa second de l'article 1244 lorsque « l'activité dommageable a été autorisée par voie administrative ». L'intervention du juge judiciaire n'est pas exclue mais ses pouvoirs sont limités.

Le texte prévoit l'applicabilité de la responsabilité pour troubles du voisinage bien que l'activité dommageable ait été autorisée par voie administrative (ex. exploitation d'un débit de boissons, d'une installation classée pour la protection de l'environnement, installation et exploitation d'une antenne-relai de téléphonie...). La solution est classique : les autorisations administratives sont délivrées « sous réserve des droits des tiers », réserve dont l'effectivité ne peut être assurée que par l'intervention du juge judiciaire. Du reste, la responsabilité reposant ici sur une *anormalité* appliquée aux *conséquences d'un comportement* – non au comportement lui-même – ni le respect de la législation, ni l'autorisation administrative ne suffisent à l'exclure. L'exploitant d'une activité autorisée par acte administratif demeure donc responsable des dommages causés au voisinage (v. déjà Civ. 26 mars 1873). Cependant, dans un souci de protection de l'acte administratif et de l'activité autorisée – dont l'intérêt social serait présumé (v. Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 2014, n° 7192) –, les pouvoirs du juge judiciaire sont limités.

A) Les pouvoirs du juge judiciaire

L'alinéa 2 de l'article 1244 limite la faculté du juge de prononcer des « mesures [...] permettant de faire cesser le trouble » en soumettant ces dernières à une double condition. Par sa syntaxe, il n'y soumet pas le prononcé de dommages et intérêts qui reste donc une faculté que le juge peut librement exercer.

1. La libre allocation de dommages et intérêts

L'allocation de dommages et intérêts est toujours possible, malgré l'autorisation administrative. Cette solution, protectrice du voisinage, est conforme à la jurisprudence mais ses dangers ont été soulevés par la doctrine : l'interprétation extensive adoptée par la Cour de cassation de cette faculté et la condamnation de l'exploitant à d'importants dommages et intérêts pourraient l'empêcher – en fait – de jouir de l'autorisation (v. Civ. 1^e, 17 oct. 2012, n° 10-26.854 qui fonde sur cette faculté la condamnation d'un opérateur à financer les travaux de blindage de l'appartement d'un voisin se plaignant du trouble provoqué par le voisinage d'une antenne-relai ; et la mise en garde de Ph. Malinvaud, *RDI*, 2013, p. 162). Cette faculté du juge judiciaire assure une effectivité de la réserve des droits des tiers qui est louable. Elle manque cependant de cohérence au regard de l'objectif de protection des activités autorisées qui semble fonder ce texte : une ferme protection commanderait peut-être de l'encadrer davantage.

2. Le caractère raisonnable des mesures ordonnées

S'agissant des mesures permettant de faire cesser le trouble, la première condition exigée est que celles-ci soient *raisonnables*. L'interprétation de ce caractère, que l'on trouve dès les dispositions préliminaires de l'avant-projet (l'art. 1232 y soumet les mesures « propres à prévenir ou à faire cesser le trouble illicite » ; l'art. 1237 vise les « dépenses raisonnablement engagées »), est peu prévisible : aucun critère n'est prévu par le texte. La notion devrait cependant être contrôlée par la Cour de cassation ; à défaut, le juge du fond conserverait son pouvoir souverain dans le choix des mesures et la condition serait dépourvue d'intérêt. Il faut espérer que des précisions seront apportées dans le cadre de ce contrôle.

3. L'absence de contrariété aux prescriptions afférentes à la sûreté et à la salubrité publique

La seconde condition est que ces mesures *ne contrarient pas les prescriptions édictées par l'administration* « dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique ». Le texte consacre une jurisprudence établie qui serait fondée sur le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires (T. Confl. 23 mai 1927, Cts. Neveux et Kolher). Cette solution classique a cependant connu des évolutions sur lesquelles l'avant-projet semble, au premier abord, revenir.

Dans le cadre de l'épineux contentieux des antennes-relais, le Tribunal des conflits a empêché le juge judiciaire de prendre des mesures contrariant les prescriptions édictées par la police spéciale des télécommunications afférentes à « la protection de la santé publique et aux brouillages préjudiciables » (T. Confl. 4 mai 2012). L'existence de cette police spéciale a servi de fondement au Tribunal pour nier au juge judiciaire la compétence de prononcer une quelconque mesure, autre que l'allocation de dommages et intérêts, visant à limiter ou à

mettre fin à un trouble afférent à la santé publique ou aux brouillages préjudiciables. Le domaine de « l'immunité » des prescriptions administratives est étendu : la protection n'est plus réservée aux mesures de police générale relatives à la sûreté et à la salubrité publique, elle concerne également des prescriptions relevant d'une police spéciale, ici relatives à la santé publique et aux brouillages préjudiciables ; son intensité est renforcée : le juge judiciaire, incompétent, perd la faculté qui lui était pourtant reconnue, sous réserve de ne pas empêcher l'exercice de l'activité, de prononcer des mesures permettant de diminuer le trouble (Civ. 3^e, 12 février 1974, n° 72-14.671 et Civ. 2^e, 19 janvier 1961, Bull. civ. II, n° 58) et même de suspendre l'activité jusqu'à la réalisation des mesures ordonnées (Civ. 2^e, 20 octobre 1976, Bull. civ. II, n° 280).

Le texte de l'avant-projet semble abandonner cette solution et sa rédaction laisse au juge judiciaire la faculté d'ordonner des mesures contrariant les prescriptions édictées par les autorités administratives – et pouvant donc, à condition d'être raisonnables, conduire à l'interruption de l'activité – ayant un objet autre que la sûreté ou la salubrité publique.

En adoptant un champ si restreint des prescriptions administratives qui ne pourront pas être remises en cause, hérité de l'arrêt de 1927 relatif aux installations classées mais réitéré à de nombreuses reprises et dans de nombreux domaines depuis, le texte se prive de la possibilité d'atteindre l'objectif qu'il semble poursuivre : pérenniser les activités autorisées par voie administrative. En particulier, et au premier abord, toutes les prescriptions édictées dans le cadre de polices administratives « spéciales » devraient ainsi pouvoir être contrariées par les mesures prononcées par le juge judiciaire, et il en sera de même pour les prescriptions de police générale afférentes à la tranquillité et à la santé publique. À moins que la solution du Tribunal des conflits relative à la police spéciale des télécommunications soit maintenue – voire étendue, demain, à d'autres domaines – en ce qu'elle *prive, en amont, le juge judiciaire de toute compétence, là où le texte étudié ne limite que ses pouvoirs*. Cette lecture, dont l'adoption par la doctrine et les tribunaux n'est qu'incertaine, constituerait un levier efficace pour renforcer la protection des activités autorisées.

L'exceptionnelle applicabilité de la théorie de la préoccupation pourrait en constituer un autre.

B) Les conséquences de la préoccupation de l'activité autorisée par l'administration

Par exception, certaines activités – dont la liste recouvre les activités autorisées par l'administration – bénéficient d'un régime protecteur en raison de leur antériorité à l'installation des occupants de fonds voisins. La conciliation de ce régime avec celui de l'article 1244 alinéa 2 de l'avant-projet souffre d'incohérences que l'exigence d'intelligibilité commande de corriger.

1. L'absence d'articulation de l'encadrement des pouvoirs du juge et de la théorie de la préoccupation

L'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation *exclut le droit à réparation* des dommages causés par les nuisances dues à certaines activités économiques dès lors que l'installation du voisin demandeur sur son fonds est postérieure à l'existence de l'activité génératrice du trouble et que celle-ci se poursuit dans les mêmes conditions et en conformité

avec les dispositions législatives et réglementaires en vigueur. En pratique, ce texte, fermement critiqué en doctrine et d'interprétation très restrictive en jurisprudence, est principalement invoqué dans le cadre de contentieux relatifs à des activités autorisées par voie administrative ; or il est difficilement conciliable avec le régime qui est réservé à celles-ci par l'avant-projet. Ainsi, une lecture stricte et combinée des deux textes conduit à ce que, lorsqu'une activité est autorisée par voie administrative antérieurement à l'installation d'un voisin qui en subit les inconvénients, ce dernier peut demander au juge de prononcer des mesures visant à mettre fin au trouble – celles-ci pourraient même contrarier certaines des prescriptions édictées par l'administration voire empêcher la poursuite de l'activité, à condition d'être raisonnables – mais ne pourrait obtenir réparation de son préjudice. Là où l'alinéa 1^{er} de l'article 1244 privilégie la réparation par équivalent, l'article L. 112-16 CCH l'empêche, mais l'alinéa 2 de l'article 1244 permet le prononcé de mesures de nature à compromettre la poursuite même de l'activité concernée dont l'intérêt social présumé motive pourtant ce régime dérogoratoire. Cette incohérence est ici encore néfaste à l'aptitude du texte à réaliser l'objectif qui le fonde.

2. L'indispensable renvoi à l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation

Une autre lecture de l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation s'avèrerait plus en phase avec la volonté du rédacteur : elle consisterait à considérer que cette disposition écarte tant le droit à réparation que la faculté pour le juge de prononcer une quelconque mesure permettant de mettre fin au trouble. La jurisprudence ne permet pas de justifier cette lecture ; il appartient donc au rédacteur de mentionner l'exclusion du régime de l'article 1244 alinéa 2 dans les cas prévus par cet article L. 112-16 CCH.

L'arbitrage entre l'étendue de la réserve des droits des tiers et la mise à l'abri des autorisations administratives relevait des missions du rédacteur de l'avant-projet ; or au regard du choix politique d'assurer la protection des activités autorisées par l'administration contre l'empiètement du juge judiciaire, le texte proposé présente des lacunes.

II. PROPOSITION ALTERNATIVE

(à la suite des alinéas 1 à 3 proposés dans « Les troubles du voisinage : 1^{re} partie ») :

Art. 1244, al. 4 - Lorsqu'une activité dommageable a été autorisée par voie administrative, le juge peut accorder des dommages et intérêts ou ordonner les mesures raisonnables permettant de faire cesser le trouble, à condition que sa décision ne contrarie pas les prescriptions édictées par les autorités administratives dans l'intérêt de la sûreté et de la salubrité publique et que l'article L. 112-16 du Code de la construction et de l'habitation ne soit pas applicable.

**OBLIGATION POUR LA VICTIME D'ÉVITER
L'AGGRAVATION DE SON PRÉJUDICE EN MATIÈRE CONTRACTUELLE**
(avant-projet, art. 1263)
par Aurélie Ballot-Léna, maître de conférences

Au chapitre IV sur "les effets de la responsabilité", dans la première section consacrée aux "principes", il est proposé à l'article 1263 d'autoriser le juge à réduire les dommages-intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures qui lui auraient permis d'éviter l'aggravation de son préjudice. Si l'adoption d'une telle règle était attendue, ses contours comme son contenu prêtent à discussion.

Article 1263

En 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.

I/ ANALYSE

Le présent texte se propose de prendre le contre-pied de la jurisprudence actuelle. Se fondant expressément sur le principe de réparation intégrale du préjudice, la Cour de cassation refuse en effet qu'il soit imposé à la victime « de limiter l'étendue de son préjudice dans l'intérêt du responsable ». Cette solution, affirmée en matière délictuelle par deux arrêts du 19 juin 2003 (2^{ème} civ. 19 juin 2003, n^{os} 01-13.289 et 00-22.302, Bull. civ. II, n^o 203), régulièrement rappelée depuis (cf., récemment, 2^{ème} civ. 26 mars 2015, n^o 14-16.011, Bull. civ. II, n^o 72), a été étendue à la matière contractuelle (cf. 3^{ème} civ. 10 juillet 2013, n^o 12-13.851, *inédit*).

Cette position de la jurisprudence isole le droit français, comme l'attestent les études de droit comparé (cf. S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, PUAM, 2002, n^o 26 et s. qui présente, outre la notion des pays de *common law* de « *duty to mitigate the damage* », les solutions de certains pays de droit écrit), mais également les solutions de droit international et européen et celles de la doctrine européenne (cf. art.77 de la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises, art. 7.4.8 des Principes Unidroit, art. 9.505 des Principes du droit européen des contrats et le *Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, tant en matière délictuelle : VI, art. 6 :202, « *Reduction of liability* » qu'en matière contractuelle : III, art. 3:705, « *Reduction of loss* »).

Face à cette position ferme de la Cour de cassation, l'intervention du législateur est nécessaire. Pour cette raison, les trois projets de réforme de la responsabilité civile envisageaient déjà l'instauration d'une obligation, pour la victime, de minimiser son préjudice (ou l'étendue de celui-ci, nous y reviendrons). Tel était le cas de l'article 1373 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit « Catala-Viney », déposé le 22 septembre 2005, comme de l'article 53 de la proposition de réforme appelée « Projet Terré » (F. Terré -dir.-, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011), et de l'article 1386-26 de la proposition de loi « portant réforme de la responsabilité civile » présentée par M. Laurent Bêteille le 9 juillet 2010. Le présent article se propose également de réformer, sur ce point, le droit français de la responsabilité civile. Il le fait toutefois dans des termes inédits qui appellent trois séries d'observations sur le champ d'application donné à la règle, d'abord (A), sur ses conditions d'application, ensuite (B), et sur ses effets, enfin (C).

A. S'agissant du champ d'application de la règle, ce qui frappe d'emblée sont les premiers mots du texte : la règle serait limitée à la « matière contractuelle ». Malgré la logique apparente d'une telle restriction, plusieurs réserves s'imposent, qui conduiront à proposer sa suppression.

Certes, la proposition s'inscrit dans la logique du texte, qui consacre la *summa divisio* entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle, mais également dans celle de la réforme adoptée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, qui encourage la bonne foi et la collaboration entre les parties au contrat (cf. futur art. 1104, 1112, 1112-1 et 1195 c.civ.). Certes, également, la matière contractuelle et plus spécialement les contrats d'affaires constituent le terrain privilégié de la reconnaissance d'une telle obligation. Certes, encore, si l'une des principales réserves faites à l'introduction de cette règle en droit de la responsabilité civile tenait à son application en matière de préjudice extrapatrimonial, et notamment corporel (cf., not. A. Anziani et L. Béteille, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », Rapport d'information n° 558 fait au nom de la commission des lois, 2008-2009, pp. 70 à 72), ce risque est exclu par l'effet de l'article 1233, tel que proposé par l'avant-projet, qui prévoit que la réparation du dommage corporel relève exclusivement de la responsabilité extracontractuelle.

Pour autant, on voit mal les raisons pour lesquelles une telle règle devrait être exclue de la sphère extracontractuelle. L'idée de prévisibilité du dommage, inhérente à l'existence du contrat, ne suffit pas, à elle seule, à justifier cette solution. En outre, plusieurs arguments militent en faveur de l'alignement des deux régimes.

En premier lieu, l'objectif de responsabilisation de la victime, avancé par les promoteurs des propositions de réforme (cf. not. G. Viney, « Motifs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription », 2005, p. 149), devrait être poursuivi quel que soit le contexte – contractuel ou non – dans lequel le dommage a été causé. La responsabilité civile délictuelle se construit à partir du modèle de l'homme, ou de la femme, raisonnable et ce comportement devrait être exigé même en l'absence de contrat. La faute délictuelle n'a-t-elle pas été définie comme le non-respect de la « morale sociale » qui impose bonne foi, loyauté, honnêteté et respect d'autrui (G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité civile*, Traité de droit civil, 4^{ème} éd., 2013, n°474 et s. ; *rapp.* discours du Garde des Sceaux lors du lancement de la consultation publique, dans lequel il a souligné l'« exigence morale » qui innerve le principe même de responsabilité civile) ? De même, le projet de réforme ne définit-il pas la faute comme la violation du « devoir général de prudence et de diligence » (art. 1242) ? Or, n'est-ce pas être diligent que prendre les mesures qui s'imposent pour éviter qu'une situation dommageable ne s'aggrave ? N'est-ce pas là un comportement qui pourrait être exigé de tous, en dehors même de toute relation contractuelle ? Plus encore, à une époque où la solidarité est devenue une des principales valeurs de notre société, on a du mal à justifier que cette nouvelle règle ne soit pas appliquée au seul prétexte que les parties concernées ne seraient pas liées par un contrat (*rapp.* P. Stoffel-Munck, obs. sous 2^{ème} civ. 24 nov. 2011, JCP G 2012, 143, n°3; arg. J.-L. Aubert, « Remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité », in *Liber Americum, Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 55, n°14, qui présente la règle comme un outil de promotion du sens civique et de la solidarité sociale).

En deuxième lieu, il est des hypothèses de responsabilité civile délictuelle où la reconnaissance d'une telle règle prendrait tout son sens. C'est le cas, notamment, des contentieux économiques et, plus précisément, de la concurrence déloyale, laquelle vise à sanctionner un manquement à la « loyauté dans le marché » (Y. Picod, « Concurrence

déloyale et concurrence anticontractuelle », in Y. Serra -dir.-, *La concurrence déloyale : permanence et devenir*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 11). Or, admettre l'application de la nouvelle règle dans cette matière également, permettrait d'exiger des entreprises victimes qu'elles adoptent un comportement raisonnable en ne se comportant pas comme une victime passive mais en mettant tout en œuvre pour éviter que leur préjudice économique ne s'aggrave.

En troisième et dernier lieu, seront simplement évoqués deux éléments qui militent également en faveur de l'extension de la nouvelle règle à la matière délictuelle. Le premier avait été souligné par messieurs Anziani et Béteille dans leur rapport : imposer à la victime de limiter l'étendue de son préjudice devrait permettre, spécialement en matière délictuelle, un « encadrement du coût de l'indemnisation pour l'ensemble de la société » (A. Anziani et L. Béteille, p.71). Le second n'est pas propre à la proposition étudiée mais tient, plus généralement, à la nouvelle articulation proposée par la réforme. Plutôt que d'exclure le dommage corporel du champ de la responsabilité contractuelle (ce qui compliquerait singulièrement la situation de la victime ayant subi à la fois un dommage corporel et un dommage matériel), ne serait-il pas suffisant de prévoir des règles dérogatoires pour le dommage corporel, comme le prévoit, au demeurant, l'article 1281, alinéa 2 du projet s'agissant des conventions relatives à la réparation ? Celles-ci pourraient prendre place au sein de la section 2 du chapitre IV sur les effets de la responsabilité, relative aux règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommages, et dont la première sous-section concerne précisément le dommage corporel. Pour cette raison, il sera proposé, outre la modification du texte analysé, d'ajouter un nouvel alinéa à l'article 1269 inspiré du projet « Catala Viney ».

B. Concernant les conditions d'application de la règle, deux remarques peuvent être formulées.

D'une part, pour que la règle s'applique, il faut que le juge constate que la victime aurait pu prendre des mesures sûres et raisonnables pour éviter l'aggravation du préjudice, le texte proposant, à titre d'exemple, que ces caractères soient appréciés au regard de ses « facultés contributives ». Il serait sans doute utile d'ajouter, comme le proposait le projet « Catala-Viney », le critère de proportionnalité désormais si présent en droit positif. Il s'agirait alors de rechercher si la victime pouvait agir efficacement, sans difficulté, et sans que le coût de ces mesures soit excessif par rapport au résultat obtenu.

D'autre part, à la différence des autres projets ou de ce qui a pu être proposé, la règle ne peut s'appliquer qu'à « l'aggravation » du préjudice, une fois le dommage survenu. Le texte n'envisage donc pas d'imposer à la victime, plus en amont, d'empêcher la survenance du dommage ou, une fois celui-ci réalisé, d'en limiter l'étendue (sur ce point, v. J.-L. Aubert, « Remarques sur l'obligation pour la victime de limiter les conséquences dommageables d'un fait générateur de responsabilité », in *Liber Amoricum, Etudes offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, 2008, p. 55, n°5 et 6). Imposer à la victime d'éviter la survenance du dommage ou l'obliger à restreindre l'étendue de son préjudice - ce qui pourrait le conduire à le réduire au point de le faire disparaître - serait en effet excessif. S'il faut encourager les victimes « à ne pas céder au fatalisme du dommage », cela ne doit pas se faire au détriment du principe même de responsabilité civile et du droit à réparation qui en résulte (*rapp.* J.-L. Aubert, *op. cit.*, n°4). Pour cette raison, le texte de l'avant-projet doit, à cet égard, être approuvé.

C. S'agissant des effets de la règle, il est à noter que le nouveau texte ne pourrait se concevoir sans l'article 1237, tel qu'envisagé par la réforme. S'il faut encourager la victime à prendre des mesures pour éviter l'aggravation de son préjudice, c'est en effet à condition qu'il

n'en résulte pas un appauvrissement injuste pour elle. Pour cette raison, ce texte prévoit que les dépenses ainsi exposées par la victime constituent un préjudice réparable, de sorte qu'elles peuvent être mises à la charge de l'auteur du dommage (pour une critique de ce point, v. J. L. Aubert, *op. cit.*, n°6).

Par ailleurs, le projet de réforme prévoit que la réduction des dommages-intérêts n'est qu'une faculté pour le juge. Si celui-ci décide de faire application du texte, il n'est pas précisé s'il doit y avoir une adéquation entre la réduction appliquée et l'aggravation du préjudice qui aurait pu être évitée. Par ces deux silences, le législateur laisse au juge une marge de manœuvre significative qui, si elle contraste avec l'instauration de règles plus précises quant à l'évaluation de l'indemnité (cf. section 2, précitée, du chapitre VII), doit être approuvée en ce qu'elle permet une meilleure prise en compte des circonstances de chaque espèce et de la nature des intérêt lésés.

II/ PROPOSITIONS ALTERNATIVES

A la lumière des considérations qui précèdent, deux propositions de reformulation peuvent être faites, *a maxima* et *a minima* :

A. Première proposition

Article 1263 du code civil : « *Sauf disposition particulière, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres, raisonnables et proportionnées, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice* ».

Article 1269 du code civil : premier alinéa inchangé

« *Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, notamment au regard de ses facultés contributives, d'éviter l'aggravation de son préjudice, le juge peut réduire les dommages-intérêts, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique* ».

B. Seconde proposition (subsidaire)

Article 1263 du code civil : « *En matière contractuelle ou de concurrence déloyale et parasitaire, le juge peut réduire les dommages et intérêts lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres, raisonnables et proportionnées, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice* ».

AMENDE CIVILE (1^{re} PARTIE)
(avant-projet, art. 1266, al. 1^{er})
par Aurélie Ballot-Léna, maître de conférences

Au chapitre IV sur « les effets de la responsabilité », dans la première section consacrée aux « principes », il est proposé de consacrer une sous-section 4 à « l'amende civile », composée d'un article unique (art. 1266). Il s'agirait là d'une mesure punitive, susceptible de venir compléter dans certains cas la mesure de réparation pouvant être accordée à la victime. Si les précédents projets de réforme proposaient également que la fonction punitive de la responsabilité civile soit restaurée, le système proposé par l'avant-projet de loi s'en détache nettement. Sans remettre en cause l'utilité d'un tel texte, sa lecture suscite un certain nombre de réserves. Cette première partie du commentaire s'attachera à présenter celles pouvant être émises quant à la constitutionnalité du texte et celles relatives à la définition de la faute qu'il contient.

Article 1266, alinéa 1^{er} : « *Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile* ».

I/ ANALYSE

A première vue l'auteur de ces lignes était favorable (voire très favorable) à l'introduction de ce texte, dans lequel il trouvait l'écho d'une de ses propositions de thèse (A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ Bibliothèque de droit privé, 2008, tome 493, n°492, 513 et 514). Pour l'essentiel, deux arguments peuvent être avancés en faveur de cette proposition. D'abord, un tel texte permettrait de restaurer la fonction dissuasive de la responsabilité civile, ce qui serait particulièrement utile dans certains types de contentieux (comme la concurrence déloyale ou les pratiques commerciales déloyales à l'égard des consommateurs, l'atteinte à la vie privée ou à l'honneur, notamment), et de mettre un terme à une jurisprudence qui a parfois tendance à détourner les dommages-intérêts de leurs fonction réparatrice, pour leur affecter une fonction punitive (cf., not., sur cette tendance, Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Action 2014/2015 n°45). En outre, l'amende civile, communément définie comme l'amende « prévue par un texte et prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale » (M. Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », P. A. 20 nov. 2002, p. 36 et s., n°4) a le mérite d'exister déjà dans notre *corpus* juridique, à la différence des dommages-intérêts punitifs ou restitutoires proposés par les projets de réforme précédents (cf. art. 1372 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit « Catala-Viney », déposé le 22 septembre 2005 ; art. 54 de la proposition de réforme appelée « Projet Terré », cf. F. Terré -dir.-, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011 - et art. 1386-25 de la proposition de loi « portant réforme de la responsabilité civile » présentée par M. Laurent Bêteille le 9 juillet 2010). Malgré l'intérêt du débat qu'il peut susciter, le principe même du recours à une amende civile ne sera donc pas discuté dans cette contribution. Seules les modalités de sa mise en œuvre le seront, à la lumière des exigences constitutionnelles d'abord (A) et sous l'angle de la responsabilité civile ensuite (B).

A. Les évolutions récentes du droit économique et la jurisprudence constitutionnelle à laquelle elles ont donné lieu incitent à la plus grande prudence dans l'admission d'un tel mécanisme. Que l'on songe aux décisions rendues par le Conseil constitutionnel à propos d'autres sanctions punitives existant en dehors de la sphère pénale, comme en droit de la concurrence, à propos de l'article L. 442-6 c.com. (Cons. Const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC) ou en droit des marchés financiers à propos de la sanction du manquement d'initié pouvant être prononcée par l'AMF (Cons. Const. 18 mars 2015, n°s 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC), on comprend que la mise en place d'une telle sanction soit difficile. En effet, au regard de ces précédents, il est très probable que la constitutionnalité du texte étudié soit contestée et il existe un risque important que son inconstitutionnalité soit retenue.

Le principal grief de constitutionnalité qui pourrait être avancé est tiré du principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines (art. 8 de la DDHC), dont il est désormais acquis qu'il s'applique, au-delà de la matière pénale, « à toute sanction ayant le caractère d'une punition » (Cons. Const. 17 janvier 1989, n° 89-248 et les décisions précitées). En effet, même si le Garde des Sceaux, lorsqu'il a lancé la consultation publique, a présenté l'amende civile comme un « mécanisme préventif », il est évident qu'elle constitue également un outil répressif. Il suffit, pour s'en convaincre, de reprendre ce qui a été dit à propos de l'instauration d'une amende civile en matière de pratiques restrictives de concurrence, texte qui a sans doute servi de modèle à la présente réforme (art. L. 442-6, III, c.com. instauré par la loi « NRE » n° 2001-420 du 15 mai 2001 et réformé par la loi « Macron » n°2015-990 du 6 août 2015 ; v. égal. M. Behar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages-intérêts punitifs ? », P. A. 20 nov. 2002, p. 36 et s.). Pour cette raison, une première proposition semble indispensable : réserver l'application du texte à l'hypothèse dans laquelle il n'existe pas de règle spéciale poursuivant une finalité identique (comme c'est déjà le cas, par exemple, en matière de contrefaçon, cf., not., en matière de marques, art. L. 716-14 et L. 716-15 CPI). Il ne faudrait pas, en effet, que le texte proposé puisse être cumulé avec d'autres dispositions punitives, auquel cas il risquerait de se voir opposer, non seulement son inconstitutionnalité sur le fondement du principe de nécessité des délits et des peines, mais également sa non-conformité à la Conv.EDH, sur le fondement du principe *non bis in idem* prévu à l'art. 4 du Protocole n° 7 à la Conv.EDH (cf. CEDH, 4 mars 2014, n° 18640/10, Grande Stevens et autres c/ Italie).

De plus, en l'état actuel de la rédaction du texte, il existe un risque important que le Conseil constitutionnel, s'il avait à se prononcer sur le texte tel qu'il est proposé, estime que la définition de la faute n'est pas formulée en des termes « suffisamment clairs et précis » au regard du principe de légalité des délits et des peines (arg. Cons. Const. 13 janvier 2011, n° 2010-85 QPC, n°3).

Le texte est en effet assez imprécis. Si, lors du lancement de la consultation publique, M. Urvoas avait expressément rattaché l'instauration de l'amende civile à l'objectif de lutte contre la « faute lucrative » et avait défini celle-ci, cela ne se retrouve pas dans la rédaction actuelle du texte. En effet, le texte vise la « faute lourde » qui « a généré un gain ou une économie pour son auteur ». Or, toute faute est susceptible de générer un gain ou une économie pour son auteur ! Ce qui fait la faute lucrative, ce n'est pas seulement qu'elle procure un gain ou une économie, c'est que ceux-ci ne seront pas neutralisés par la seule réparation des dommages causés (cf., not., cf., not. A. Anziani et L. Bêteille, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », Rapport d'information n° 558 fait au nom de la commission des lois, 2008-2009, p. 80).

B. En outre, sous l'angle de la responsabilité civile, la définition de la faute retenue par le texte soulève deux réserves.

D'une part, il n'est pas certain que la faute lourde soit la catégorie la plus adaptée au sein du droit de la responsabilité civile. Définie par Josserand comme « une énormité qui dénonce l'incapacité, l'inaptitude du coupable à s'acquitter des obligations dont il est tenu » (L. Josserand, note sous Cass. civ., 29 juin 1932, D. P. 1933, 1, p. 49 et s., spéc. p. 50 ; *rapp.* 1^{ère} civ. 29 octobre 2014, n°13-21.980, Bull. civ. I, n°180 ; *rapp.* Ass. Pl. 23 février 2001, n°99-16.165, Bull. A. P. n°5), ce type de faute a l'avantage, il est vrai, de présenter un certain degré de gravité qui est indispensable à la définition de la faute justifiant le prononcé d'une mesure punitive.

En revanche, le recours à cette catégorie de fautes présente un inconvénient de taille : si la conscience du risque créé peut être relevée pour sa qualification, en droit commun de la responsabilité civile la faute lourde est une faute non intentionnelle (v., not., Ph. Le Tourneau, *op. cit.*, n°3584). Or, à l'inverse, si l'on considère la faute lucrative, celle-ci est caractérisée par « les motivations » de son auteur (cf. L. Sichel, *La gravité de la faute en responsabilité civile*, Thèse Paris 1, 2011, n°551). Si, donc, les catégories de fautes civiles devaient être utilisées, il serait préférable de viser la faute intentionnelle ou la faute dolosive, lesquelles impliquent, outre la volonté de commettre l'acte dommageable, celle « de créer le dommage tel qu'il est survenu » (ex. : 3^{ème} civ. 11 juillet 2012, n° 10-28.535, Bull. civ. III, n°107 ; Com. 20 nov. 2012, n° 11-27.033).

Bien qu'intéressante, la catégorie des fautes intentionnelles appelle cependant, elle aussi, une réserve. En effet, la faute lucrative ne correspond pas parfaitement à cette définition en ce que, si une telle faute est commise, ce n'est pas tant dans le but de causer un dommage à autrui que de réaliser un profit ou une économie. Il n'y a donc pas nécessairement de véritable intention de nuire à autrui. Néanmoins, recourir à la notion de faute intentionnelle présenterait un autre avantage, celui d'éviter que l'amende civile puisse être couverte par l'assurance, par l'effet de l'art. L. 113-1, al. 2 c. ass. Ce point, on le sait, est discuté (cf. A. Anziani et L. Béteille, *op. cit.*, p. 97 et 98). Pour autant, comme l'avait expliqué le Professeur Jourdain devant le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, admettre cette prise en charge reviendrait à lui ôter tout caractère dissuasif (*ibid.*). Pour cette raison, il est proposé de retenir une définition de la faute permettant d'éviter que l'amende civile soit couverte par l'assurance, de même qu'elle ne devrait pas, en tant que pénalité, être déduite du résultat fiscal de l'entreprise (cf. art. 39, 2 du Cgi ; v., sur ces questions, outre le rapport de MM. Anziani et Béteille, M. Behar Touchais, *op. cit.*, n°s 17 et 21 et s.).

D'autre part, et en tout état de cause, plutôt que de se rattacher à la classification des fautes du droit civil, particulièrement fuyante, il serait sans doute préférable d'énoncer des critères objectifs de qualification de la faute donnant lieu à amende civile. Cette mesure punitive devant rester exceptionnelle, il s'agirait d'une définition restrictive, seule à même de respecter l'exigence précitée de nécessité des délits et des peines : la faute devrait (i) avoir été délibérément commise, (ii) être d'une particulière gravité et (iii) être à l'origine, pour son auteur, d'un gain ou d'une économie que la seule réparation du dommage ne serait pas à même de neutraliser. Ce n'est que si ces trois conditions cumulatives étaient réunies – ce que devraient établir les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation – que serait justifié le prononcé de la mesure punitive, en plus de la mesure de réparation pouvant par ailleurs être accordée à la victime.

II/ PROPOSITION ALTERNATIVE

Compte tenu des observations qui précèdent – et pour améliorer la rédaction du texte en supprimant un anglicisme malheureux – il est proposé la reformulation suivante du premier

alinéa du texte (les autres modifications apportées étant justifiées en seconde partie de l'analyse) :

Nonobstant la réparation des préjudices subis et en l'absence de règle spéciale, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute particulièrement grave, à l'origine d'un gain ou d'une économie que la seule réparation du dommage n'est pas à même de neutraliser, le juge peut, d'office ou sur demande des parties, après avoir recueilli l'avis du ministère public et par une décision spécialement motivée, le condamner au paiement d'une amende civile.

AMENDE CIVILE (2nde PARTIE)
(avant-projet, art. 1266)
par Aurélie Ballot-Léna, maître de conférences

Au chapitre IV sur « les effets de la responsabilité », dans la première section consacrée aux « principes », il est proposé de consacrer une sous-section 4 à « l'amende civile », composée d'un article unique (art. 1266). Il s'agirait là d'une mesure punitive, susceptible de venir compléter dans certains cas la mesure de réparation pouvant être accordée à la victime. Si les précédents projets de réforme proposaient également que la fonction punitive de la responsabilité civile soit restaurée, le système proposé par l'avant-projet de loi s'en détache nettement. Sans remettre en cause l'utilité d'un tel texte, sa lecture suscite un certain nombre de réserves. Cette seconde partie s'attache à présenter celles relatives aux conditions et modalités de fixation de l'amende.

Article 1266

Lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute lourde, notamment lorsque celle-ci a généré un gain ou une économie pour son auteur, le juge peut le condamner, par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur ou aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public.

I/ ANALYSE

Au-delà des réserves qu'impose le texte quant à la définition de la faute qu'il retient, déjà exposées dans la première partie de cette analyse, plusieurs améliorations peuvent être proposées, qu'il s'agisse des conditions encadrant le prononcé de l'amende (A), ou de la fixation de son montant (B).

A. Concernant, en premier lieu, les conditions de fixation de l'amende, on ne reviendra pas sur la principale d'entre elles, qui est la commission d'une faute qualifiée. Seules seront abordées les conditions procédurales encadrant le prononcé de l'amende, sur lesquelles le texte est silencieux.

Ainsi, il ne précise pas qui peut demander le prononcé d'une telle amende. C'est pourtant là une question déterminante pour l'efficacité même de la règle. L'avantage des dommages-intérêts punitifs ou restitutoires par rapport à l'amende civile, qui étaient proposés par les précédents projet de réforme, était qu'ils constituaient autant une mesure punitive qu'une mesure incitative pour les victimes (cf. art. 1372 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription, dit « Catala-Viney », déposé le 22 septembre 2005 ; art. 54 de la proposition de réforme appelée « Projet Terré », cf. F. Terré -dir.-, *Pour une*

réforme du droit de la responsabilité civile, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011 - et art. 1386-25 de la proposition de loi « portant réforme de la responsabilité civile » présentée par M. Laurent Bétaille le 9 juillet 2010). En revanche, il existe un risque important que celles-ci ne s'estiment pas concernées par le prononcé d'une amende civile, et donc ne la demandent pas. Plus encore, l'observation du contentieux des pratiques restrictives de concurrence montre que les victimes n'agissent que très peu (ce qui explique que le ministre de l'économie puisse agir à leur place). Certes, le nouveau texte ne doit pas être confondu avec l'art. L. 442-6 c.com., en ce qu'il vise des hypothèses plus variées. En outre, dans les cas où elle est admise, l'action de groupe pourrait être un terreau favorable au prononcé de telles amendes (*rapp.* A. Anziani et L. Bétaille, « Responsabilité civile : des évolutions nécessaires », Rapport d'information n° 558 fait au nom de la commission des lois, 2008-2009, p. 91). Néanmoins, pour être pleinement efficace, il est proposé de préciser dans le texte que, non seulement les victimes peuvent demander le prononcé d'une amende mais, qu'en outre, le juge peut la prononcer d'office (ce qui suppose évidemment de sa part le respect du principe de la contradiction).

Par ailleurs, l'amende civile relevant davantage du contentieux objectif que du contentieux subjectif, il semble important que le ministère public soit consulté. Or, cela non plus, le texte ne le dit pas.

B. S'agissant, en second lieu, de la fixation du montant de l'amende, le texte appelle une analyse nuancée.

Certains points du texte peuvent être approuvés. Ainsi, il est essentiel de conférer au juge une certaine latitude dans la décision de prononcer, ou non, une amende civile. Pour cette raison, le texte doit être approuvé en ce qu'il prévoit que le prononcé de l'amende n'est qu'une faculté pour le juge. Toutefois, il ne s'agit pas pour autant de confier aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire en la matière. Le texte doit donc être également approuvé en ce qu'il impose au juge de motiver sa décision et en ce qu'il précise les critères de fixation de l'amende. En exigeant que son montant soit proportionné à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur du dommage ou aux profits qu'il en aura retirés, le texte garantit une proportionnalité de la sanction conforme aux exigences constitutionnelles. Il serait toutefois préférable d'exiger que ces critères de fixation de la sanction soient cumulativement appliqués. Efficacité du caractère punitif de la sanction et prévisibilité de cette dernière seraient ainsi mieux assurées.

En revanche, les troisième et quatrième alinéas du texte appellent d'importantes réserves. Les plafonds qu'ils fixent semblent, en effet, excessifs.

Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter à ce qui a été dit à propos de l'amende civile prévue en matière de pratiques restrictives de concurrence (art. L. 442-6, III, c.com.), texte qui a sans doute servi de modèle au présent avant-projet de loi. Parce que l'ancien plafond de 2 millions d'euros était jugé insuffisamment dissuasif, à l'occasion de la discussion de la loi Macron il a été notamment proposé d'ajouter la possibilité de fixer l'amende à 5 % du chiffre d'affaires réalisé en France. Or, alors même que cela était nettement inférieur à ce que propose le texte étudié, ce plafond avait été jugé excessif, « disproportionné », par le rapporteur de la commission spéciale du Sénat (cf. Rapport n°370 (2014-2015) déposé le 25 mars 2015, tome III, art. 10 D). Il a été un temps envisagé que le plafond soit fixé à 1%. Le texte finalement adopté prévoit que l'amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques concernées ont été mises en œuvre.

Par comparaison, les plafonds fixés par le texte étudié semblent excessifs. Certes, ils sont appliqués ailleurs, et notamment en droit des pratiques anticoncurrentielles où le plafond est également de 10 % du chiffre d'affaires mondial (art. L.464-2 c.com). Cependant, on ne saurait confondre les deux matières, le texte étudié s'inscrivant dans un cadre très différent de réforme du droit commun de la responsabilité civile. Les montants devraient donc être largement diminués. Maintenir un plafond trop haut augmente le risque, déjà évoqué en première partie de l'analyse, que le texte se voit opposer son inconstitutionnalité au regard de l'article 8 de la Déclaration de 1789, aux termes duquel « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

Par ailleurs, comme en matière de pratiques restrictives, seul le chiffre d'affaires réalisé en France devrait être pris en compte. D'abord, parce qu'il est plus facile à obtenir, pour le juge, que le chiffre d'affaires « mondial » visé par le texte sans autre précision. Ensuite, parce que, si le législateur avait vraiment voulu tenir compte, au-delà de l'entreprise auteur matériel de la faute, du groupe dont elle fait partie, il eût été plus utile qu'il se lance (enfin) dans un projet de grande ampleur sur la responsabilité civile des groupes de sociétés.

Enfin, une fois l'amende fixée, le texte précise le sort des sommes. Si, en principe, elles doivent être versées au Trésor public – comme pour toute amende –, le cinquième alinéa du texte propose une alternative intéressante : le versement des sommes à un fonds d'indemnisation en lien avec le dommage subi (v., déjà en ce sens, not. A. Anziani et L. Béteille, *op. cit.*, p.98 et 99). Non seulement la mesure présente un intérêt pratique évident, mais elle pourrait être de nature à inciter les victimes, lorsqu'un tel fonds existe, à demander le prononcé d'une amende. En cela, donc, la proposition doit être approuvée.

II/ PROPOSITION ALTERNATIVE

Compte tenu des observations qui précèdent, il est proposé la rédaction suivante pour l'article 1266:

Nonobstant la réparation des préjudices subis et en l'absence de règle spéciale, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis une faute particulièrement grave, à l'origine d'un gain ou d'une économie que la seule réparation du dommage n'est pas à même de neutraliser, le juge peut, d'office ou sur demande des parties, après avoir recueilli l'avis du ministère public et par une décision spécialement motivée, le condamner au paiement d'une amende civile.

Cette amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur du dommage et aux profits qu'il en aura retirés.

L'amende ne peut être supérieure à 2 millions d'euros. Toutefois, elle peut atteindre le triple du montant du profit ou de l'économie réalisés.

Si le responsable est une personne morale, l'amende peut être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise.

Cette amende est affectée au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public. Elle ne peut être assurée ».

LES CONTRATS LIMITANT OU EXCLUANT LA RESPONSABILITE

(avant-projet, art. 1281, 1282 et 1283)

par Louis Thibierge, maître de conférences

L'avant-projet permet de limiter ou d'exclure sa responsabilité, tant contractuelle qu'extracontractuelle, ce qui constitue une avancée notable. Après cet hommage à la liberté contractuelle, l'avant-projet multiplie les restrictions. Il est ainsi interdit de limiter sa responsabilité en cas de préjudice corporel, ce qui peut se comprendre. Il est plus surprenant qu'il soit interdit de limiter sa responsabilité extracontractuelle en cas de faute, fût-elle non-intentionnelle ou de négligence. Enfin, l'avant-projet consacre un article 1283 aux clauses limitatives de responsabilité contractuelle, qui s'articule mal avec l'article 1170 du Code civil tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016.

Article 1281

Les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel.

Article 1282

En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du préjudice qu'on a causé par sa faute.

Dans les régimes de responsabilité sans faute, le contrat n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait accepté de manière non équivoque.

Article 1283

En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur, ou lorsqu'elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite.

Elles n'ont pas non plus d'effet si la partie à laquelle elles sont opposées n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

I/ ANALYSE

Terminologie. L'avant-projet préfère le terme de *contrats* à celui de *clauses*. Si ce choix se comprend en matière délictuelle, il est moins évident en matière contractuelle. Est-ce à dire que la clause limitative de responsabilité ou la clause pénale ne sont plus des clauses mais des contrats ? Le risque serait alors de les faire échapper à la législation sur les clauses abusives ou au nouvel article 1171 C. civ. relatif aux contrats d'adhésion. Ce risque paraît néanmoins modéré, l'article 1283 évoquant en matière contractuelle de *clauses limitatives ou exclusives de réparation*. Le grief demeure, comme dans le décret du 28 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage, qui rassemble sous la bannière des « conventions d'arbitrage » à la fois la clause compromissoire et le compromis. Qui trop embrasse, mal étroit ?

Liberté de limiter ou exclure. Il est par principe possible d'exclure ou limiter sa responsabilité. C'est dire si le principe de responsabilité dégagé par le Conseil constitutionnel (Décision 82-144 DC du 22 octobre 1982) est relatif. Les parties peuvent non seulement limiter, mais encore exclure toute responsabilité. L'assertion relève en partie du faux-semblant : l'exclusion totale de responsabilité risque fort d'être neutralisée soit au titre de l'article 1171 C. civ., parce qu'elle crée un déséquilibre significatif, soit au titre du droit de la consommation, soit enfin au titre de l'article 1283 al. 2 de l'avant-projet, parce qu'elle *contredit la portée de l'obligation essentielle*.

Domaine. L'article 1281 permet de limiter tant sa responsabilité contractuelle que délictuelle. La première branche de l'alternative ne surprend pas. La seconde paraît plus novatrice : il n'avait jamais été clairement affirmé que la responsabilité délictuelle était susceptible d'aménagements. Bien évidemment, il faudra recourir à un contrat pour restreindre sa responsabilité délictuelle. Il ne s'agit donc pas de limiter unilatéralement sa responsabilité *erga omnes* mais de convenir avec son cocontractant que la responsabilité délictuelle que l'on pourrait avoir engagé à son égard sera limitée. Là aussi, le faux-semblant n'est pas loin : si l'article 1281 proclame la liberté de limiter sa responsabilité délictuelle, l'article 1282 interdit de limiter sa responsabilité pour faute, fût-elle non-intentionnelle.

Préjudice corporel. Dans la lignée de l'article 1233, qui assigne aux *bras cassés et morts d'homme* un fondement exclusivement extracontractuel, l'article 1281 al. 2 réserve un traitement de faveur au préjudice corporel. Aucune limitation de responsabilité n'est admise en la matière. On s'étonnera que l'avant-projet ne soit pas allé plus loin en accordant un régime particulier à la réparation du préjudice corporel : s'il s'agit d'une atteinte plus grave que les autres, pourquoi ne pas lui conférer un traitement différencié, à l'instar du droit de la prescription ?

Faute en matière extracontractuelle. L'article 1282 interdit de limiter sa responsabilité extracontractuelle pour faute. On ne peut donc restreindre sa responsabilité que pour les autres faits générateurs listés aux articles 1241 et suivants : le fait des choses, les troubles anormaux de voisinage et le fait d'autrui. Sans doute faut-il exclure les régimes spéciaux du fait des accidents de la circulation ou des produits défectueux. En toute hypothèse, la restriction portée par l'article 1282 aux seuls « *régimes de responsabilité sans faute* » ne convainc pas nécessairement. Que l'on neutralise la clause en présence d'une faute dolosive se comprend : l'agent se place volontairement hors du contrat. Mais que l'on prohibe par principe les limitations de responsabilité en cas de faute, fût-elle bénigne, non-intentionnelle ou simple négligence paraît excessif. On ne pourrait donc, par exemple, limiter sa responsabilité en cas de *culpa in contrahendo* ou de rupture brutale des relations commerciales établies.

Acceptation. Les contrats limitant la responsabilité ne produisent effet que s'ils ont été acceptés par ceux à qui on entend les opposer. Le degré de certitude diffère. En matière extracontractuelle, l'article 1282 exige une *acceptation non équivoque* de la victime, sans que l'on saisisse bien ce que cela représente. Un écrit serait-il requis pour démontrer l'univocité de l'acceptation ? En matière contractuelle, il suffira que la victime ait *pu en prendre connaissance avant la formation du contrat*. L'acceptation est alors présumée. Il n'est pas certain qu'une telle distinction soit requise. Après tout, les limitations de responsabilité ne procèdent-elles pas toutes d'un contrat, indépendamment de leur objet ?

Neutralisation en matière contractuelle. Codifiant à droit – prétorien – constant, l'avant-projet reprend la dichotomie validité / efficacité des clauses limitatives de responsabilité contractuelle. Par principe licite, la clause peut toutefois être neutralisée *ex post* par le juge dans trois hypothèses :

- *faute intentionnelle* : l'article 1283 abandonne la qualification de faute dolosive au profit d'une terminologie plus transparente. Subsiste néanmoins un *hiatus*, l'ordonnance du 10 février parlant toujours de *faute dolosive* ;
- *faute lourde* : non définie par le texte, elle désigne en droit positif la négligence d'une particulière gravité, confinant au dol (peut-on encore le dire ?) et dénotant l'inaptitude du débiteur à l'accomplissement de sa mission ;
- *contrariété à l'obligation essentielle* : dans la lignée des arrêts *Chronopost* et *Faurecia 2*, il faut ici comprendre que la clause est neutralisée lorsqu'elle fixe, en cas de violation de l'obligation essentielle, un plafond de responsabilité dérisoire. On regrettera ici, outre une répétition inutile avec l'article 1170 nouveau du Code civil, issu de l'ordonnance du 10 février 2016, ce *hiatus* terminologique, l'ordonnance parlant de clause qui *prive de sa substance l'obligation essentielle* (art. 1170) et l'avant-projet de clause qui *contredit la portée de l'obligation essentielle*.

II/ PROPOSITIONS ALTERNATIVES

Texte du projet : Article 1281

Les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.

Toutefois, la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel.

Proposition : Article 1281 - Liberté

Les parties peuvent, par contrat, limiter ou exclure leur responsabilité contractuelle ou extracontractuelle.

La responsabilité en cas de préjudice corporel est insusceptible d'aménagements conventionnels.

Texte du projet : Article 1282

En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la réparation du préjudice qu'on a causé par sa faute.

Dans les régimes de responsabilité sans faute, le contrat n'a d'effet que si celui qui l'invoque prouve que la victime l'avait accepté de manière non équivoque.

Proposition : Article 1282 – Opposabilité

La limitation conventionnelle de responsabilité n'est opposable à la victime que si celle-ci en a eu connaissance avant le dommage et l'a acceptée.

Texte du projet : Article 1283

En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur, ou lorsqu'elles contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite.

Elles n'ont pas non plus d'effet si la partie à laquelle elles sont opposées n'a pas pu en prendre connaissance avant la formation du contrat.

Proposition : Article 1283 - Efficacité

Les limitations de responsabilité sont sans effet en cas de faute intentionnelle.

En matière contractuelle, les limitations de responsabilité sont également privées d'effet en cas de faute lourde, sans préjudice des dispositions de l'article 1170 du Code civil [réd. Ord. 10 février 2016].

Explications

Il est proposé de simplifier la rédaction de l'avant-projet et de d'unifier le régime des aménagements conventionnels de responsabilité, qu'ils portent sur la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, notamment en termes d'opposabilité (Proposition – Article 1282) ou de faute intentionnelle (Proposition – Article 1283).

Concernant la responsabilité extracontractuelle pour faute, plusieurs suggestions sont faites :

- D'abord, de renverser l'article 1282 et de permettre de limiter sa responsabilité extracontractuelle pour faute ;
- Ensuite, de raisonner en termes d'efficacité plutôt que de validité. La limitation de responsabilité en cas de faute serait valable, mais serait neutralisée en cas de faute intentionnelle, l'agent ayant choisi de renier le contrat (Proposition – Article 1283) ;

Concernant les limitations de responsabilité contractuelle (Proposition – Article 1283), il est proposé :

- de ne traiter spécifiquement que des hypothèses propres à la matière contractuelle, la faute intentionnelle étant commune à la matière extracontractuelle ;
- de préférer l'expression de *faute intentionnelle* à celle de *faute dolosive*, moins parlante mais retenue par l'ordonnance du 10 février 2016 ;
- pour éviter toute répétition, de laisser à l'article 1170 du Code civil, tel qu'issu de l'ordonnance du 10 février 2016, la désactivation des clauses limitatives contredisant la portée de l'obligation essentielle.