

# LA SEMAINE JURIDIQUE

ÉDITION GÉNÉRALE

SUPPLÉMENT AU N° 30-35, 25 JUILLET 2016 ISSN 0242-5777



**Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile  
Observations et propositions de modifications**

# LEXIS® PRATIQUE

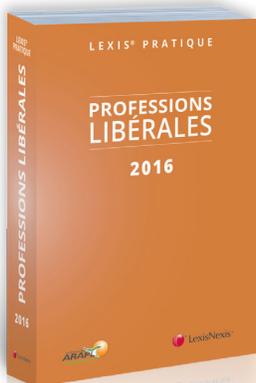
## Des réponses synthétiques, concrètes et pratiques

### LEXIS® PRATIQUE

#### Professions Libérales

### LEXIS® PRATIQUE

#### Social



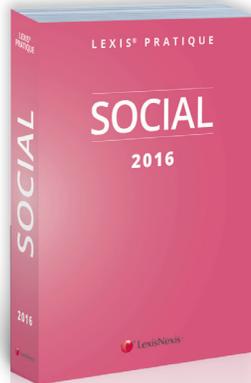
- Une **vision transversale** des problématiques juridiques concernant les professions libérales
- Commentaires enrichis de **nombreuses références** et **exemples**
- Des réponses opérationnelles **immédiatement** sur les questions fiscales, sociales, juridiques et comptables

Cette 1<sup>ère</sup> édition est écrite en partenariat avec la **Conférence des ARAPL** par des praticiens, avocats, juristes spécialisés en droit fiscal et social, en comptabilité et en droit des sociétés



1<sup>ère</sup> édition • Mai 2016 • 800 pages

**60€** jusqu'au 30/09/2016  
puis **80€** à partir du 01/10/2016



- Toute la **réglementation du droit du travail** et de la **protection sociale**
- Organisé selon un **plan didactique** couvrant près de 200 études
- Une partie « **synthèse** » au début de chaque étude
- Développements ponctués de différents blocs d'intention (*conseils pratiques, exemples, remarques, et attentions*)
- Commentaires enrichis de **nombreuses références aux sources**

Cet ouvrage a été écrit par des praticiens, avocats, juristes spécialisés en droit social



1<sup>ère</sup> édition • Mai 2016 • 1400 pages

**80 €** jusqu'au 30/09/2016,  
puis **110 €** à partir du 01/10/2016

### BON DE COMMANDE

À renvoyer à : LexisNexis • Relation client • 141, rue de Javel 75747 Paris cedex 15  
ou par fax 01 45 58 94 00 • boutique.lexisnexus.fr

16BROMD070

**OUI**, je souhaite commander le(s) ouvrage(s) suivant(s)

Titres	Référence	Quantité	PU TTC	TOTAL
Lexis® Pratique Professions Libérales	VB401801		<b>60 €</b> <i>jusqu'au 30/09/2016</i>	
Lexis® Pratique Social	VB401701		<b>80 €</b> <i>jusqu'au 30/09/2016,</i>	
Frais de port par commande				<b>0,01 €</b>
TVA 5,5% (tarif susceptible d'être modifié selon la TVA applicable au moment de la facturation).				<b>TOTAL € TTC</b>

#### Règlement :

- Je réglerai à réception de la facture
- Ci-joint mon règlement par chèque à l'ordre de LexisNexis

#### Vos Coordonnées

VOTRE NUMÉRO CLIENT  
(Si vous le connaissez)  
 M.L.L.E.  M.M.M.E.  M.

NOM / PRÉNOM

CABINET / SOCIÉTÉ

VOTRE ACTIVITÉ

ADRESSE

CODE POSTAL

VILLE

TÉL.

E-MAIL

DATE/CACHET ET SIGNATURE

Conformément à la législation en vigueur, vous disposez d'un droit d'accès et de rectification pour toute information vous concernant. Ces informations sont à destination de notre fichier prospects/clients et à des fins de prospections commerciales.

# Sommaire

La Semaine Juridique - Édition Générale - Supplément au N° 30-35, 25 juillet 2016

## Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile Observations et propositions de modifications

<b>Avant-projet de réforme de la responsabilité : vive le débat! → Par Philippe Stoffel-Munck</b>	P. 4
<b>La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile - Articles 1232 → Par Cyril Bloch</b> , professeur à l'université d'Aix-Marseille, codirecteur du Centre de droit économique (EA n° 4224)	P. 5
<b>Le traitement préférentiel du dommage corporel - Articles 1233, alinéa 2 ; 1240 ; 1254 ; 1281, alinéa 2 → Par Jonas Knetsch</b> , agrégé des facultés de droit, professeur à l'université de La Réunion	P. 9
<b>L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle - Articles 1233, alinéa 1<sup>er</sup> et 1234 → Par Jean-Sébastien Borghetti</b> , professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)	P. 15
<b>La recodification des principes classiques - Articles 1235 à 1238 ; 1241 à 1249 ; 1253 à 1256 → Par Mireille Bacache</b> , professeur à l'école de droit de la Sorbonne	P. 20
<b>La singularité de la responsabilité contractuelle - Articles 1250 à 1252 ; 1253, alinéa 3 et 1263 → Par Philippe Stoffel-Munck</b> , agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)	P. 30
<b>Les règles générales régissant la réparation du dommage - Articles 1258 à 1264 → Par Fabrice Leduc</b> , professeur à l'université François-Rabelais de Tours	P. 36
<b>La sanction des comportements fautifs - Articles 1266 → Par Suzanne Carval</b> , professeur à l'université de Rouen Normandie (CUREJ EA 4703)	P. 42
<b>Les conventions sur la réparation - Article 1281 à 1283 et 1284 → Par Olivier Gout</b> , professeur à l'université Jean Moulin (Lyon 3)	P. 47
<b>Les règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel - Articles 1267 à 1277 → Par Stéphanie Porchy-Simon</b> , professeur à l'université Jean Moulin (Lyon 3)	P. 53
<b>Le fait des véhicules terrestres à moteur - Articles 1285 à 1288 → Par Sophie Hocquet-Berg</b> , professeur à l'université de Lorraine-Metz	P. 61
<b>La responsabilité du fait des produits défectueux - Articles 1289 à 1299-4 → Par David Bakouche</b> , agrégé des facultés de droit, professeur à l'université Paris-Sud (Paris-Saclay)	P. 67

### LA SEMAINE JURIDIQUE

Juris-Classeur Périodique (JCP)  
90<sup>e</sup> année

Président Directeur Général, Directeur de la publication :  
PHILIPPE CARILLON  
Directrice éditoriale :  
CAROLINE SORDET  
caroline.sordet@lexisnexis.fr

Directeur scientifique : NICOLAS MOLFESSIS

Comité scientifique : D. BUREAU, L. CADIET, C. CARON,  
J.-F. CESARO, M. COLLET, E. DEZEUZE, J. KLEIN,  
B. MATHIEU, H. MATSOPOULOU, F. PICOD,  
B. PLESSIX, P. SPINOSI, PH. STOFFEL-MUNCK,  
F. SUDRE, B. TEYSSIE, S. TORCK

Comité d'experts : C. CHAMPALAUNE, W. FEUGÈRE,  
J.-P. JEAN, D. MUSSON, É. NEGRON, B. STIRN,  
L. VALLÉE, E. VASSEUR

Rédactrice en chef : HÉLÈNE BÉRANGER  
Tél. : 01.45.58.93.24 - helene.beranger@lexisnexis.fr  
Rédactrice en chef adjointe : ÉLISE FILS  
Tél. : 01.45.58.92.86 - elise.fils@lexisnexis.fr

Éditeur : FLORENCE CREUX-THOMAS  
Tél. : 01.45.58.92.42 - florence.creux-thomas@lexisnexis.fr  
Éditeur : MATHILDE HARDY-TOUCHARD  
Tél. : 01.45.58.94.89 - mathilde.hardy-touchard@lexisnexis.fr  
Stagiaire : MATHILDE SEZER

Merci à Marianne Vasquez pour la mise en page de ce numéro

Publicité :  
Direction commerciale : IM RÉGIE  
23, rue Faidherbe 75011 Paris  
Directrice de Clientèle : CAROLINE SPIRE  
Tél. : 01 40 24 13 35 - Fax : 01 40 24 22 70 - c.spire@impub.fr

Correspondance :  
M<sup>me</sup> HÉLÈNE BÉRANGER  
LA SEMAINE JURIDIQUE (ÉDITION GÉNÉRALE)  
141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Relations clients :  
Tél. : 0 821 200 700  
0,112 euros puis 0,09 euros /min à partir d'un poste fixe  
**www.lexisnexis.fr**

Abonnement annuel 2016 :  
• France (métropole) : 622,81 euros TTC (610 euros HT)  
• DOM-TOM et pays étrangers : 658,80 euros HT

#### Prix de vente au numéro :

• France (métropole) : 25,53 euros TTC (25 euros HT)  
• DOM-TOM et pays étrangers : 27,50 euros HT

Offre « spéciale étudiants » : <http://etudiant.lexisnexis.fr/>

LEXISNEXIS SA  
SA au capital de 1.584.800 euros  
552 029 431 RCS Paris  
Principal associé : REED ELSEVIER FRANCE SA  
Siège social : 141, rue de Javel - 75747 Paris Cedex 15

Imprimeur : EVOLUPRINT - SGIT SAS  
Parc Industriel Euronord, 10, rue du Parc, 31150 Bruguieres

N° Imprimeur : 5635  
N° Éditeur : 5702  
Dépôt légal : à parution  
Commission paritaire : n° 1116 T 80376

Photos : Droits réservés  
Photo de couverture : © arthobbit

Supplément gratuit pour les abonnés. Ne peut être vendu.

# Avant-projet de réforme de la responsabilité : vive le débat !



**Philippe Stoffel-Munck,**  
agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

Le droit de la responsabilité civile n'a pratiquement pas été touché par la réforme du droit commun des obligations opérée par l'Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Cela paraît paradoxal car les textes du Code civil en la matière sont sans doute plus en décalage encore avec le droit positif que ne l'étaient ceux relatifs au contrat. Les enjeux pratiques et symboliques du droit de la responsabilité comme ses difficultés propres justifient ce décalage : les litiges sont plus quotidiens, les types d'intérêts à mettre en équilibre plus variés et les passions plus vives. Il se pourrait même que les médias s'y intéressent car chacun se sent plus spontanément concerné par une réforme touchant à « l'indemnisation des victimes » que par une refonte du droit des contrats. Le pouvoir politique l'avait d'ailleurs senti puisque l'habilitation à réformer par ordonnance n'y avait pas été étendue.

Pourtant, les besoins de clarification du droit et les propositions pour ce faire ne manquent pas. Les avant-projets *Catala* et *Terré* avaient beaucoup apporté à cet égard ; leur divergence d'approche témoignait, en même temps, de la difficulté particulière de la tâche. Il est donc tout à l'honneur de la Chancellerie d'avoir élaboré et diffusé pour observations l'avant-projet de texte que ce dossier a vocation à présenter et discuter. À l'approche d'une élection présidentielle, le devenir de ce texte dépourvu d'habilitation est d'autant plus incertain qu'il soulèvera moins le consensus que le débat ; c'est le propre de la matière. Mais cet exercice sera utile et sain car il permettra d'éprouver, bien mieux qu'au stade de la discussion parlementaire, l'intérêt des options qui sont prises, et de préparer ainsi les débats.

L'avant-projet ne vise pas, en effet, qu'une codification à droit constant. Il propose, bien sûr, de graver dans le marbre de la loi la plupart des principes prétoriens qui ont fait notre droit de la responsabilité civile. À première vue, il paraît donc simple-

ment s'inscrire dans la continuité du droit positif. Toutefois, il le restructure en sortant le dommage corporel de l'orbite de la responsabilité contractuelle (art. 1233) ; celle-ci en est considérablement clarifiée et la réparation de celui-là nettement favorisée car le fait d'une chose intervient la plupart du temps dans sa genèse. En revanche, est supprimée la clause générale de responsabilité du fait d'autrui. Ne restent que des cas spéciaux, élargis et rationalisés car supposant tous un fait de nature à engager la responsabilité propre de l'auteur direct du dommage. Ainsi, la responsabilité du fait de l'enfant devient-elle une responsabilité dérivée, comme celle du fait des préposés ; on cesse enfin de traiter les familles plus rudement que les entreprises, les parents plus sévèrement que les commettants.

En outre, l'avant-projet ose plusieurs innovations telles que la consécration de la spécificité de l'action en cessation de l'illicite (art. 1232), l'amende civile pour fautes délibérées, notamment lucratives (art. 1266), le devoir de prévenir l'aggravation de son propre préjudice (art. 1263), l'admission des conventions limitatives de réparation hors la matière contractuelle (art. 1281), le renversement de la jurisprudence *Boot-shop* par l'obligation faite au tiers qui réclame réparation du dommage que lui cause une faute contractuelle, de caractériser un fait générateur de responsabilité extracontractuelle au soutien de sa demande (art. 1234), etc.

Ainsi, s'il ne suit pas l'avant-projet *Catala* dans toutes ses audaces, s'abstenant en particulier d'adopter de transposer la responsabilité du fait d'autrui dans les rapports entre sociétés d'un même groupe, le texte de la Chancellerie innove tout en faisant preuve de mesure. Audacieux, mais pas téméraire. Tel pourrait être sa devise. Perfectible aussi ; comme les contributions qui suivent tenteront parfois de le montrer, thème par thème. ■

# La reconnaissance de la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile



**Cyril Bloch,**

professeur à l'université d'Aix-Marseille,  
codirecteur du Centre de droit économique  
(EA n° 4224)

## Avant-projet de loi

### « Sous-Titre II. - La responsabilité civile

#### « Chapitre I<sup>er</sup>. - Dispositions préliminaires

« Article 1232. - Indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge peut prescrire les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. [Seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures.]

**Dans la veine de l'article 2 de l'avant-projet Terré, l'article 1232 de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile consacre la cessation de l'illicite comme fonction autonome de la responsabilité civile et lui confère un régime juridique propre, distinct de celui de la réparation. Ce changement de paradigme ne va cependant pas jusqu'à reconnaître le caractère obligatoire de la cessation de l'illicite, qui semble pourtant être le corollaire le plus naturel à la distinction entre cessation de l'illicite et réparation.**

1 - La cessation de l'illicite désigne, en un mot, toute sanction ayant pour objet ou pour effet de prévenir ou de faire cesser une situation de fait contraire au droit. À la faveur du développement de l'astreinte et des référés, le contentieux civil de la cessation de l'illicite n'a eu de cesse de gagner du terrain, au point, dans quantité de matières, d'avoir pris l'ascendant sur la réparation. Qu'il s'agisse de mettre fin à des actes de concurrence déloyale, de démolir une construction irrégulière, de faire cesser une atteinte à un droit de la personnalité, d'interdire un acte de contrefaçon, ou encore d'imposer le respect de règles protectrices des consommateurs ou de l'environnement, la

cessation de l'illicite est devenue l'enjeu essentiel de nombreux contentieux.

2 - Malgré sa vitalité, le phénomène peine à trouver sa place en droit de la responsabilité civile, la doctrine comme la jurisprudence l'abordant traditionnellement sous le prisme de la réparation en nature.

Cette assimilation pure et simple de la cessation de l'illicite à la réparation n'est guère satisfaisante car elle occulte la fonction corrective singulière que remplit le mécanisme. S'attaquant au fait générateur, l'action en cessation fait beaucoup plus que prévenir ou faire cesser un dommage : elle tend au premier chef à mettre le fait litigieux en conformité avec la règle de droit impérative dont il s'écarte et assure à ce titre une fonction corrective complémentaire mais distincte de la simple réparation du dommage<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> En ce sens, avec plus ou moins de nuances sur le degré d'autonomie du mécanisme, M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation* : LGDJ, 1974, préf. P. Hébraud, pp. 209 à 253 ; notre thèse, *La cessation de l'illicite. Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile* : Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008, préf. R. Bout, avant-

3 - En abordant la cessation de l'illicite sous le seul angle de la réparation, notre droit ne livre ainsi qu'une portion de la nature fonctionnelle du mécanisme. Il se place ce faisant, en net retrait des droits d'inspiration romano-germanique, mais aussi, et la chose est plus préoccupante, du droit de l'Union européenne, qui ne manque aucune occasion de pointer la distinction, en demandant aux États de se doter des moyens juridiques nécessaires pour que puisse être obtenue l'interdiction ou la cessation du fait illicite, et ce, indépendamment des questions de faute et de préjudice propres à la réparation<sup>2</sup>.

4 - Le premier mérite de l'article 1232 de l'avant-projet est d'introduire la distinction entre les fonctions réparatrice et corrective de la responsabilité civile, tout en s'inscrivant dans la continuité des textes existants. Comme l'avait suggéré l'avant-projet Terré, la formule choisie se borne en effet à transposer en droit substantiel celle de l'article 809 du Code de procédure civile, qui constitue *de lege lata* la matrice procédurale de la plupart des actions en cessation et inspire les quelques actions en cessation que le législateur a déjà consacré en droit substantiel (*C. civ.*, art. 9 ; art. 9-1 ; art. 16-2).

5 - Bien évidemment, la reconnaissance de la cessation de l'illicite n'aurait qu'un intérêt académique si elle n'était porteuse d'un régime juridique propre, distinct de celui de la réparation. L'avant-projet laisse ici un sentiment d'inachevé, car s'il met assez bien en exergue les spécificités des conditions de mise en œuvre de l'action en cessation (1), il renonce en revanche à reconnaître son caractère obligatoire (2).

## 1. L'émancipation des conditions de la cessation de l'illicite

6 - La cessation de l'illicite se démarque d'abord de la réparation par ses conditions de mise en œuvre plus objectives. Cette différence de régime s'aperçoit tant au stade du fait générateur que du dommage.

### A. - Fait générateur : de la faute au fait illicite

7 - Au stade du fait générateur, la cessation de l'illicite trouve son fondement et sa mesure dans l'illicéité objective du fait sur lequel elle agit.

8 - **Exigence d'un fait illicite.** - C'est dire d'abord que nul ne doit pouvoir prétendre mettre un terme à l'activité d'autrui sans en

caractériser l'illicéité<sup>3</sup>. Cette exigence d'illicéité doit conduire à écarter du champ de la cessation de l'illicite tous les cas de responsabilité fondés sur l'anormalité du fait dommageable voire sur la simple causalité.

9 - Une remise en ordre serait particulièrement bienvenue en matière de troubles de voisinage. *De lege lata*, à défaut de distinction entre cessation de l'illicite et réparation, le juge se voit reconnaître tout pouvoir pour s'attaquer à des activités licites, sur le seul constat d'un trouble anormal. Songeons, pour ne retenir qu'une illustration récente, aux quelques décisions de juridictions du fond qui avaient cru pouvoir ordonner l'enlèvement d'antennes de téléphonie mobile respectant pourtant scrupuleusement les normes d'installation et d'émission en vigueur. Il conviendrait, ici comme ailleurs, de mieux distinguer l'hypothèse des troubles *anormaux* de voisinage provoqués par l'activité licite du voisin, de celle des troubles *illicites* de voisinage, provoqués par la violation des règles de conduite qui s'évincent des lois ou des règlements ou du devoir général de prudence. Dans le premier cas, la responsabilité ne peut avoir qu'une fonction réparatrice des conséquences de l'activité dommageable. Ce n'est que dans le second cas que la responsabilité peut également s'attaquer à l'activité génératrice du trouble de voisinage, en ramenant le voisin à l'observation des règles de conduite desquelles il s'était écarté (cessation de l'illicite). L'épilogue qu'a connu le contentieux des antennes de téléphonie mobile devant le Tribunal des conflits en a offert une remarquable illustration, même si on peut regretter qu'il ait fallu recourir au principe de séparation des pouvoirs pour en arriver à cette conclusion<sup>4</sup>.

10 - Cette restriction du champ de l'action en cessation aux seules activités illicites est clairement affirmée par l'avant-projet, qui prend même soin de lever toute ambiguïté sur l'exigence d'une illicéité en précisant que « seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures ».

11 - **Indifférence de la faute.** - Si la cessation de l'illicite implique un fait illicite, elle n'exige pas pour autant une faute de l'agent contre lequel elle est prononcée. Contrairement à la réparation, la cessation de l'illicite ne choisit pas son débiteur au moyen d'un jugement de valeur sur sa conduite individuelle mais simplement en fonction de son aptitude actuelle à mettre un terme à la situation illicite.

Il en résulte que la dette de cessation de l'illicite peut être mise au compte d'un agent irresponsable au titre de la réparation<sup>5</sup>.

3 *Contra* G. Viney, art. préc. note (1).

4 *T. confl.*, 14 mai 2012, n° 3848 : *JurisData* n° 2012-010166. - n° 3846 : *JurisData* n° 2012-010165. - n° 3854 : *JurisData* n° 2012-010172. - n° 3844 : *JurisData* n° 2012-010164. - n° 3850 : *JurisData* n° 2012-010169. - n° 3852 : *JurisData* n° 2012-010170. - Pour une application : *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 17 oct. 2012, n° 10-26.854 : *JurisData* n° 2012-023371 ; *Bull. civ.* 2012, I, n° 207 ; *JCP G* 2013, 14. note Fr. G. Trébulle.

5 Pour quelques ex. récents, *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 12 juill. 2012, n° 11-20.687 : *JurisData* n° 2012-015542 ; *Bull. civ.* 2012, II, n° 133, rejetant le pourvoi dirigé contre un arrêt qui avait ordonné à un avocat de supprimer le lien commercial entre son site et le nom d'un confrère, sans avoir recherché quel était l'auteur ou le responsable de ce rapprochement. - *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 20 mai 2010, n° 09-14.111 : *JurisData* n° 2010-006875. - *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 13

propos Ph. le Tourneau ; G. Viney, *Cessation de l'illicite et responsabilité civile in* MéL. G. Goubeaux : Dalloz-LGDJ, 2009, p. 547 ; Ph. le Tourneau (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, coll. Action, 2014, nos 2441 et s. ; G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité* : LGDJ, 2011, 3<sup>e</sup> éd., not. nos 34 et s. ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle* : LexisNexis, 2014, 3<sup>e</sup> éd., nos 603-604 ; F. Leduc, *Cessation de l'illicite, exécution en nature et réparation en nature, Hommage en l'honneur de G. Forest* : Dalloz, coll. Thèmes & comm., 2014, p. 121.

2 Pour de plus amples développements, C. Bloch et Ph. Stoffel-Munck, *La cessation de l'illicite in* F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* : Dalloz, Thèmes & comm., 2011, p. 91.

C'est ainsi que l'hébergeur d'un site internet<sup>6</sup> ou la société d'affichage d'une publicité contenant une information illicite<sup>7</sup> peuvent être condamnés à y mettre un terme même s'il ne peut leur être reproché aucune faute de nature à les faire répondre des conséquences dommageables des faits litigieux.

Le texte de l'avant-projet accrédite implicitement cette idée, en prenant soin d'aborder le fait illicite de façon objective, sans la moindre référence à son auteur.

## B. - Dommage : du préjudice au trouble

12 - La divergence des conditions de la cessation de l'illicite et de la réparation se traduit également au stade de l'exigence traditionnelle d'un dommage ou d'un préjudice. Cette condition *sine qua non* de la réparation, n'est pas à proprement parler requise dans le cadre de l'action en cessation, où le juge se contente de vérifier que l'illicéité est de nature à perturber les intérêts du demandeur.

13 - Le critère idoine semble pouvoir être trouvé dans la notion de « trouble », que l'on retrouve d'ailleurs à l'article 809<sup>du</sup> Code de procédure civile.

D'une part, à la différence du dommage, le trouble ne se détache pas de la situation illicite : il renvoie, non aux conséquences du fait illicite, mais au fait illicite lui-même, envisagé à travers et dans la mesure de la perturbation qu'il porte ou est de nature à porter aux intérêts de

celui qui en réclame la cessation. Si le dommage et le préjudice sont inadaptés à la cessation de l'illicite c'est en effet d'abord pour cette simple raison qu'ils se détachent de la situation illicite dans laquelle ils ont pris naissance. Le fait qu'une situation illicite actuelle ait causé un dommage ne préjuge en rien de l'actualité de l'atteinte portée aux intérêts du demandeur. Par exemple, l'établissement de crédit qui promet une opération de crédit sans mentionner toutes les informations requises par l'article L. 311-4 du Code de la consommation pourra induire en erreur de nombreux emprunteurs. Ceux-ci pourront demander réparation du préjudice, y compris futur, que la publicité illicite leur a causé. Mais ils sont dépourvus de tout intérêt à réclamer la

**« Les juges du fond n'usent guère de la liberté d'appréciation que leur offre la Haute juridiction et prononcent presque invariablement la cessation du trouble illicite lorsque les conditions en sont remplies »**

cessation des agissements illicites pour l'avenir. Même si la campagne publicitaire se poursuit encore, elle n'est plus de nature à perturber leurs intérêts pour l'avenir, en sorte que le trouble n'est plus actuel.

D'autre part, le trouble se distingue des notions de dommage et de préjudice par son contenu plus ouvert : le trouble se satisfait d'une simple potentialité de dommage<sup>8</sup>. Le tout est que la situation illicite soit *de nature* à perturber les intérêts légitimes de celui qui en réclame l'interdiction ou la cessation. La cessation de l'illicite peut ainsi être obtenue même lorsque les conséquences dommageables sont incertaines<sup>9</sup> ou trop diffuses<sup>10</sup> pour ouvrir droit à réparation.

## 2. L'oblitération du caractère obligatoire de la cessation de l'illicite

14 - La fonction de rétablissement de la licéité que remplit la cessation de l'illicite devrait par ailleurs conduire à poser son caractère obligatoire, en retirant en principe au juge le pouvoir d'y substituer de son propre chef des dommages et intérêts.

L'assimilation du mécanisme à une simple variété de réparation conduit la Cour de cassation à d'autres conclusions. À quelques rares exceptions près, celle-ci laisse, en effet, à ses juridictions du fond toute liberté pour commuer des demandes de cessation de l'illicite en simple dommages et intérêts.

15 - Une analyse approfondie du droit positif révèle néanmoins que les juges du fond n'usent guère de la liberté d'appréciation que leur offre la Haute juridiction et prononcent presque invariablement la cessation du trouble illicite lorsque les conditions en sont remplies. Tout bilan fait, les seuls domaines dans lesquels cette inclinaison naturelle des juges du fond pour la cessation de l'illicite a pu s'infirmer sont précisément ceux dans lesquels la Cour de cassation est intervenue pour les y contraindre. L'on songe, en particulier, à l'extrême fermeté avec laquelle la Cour de cassation permet au voisin troublé par une construction irrégulière au regard des règles d'urbanisme d'en exiger la démolition, sans que le juge ne puisse y substituer des dommages et intérêts ou toute autre forme de réparation.

*mars 2008, n° 07-13.024 : JurisData n° 2008-043128 ; Bull. civ. 2008, I, n° 74, un cataloguiste avait édité un catalogue exhaustif sur l'œuvre du peintre J.-M. Atlan, dans lequel n'était pas référencé un tableau dont l'authenticité avait été discutée puis reconnue en justice. Les propriétaires du tableau omis agirent en cessation de l'illicite et réparation (l'absence du tableau litigieux dans ce catalogue ayant eu pour effet de réduire la valeur de leur tableau par le doute qu'elle pouvait susciter sur son authenticité). La Cour de cassation approuve les juges d'avoir enjoint au cataloguiste d'insérer l'œuvre manquante dans les prochaines éditions de l'ouvrage (cessation de l'illicite) mais casse l'arrêt sur le terrain de la réparation en l'absence de faute du cataloguiste.*

6 Solution désormais consacrée par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, et étendue aux fournisseurs d'accès (art. 6, I, 8).

7 *CA Paris, 14<sup>e</sup> ch., 8 avr. 2005 : JurisData n°2005-274875 ; JCP G 2005, II, 10109, note. Ph. Malaurie.*

8 *C. Guillemain, Le trouble en droit privé : PUAM, 2000, préf. Ph. Conte, spéc. p. 79.*

9 *par ex. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 7 déc. 2005, n° 05-16.350 : JurisData n° 2005-031168 ; Bull. civ. 2005, III, n° 243 ; JCP G 2006, II, 10032, avis O. Guérin, condamnation d'un industriel à cesser de stocker des déchets radioactifs en infraction à la législation, sur l'unique foi du risque d'atteinte à l'environnement que comportait ce stockage illégal.*

10 *par ex. Cass. com., 12 mai 2004, n° 02-16.623 : JurisData n° 2004-023737 ; Bull. civ. 2004, IV, n° 87, dans cette affaire, un concurrent avait obtenu le prononcé de la dépose d'une bache publicitaire excédant les dimensions autorisées. Le pourvoi invoquait l'absence de préjudice pour tenter de s'opposer à la mesure de cessation de l'illicite. La Cour de cassation le rejette en mettant l'accent sur l'objet de l'action (cessation de l'illicite et non réparation du préjudice).*

Si bien que paradoxalement, l'enjeu de la reconnaissance générale de ce caractère obligatoire serait moins d'en renforcer la portée que de la préciser, en plaçant le mécanisme sous le contrôle de l'abus de droit ou de la proportionnalité.

16 - Cet équilibre nous paraissait avoir été trouvé dans l'avant-projet *Terré* qui tout en prescrivant au juge le prononcé de la cessation de l'illicite ne manquait pas de le subordonner au caractère « raisonnable » des mesures.

Il n'a manifestement pas convaincu la Chancellerie qui, en remplaçant les termes « le juge prescrit » utilisés dans l'avant-projet *Terré* par « le juge peut prescrire », a transformé l'obligation en simple faculté pour le juge.

L'avant-projet suit, ce faisant, les recommandations du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet *Terré*<sup>11</sup>, qui

avait cru déceler dans la reconnaissance du caractère obligatoire de la cessation de l'illicite une entorse au principe selon lequel les juges sont tenus de trancher le litige tel que déterminé par les prétentions des parties. Cette interprétation dépassait pourtant la portée du texte qui n'a jamais ambitionné ne serait-ce que de permettre au juge civil de prononcer une mesure de cessation de l'illicite qui ne lui était pas demandée par l'une des parties au litige. Il serait sans doute bon de le préciser pour lever toute ambiguïté sur ce point. Mais cela n'implique pas de remettre en cause le caractère obligatoire de la cessation de l'illicite, qui nous semble même, bien au contraire, pouvoir se revendiquer du principe selon lequel le juge est tenu de trancher le litige, tel que déterminé par les prétentions des parties, conformément aux règles de droit qui lui sont applicables... ■

11 [www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf](http://www.courdecassation.fr/IMG/reforme-droit-RC.pdf).

### Proposition de modification

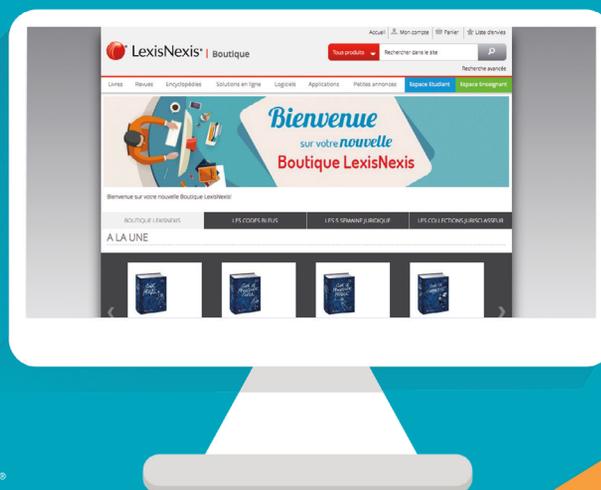
#### « Sous-Titre II. - La responsabilité civile

#### « Chapitre I<sup>er</sup>. - Dispositions préliminaires

« Article 1232. - Indépendamment de la réparation du préjudice éventuellement subi, le juge, **s'il est saisi d'une demande en ce sens, prescrit** les mesures raisonnables propres à prévenir ou faire cesser le trouble illicite auquel est exposé le demandeur. [Seuls les faits contrevenant à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence ou de diligence peuvent donner lieu à de telles mesures.]

## Ouvrages et presse juridiques ... Vos commandes faciles et rapides

[boutique.lexisnexus.fr](http://boutique.lexisnexus.fr)



NOUVEAU MOTEUR  
 DE RECHERCHE

# Le traitement préférentiel du dommage corporel



**Jonas Knetsch,**  
agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université de La Réunion

## Avant-projet de loi

### « Sous-titre II. - La responsabilité civile

#### « Chapitre I<sup>er</sup>. - Dispositions préliminaires

(...)

« Article 1233. - En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

« Toutefois, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat.

(...)

### « Chapitre II. - Les conditions de la responsabilité

#### « Section 1. - Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle

(...)

#### « Sous-section 2. - Le lien de causalité

(...)

« Article 1240. - Lorsqu'un dommage [corporel] est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées agissant de concert ou pour des motifs similaires, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

(...)

### « Chapitre III. - Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité

#### « Section 1. - Les causes d'exonération

(...)

« Article 1254. - Le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonératoires lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage. En cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle.

(...)

### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

#### « Section 3. - Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice

##### « Sous-section 1. - Contrats excluant ou limitant la réparation

« 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.

L'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité se propose d'introduire dans le Code civil une série de dispositions destinées à garantir à la victime d'un dommage corporel un traitement préférentiel et d'accentuer ainsi la tendance du droit positif à distinguer le régime de responsabilité

en fonction de la nature de l'atteinte. Parmi les propositions, la dé-contractualisation de la réparation du dommage corporel (C. civ., art. 1233, al. 2) mérite une attention particulière, car elle modifie considérablement la vision traditionnelle du système français de responsabilité civile.

1 - Les rédacteurs de l'avant-projet de loi ont voulu rompre avec la conception traditionnelle du droit français de la responsabilité qui ignore toute hiérarchisation des intérêts protégés<sup>1</sup>. Que l'on soit en présence d'une atteinte aux biens ou d'un dommage corporel, le Code civil de 1804 impose l'application d'un corps de règles unique, tant sur le plan des conditions de la responsabilité qu'au stade de ses effets. Cette indifférence de la nature de l'atteinte est inhérente aux articles 1382 à 1386 qui forment une réglementation uniforme, ce que soulignait déjà le tribun *Tarrible* dans son célèbre discours au corps législatif : « Depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un meuble chétif, tout est soumis à la même loi »<sup>2</sup>.

2 - Cette unité du droit de la responsabilité civile n'a cependant pas résisté au temps. Au fil des décennies, la matière s'est considérablement complexifiée. L'avènement de la Sécurité sociale, l'essor des régimes spéciaux de responsabilité et la coordination nécessaire avec l'assurance privée ont conduit à une rupture si bien que la responsabilité civile d'aujourd'hui ne ressemble plus guère aux cinq articles dont se sont contentés les rédacteurs du code de 1804.

Si la distinction entre les atteintes aux personnes et les atteintes aux biens n'avait guère d'importance à l'époque de Portalis, la situation est tout autre en ce début du 21<sup>e</sup> siècle. La réparation du dommage corporel est devenue, en l'espace de quelques décennies, une spécialisation au sein de la profession d'avocat<sup>3</sup>, un sujet d'étude à part entière avec ses manuels<sup>4</sup> et ses formations spécialisées<sup>5</sup> et, surtout, une véritable source de préoccupation du législateur et des autorités publiques. En témoignent non seulement les règles spécifiques que consacrent de nombreux régimes spéciaux à la réparation du dommage corporel<sup>6</sup>, mais aussi la place qu'occupe dans le discours public le sort des victimes d'accidents corporels ou d'infractions contre les personnes<sup>7</sup>.

3 - C'est ce décalage entre, d'un côté, le droit commun de la responsabilité des articles 1382 à 1386 du Code civil (Avant-projet, art. 1240 à 1244) et, de l'autre, les textes spéciaux et la pratique juridique, que les auteurs de l'avant-projet de loi entendent corriger par une série de dispositions. S'inspirant de la logique de la loi *Badinter* et du régime de responsabilité du fait des produits défectueux, l'avant-projet affiche clairement sa volonté de consolider les bases d'un droit du dommage corporel dont il faudra apprécier les enjeux (1) avant d'examiner dans le détail les textes proposés (2).

## 1. Vers la consécration d'un droit du dommage corporel ?

4 - L'attention accrue que reçoit le dommage corporel en droit français est l'un des traits distinctifs de l'évolution de la responsabilité civile des trente dernières années. Les atteintes à l'intégrité du corps humain font de plus en plus l'objet d'un traitement spécifique, justifié par l'importance que notre droit accorde aux droits de la personnalité et plus particulièrement au « respect du corps, médiateur de l'âme et truchement nécessaire de toute vie spirituelle, intellectuelle, affective, artistique, sensorielle, professionnelle ou matérielle »<sup>8</sup>. Dans une certaine mesure, cette spécialisation du droit de la réparation a été nécessaire pour répondre à des questions techniques liées à la prise en charge des dommages corporels, tels que l'assiette des recours des tiers payeurs ou le calcul des dommages-intérêts pour incapacité professionnelle. L'apparition d'une réglementation spécifique peut ainsi être perçue comme une manifestation classique de la complexification du droit et d'une ramification toute naturelle du droit de la réparation.

5 - Cependant, l'éclosion d'un « droit du dommage corporel » va bien au-delà de l'apparition de règles techniques, codifiées et actualisées ailleurs dans l'avant-projet (art. 1267 à 1277). Le point commun des articles commentés dans ces lignes est en effet d'accorder un traitement de faveur aux victimes d'une atteinte à la personne<sup>9</sup>. Celui-ci se manifeste tantôt par un assouplissement des conditions de la responsabilité (art. 1240 et 1254), tantôt par une sanctuarisation de la réparation intégrale, au moyen d'une limitation de la liberté contractuelle (art. 1281, al. 2) et d'une dé-contractualisation de la matière (art. 1233, al. 2).

6 - Introduire le critère du dommage corporel dans le droit commun de la responsabilité est donc loin d'être anodin, car une adoption de l'avant-projet en l'état aurait pour effet de créer un droit de la responsabilité « à deux vitesses ». Alors que la victime d'une atteinte à sa personne bénéficierait des faveurs du législateur, une personne ayant subi une simple atteinte à ses biens serait confrontée à des obstacles spécifiques pour en obtenir une réparation intégrale. Si une telle approche différenciée

1 J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle* in *Études offertes à G. Viney* : LGDJ, 2008, p. 145, spéc. p. 166 et s.

2 P.-A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XIII, 1836, p. 488.

3 A. 28 déc. 2011 fixant la liste des mentions de spécialisation en usage dans la profession d'avocat, art. 1<sup>er</sup>.

4 V. surtout Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel* : Dalloz, 2015, 8<sup>e</sup> éd., mais aussi les ouvrages davantage destinés aux professionnels M. Le Roy, J.-D. Le Roy, F. Bibal, *L'évaluation du préjudice corporel* : LexisNexis, 2015, 20<sup>e</sup> éd. ; G. Mor, *Évaluation du préjudice corporel : stratégies d'indemnisation, méthodes d'évaluation* : Delmas, 2014, 2<sup>e</sup> éd. V. également les chroniques *Droit du dommage corporel* dans la *Gazette du Palais* et *Dommage corporel* dans le *Recueil Dalloz*.

5 De nombreuses formations de type « diplôme d'université » (DU) portant sur la réparation ou l'expertise du dommage corporel sont aujourd'hui dispensées au sein des universités. Citons également le Master Droit du dommage corporel, proposé à l'université Savoie-Mont-Blanc.

6 V. par ex. L. n° 85-677, 5 juill. 1985, art. 3, al. 1<sup>er</sup> (accidents de la circulation) ; C. civ., art. 1386-2 ; art. 1386-15, al. 2 (produits défectueux), C. env., art. L. 597-14, II (responsabilité nucléaire). Pour plus d'illustrations, V. L. Morlet-Haïdara, *Vers la reconnaissance d'un droit spécial du dommage corporel ?* : *Resp. civ. et assur.* 2010, étude 13.

7 V. en dernier lieu la création, en février 2016, d'un secrétariat d'État auprès du Premier ministre, chargé de l'aide aux victimes.

8 Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.* note (4), n° 1.

9 Il est à noter que les rédacteurs ont privilégié l'expression « dommage corporel » à celle, plus lourde, d'« atteinte à l'intégrité physique », préférée par l'avant-projet *Catala*.

existe déjà dans les régimes spéciaux de responsabilité, elle était restée jusque-là en dehors du droit commun.

7 - Que penser de cette réorientation du droit commun de la responsabilité ?

Il serait quelque peu choquant de s'élever contre une amélioration de la situation des victimes de dommages corporels. Parce qu'une atteinte à l'intégrité physique touche au plus intime de notre existence et qu'elle laisse la victime dans un état de vulnérabilité accrue, elle suscite assez intuitivement un traitement spécifique au point de faire oublier l'inégalité créée entre les victimes<sup>10</sup>.

Si nul ne conteste aujourd'hui la légitimité d'une différence de traitement, il n'est cependant pas inutile de rappeler que la responsabilité civile n'est pas le seul instrument juridique qui permet à la victime une compensation de son dommage corporel. Si la Sécurité sociale garantit la satisfaction des besoins les plus immédiats en cas d'atteinte à l'intégrité physique, l'assurance privée complète, le cas échéant, cette couverture primaire. Les situations dans lesquelles la victime d'un dommage corporel n'a droit à aucune prise en charge sont donc extrêmement marginales et il ne faut pas perdre de vue que la quête d'une réparation intégrale pour tous ne peut être une fin en soi, du moins dans un système de responsabilité civile. Malgré ces réserves, il n'en demeure pas moins que la réorientation proposée s'inscrit dans la lignée des récentes évolutions législatives et jurisprudentielles et qu'une inversion du mouvement ne paraît guère dans l'air du temps.

8 - Sur le plan pratique, il est à noter que l'avant-projet, en suggérant un traitement préférentiel du dommage corporel, s'accommode du fait qu'une victime ayant subi à la fois une atteinte à la personne et un dommage matériel se verrait appliquer deux réglementations différentes. Une action en responsabilité serait ainsi susceptible d'être partiellement rejetée, les conditions de la responsabilité pouvant ne pas être remplies pour une partie de ses préjudices en raison du seul fait qu'ils résultent d'une atteinte aux biens. Peu habitués à un tel fractionnement de la responsabilité civile, les juristes français devront alors prêter une attention particulière aux contours de la notion de dommage corporel, laquelle a soulevé quelques difficultés d'application sous le régime de la loi *Badinter*<sup>11</sup>.

## 2. Examen des textes

9 - Le traitement spécifique du dommage corporel se manifeste d'abord à travers la dé-contractualisation de sa réparation, qui

10 S. Hocquet-Berg, *Les inégalités entre les victimes : Resp. civ. et assur.* 2015, dossier 14.

11 F. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation : Litec*, 1988, 2<sup>e</sup> éd., n° 178 et 192 (à propos du préjudice vestimentaire et des appareils destinés à corriger des infirmités corporelles).

constitue sans doute l'innovation la plus importante de cette partie de l'avant-projet (A). Les rédacteurs de celui-ci ont également souhaité restreindre la liberté contractuelle en prohibant la limitation ou l'exclusion de la réparation du dommage corporel par les parties (B). Enfin, le texte apporte une restriction à la force exonératoire de la faute de la victime (C) et consacre, de manière plus ponctuelle, une présomption de causalité en cas de dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes (D).

### A. - La dé-contractualisation de la réparation du dommage corporel (art. 1233, al. 2)

10 - L'article 1233, alinéa 2 de l'avant-projet propose une rupture nette avec la conception traditionnelle du droit français. Destiné à trancher le débat sur l'avenir de l'obligation contractuelle de sécurité<sup>12</sup>, qui anime la doctrine française depuis les années 1990, le texte propose une simplification radicale du droit positif en retirant de la sphère contractuelle le contentieux de la réparation du dommage corporel.

Cette nouvelle approche peut se réclamer de l'approbation d'une grande partie de la doctrine française, les errements de la Cour de cassation ayant fini par dresser la quasi-totalité des auteurs contre la notion d'obligation contractuelle de sécurité. « Monstre juridique »<sup>13</sup>, « chef-d'œuvre des absurdités »<sup>14</sup>, « excroissance injustifiée de la responsabilité contractuelle »<sup>15</sup> ... les qualificatifs ne manquent pas pour dénoncer les incohérences d'une construction jurisprudentielle apparue au début

du 20<sup>e</sup> siècle et originairement conçue pour faciliter l'indemnisation des victimes d'un dommage corporel.

11 - La crise actuelle de l'obligation de sécurité se manifeste essentiellement sur deux plans. D'abord, la jurisprudence n'a pas su trouver de critère convaincant pour délimiter clairement son domaine. Si la « découverte » d'une obligation de sécurité dans certains contrats pouvait se justifier aisément dès lors que l'objet du contrat présentait un lien direct avec la sécurité des personnes, tels que le contrat de transport ou le contrat médical, il en est autrement pour les contrats où le lien entre les prestations et un risque pour la sécurité du créancier est plus ténu<sup>16</sup>. Puis, la Cour de cassation a cru utile de faire varier l'intensité de l'obligation de sécurité en s'appuyant sur la distinction entre

12 Pour une présentation du débat, V. C. Bloch, *L'obligation contractuelle de sécurité*, préf. R. Bout : PUAM, 2002.

13 C. Bloch, *op. cit.* note (12), n° 7.

14 G. Viney, *Rapport de synthèse : Gaz. Pal.* 23 sept. 1997, p. 1212, spéc. p. 1215.

15 G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité : LGDJ*, 2013, 4<sup>e</sup> éd., n° 501-1.

16 Citons, à titre d'exemple, le contrat de restauration.

obligation de moyens et de résultat, ce qui obligeait certaines victimes à apporter la preuve d'une faute et pouvait alors avoir pour effet de faire obstacle à leur indemnisation. La doctrine a critiqué ce dévoiement de l'obligation de sécurité en dénonçant les distinctions sibyllines de la jurisprudence qui, au fil des années, s'était manifestement départie de la finalité qu'elle avait à l'origine assignée à cette notion.

12 - Convaincus par la nécessité de refonder les rapports entre responsabilités délictuelle et contractuelle, les rédacteurs de l'avant-projet pouvaient puiser dans une large palette de solutions proposées par les auteurs<sup>17</sup> : abandon ou infléchissement de la règle dite du non-cumul, alignement du régime de responsabilité contractuelle sur la responsabilité délictuelle, décontractualisation totale ou partielle de l'obligation de sécurité, abandon du concept même de responsabilité contractuelle, voire la mise en place d'un régime d'indemnisation des accidents corporels détaché de toute idée de responsabilité.

13 - L'avant-projet opte pour une mesure aussi simple que radicale. L'article 1233, alinéa 2 propose de supprimer purement et simplement l'obligation de sécurité de nature contractuelle dont beaucoup d'auteurs dénonçaient précisément le caractère artificiel. Mais le texte va bien au-delà. Il préconise de soustraire au domaine contractuel *tout* le contentieux des préjudices corporel, y compris dans les cas où la sauvegarde de l'intégrité physique est l'objet principal du contrat, c'est-à-dire là où l'obligation *accessoire* de sécurité n'a jamais été le fondement d'un devoir de réparation. Au lieu de crever le seul abcès de l'obligation contractuelle de sécurité, l'article 1233, alinéa 2 procède ici à une véritable amputation sur le corps malade de la responsabilité contractuelle.

14 - Cette solution nous paraît en inadéquation avec l'objectif de faciliter l'indemnisation des victimes de dommages corporels. Malgré ses vicissitudes, l'obligation contractuelle de sécurité peut dans certains cas s'avérer salvatrice pour le demandeur en réparation, notamment en cas de dommage causé à l'occasion d'un transport de personnes, le dispensant de la preuve du fait générateur de responsabilité<sup>18</sup>. Si l'une des finalités de l'avant-projet est de « sanctuariser » la réparation du dommage corporel, force est de constater que la solution proposée peut produire l'effet inverse en privant la victime des avantages d'une obligation de sécurité de résultat.

Quitte à déplacer le contentieux de la réparation vers un régime extracontractuel, il pourrait alors être plus cohérent de se contenter d'un assouplissement de la règle du non-cumul en permettant à la victime de choisir le fondement de son action en responsabilité en cas de dommage corporel. Certes, une telle

proposition, déjà émise dans l'avant-projet *Catala*<sup>19</sup>, ne s'attaquerait pas radicalement à la figure contestée de l'obligation de sécurité, mais elle devrait sans doute contribuer à sa marginalisation tout en protégeant plus efficacement la victime d'un dommage corporel.

## B. - La prohibition d'une limitation ou exclusion contractuelle (art. 1281, al. 2)

15 - L'article 1281, alinéa 2 de l'avant-projet clarifie ensuite le régime des clauses relatives à la réparation des dommages corporels. En prévoyant que « la responsabilité ne peut être limitée ou exclue par contrat en cas de dommage corporel », ce texte prend position pour une prohibition pure et simple de ce type de stipulations et généralise ainsi une solution qui est consacrée ponctuellement tant en droit interne<sup>20</sup> qu'en droit européen et international<sup>21</sup>. Dans les domaines ne relevant pas de ces interdictions sectorielles, l'attitude de la Cour de cassation était pour le moins hésitante, aucun arrêt de principe n'ayant consacré expressément l'interdiction des clauses relatives à la réparation des dommages corporels<sup>22</sup>.

16 - L'avant-projet apporte une précision bienvenue tout en s'inscrivant dans l'objectif de favoriser la réparation intégrale du dommage corporel. Certes, la limitation du *quantum* de la réparation est parfois une nécessité dans des domaines spécifiques comme le droit des transports ou en matière d'accidents du travail, mais ces restrictions sont toujours le fruit d'un arbitrage du législateur interne ou international. La consécration d'une prohibition générale mérite ainsi entière approbation, afin de protéger une partie au contrat contre l'acceptation hâtive d'une clause de limitation ou d'exclusion dont le réel enjeu n'apparaît souvent qu'une fois le dommage survenu. Dans les domaines où la légitimité d'un plafonnement contractuel a pu être discutée dans le passé, il doit revenir au législateur d'adopter une telle solution, si celle-ci s'avère indispensable pour garantir l'effectivité d'un régime spécial de responsabilité<sup>23</sup>.

17 - Si nous souscrivons au parti pris de l'article 1281, alinéa 2, il convient toutefois d'émettre des réserves sur sa rédaction et, plus particulièrement, sur la formule « en cas de dommage corporel », destinée à circonscrire le domaine de la prohibition. Ces termes induisent en erreur, car ils donnent l'impression que, pour être prohibé, l'accord contractuel doit avoir été passé *après* la survenance du dommage. Or, il nous paraît évident que la prohibition a surtout vocation à jouer au moment de la formation du rapport contractuel. La modification que nous propo-

17 Pour une synthèse des propositions, V. C. Bloch, *op. cit.* note (12), n° 223 et s.

18 Il en est ainsi notamment pour les dommages corporels subis par un voyageur au cours d'un transport ferroviaire. Dans ce cas, le transporteur est responsable, même si la cause du dommage demeure inconnue. V. Ph. le Tourneau (*ss dir.*), *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, 2014, 10<sup>e</sup> éd., n° 4473 (« le doute profite au voyageur ») avec des références.

19 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* : La documentation française, 2005, art. 1341, al. 2.

20 C. civ., art. 1386-15. V. aussi C. consom., annexe à l'art. L. 132-1, 1. a) (abrogé par L. n° 2008-776).

21 V. par exemple PE et cons. CE, règl. (CE) n° 392/2009, 23 avr. 2009 relatif à la responsabilité des transporteurs de passagers par mer en cas d'accident, art. 5-2.

22 Sur la question, V. not. D. Mazeaud, *Les conventions portant sur la réparation* : RDC 2007, p. 149, spéc. n° 7.

23 À propos de la responsabilité médicale, V. J. Knetsch, *L'État face à l'insurabilité des risques* : RGDA 2012, p. 937, spéc. n° 21.

sons tend par conséquent à simplifier la rédaction et à en retirer toute ambiguïté.

### C. - La limitation de l'effet exonératoire de la faute de la victime (art. 1254 *in fine*)

18 - L'article 1254 *in fine* propose de limiter la force exonératoire de la faute contributive de la victime d'un dommage corporel. Selon ce texte, seule la faute lourde serait dotée d'un effet d'exonération, la faute simple laissant subsister le droit à réparation. Cette solution reprend les suggestions de plusieurs auteurs qui s'élevaient contre « l'injustice qu'il y a à sanctionner des victimes, déjà affligées par le dommage souffert et souvent très lourdement frappées dans leur chair, alors que le responsable assuré ne supportera pas les conséquences de ses fautes »<sup>24</sup>.

Les mêmes considérations humanistes avaient fortement influencé la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 qui, on le sait, n'admet une exonération en cas de faute simple que si celle-ci a été commise par des victimes conductrices<sup>25</sup>. L'avant-projet de loi se situe résolument dans la continuité de cette tendance. À l'image de l'article 1287, alinéa 2 relatif à la responsabilité du fait des véhicules terrestres à moteur, l'article 1254 *in fine* de l'avant-projet propose de limiter de manière générale l'incidence de la faute simple d'une victime sur son droit à réparation.

19 - Le rehaussement du seuil de la faute de la victime qui permet à un responsable de s'exonérer partiellement est exprimé dans l'avant-projet en des termes clairs et simples. Le recours à la notion de faute lourde a l'avantage de renvoyer à un seuil de gravité qui devrait être identique à celui exigé ailleurs dans l'avant-projet, pour neutraliser la limitation au dommage prévisible (art. 1251) et les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité (art. 1283, al. 1<sup>er</sup>) et, de manière plus innovante, pour permettre au juge de condamner le responsable à une amende civile (art. 1266). Cette unité rédactionnelle devrait permettre à la jurisprudence de s'inspirer par ailleurs de la casuistique qui s'est développée sur le fondement de l'actuel article 1150 du Code civil (avant-projet, art. 1231-3). Il est à noter cependant que les rédacteurs de l'avant-projet ont voulu maintenir un traitement de faveur pour les victimes d'un accident de la route, leur droit à réparation réduit ne pouvant, dans tous les cas, être réduit qu'à raison d'une « faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident »<sup>26</sup>.

24 G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.* note (15), n° 426.

25 Celles-ci avait été « sacrifiées » par le législateur, soucieux d'éviter une augmentation trop sensible des primes d'assurance (F. Chabas, *op. cit.* note (11), n° 181).

26 L. n° 85-677, art. 3, al. 1<sup>er</sup>, repris par *avant-projet*, art. 1287, al. 2 et étendu à l'ensemble des victimes, y compris conductrices.

### D. - La présomption de causalité en présence d'un dommage causé par un membre indéterminé d'un groupe (art. 1240)

20 - L'article 1240 de l'avant-projet de loi institue une présomption de causalité pour le cas où un dommage a été causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées. Connue sous l'expression de la « théorie de la gerbe de plomb »<sup>27</sup>, cet infléchissement des règles ordinaires de la causalité s'appliquerait, selon ce texte, dès lors qu'un groupe de personnes a agi « de concert ou pour des motifs similaires ». Les rédacteurs n'ont pas écarté la possibilité de limiter le champ d'application de cette règle aux seuls dommages corporels, le qualificatif « corporel » apparaissant entre crochets.

Ce texte a vocation à faciliter l'admission d'une responsabilité solidaire du groupe et à favoriser, par la multiplication des débiteurs, une indemnisation des victimes. Pour ce faire, le texte édicte une présomption qui a pour effet de renverser la charge de la preuve et d'imposer aux membres du groupe la démonstration d'une absence de causalité entre leurs agissements et le dommage (« sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé »).

**« Afin de prévenir une interprétation excessivement large, nous proposons une formulation plus sobre qui fait de la notion de « groupe » le critère essentiel de la présomption de causalité »**

21 - Si la consécration d'une présomption de causalité s'inscrit dans l'évolution jurisprudentielle<sup>28</sup>, il est pourtant indispensable d'en délimiter le domaine avec davantage de précision. Une adoption de l'article 1240, tel que proposé par l'avant-projet, risquerait en effet d'instituer une responsabilité

collective systématique à chaque fois qu'il existe un doute sur l'identité de l'auteur du dommage au sein d'un groupe de responsables potentiels. Plus précisément, il nous semble, au regard de l'impératif de sécurité juridique, que la formule « agissant de concert ou pour des motifs similaires » mériterait d'être supprimée, car elle apparaît à la fois trop étroite et trop large.

Trop étroite, car l'emploi du verbe « agir » pourrait être interprété comme ne visant que les seuls comportements actifs - qu'ils soient fautifs ou non - des membres du groupe, alors que la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation permet parfaitement de sanctionner aussi une *abstention* collective. Trop large, car la précision « ou pour des motifs similaires » peut inciter les juges du fond à admettre l'existence d'un « groupe de personnes » là où le lien entre plusieurs personnes se limite à la poursuite d'un objectif commun peu précis, comme la commercialisation d'une ligne de produits identique, en l'absence même de toute entente entre les défendeurs.

27 Cette expression ne vise cependant qu'une partie du problème de l'incertitude quant au véritable auteur d'un dommage causé par une personne non identifiée d'un groupe. Sur l'ensemble des cas de figure, V. not. Ph. le Tourneau (*ss dir.*), *op. cit.* note (18), n° 1721 et s.

28 Les solutions jurisprudentielles manquent cependant d'unité conceptuelle, recourant tantôt à une présomption de la faute ou du fait de la chose, tantôt à la fiction d'une faute ou d'une garde collectives. En adoptant une règle unique sous la bannière de la causalité, les auteurs de l'avant-projet reprennent une proposition de la doctrine (G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *op. cit.* note (15), n° 380).

22 - Afin de prévenir une interprétation excessivement large, nous proposons une formulation plus sobre qui fait de la notion de « groupe » le critère essentiel de la présomption de causalité<sup>29</sup>. Une précision s'impose également pour faire apparaître clairement la solidarité entre tous les coresponsables, conformément à l'article 1265 de l'avant-projet. S'agissant de la question de savoir s'il faut limiter le champ d'application de ce texte aux dommages *corporels*, sa réponse dépend avant tout de l'importance que le législateur souhaite accorder aux règles de respon-

sabilité qui sont spécifiques à ce type de dommages. Rappelons qu'un traitement différencié n'est justifié par aucun argument technique, mais qu'il se fonde uniquement sur l'objectif politique de favoriser les victimes d'une atteinte à leur intégrité physique<sup>30</sup>. En fonction des arbitrages, le législateur se prononcera alors en faveur d'une « grande solution » (qui ne serait pas sans inquiéter les entreprises et leurs assureurs) ou d'une solution plus circonscrite. ■

## Propositions de modifications

### « Sous-titre II. - La responsabilité civile

#### « Chapitre I<sup>er</sup>. - Dispositions préliminaires

« Article 1233. - En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.

« Toutefois, **en cas de dommage corporel, la partie lésée peut invoquer les règles qui lui sont plus favorables.**

(...)

#### « Chapitre II. - Les conditions de la responsabilité

##### « Section 1. - Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle

(...)

##### « Sous-section 2. - Le lien de causalité

(...)

« Article 1240. - Lorsqu'un dommage [corporel] est causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes identifiées, **chacune est solidairement tenue à réparation envers la victime**, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé.

(...)

#### « Chapitre III. - Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité

##### « Section 1. - Les causes d'exonération

(...)

« Article 1254. - [pas de changement]

(...)

#### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

##### « Section 3. - Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice

##### « Sous-section 1. - Contrats excluant ou limitant la réparation

« 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, **les parties ne peuvent limiter, ni exclure la réparation d'un dommage corporel.**

<sup>29</sup> L'unité d'action (ou d'abstention) faisant partie de la définition même du mot « groupe ».

<sup>30</sup> Dans le même sens *D. Mazeaud, Le régime de l'obligation de sécurité* : *Gaz. Pal.* 23 sept. 1997, p. 1201, *spéc. p. 1209* (« il faut renoncer à tout argument de technique juridique, qui serait très facilement contredit, et affirmer, avec un pragmatisme de bon aloi, la nécessité de garantir la réparation des dommages corporels en raison de l'importance vitale pour les individus concernés et pour la société toute entière »).

# L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle

**Jean-Sébastien Borghetti,**  
professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

## Avant-projet de loi

### « Sous-titre II. - La responsabilité civile

#### « Chapitre I<sup>er</sup>. - Dispositions préliminaires

« Article 1233. - En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle.  
« Toutefois, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat.  
« 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.

1 - L'articulation des responsabilités contractuelle et extracontractuelle a pour préalable nécessaire mais implicite la distinction de ces deux types de responsabilité. Celle-ci est profondément ancrée dans notre droit positif, au point de paraître incontournable. Le Code civil actuel envisage de manière totalement séparée, pour quelques semaines encore, les « *dommages et intérêts qui résultent de l'inexécution de l'obligation* »<sup>1</sup> (la « responsabilité contractuelle » en langage contemporain), d'une part, et les « *délits et quasi-délits* »<sup>2</sup> (la « responsabilité délictuelle » en langage contemporain), d'autre part. Cette séparation, et avec elle la distinction entre les deux types de responsabilité, a été encore renforcée par la jurisprudence, à travers notamment l'affirmation de la fameuse règle dite du non-cumul, qui exclut l'application de la responsabilité délictuelle entre les parties au contrat.

2 - En doctrine, cependant, la distinction se trouve régulièrement attaquée. Elle l'est d'un côté par les tenants de la thèse moniste, selon laquelle la responsabilité est une, qu'elle résulte de la violation d'un contrat ou d'un fait illicite survenu en dehors de tout contrat. Cette thèse a été défendue à la fin du 19<sup>ème</sup> siècle par Grandmou-

lin<sup>3</sup> et ressurgit depuis régulièrement<sup>4</sup>. La distinction entre les deux responsabilités est également remise en question, de l'autre bord, par ceux qui estiment que les dommages et intérêts versés en cas d'inexécution du contrat ne relèvent pas de la responsabilité, mais constituent essentiellement une exécution du contrat par équivalent<sup>5</sup>. La doctrine majoritaire s'en tient quant à elle à un entre-deux prudent, souvent résumé par l'idée selon laquelle il existerait une

3 J. Grandmoulin, *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, th. Rennes, 1892. - V. aussi A.-F. Lefebvre, *De la responsabilité contractuelle, délictuelle* : Rev. crit. législ. et jurispr. 1886, p. 485. - Sur la position de Planiol, qui se rapproche fortement du monisme sans y adhérer cependant tout à fait, V. Ph. Remy, *La « responsabilité contractuelle », histoire d'un faux concept* : RTD civ. 1997, p. 323, n° 13-14.

4 V. par ex. récemment V. Wester-Ouisse, *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle : fusion des régimes à l'heure internationale* : RTD civ. 2010, p. 419. - E. Juen, *La remise en cause de la distinction entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*, préf. É. Loquin : LGDJ, coll. Thèses, 2016. Bien évidemment, l'approche moniste de la responsabilité n'est pas monolithique et des différences peuvent exister entre les points de vue de ces différents auteurs.

5 V. not. Ph. Remy, *op.cit.* note (3), ainsi que les différentes éditions de l'ouvrage de Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, coll. Action.

1 C. civ., art. 1146 à 1155.

2 C. civ., art. 1382 à 1386.

unité de nature entre les responsabilités délictuelle et contractuelle, mais une dualité de régime<sup>6</sup>.

3 - Les deux projets doctrinaux de réforme du droit des obligations s'inscrivent dans ce courant majoritaire, quoiqu'avec des nuances différentes. Là où le projet *Terré* insiste sur la distinction entre la responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle<sup>7</sup>, l'avant-projet *Catala* souligne avant tout leur proximité, en les envisageant ensemble, séparément du contrat, et en les soumettant explicitement à nombre de règles communes<sup>8</sup>. Le Gouvernement a sur ce point clairement fait le choix de suivre ce dernier projet. Cela ressortait déjà de la réforme du droit des contrats<sup>9</sup> et c'est ce que confirme l'avant-projet de réforme ici étudié. Non seulement celui-ci couvre à la fois la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, rebaptisée extracontractuelle, mais l'essentiel des règles qu'il contient sont présentées comme étant communes aux deux types de responsabilité<sup>10</sup>.

4 - Même si les différences entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle sont prétendument très réduites, le fait même de leur existence impose d'articuler ces deux types de responsabilité ; et cette articulation ne peut plus se faire de manière implicite, comme c'était le cas dans le code de 1804. L'avant-projet en traite donc explicitement dans ses dispositions préliminaires, aux articles 1233 et 1234. Il entérine le principe traditionnel de non-cumul, tout en en modifiant partiellement le sens (1). Il prend par ailleurs utilement position sur la question, connexe, de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers (2).

## 1. La règle du non-cumul

5 - Le droit français applique aujourd'hui la règle dite du non-cumul, qui n'a en fait pas grand'chose à voir avec un quelconque cumul et consiste en réalité en une restriction du champ d'application de la responsabilité délictuelle, déclarée inapplicable en cas de dommage consécutif à l'inexécution ou à la mauvaise exécution d'un contrat. Comme le dit la Cour de cassation, « le créancier d'une obligation contractuelle ne peut se prévaloir contre le débiteur de cette obligation, quand bien même il y aurait intérêt, des règles de la responsabilité délictuelle »<sup>11</sup>. Sans surprise, l'avant-projet confirme cette interdiction. Son article 1233, alinéa 1<sup>er</sup> dispose : « En cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, ni le

débiteur ni le créancier ne peuvent se soustraire à l'application des dispositions propres à la responsabilité contractuelle pour opter en faveur des règles spécifiques à la responsabilité extracontractuelle ». Aussi évidente que paraisse cette règle, sa justification mérite d'être rappelée (A), afin de vérifier qu'elle n'est pas remise en cause par certaines innovations contenues dans l'avant-projet (B). Sa formulation appelle par ailleurs quelques remarques (C).

### A. - L'origine de la règle

6 - La règle du non-cumul est souvent présentée comme une évidence ou une nécessité logique, ce qui expliquerait notamment qu'elle ne soit pas explicitée dans le code de 1804. En réalité, elle n'a rien d'évident, comme en témoigne le fait qu'elle n'a pas toujours été strictement appliquée en droit français et qu'elle est ignorée de presque tous les droits étrangers<sup>12</sup>. On ne voit par ailleurs pas très bien pourquoi elle serait plus logique que la règle opposée du concours<sup>13</sup>.

7 - Le non-cumul est en fait une spécificité française, qui s'explique essentiellement par deux caractéristiques de la responsabilité délictuelle dans notre droit : la conception très large des préjudices réparables et l'existence de clauses générales<sup>14</sup>. La première fait que tous les préjudices qu'est susceptible de causer l'inexécution du contrat, et notamment le simple manque à gagner sans atteinte physique à la personne du créancier ou à ses biens matériels, sont également réparables sur le fondement de la responsabilité délictuelle<sup>15</sup>. En outre, celle-ci ne limite pas les préjudices réparables en fonction de leur caractère prévisible ou non, contrairement à ce que prévoit l'article 1150 du Code civil en matière contractuelle. Les clauses générales, quant à elles, multiplient les risques de remise en cause de l'équilibre contractuel, que celui-ci soit fixé par la loi ou qu'il résulte de l'accord des parties. L'article 1382 du Code civil, tout d'abord, est susceptible de permettre un contournement des règles propres à certains contrats spéciaux, qui subordonnent la responsabilité du débiteur à l'existence d'une faute qualifiée<sup>16</sup>. Il peut aussi servir à neutraliser les clauses exclusives ou limitatives de responsabilité contractuelle en cas de faute du débiteur. Le principe général de responsabilité du fait des choses, ensuite, permet une remise en

6 À l'étranger, la distinction entre responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle semble exister partout, sauf peut-être en Autriche (V. le § 1295, al. 1<sup>er</sup>, de l'*allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*, le code civil autrichien, dont la rédaction est antérieure au code Napoléon). Elle s'impose également en droit international, et notamment dans les règlements « Rome I » et « Rome II » relatifs à la loi applicable aux obligations.

7 V. F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit des contrats* : Dalloz, 2009 ; F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* : Dalloz, 2011.

8 V. P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2006, art. 1340 et s.

9 Qui ne touche pas au fond des dispositions sur la responsabilité contractuelle, cette matière ayant vocation à être réformée en même temps que le reste du droit de la responsabilité.

10 V. sur ce point notre étude, *L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile. Vue d'ensemble de l'avant-projet* : D. 2016, p. 1386, n° 41 et s.

11 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 nov. 1992, n° 89-17.420 : *JurisData* n° 1992-002458 ; *Bull. civ.* 1992, I, n° 276.

12 V. notre étude, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps* : RTD civ. 2010, p. 1, spéc. n° 31 et s.

13 Comme le faisait pertinemment remarquer Carbonnier *in note* sous Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 juill. 1960 : RTD civ. 1961, p. 332 : « lorsque le droit positif met deux moyens juridiques à la disposition du même individu, le sens le plus élémentaire de ce double don est le cumul ». Il ajoutait : « Si le législateur a agi délibérément que sa volonté soit faite. Si c'est par inadvertance, ce n'est pas un mal qu'un peu de désordre vienne dénoncer la surabondance des lois ».

14 V. Ph. Remy, *Réflexions préliminaires sur le chapitre Des délits in F. Terré (ss dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, préc. note (3)*, p. 15, spéc. p. 40-42.

15 Au contraire, dans de nombreux droits étrangers, ce manque à gagner, appelé préjudice économique pur (*pure economic loss* en anglais, *reiner Vermögensschaden* en allemand), n'est en principe pas réparable en matière délictuelle.

16 La règle du non-cumul a d'abord été posée à propos du contrat de mandat, afin d'éviter que l'article 1382 du Code civil ne permette de contourner les conditions posées par l'article 1992 à la responsabilité du mandataire. V. not. Cass. req., 21 janv. 1890 : DP 1891, I, p. 380. - Cass. civ., 11 janv. 1922 : DP 1922, I, p. 16 ; S. 1924, I, p. 105, note R. Demogue ; GAJC, 2008, vol. 2, n° 182.

cause de la répartition des risques implicitement ou explicitement convenue entre les parties au contrat<sup>17</sup>.

8 - Si aucune restriction n'était posée à l'application de la responsabilité délictuelle entre parties au contrat, celle-ci permettrait donc un contournement quasi-systématique des règles plus restrictives de la responsabilité contractuelle et une remise en cause de la répartition des risques résultant du contrat. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence a érigé une digue qui protège le contrat contre l'application intempestive de la responsabilité délictuelle : la règle du non-cumul.

## B. - Le nouveau contexte

9 - Les facteurs qui ont conduit à l'affirmation de la règle du non-cumul ne disparaîtraient pas avec la réforme projetée. Celle-ci ne restreint pas le champ des préjudices réparables en matière extracontractuelle (art. 1235) ni ne remet en cause la généralité de la responsabilité pour faute (art. 1241) et de la responsabilité du fait des choses (art. 1243). Toutefois, elle contient trois innovations qui conduisent à se demander si la protection du contrat contre le jeu de la responsabilité délictuelle est toujours aussi nécessaire, ou si elle ne pourrait pas être organisée différemment.

10 - La première tient tout simplement au rapprochement annoncé entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle. Si les régimes de l'une et de l'autre sont si proches que cela, l'option entre les deux ne devrait-elle pas être indifférente ? La réponse est non. Le rapprochement annoncé n'est en effet pas si étendu qu'il y paraît<sup>18</sup>. Outre que l'applicabilité à la matière contractuelle de certaines règles présentées comme communes aux deux responsabilités est plus que douteuse, l'avant-projet n'entend pas toucher au droit des contrats spéciaux, dont les dispositions en matière de responsabilité s'éloignent parfois du droit commun de la responsabilité contractuelle (et donc aussi de la responsabilité extracontractuelle). Surtout, l'avant-projet laisse subsister les principales différences de régime qui existent aujourd'hui entre la responsabilité extracontractuelle et la responsabilité contractuelle<sup>19</sup>. Il en introduit même une nouvelle, en prévoyant une « obligation » de minimiser son dommage, mais restreinte au domaine contractuel (art. 1263).

11 - La seconde innovation susceptible de remettre en cause la pertinence de la règle du non-cumul est l'autorisation de principe des contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la responsabilité extracontractuelle sans faute, à rebours de la solution qui prévaut

aujourd'hui (art. 1281, al. 1<sup>er</sup> ; art. 1282, al. 1<sup>er</sup>). Cette nouvelle règle permettrait notamment aux parties au contrat d'exclure le jeu potentiellement perturbateur de la responsabilité du fait des choses. Dès lors, pourquoi ne pas supprimer la règle du non-cumul et laisser les parties aménager le jeu de la responsabilité extracontractuelle, quitte à restreindre par ailleurs la possibilité d'opter pour celle-ci lorsque elle apparaît réellement incompatible avec l'économie du contrat<sup>20</sup> ? Le problème est toutefois que l'avant-projet écarte explicitement la possibilité d'exclure ou de limiter par contrat la responsabilité extracontractuelle pour faute (art. 1282, al. 1<sup>er</sup>), d'où il résulte que l'admission de l'option ouvrirait notamment la voie au contournement des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité contractuelle en cas de faute simple du débiteur.

12 - Une troisième innovation contenue dans l'avant-projet est le basculement du dommage corporel dans le champ exclusif de la responsabilité extracontractuelle, prévu par l'article 1233, alinéa 2. Le non-cumul n'est ainsi pas remis en cause, mais la priorité entre les deux types de responsabilité se trouve inversée en cas de dommage corporel. Or, ce basculement ne plaide-t-il pas lui aussi en faveur d'un desserrement de la contrainte qui pèse aujourd'hui sur l'organisation de la responsabilité entre parties au contrat, à travers la règle de non-cumul ? La question mérite d'autant plus d'être posée que la nécessité de mieux encadrer la réparation du dommage corporel a été le facteur décisif de l'extension de la règle du non-cumul dans les années 1930<sup>21</sup>. La réponse nous paraît toutefois devoir être là encore négative. En effet, les raisons premières de la règle du non-cumul, qui demeurent, sont indépendantes du dommage corporel et tiennent à la nécessité de préserver l'équilibre économique voulu ou accepté par les parties.

13 - Accessoirement, le traitement unitaire du dommage corporel prévu par l'avant-projet pose un certain nombre de difficultés, qui rendent incertain l'avenir de cette proposition<sup>22</sup>. La règle envisagée restreindrait dans certains cas l'étendue de la responsabilité pour dommage corporel par rapport au droit actuel, et l'étendrait dans d'autres. La restriction s'observerait lorsque le manquement contractuel à l'origine d'un dommage corporel pour le créancier ne correspond à aucun fait générateur de responsabilité extracontractuelle imputable au débiteur contractuel<sup>23</sup>. L'extension résulterait de la possibilité d'appliquer la responsabilité du fait des choses dans certains contrats, notamment ceux portant sur l'exercice d'une activité sportive, où la répartition implicite des risques entre les parties voudrait pourtant que le débiteur ne réponde pas du dommage corporel<sup>24</sup> qui n'est pas dû à sa faute, même si une chose matérielle placée sous sa garde est intervenue dans sa survenance. En l'état actuel de la rédaction de l'article 1233, alinéa 2 de l'avant-projet, la dé-contractualisation du dommage corporel est donc loin d'être acquise, mais elle n'a en toute hypothèse pas vocation à remettre

17 Ainsi, dans la relation qui unit le médecin à son patient, il est implicitement admis que le premier ne répond pas du fait non défectueux des instruments et appareils qu'il utilise, mais cette répartition des risques serait mise à bas si la responsabilité du fait des choses s'appliquait entre les parties. C'est la contractualisation de la responsabilité médicale par l'arrêt *Mercier* de 1936, combinée avec la règle du non-cumul, qui a permis de préserver les médecins libéraux de l'application de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil (V. *notre étude*, *préc. note* (12), n° 49-51). Cette application est aujourd'hui exclue par l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique, issue de la loi *Kouchner* n° 2002-303 du 4 mars 2002.

18 V. sur ce point *notre étude*, *préc. note* (10), n° 44-49.

19 V. ce qui concerne le « fait générateur » de la responsabilité, l'imputation du dommage causé par autrui, l'étendue des préjudices réparables, la force majeure, le régime des clauses exclusives ou limitatives de responsabilité ou encore la possibilité de stipuler des clauses pénales.

20 Telle est en substance la position de plusieurs droits européens, dont le droit anglais (V. notamment *House of Lords, Henderson v. Merrett Syndicates Ltd*, 25 juill. 1994, [1995] 2 AC 145).

21 V. *notre étude*, *préc. note* (12), n° 47-48.

22 V. notamment la critique de J. *Knetsch, Le traitement préférentiel du dommage corporel*, n° 14-15.

23 V. sur ce point *notre étude*, *préc. note* (10), n° 37-39.

24 L'article 1281, alinéa 2 de l'avant-projet interdit l'exclusion ou la limitation de la responsabilité extracontractuelle, même sans faute, en cas de dommage corporel.

en cause la règle du non-cumul pour les dommages autres que corporels<sup>25</sup>.

### C. - La formulation de la règle

14 - La formulation de l'article 1233, alinéa 1<sup>er</sup> de l'avant-projet est reprise mot pour mot de l'article 1341, alinéa 1<sup>er</sup> du projet *Catala*. Elle présente la règle du non-cumul comme étant en réalité une prohibition de l'*option* entre les deux types de responsabilité, qui interdit de se soustraire aux règles propres à la responsabilité contractuelle en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle. Cette référence à l'inexécution d'une obligation fait écho à l'article 1250 de l'avant-projet, qui prévoit que « toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ». On peut douter, cependant, de l'opportunité de lier la responsabilité contractuelle à l'inexécution d'une *obligation*. La question de la détermination du contenu du contrat est complexe, et elle n'est malheureusement pas traitée par le nouveau droit des contrats, mais il nous semble qu'un contrat n'est pas qu'une somme d'obligations et qu'un manquement contractuel peut être autre chose que l'inexécution d'une obligation. Mieux vaudrait dès lors parler plus simplement de l'inexécution du contrat<sup>26</sup> ou du manquement contractuel<sup>27</sup>.

15 - Parler de non-option, comme le fait l'article 1233, alinéa 1<sup>er</sup>, est par ailleurs plus rigoureux que de parler de non-cumul, mais cela revient à suggérer que la responsabilité extracontractuelle est toujours sous-jacente et que son application dans le domaine contractuel est simplement paralysée par la priorité accordée à la responsabilité contractuelle. D'autres justifications techniques de la règle du non-cumul sont pourtant possibles, et notamment celle qui voudrait que l'ordre juridique limite délibérément le champ d'application de la responsabilité extracontractuelle, en faisant coïncider sa frontière avec celle de la responsabilité contractuelle. Il existe des arguments dans un sens et dans l'autre, et la question pourrait faire l'objet de longues discussions. Le plus simple serait de ne pas prendre parti et de se contenter de dire que, entre parties au contrat, les règles propres à la responsabilité extracontractuelle sont inapplicables à la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat. La formulation serait plus légère que celle qui est actuellement proposée et permettrait en outre de préciser le champ d'application de la règle du « non-cumul », en indiquant qu'elle ne prohibe pas nécessairement toute application des règles extracontractuelles entre parties au contrat<sup>28</sup>, mais interdit simplement d'appliquer celles-ci à ce qui

constitue l'objet propre de la responsabilité contractuelle, à savoir le dommage causé par l'inexécution du contrat.

## 2. La responsabilité des contractants à l'égard des tiers

16 - Le droit français se débat depuis plusieurs années avec la question de la nature et des conditions de la responsabilité des parties contractantes à l'égard des tiers, lorsque l'inexécution du contrat cause à ces derniers un dommage. Après bien des hésitations jurisprudentielles, la Cour de cassation a finalement adopté une position maximaliste dans son arrêt *Bootshop*, décidant que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage »<sup>29</sup>. Par cette formule, reprise dans plusieurs arrêts postérieurs, la Haute juridiction assimile tout manquement à un fait générateur de responsabilité délictuelle et fait de l'exigence de causalité la seule limite à l'engagement de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers.

17 - La généralité de la règle posée dans l'arrêt *Bootshop* la rend intenable, comme le montre, nous semble-t-il, un exemple assez simple inspiré de faits réels. Soit une personne ayant acheté un appartement assez bon marché dans une commune limitrophe de Paris mal desservie par les transports en commun. Dix ans plus tard, le prolongement d'une ligne de métro est engagé, qui mettra la zone à quinze minutes du centre de Paris. La valeur de l'appartement s'en trouvera considérablement augmentée. Pour des raisons non constitutives d'un cas de force majeure, cependant, les travaux de prolongement de la ligne du métro prennent deux ans de retard, avec cette conséquence que, muté en province, le propriétaire de l'appartement se trouve contraint de vendre celui-ci avant que le prolongement ne soit achevé, mais après la date à laquelle il aurait dû l'être. Il réalise à cette occasion une plus-value, mais moins importante que celle dont il aurait bénéficié si le contrat de construction du prolongement avait été correctement exécuté par l'entrepreneur principal. Si l'on applique dans ce cas la règle issue de l'arrêt *Bootshop*, le propriétaire devrait pouvoir obtenir de l'entrepreneur défaillant qu'il l'indemnise pour le manque à gagner consistant dans la non-réalisation de la plus-value escomptée. Cette solution nous paraît absurde et justifie que l'avant-projet vienne casser la jurisprudence *Bootshop*. Reste à savoir par quoi la remplacer.

18 - La notion de tiers au contrat recouvre des situations si diverses qu'il est évidemment difficile de les soumettre toutes au même régime. C'est d'ailleurs ce qui explique que certains tiers se soient vu reconnaître la possibilité d'exercer une action directe en responsabilité contractuelle contre le débiteur, par exception à la règle traditionnelle, qui voulait qu'un tiers ne pût agir contre une partie

25 Pour les dommages corporels, en revanche, une option entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle semble envisageable : V. P. *Catala*, préc. note (8), art. 1341, al. 2 et J. *Knestch*, art. préc. note (22), n° 14.

26 C'est d'ailleurs l'intitulé de la Section 5 du Chapitre IV (« Les effets du contrat ») du Sous-titre premier (« Le contrat ») du nouveau Titre III (« Des sources d'obligations ») du Livre III du Code civil. L'inexécution doit évidemment s'entendre aussi bien de l'inexécution pure et simple que de l'exécution défectueuse ; V. en sens C. civ., art. 1217 ; Ord. n° 2016-131, mod..

27 V. en ce sens Ph. *Stoffel-Munck*, *La singularité de la responsabilité contractuelle* : JCP G 2016, suppl au n° 30-35 du 25 juill., spéc. n. 8.

28 Il peut en effet arriver que le dommage causé par une partie à l'autre partie n'ait aucun lien, ou un lien extrêmement ténu, avec le contrat qui les unit, auquel cas la responsabilité extracontractuelle a vocation à s'appliquer.

29 Cass. ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255 : *JurisData* n° 2006-035298 ; Bull. civ. ass. plén., n° 9 ; Bull. inf. C. cass. 1<sup>er</sup> déc. 2006, n° 541, note et rapp. F. *Assié*, concl. A. *Gariazzo* ; D. 2006, p. 2825, note G. *Viney* ; D. 2006, p. 2484, obs. I. *Gallmeister* ; D. 2007, p. 2900, obs. P. *Jourdain* ; D. 2007, p. 2976, obs. B. *Fauvarque-Cosson* ; JCP G 2006, II, 10181, concl. A. *Gariazzo*, note M. *Billiau* ; JCP G 2007, I, 115, n° 4, obs. *Stoffel-Munck* ; RDC 2007, p. 269, obs. D. *Mazeaud* ; RDC 2007, p. 279, obs. S. *Carval* ; RDC 2007, p. 379, obs. J.-B. *Seube* ; RTD civ. 2007, p. 61, obs. P. *Deumier* ; RTD civ. 2007, p. 115, obs. J. *Mestre* et B. *Fages* ; RTD civ. 2007, p. 123, obs. P. *Jourdain* ; GAJ civ., 13<sup>e</sup> éd., vol. 2, n° 177.

au contrat que sur le fondement de la responsabilité délictuelle et à la condition que l'inexécution du contrat constituât une faute, « indépendamment de tout point de vue contractuel »<sup>30</sup>. L'article 1234 de l'avant-projet, dont la généralité en fait en quelque sorte la symétrique de la règle posée dans l'arrêt *Bootshop*, balaie la possibilité de telles distinctions, en affirmant simplement : « 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. »

19 - Ce texte rétablit l'exigence, pour le tiers qui voudrait se prévaloir contre le débiteur de l'inexécution d'un contrat lui ayant causé un dommage, de la preuve d'un fait générateur de responsabilité extracontractuelle. L'avant-projet n'en reconnaissant que trois (la faute, le fait de la chose et le trouble de voisinage, V. art. 1241 à 1244), il ne pourra s'agir le plus souvent que d'une faute, définie à l'article 1242 de l'avant-projet comme « la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ». *Exit*, donc, la possibilité pour le tiers de se prévaloir de la simple inexécution du contrat, même non fautive.

20 - L'article 1234 ne se contente cependant pas de casser la jurisprudence *Bootshop*. Il va plus loin en interdisant au tiers d'agir contre le débiteur sur un fondement *autre* que celui de la responsabilité extracontractuelle. Cela revient à supprimer toutes les actions directes en responsabilité contractuelle, sauf exception prévue par la loi. L'avant-projet en prévoit une importante, en proposant d'ajouter à l'article 1603 du Code civil (relatif à la vente) un alinéa supplémentaire : « Les obligations du vendeur peuvent être invoquées par les acquéreurs successifs du bien, fût-il incorporé à un autre, et ce quel que soit le contrat à l'origine de l'acquisition, dans la double limite des obligations du vendeur et des droits de l'acquéreur. » Les actions directes en responsabilité contractuelle, en principe exclues par l'article 1234, ne subsisteraient donc par exception que dans les chaînes de ventes, et uniquement pour les dommages autres que corporels<sup>31</sup>. Elles seraient en revanche exclues, contrairement à ce qui se passe aujourd'hui, en cas de transfert de la propriété consécutif à un contrat autre que la vente, tel qu'un contrat d'entreprise ou une donation.

21 - On peut évidemment gloser sur cette restriction du domaine de l'action directe en responsabilité contractuelle. Une autre possibilité eût été de simplement revenir à la situation antérieure à *Bootshop*, en se contentant d'affirmer que le tiers qui se prévaut d'une inexécution contractuelle sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle doit prouver que cette inexécution constitue par ailleurs un fait générateur reconnu par la loi. Une autre possibilité encore eût été, tout en adoptant la formulation restrictive de l'article 1234, de prévoir que le transfert de la propriété d'une chose emporte celui des actions qui lui sont attachées<sup>32</sup>. Cela étant, compte tenu des interrogations récurrentes que suscitent les actions directes en responsabilité contractuelle, de l'incertitude du fondement de la solution actuellement retenue par la jurisprudence<sup>33</sup> et des difficultés de conciliation entre l'approche française en la matière et celle retenue par le droit de l'Union et la plupart des autres systèmes juridiques<sup>34</sup>, la solution assez radicale adoptée par l'avant-projet n'est sans doute pas la plus mauvaise. Elle a en tout cas le mérite de la clarté. Il ne faut par ailleurs pas oublier que les actions directes en responsabilité contractuelle, en donnant à certains créanciers un débiteur supplémentaire, constituent une faveur, dont la suppression ne priverait pas les créanciers concernés de tout droit à réparation, mais les replacerait simplement dans la situation commune, qui est de n'avoir qu'un seul débiteur.

22 - Si la règle posée par l'article 1234 peut donc être approuvée en son principe, sa formulation appelle quelques remarques. En plus de contenir une référence discutable à l'inexécution d'une obligation<sup>35</sup>, elle exige un lien de causalité *direct* entre cette inexécution et le dommage subi par le tiers. Or, bizarrement, l'exigence d'une causalité directe n'est pas explicitement formulée dans les textes généraux relatifs au dommage, au préjudice ou à la causalité. Cela signifie-t-il que cette exigence ne s'appliquerait plus de manière générale, mais seulement en cas d'action exercée par un tiers contre un débiteur contractuel ? On ne voit toutefois pas ce qui justifierait la disparition de cette exigence en droit commun. En outre, dès lors que l'action du tiers contre le débiteur est soumise au droit commun en ce qui concerne le fait générateur de la responsabilité, il n'y a pas de raison qu'une règle plus restrictive s'applique en ce qui concerne la causalité. Il conviendrait donc de supprimer la référence au caractère direct de la causalité à l'article 1234, mais de l'explicitier à l'article 1239, alinéa 1<sup>er</sup> relatif au lien de causalité. ■

## Propositions de modifications

### « Sous-titre II. - La responsabilité civile

#### « Chapitre I<sup>er</sup>. - Dispositions préliminaires

« Article 1233. - **Entre parties au contrat, les règles propres à la responsabilité extracontractuelle sont inapplicables à la réparation du dommage causé par l'inexécution du contrat.**

[Toutefois, le dommage corporel est réparé sur le fondement des règles de la responsabilité extracontractuelle, alors même qu'il serait causé à l'occasion de l'exécution du contrat.]

« Article 1234. - Lorsque l'inexécution **du contrat cause un dommage à un tiers**, celui-ci ne peut en demander réparation au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui **d'apporter** la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II.

30 V. par ex. *Cass. civ.*, 22 juill. 1931 : *DH* 1931, p. 506.

31 Puisque la réparation de ceux-ci relèverait de la responsabilité extracontractuelle, en application de l'article 1233, alinéa 2.

32 Le cas échéant, une telle règle pourrait trouver sa place au nouvel article 1196 du Code civil.

33 V. *GAJ civ.*, 13<sup>e</sup> éd., vol. 2, n° 268.

34 V. notamment *CJCE*, 17 juin 1992, aff. C-26/91, *Jakob Handte* : *JCP G* 1992, II, 21927, note Ch. Larroumet.

35 V. *supra* n° 14.

# La recodification des principes classiques



**Mireille Bacache,**  
agrégée des facultés de droit,  
professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

## Avant-projet de loi

### « Chapitre II. - Les conditions de la responsabilité

#### « Section 1. - Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle

##### « Sous-section 1. - Le préjudice réparable

« 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 1236. - Le préjudice futur est réparable lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel.

« Article 1237. - Les dépenses exposées par le demandeur pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage ou pour éviter son aggravation, ainsi que pour en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable dès lors qu'elles ont été raisonnablement engagées.

« 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.

(...)

#### « Section 2. - Dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle

##### « Sous-section 1. - Le fait générateur de responsabilité extracontractuelle

###### « § 1 La faute

« 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.

###### « § 2 Le fait des choses

« Article 1243. - On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses corporelles que l'on a sous sa garde.

« Le fait de la chose est présumé dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

« Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position, de son état ou de son comportement.

« Le gardien est celui qui a l'usage, le contrôle et la direction de la chose au moment du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien.

« Les dispositions du présent paragraphe sont applicable au fait des animaux.

###### « § 3 Les troubles anormaux de voisinage

« Article 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 d'ouvrage ou celui qui en exerce les pouvoirs, à l'origine d'un trouble de voisinage répond du dommage excédant les inconvénients normaux de 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 publique.

### « Sous-section 2. - L'imputation du dommage causé par autrui

« Article 1245. - On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posées par les articles 1246 à 1249.

« Cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage.

« Article 1246. - Sont responsables de plein droit du fait du mineur :

« - ses parents, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale ;

« - son ou ses tuteurs, en tant qu'ils sont chargés de la personne du mineur ;

« - la personne physique ou morale chargée par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie du mineur. Dans cette hypothèse, la responsabilité des parents de ce mineur ne peut être engagée.

« Article 1247. - Est responsable de plein droit du fait du majeur placé sous sa surveillance la personne physique ou morale chargée, par décision judiciaire ou administrative, d'organiser et contrôler à titre permanent son mode de vie.

« Article 1248. - Les autres personnes qui par contrat assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de la personne physique surveillée à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute.

« Article 1249. - Le commettant est responsable de plein droit des dommages causés par son préposé. Est commettant celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé.

« En cas de transfert du lien de préposition, cette responsabilité pèse sur le bénéficiaire du transfert.

« Le commettant ou le bénéficiaire du transfert n'est pas responsable s'il prouve que le préposé a agi hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions. Il ne l'est pas davantage s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant.

« Le préposé n'engage sa responsabilité personnelle qu'en cas de faute intentionnelle, ou lorsque, sans autorisation, il a agi à des fins étrangères à ses attributions.

1 - Deux grandes méthodes de codification peuvent être distinguées. La codification-compilation ou codification à droit constant, peut non seulement porter sur des dispositions légales existantes mais également concerner les règles issues de la jurisprudence. Elle se traduit alors par une codification-consolidation des normes jurisprudentielles. Issue de considérations techniques, elle permet de faciliter l'accès à la connaissance et à la compréhension des règles de droit, d'augmenter la prévisibilité des solutions, sans pour autant s'interdire des ajouts, des corrections ou des précisions. La codification-innovation traduit en revanche la volonté de redéfinir les fondements de la responsabilité civile, de repenser ses fonctions et de réévaluer la pertinence des solutions acquises au prisme de ces nouveaux choix. Elle nécessite des options philosophiques ou idéologiques et revêt en cela une dimension politique<sup>1</sup>.

2 - Les projets de réforme de la responsabilité civile issus des travaux doctrinaux oscillent entre ces deux méthodes. Si l'avant-projet *Catala* se rapproche plus d'une codification à droit constant ou d'une consolidation de la jurisprudence, en revanche, le projet *Terré*<sup>2</sup> a tenté de façon plus audacieuse la voie de la réforme<sup>3</sup>. Quelle est l'orientation de l'avant-projet examiné ? Réalise-t-il une rupture en réformant en profondeur la responsabilité civile ou se place-t-il dans la continuité en consolidant les acquis fondamentaux ? L'examen des dispositions du texte révèle rapidement le parti pris adopté : consolider en ajustant, sans marquer de rupture. Si le choix peut sembler rassurant, la codification à droit constant comporte néanmoins le risque de figer la jurispru-

dence au moment où elle est faite. L'hommage rendu à celle-ci par la consolidation envisagée pourrait n'être qu'en trompe l'œil s'il aboutit à la priver de son pouvoir créateur auquel, précisément, on rend hommage. La responsabilité civile ne peut être enfermée dans des règles immuables et figées compte tenu des enjeux en cause. Elle a pour objet de désigner celui sur lequel pèse la charge du rétablissement d'un équilibre rompu, la victime ou l'auteur du dommage. Or les possibilités d'une telle rupture sont infinies, les causes potentielles de dommages sont naturellement évolutives et non prévisibles, en ce qu'elles dépendent des avancées techniques, technologiques, scientifiques, industrielles, etc. L'intérêt de la règle jurisprudentielle réside précisément dans sa souplesse, d'autant que nul n'a le droit à une jurisprudence figée.

3 - Dès lors, il convient de conserver au juge les moyens de faire évoluer la loi, de l'interpréter, de l'adapter à l'évolution de la société. S'il s'avère louable de consacrer son travail, il convient aussi de lui préserver les moyens de le poursuivre. Le projet examiné y parvient-il ? La réponse est mitigée même si elle reste largement positive. Pour le vérifier, il convient de distinguer deux sortes de « recodification » que réalise le texte. La première porte sur les principes qui étaient déjà énoncés dans le code de 1804. La deuxième porte sur les principes qui ont été progressivement dégagés par la jurisprudence depuis plus de deux siècles à partir de l'interprétation des textes. À la recodification des principes du code Napoléon, s'ajoute la consolidation des principes jurisprudentiels.

## 1. La recodification des principes issus du code de 1804

4 - Le droit français est traditionnellement attaché à un système ouvert de responsabilité, la réparation ainsi que son étendue n'étant conditionnées ni par la nature du fait générateur ni par celle du préjudice subi. En effet, il connaît, à travers l'article 1382

1 B. Oppetit, *De la codification* : D. 1996, p. 33.

2 F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2011.

3 G. Viney, *Les difficultés de la recodification du droit de la responsabilité civile in Le code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire* : Dalloz et LexisNexis, 2004, p. 255. - P. Jourdain, *Faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ? in Mélanges en l'honneur de Ph. Jestaz* : Dalloz, 2006, p. 247.

du Code civil, une sorte de « clause générale » de responsabilité. Dans un tel système le juge joue un rôle essentiel puisqu'il a toute liberté non seulement pour qualifier de fautif toute sorte de comportement par la découverte de nouveaux devoirs généraux, mais également pour réparer toute sorte de préjudices, quelle que soit la nature de l'intérêt lésé. Cette clause générale se dédouble ainsi en deux principes complémentaires qui fondent depuis 1804 le droit moderne de la responsabilité civile et qui sont repris par les rédacteurs de l'avant-projet commenté : le premier est le principe général de responsabilité pour faute. Le deuxième est celui de l'absence de sélection des préjudices réparables.

## A. - Le principe général de responsabilité pour faute

5 - Le droit romain ne connaissait pas un tel principe. Selon le système des « délits nommés », seules certaines fautes limitativement énumérées étaient source de responsabilité civile<sup>4</sup>. Interprétant les textes romains sous l'éclairage de la morale chrétienne, les juristes de l'Ancien droit ont dégagé une théorie générale de la responsabilité civile fondée sur la faute. S'inspirant de la doctrine antérieure et notamment de l'œuvre de Domat, les rédacteurs du Code civil ont délaissé la méthode casuistique des délits spéciaux et de la gradation des fautes et opté pour un principe général de responsabilité pour faute. Désormais, toute faute, quelle que soit sa gravité et quelle que soit la source du devoir violé, engage de la même façon la responsabilité de son auteur et oblige ce dernier à réparer l'entier dommage causé à la victime<sup>5</sup>.

6 - L'avant-projet commenté reprend ce principe général de responsabilité civile pour faute. Aux termes de l'article 1241, « toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé ». En cela le texte n'a pas été tenté par le modèle du droit anglais des délits spéciaux<sup>6</sup>. Ce principe est « trop profondément ancré dans la tradition juridique et même dans la culture française pour qu'il soit réaliste d'espérer le déraciner même au nom de l'impératif d'harmonisation des législations européennes »<sup>7</sup>. L'avant-projet *Catala*<sup>8</sup> ainsi que le projet *Terré*<sup>9</sup> avaient également réaffirmé l'attachement du droit français à la clause générale de responsabilité pour faute. La généralité de ce principe repose traditionnellement sur deux justifications complémentaires, l'une morale, le devoir moral imposant à celui qui a eu un comportement répréhensible d'en assumer les conséquences, l'autre sociale, la faute permettant à la responsabilité civile de jouer un rôle de prévention des dommages. Rappelons que ce principe a même été érigé au rang de norme constitutionnelle, le Conseil constitutionnel ayant

énoncé que « la faculté d'agir en responsabilité met en œuvre une exigence constitutionnelle posée par l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dont il résulte que tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer »<sup>10</sup>. Le principe conserve une valeur constitutionnelle certaine, même si sa portée a été par la suite relativisée, le Conseil estimant désormais que cette exigence constitutionnelle « ne fait pas obstacle à ce que le législateur aménage, pour un motif d'intérêt général, les conditions dans lesquelles la responsabilité peut être engagée (...) à condition qu'il n'en résulte pas une atteinte disproportionnée aux droits des victimes d'actes fautifs ainsi qu'au droit à un recours juridictionnel effectif qui découle de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »<sup>11</sup>.

7 - Si l'avant-projet recodifie ce principe, on peut néanmoins relever trois changements. En premier lieu, la formulation de ce principe est modifiée, l'article 1241 du projet ne reprenant pas exactement les termes de l'article 1382 du Code civil<sup>12</sup>. On peut certes regretter la modification d'un article mythique que tout le monde connaît. Il convient toutefois de saluer cet effort de clarté et de simplification. En effet, l'article 1382 fait référence à « *tout fait quelconque* », la précision selon laquelle ce fait doit être fautif n'arrivant qu'en fin de texte. Par ailleurs, il exige un dommage causé à « *autrui* », précision qui avait justifié une partie des débats relatifs au préjudice écologique pur, la nature n'étant pas cet « *autrui* ». Enfin, il est heureux que l'avant-projet n'ait pas jugé utile de décliner ce principe pour le cas particulier des fautes d'imprudence et de négligence, à l'instar de l'article 1383. La généralité des termes de l'article 1382 et de son équivalent, le nouvel article 1242, permet d'englober toutes les fautes, qu'elles soient ou non intentionnelles. En outre, la distinction des délits et des quasi-délits contredit le principe même de la clause générale de responsabilité, la gravité de la faute n'affectant pas en principe le droit à réparation des victimes.

8 - En deuxième lieu, l'avant-projet propose une définition de la faute, tentative que n'avaient pas faite les rédacteurs du code de 1804. La plus célèbre, dégagée par Planiol, consiste à définir la faute comme « le manquement à une obligation préexistante »<sup>13</sup>. Adoptée par une partie de la doctrine<sup>14</sup>, elle a été contestée par d'autres, la faute étant alors définie comme une erreur de conduite, appréciée par rapport au comportement que l'agent aurait dû avoir<sup>15</sup>. On ne peut s'empêcher de constater que le modèle de référence par rapport auquel s'apprécie l'écart de conduite fautif est celui qui résulte du respect des devoirs et obligations que

4 A.-E. Giffard, R. Villers, *Droit romain et ancien droit français* : Dalloz, 1958, coll. *Précis*, n° 315.

5 V. not. G. Viney, *Pour ou contre un principe général de responsabilité civile pour faute ? in Études offertes à P. Catala* : Litec, 2001, p. 555. - Ph. le Tourneau, *La verdeur de la faute dans la responsabilité civile (ou de la relativité de son déclin)* : RTD civ. 1988, p. 505.

6 O. Berg, *Les dommages réparables dans les projets européens*, in *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Recueil des travaux du GERCA : Éd. IRJS, 2012, t. 36, p. 607.

7 G. Viney, art. préc. note (5).

8 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2006, art. 1350.

9 F. Terré (ss dir.), art. préc. note (2), art. 1<sup>er</sup>.

10 *Cons. const.*, 9 nov. 1999, n° 99-419 DC : JCP G 1999, III, 20173 ; JCP G 2000, I, 261, obs. B. Mathieu et M. Verpeaux ; JCP G 2000, I, 280, obs. G. Viney.

11 *Cons. const.*, 11 juin 2010, n° 2010-2 QPC : *JurisData* n° 2010-030572. - *Cons. const.*, 18 juin 2010, n° 2010-8 QPC : *JurisData* n° 2010-030579. - *Cons. const.*, 26 sept 2014, n° 2014-415 QPC : *JurisData* n° 2014-021639 ; JCP G 2014, act. 1014.

12 Même rédaction : P. Catala, *préc. note* (8), art. 1352.

13 M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil* : LGDJ, t. 2, n° 863. 11<sup>ème</sup> éd.

14 Not. J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, *Les Obligations* : PUF, 2000, n° 220. - G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *Les conditions de la responsabilité* : LGDJ, 2013, n° 443.

15 H. et L. Mazeaud, A. Tunc, *Traité de la responsabilité civile* : LGDJ, T. 1, 6<sup>e</sup> éd. n° 389.

le droit impose à l'agent<sup>16</sup>. Dans ces conditions, il est plus dogmatique de définir la faute comme la violation d'une obligation, d'une norme ou d'un devoir préexistant. C'est la voie choisie par l'avant-projet. Aux termes de l'article 1242, « constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence ». Cependant, cette définition est restrictive et ne rend pas hommage au principe général de responsabilité pour faute, voire le contredit. Il est vrai que l'avant-projet semble reconnaître la formidable potentialité de la notion de faute sous le contrôle du juge à travers la référence aux devoirs généraux. Cependant, cette impression est rapidement contredite pour deux considérations. En premier lieu, en exigeant une règle de conduite imposée par la loi, le texte écarte du domaine de la faute la violation des règles imposées par des normes infra-législatives. Par ailleurs et surtout, en ne faisant référence qu'aux seuls devoirs généraux de prudence et diligence le texte écarte d'autres devoirs que les juges ont reconnus depuis deux siècles et dont la violation constitue des fautes. Outre les devoirs de bonne foi, de loyauté, de sécurité, ou de respect des droits subjectifs d'autrui, il suffit de penser au tout récent devoir de précaution en présence de risques incertains qui a permis de retenir la responsabilité pour faute de laboratoires pharmaceutiques<sup>17</sup> et qui demain sera un formidable outil pour lutter contre les méfaits du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux. Devra-t-on se demander si la précaution est un aspect de la « prudence » pour engager la responsabilité pour faute ? Une proposition permettant de mettre en accord les articles 1241 et 1242 et de donner son effectivité au principe général de responsabilité pour faute pourrait consister à définir la faute comme la « violation d'une règle de conduite imposée par un texte légal ou réglementaire ou d'un devoir général de comportement ».

9 - Enfin le troisième changement porte sur les éléments constitutifs de la faute. Rappelons que si traditionnellement la faute supposait la faculté de l'auteur de discerner les conséquences dommageables de ses actes, cet élément subjectif, encore appelé élément psychologique ou moral, a progressivement disparu, d'abord par l'effet de la loi, pour les personnes atteintes d'un trouble mental<sup>18</sup> et ensuite de la jurisprudence, pour les enfants en bas âge<sup>19</sup>. Pour autant, si l'avènement de la faute objective de l'auteur du dommage correspond à l'objectif indemnitaire de la responsabilité civile, la disparition de l'élément subjectif risque de se retourner contre les victimes dans la mesure où la faute de la victime privée de discernement est également de nature à entraîner une exonération partielle du responsable. Si l'objectif de protection des victimes justifie de faire abstraction de la faculté de discernement du responsable, ce même objectif devrait priver d'effet exonératoire le comportement objectivement illicite des victimes dont le discernement est altéré. L'article 1255 du projet commenté réintroduit l'élément subjectif de la faute, lorsque

celle-ci est commise, non par le responsable mais par la victime elle-même, assurée ainsi de recevoir une réparation intégrale. Notion dualiste, la faute serait objective lorsqu'elle émane du responsable et subjective lorsqu'elle est appréciée en la personne de la victime du dommage<sup>20</sup>.

## B. - L'absence de sélection des préjudices réparables

10 - Aux termes de l'article 1235 de l'avant-projet : « Est réparable tout préjudice certain résultant d'un dommage et consistant en la lésion d'un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif »<sup>21</sup>. Tout préjudice quelle que soit sa nature est potentiellement réparable. Aucune sélection ne se fait selon la nature de l'intérêt lésé. La généralité du principe fait écho à celle de l'article 1241 selon lequel « toute faute oblige son auteur à réparer le préjudice qu'elle a causé ». En cela, l'avant-projet confirme l'un des principes du droit français de la responsabilité civile issu de la codification de 1804. En effet, il résulte de l'article 1382 du Code civil un double principe, de généralité d'une part et d'équivalence d'autre part, tout détriment subit par la victime ayant vocation à constituer un préjudice réparable et tous les préjudices ayant une égale vocation à être réparés<sup>22</sup>. La nature de l'intérêt lésé ne détermine donc pas le périmètre de la responsabilité. Notamment, le droit français indemnise le préjudice économique pur qui ne résulte pas d'une atteinte aux biens, quel que soit le fondement de la responsabilité et la nature de celle-ci.

11 - La confirmation de ce principe est bienvenue dans un contexte relativement hostile. Le droit comparé nous offre des exemples de systèmes plus fermés qui se traduisent, par un double principe inverse de spécialité et de hiérarchie : seuls certains préjudices sont réparables et ils ne le sont pas tous de la même façon. Il en est ainsi du modèle allemand<sup>23</sup> : seuls les préjudices énumérés par la loi sont protégés par le droit de la responsabilité, la protection étant plus étendue s'ils sont jugés plus importants. Le dommage est pour cela présenté par la doctrine allemande comme une notion « normative »<sup>24</sup>. Notamment, l'article 823, #1 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) omet le préjudice économique pur de la liste des intérêts protégés. Le droit anglais se rapproche des solutions du droit allemand, même s'il emprunte des voies légèrement différentes, la distinction des intérêts protégés se faisant par le biais des délits spéciaux ou *torts*<sup>25</sup>. Les projets européens d'harmonisation de la responsabilité civile sont également en ce sens. Notamment, le *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), comporte, à l'article 1 :101, une norme de base aux termes de

16 G. Viney, P. Jourdain et S. Carval, *op. cit.* note (14), n° 443.

17 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 mars 2006, n° 04-16.180 : *JurisData* n° 2006-032553. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 mars 2010, n° 08-19.108 : *JurisData* n° 2010-001128 ; JCP G 2006, 658, D. Tapinos.

18 C. civ., art. 414-3, ancien article 489-2 issu de la loi 3 janvier 1968.

19 Cass. ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93.031, Lemaire : *JurisData* n° 1984-700933. - n° 80-93.481, Derguini : *JurisData* n° 1984-700932 : D. 1984, p. 525, concl. Cabannes, note F. Chabas.

20 Même sens : F. Terré (*ss dir.*), *préc. note* (2), art. 47. - P. Catala, *préc. note* (8), art. 1351-1.

21 P. Catala, *préc. note* (8), art. 1343.

22 F. Leduc, *Le préjudice réparable in Le droit français de la responsabilité confronté aux projets européens d'harmonisation*, *préc. note* (6), p. 899.

23 G. Viney, *Les intérêts protégés par le droit de la responsabilité civile in Le droit français de la responsabilité confronté aux projets européens d'harmonisation*, *préc. note* (6), p. 149.

24 O. Berg, *art. préc. note* (6).

25 O. Berg, *art. préc. note* (6).

laquelle la responsabilité suppose a « *legally relevant damage* »<sup>26</sup>. Les PETL<sup>27</sup>, retiennent une approche identique, le préjudice devant, aux termes de l'article 2 :101, consister en une atteinte matérielle ou immatérielle à un intérêt légalement protégé, dont la liste et la hiérarchie résulte de l'article 2 :102<sup>28</sup>.

12 - L'avant-projet choisit de ne pas céder aux sirènes du droit comparé et aux illusions d'une harmonisation européenne et répond aux attentes d'une doctrine largement hostile à un tel bouleversement. Outre la souplesse du système français et sa faculté d'adaptation aux nouveaux défis de la responsabilité<sup>29</sup>, la doctrine met en avant la crainte de rompre avec une ligne de force de la responsabilité, qui a « des racines profondes dans notre société »<sup>30</sup>, l'indemnisation intégrale de tout dommage causé par une faute constituant « incontestablement un principe général du droit, reflétant les valeurs qui servent de fondement à notre société et se traduisant par son universalisme »<sup>31</sup>. Bien plus, une sélection des intérêts serait vécue comme une double régression<sup>32</sup>. L'article 1382 du Code civil avait non seulement réalisé une rupture par rapport au système des délits spéciaux du droit romain et de l'Ancien droit, mais surtout révélé l'autonomie de la responsabilité civile par rapport à la responsabilité pénale<sup>33</sup>.

13 - La généralité du principe est confortée par l'adoption à l'article 1235 de la distinction doctrinale du préjudice et du dommage, révélant les potentialités et l'arborescence des préjudices de nature différente à partir d'un même dommage. Néanmoins, la distinction peut être relativisée. Certains préjudices sont « purs » en ce sens qu'ils ne découlent pas d'un dommage premier. Il en est ainsi des préjudices moraux résultant de la violation d'un droit de la personnalité ou des préjudices économiques purs tels que le préjudice subi à la suite d'une rupture abusive de pourparlers. Accentuant le principe de l'absence de sélection des intérêts protégés, le texte commenté précise également que le préjudice est réparable qu'il soit « patrimonial ou extrapatrimonial, individuel ou collectif ». En refusant d'abord de distinguer selon la nature patrimoniale et extrapatrimoniale du préjudice, l'avant-projet conforte la réparation du préjudice moral, pourtant décriée par une partie de la doctrine<sup>34</sup>. La jurisprudence a très tôt estimé ré-

parable le préjudice moral<sup>35</sup>, admettant même la transmission de la créance de réparation aux héritiers, que la victime ait ou non intenté l'action avant son décès<sup>36</sup>. Le texte met ensuite sur le même plan le préjudice individuel et collectif, consolidant également sur ce point la jurisprudence. La réparation du préjudice collectif a notamment permis à la Cour de cassation d'appréhender par le biais de la responsabilité civile le préjudice écologique pur<sup>37</sup>. La nature particulière de ce préjudice objectif supposant néanmoins une adaptation du régime de la responsabilité, notamment des modalités de la réparation, l'avant-projet prévoit cette possibilité en réservant à cet effet une Sous-section III particulière.

14 - Cependant, si la nature du préjudice ou de l'intérêt atteint ne permet pas *a priori* de limiter le périmètre de la responsabilité civile, une telle limitation résulte en revanche *a posteriori* des caractères du préjudice invoqué. L'article 1235 consolide en effet les caractères de licéité<sup>38</sup> et de certitude, exigés par la jurisprudence<sup>39</sup>. Bien plus, l'examen des articles 1236 à 1238 témoigne de la volonté des rédacteurs de l'avant-projet de retenir également l'approche souple de la notion de certitude retenue par la jurisprudence en acceptant de réparer non seulement le préjudice futur, mais surtout la perte de chance et le risque de dommage. En effet, en premier lieu, l'exigence de certitude n'empêche pas la réparation du dommage futur lorsqu'il « apparaît aux juges du fait comme la prolongation certaine et directe d'un état de choses actuel (...) »<sup>40</sup>, formule reprise à l'identique à l'article 1236. En deuxième lieu, elle ne fait pas non plus obstacle à la réparation de la perte de chance. Aux termes de l'article 1238 « seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable »<sup>41</sup>. La consolidation de la jurisprudence est sur ce point utile, la légitimité du préjudice de perte de chance étant largement fragilisée par l'isolement du droit français<sup>42</sup> et par les critiques d'une partie de la doctrine qui dénonce un mécanisme destiné à masquer une causalité douteuse<sup>43</sup> ou à éluder la création d'un risque de nature à empêcher la réparation de l'entier dommage<sup>44</sup>. Enfin, quant au risque de dommage, l'avant-projet l'envisage également à l'article 1237 mais

26 C. Von Bar, E. Clive et H. Schulte Nolke (ss dir.), *Draft common frame of reference (DCFR)*, Livre VI: Sellier, 2008.

27 *Principles of european tort law, European group on tort law* : Springer 2005.

28 J.-S. Borghetti, *Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extracontractuelle in Études offertes à G. Viney* : LGDJ, 2008, p. 143.

29 G. Viney, art. préc. note (6).

30 S. Porchy-Simon, *Les préjudices indemnisables, point de vue extérieur in Le droit français de la responsabilité confronté aux projets européens d'harmonisation*, préc. note (6), p. 909.

31 Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, coll. Action, 2010-2011, n°24.

32 L. Grynbaum, *La faute et les intérêts protégés, point de vue extérieur in Le droit français de la responsabilité confronté aux projets européens d'harmonisation*, préc. note (6), p. 791.

33 H. Slim, *Les intérêts protégés par la responsabilité civile en droit français in Le droit français de la responsabilité confronté aux projets européens d'harmonisation*, préc. note (6), p. 113.

34 L. Jossierand, *La personne humaine dans le commerce juridique* : D. 1932, chron. p. 1. - G. Ripert, *Le prix de la douleur* : D. 1948, chron. p. 1. - M. E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation* : LGDJ, 1974, p. 124 et s.

35 *Cass. civ.*, 13 févr. 1923 : DP 1923, 1, p. 52, note H. Lalou.

36 *Cass. ch. mixte*, 30 avr. 1976 : RTD civ. 1976, p. 556, obs. G. Durry.

37 *Cass. crim.*, 25 sept. 2012, n° 10-82.938 : *JurisData* n° 2012-021445 ; D. 2012, p. 2673, obs. L. Neyret ; D. 2012, p. 2711, note P. Delebecque ; JCP G 2012, 1243, K. le Couviour. - *Cass. crim.*, 22 mars 2016, n° 13-87.650 : *JurisData* n° 2016-005341 ; JCP G 2016, 647, note M. Bacache ; JCP G 2016, 648, note B. Parance.

38 *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 27 mai 1999, n° 97-19.234 : *JurisData* n° 1999-002106 ; *Bull. civ.* 1999, II, n° 105. - *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 22 févr. 2007, n° 06-10.131 : *JurisData* n° 2007-037484. - *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 24 janv. 2002, n° 99-16.576 : *JurisData* n° 2002-012670 ; *Bull. civ.* 2002, II, n° 5.

39 *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 14 févr. 1985, n° 83-15.122 : *JurisData* n° 1985-700434 ; *Bull. civ.* 1985, II, n° 41. - *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 25 juin 2009, n° 08-12.444 : *JurisData* n° 2009-048993. - *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 28 juin 2012, n° 11-19.265 : *JurisData* n° 2012-014209.

40 *Cass.*, 1<sup>er</sup> juin 1932 : S. 1933, I, p. 49, note H. Mazeaud ; DP 1932, I, p. 102, rapp. Pilon.

41 *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 14 oct. 2010, n° 09-69.195. - *Cass. crim.*, 6 juin 1990, n° 89-83.703 : *JurisData* n° 1990-702299 ; *Bull. crim.* 1990, n° 224.

42 V. S. Carval : RDC 2012, p. 813.

43 R. Savatier : D. 1970, chron. p. 123 ; J. Penneau, D 1991, somm. p. 358.

44 M. Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie* : LGDJ, 1992, n° 620 et s. ; Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats* : Dalloz, coll. Action, 2010-2011, n° 1425.

uniquement à travers l'un de ses aspects, à savoir, les dépenses exposées pour éviter la réalisation du risque. Or la jurisprudence est plus large et accepte d'indemniser tous les préjudices actuels et certains découlant de l'existence du risque, qu'ils soient patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Il en est ainsi non seulement des dépenses destinées à éviter la réalisation du risque ou de la dévalorisation des biens qui y sont exposés<sup>45</sup>, mais aussi et surtout du préjudice d'anxiété né de la perception du risque tel que celui consécutif à une exposition professionnelle à l'amianté<sup>46</sup>. On peut également regretter que le texte ne distingue pas selon la nature incertaine ou avérée du risque. Si la Cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de trancher cette difficulté, notamment dans le contentieux liée aux antennes relais de téléphonie mobile, les décisions des juges du fond sont relativement nombreuses, offrant l'image d'une jurisprudence hésitante, l'hésitation portant non seulement sur la prise en compte de ce risque incertain<sup>47</sup>, mais aussi sur les fondements retenus à cet effet<sup>48</sup>.

## 2. La consolidation des principes jurisprudentiels

15 - Le rôle considérable que joue la jurisprudence en la matière s'explique par la rareté et l'ancienneté des textes face à l'évolution de la société et l'émergence de nouveaux besoins d'indemnisation ainsi que par des interventions législatives limitées à certains secteurs d'activité. Interprétant depuis deux siècles les cinq articles relatifs à la responsabilité civile, la jurisprudence a consacré deux principes, celui de la pluralité de faits générateurs autonomes et celui de la pluralité de principes généraux de responsabilité ou de clauses générales de responsabilité sans faute. Si l'avant-projet consolide pleinement le premier, il ne reprend que partiellement le second. À la pluralité de faits générateurs ne correspond pas toujours une pluralité de principes généraux.

### A. - La pluralité de faits générateurs autonomes

16 - Le code de 1804 prévoyait déjà une telle diversité, à travers certains cas de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui. Cependant cette pluralité était en trompe l'œil, dans la mesure où ces différentes hypothèses étaient fondées sur une faute présumée de surveillance, d'éducation ou d'entretien, de sorte que la faute pouvait à elle seule constituer le fait générateur unique de toute responsabilité. La jurisprudence a œuvré pour garantir au fait des choses et au fait d'autrui une autonomie par rapport à la faute en reconnaissant leur nature objective. Bien plus, elle a créé en dehors de toute référence textuelle, une responsabilité objective pour trouble anormal de voisinage<sup>49</sup>. Ce principe de pluralité

de faits générateurs autonomes ayant des fondements distincts, subjectif et objectif, est repris par l'avant-projet commenté. Aux côtés de la responsabilité pour faute, le texte prévoit la responsabilité objective du fait des choses (art. 1243), la responsabilité pour trouble anormal de voisinage (art. 1244) ainsi que des cas de responsabilités objectives du fait d'autrui (art. 1245 à 1249). En confirmant la pluralité de faits générateurs autonomes, l'avant-projet prend acte de la diversité des fonctions de la responsabilité civile. La responsabilité pouvant être objective et résulter d'un fait générateur distinct de la faute, la fonction indemnitaire de celle-ci n'a plus besoin de s'appuyer sur une fonction punitive. Confirmant cette pluralité de fonctions, l'avant-projet en accentue même l'autonomie, en renforçant la fonction punitive lorsque la faute est établie, à travers l'amende civile (art. 1266).

17 - Si le principe même de la pluralité est classique, en revanche, la trilogie des faits générateurs retenue est relativement nouvelle. À la classique distinction, faute, fait des choses, fait d'autrui, la Sous-section première intitulée « Les faits générateurs de responsabilité extracontractuelle » en substitue une autre, envisageant successivement la faute, le fait de choses et le trouble de voisinages. Cette nouvelle présentation, qui témoigne de la richesse des faits générateurs de responsabilité, appelle deux remarques. Tout d'abord, le texte met un terme au débat doctrinal relatif à la question de savoir si le trouble de voisinage constitue un nouveau fait générateur<sup>50</sup> ou un régime spécial de responsabilité<sup>51</sup>. Désormais les régimes spéciaux sont ceux qui sont expressément prévus par des dispositions législatives particulières. Ensuite et surtout, la trilogie est trompeuse en ce qu'elle est incomplète. À ces faits générateurs s'ajoute celui prévu à la deuxième Sous-section, intitulée « L'imputation du dommage causé par autrui » et correspondant au fait d'autrui. Il y a donc quatre faits générateurs que sont la faute, le fait des choses, le fait d'autrui et le trouble de voisinage.

18 - Outre le principe de la pluralité des faits générateurs autonomes, le texte consolide largement les principaux traits de leur régime, tout en y apportant certains ajustements. Concernant tout d'abord le fait des choses, le texte confirme la jurisprudence relative à la preuve du rôle actif de la chose à l'article 1243, alinéa 2. En effet, la Cour de cassation présume ce rôle lorsque la chose en mouvement est entrée en contact avec la personne ou les biens de la victime<sup>52</sup>. En revanche, en présence d'une chose inerte, la victime doit rapporter la preuve de son rôle actif, c'est-à-dire établir, la défectuosité ou l'anormalité de sa position ou de son comportement<sup>53</sup>, la jurisprudence s'étant fixée sur ce point<sup>54</sup>

45 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 30 janv. 1985, n° 83-12.029 : *JurisData* n° 1985-700277 ; *Bull. civ.* 1985, II, n° 24. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 mai 2008, n° 07-13.483 : *JurisData* n° 2008-043896.

46 Cass. soc., 11 mai 2010, n° 09-42.241 : *JurisData* n° 2010-005898.

47 CA Chambéry, 4 févr. 2010, n° 09-/00731. - CA Bastia, 21 juill. 2010 n° 09/00709.

48 Trouble de voisinage : CA Versailles, 4 févr. 2009, n° 08/08775. - Faute de précaution : TGI Nevers, 22 avr. 2010, n° 10/00180.

49 *Infra* n° 25.

50 Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle* : LexisNexis, 2014, n° 601 et s.

51 G. Viney, P. Jourdain, et C. Carval *op. cit.* note (14), n° 938 et s.

52 V. not. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 févr. 1991, n° 89-18.422 : *JurisData* n° 1991-700728 ; *Bull. civ.* 1991, II, n° 55. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 sept. 2004, n° 03-13.160 : *JurisData* n° 2004-024874 ; *Bull. civ.* 2004, II, n° 432.

53 V. not. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 29 mai 1964 : JCP G 1965, II, 14248, note J. Boré. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 mars 1990, n° 89-13.092 : *JurisData* n° 1990-700924 ; *Bull. civ.* 1990, II, n° 68. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 juin 1993 : *Bull. civ.* 1993, II, n° 21.

54 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 févr. 2005, n° 03-13.536 : *JurisData* n° 2005-027094 ; *Bull. civ.* 2005, II, n° 51. - n° 03-18.135 : *JurisData* n° 2005-027093 ; *Bull. civ.* 2005, II, n° 52. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 déc. 2012, n° 11-22.582 : *JurisData* n° 2012-029221. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 mai 2015, n° 14-17.769 : *JurisData* n° 2015-011929.

après une période d'hésitation<sup>55</sup>. Le texte reprend également la jurisprudence relative à la notion de garde en son alinéa 4. Depuis l'arrêt *Frank*, la Cour de cassation se prononce en faveur de la garde matérielle, celle-ci étant entendue comme un pouvoir effectif d'usage, de contrôle et de direction de la chose<sup>56</sup>, tout en acceptant de présumer gardien le propriétaire de celle-ci<sup>57</sup>. On peut cependant regretter que le texte ne fasse pas mention également de la conception dualiste de la garde, autrement dit de la distinction de la garde de la structure et de la garde du comportement. Pareille approche permettrait à la victime d'agir contre le fabricant, considéré comme gardien de la structure, lorsque le dommage trouve son origine non dans l'usage ou le maniement de la chose mais dans les caractéristiques internes de celle-ci. Cette théorie doctrinale<sup>58</sup>, reçue avec prudence par la jurisprudence<sup>59</sup>, en présence des seules choses dotées d'un « dynamisme propre » ou « susceptible de se manifester dangereusement »<sup>60</sup>, serait d'un grand secours pour les victimes cherchant à échapper aux inconvénients du régime spécial des produits défectueux. L'avant-projet ne manque pas cependant d'apporter quelques ajustements. Il supprime tout d'abord le cas particulier de la responsabilité du fait des animaux, la jurisprudence ayant progressivement absorbé ce cas par le principe général qu'elle avait dégagé. Ensuite, aucune allusion n'est faite à la responsabilité particulière du fait des bâtiments prévue à l'article 1386 du Code civil. Conçue à l'origine dans l'intérêt des victimes, ce cas particulier de responsabilité avait fini par se retourner contre celles-ci, pour devenir une exception au principe général de responsabilité sans faute, compte tenu des conditions restrictives prévues par le texte. La Cour avait d'ailleurs fini par le vider de toute portée en retenant une acceptation excessivement restreinte de la notion de ruine<sup>61</sup> de sorte que la suppression de ce texte était attendue et souhaitée.

19 - Concernant ensuite le fait d'autrui, l'avant-projet reprend la responsabilité des parents prévue depuis 1804 à l'article 1384, alinéa 4 du Code civil en y apportant néanmoins deux modifications, l'une qui consolide la jurisprudence et l'autre qui la désavoue. En premier lieu, le texte supprime la condition de cohabitation du mineur avec ses parents. Cette condition pouvait facilement s'expliquer par le fondement subjectif traditionnel de cette responsabilité, la présomption de faute de surveillance et d'éducation supposant nécessairement une cohabitation effective de l'enfant avec ses parents. Devenue inutile depuis l'avènement

de la responsabilité objective<sup>62</sup>, la Cour de cassation s'est employée à en minimiser la portée, glissant d'une notion concrète à une notion abstraite, d'une cohabitation matérielle à une cohabitation juridique. Notamment, elle a estimé que l'exercice d'un droit de visite et d'hébergement ne fait pas cesser la cohabitation du mineur avec le parent divorcé chez qui il a sa résidence habituelle<sup>63</sup> ou encore qu'un enfant qui habite depuis plus de 12 ans chez sa grand-mère cohabite encore avec ses parents<sup>64</sup>. L'article 1246 consacre cette évolution en supprimant purement et simplement cette condition pour se contenter de l'autorité parentale. En revanche, le texte désavoue la jurisprudence relative au fait causal non fautif de l'enfant à l'origine du dommage. Pressentie par l'arrêt *Fullenwarth*, la solution a été clairement affirmée par l'Assemblée plénière, le 13 décembre 2002, énonçant qu'« il suffit que le dommage invoqué par la victime ait été directement causé par le fait, même non fautif, du mineur »<sup>65</sup>. Si une telle approche garantit une indemnisation plus efficace aux victimes de dommages causés par des mineurs, elle singularise la responsabilité des père et mère et crée une disparité de régime au sein des différentes responsabilités pour autrui. L'avant-projet réalise cette harmonisation : aux termes de 1245, alinéa 2, « cette responsabilité suppose la preuve d'un fait de nature à engager la responsabilité de l'auteur direct du dommage »<sup>66</sup>.

20 - La consolidation de la jurisprudence se reflète également à travers la responsabilité du commettant du fait de ses préposés, qu'il s'agisse de la notion de commettant, défini à l'article 1249 comme « celui qui a le pouvoir de donner des ordres ou des instructions en relation avec l'accomplissement des fonctions du préposé »<sup>67</sup> ou de l'abus de fonctions du préposé, entendu à l'alinéa 3 comme le fait d'agir « hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions », la jurisprudence s'étant fixée en ce sens après une longue série d'arrêts<sup>68</sup>. Le texte consacre également l'approche particulière de l'abus en matière contractuelle, le commettant n'étant pas responsable « s'il établit que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant »<sup>69</sup>. S'agissant en revanche de l'immunité du préposé, si l'article 1249, alinéa 4 en reprend le principe, il apporte des ajustements relatifs à la nature de celle-ci ainsi qu'à ses limites. Rappelons que dans

55 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 mai 2002, n° 99-20.533 : *JurisData* n° 2002-014174 ; *Bull. civ.* 2002, II, n° 92. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 juill. 2002, n° 00-21.066 : *JurisData* n° 2002-015167 ; *Bull. civ.* 2002, II, n° 175. - n° 99-17.778 : *JurisData* n° 2002-015158 ; *Bull. civ.* 2002, II, n° 178.

56 Cass. civ., 3 mars 1936 : DP 1936, p. 81, note H. Capitant.

57 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 1984, n° 82-16.872 : *Bull. civ.* 1984, II, n° 86. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 mai 2003, n° 02-10.367 : *JurisData* n° 2003-019044 ; *Bull. civ.* 2003, II, n° 155.

58 Not. B. Goldman, *Garde du comportement et garde de la structure in Mélanges P. Roubier* : Dalloz, 1961, t. 2, p. 51

59 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 janv. 1956 : JCP G 1956, II, 9095, note R. Savatier.

60 V. not. : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 5 juin 1971, n° 70-10.668 : *Bull. civ.* 1971, II, n° 204. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 mai 1984, n° 83-10.342 : *Bull. civ.* 1984, II, n° 95 ; Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 avr. 2002, n° 00-13.387 : *JurisData* n° 2002-013919 ; *Bull. civ.* 2002, II, n° 72. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 févr. 2007, n° 03-16.683 : *JurisData* n° 2007-037658.

61 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 oct. 2009, n° 08-16.766 : *JurisData* n° 2009-049967.

62 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 févr. 1997, n° 94-21.111 : *JurisData* n° 1997-000750 ; *Bull. civ.* 1997, II, n° 56 ; JCP G 1997, II, 22848, concl. R. Kessous, note G. Viney.

63 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 févr. 1997, n° 93-14.646 (arrêt *Samda*) : *JurisData* n° 1997-000768 ; *Bull. civ.* 1997, II, n° 55. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 2000, n° 98-14.479 : *JurisData* n° 2000-000196 ; *Bull. civ.* 2000, II, n° 14.

64 Cass. crim., 8 févr. 2005, n° 03-87.447 : *JurisData* n° 2005-027416.

65 Cass. ass. plén., 13 déc. 2002, n° 00-13.787 et n° 01-14.007 : *JurisData* n° 2002-017431 ; *Bull. civ. ass. plén.* 2002, n° 4 ; D. 2003, p. 231, note P. Jourdain ; JCP G 2003, II, 10010, note A. Hervio-Lelong ; JCP G 2003, I, 154, obs. G. Viney. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 10 mai 2001, n° 99-11.287, arrêt *Levert* : *JurisData* n° 2001-009377 ; *Bull. civ.* 2001, II, n° 96.

66 P. Catala, *préc. note* (8), art. 1355.

67 Not. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 janv. 1977, n° 75-10.517 : *Bull. civ.* 1977, II, n° 9.

68 Cass. ass. plén., 17 juin 1983, n° 82-91.632 : *JurisData* n° 1983-701673. - Cass. ass. plén., 15 nov. 1985, n° 84-12.601 : *JurisData* n° 1985-703320. - Cass. ass. plén., 19 mai 1988, n° 87-82.654 : *JurisData* n° 1988-000836.

69 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 nov. 1992, n° 91-12.143 : *JurisData* n° 1992-002592 ; *Bull. civ.* 1992, II, n° 261. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janv. 1998, n° 96-12.407 : *JurisData* n° 1998-000177 ; *Bull. civ.* 1998, II, n° 15. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 7 févr. 2013, n° 11-25.582 : *JurisData* n° 2013-001544.

un arrêt *Costedoat*, rendu par de l'Assemblée plénière le 25 février 2000<sup>70</sup>, la Cour de cassation a estimé que « n'engage pas sa responsabilité à l'égard des tiers le préposé qui agit sans excéder les limites de la mission qui lui était impartie par son commettant ». Si l'énoncé de ce principe pouvait laisser croire à une irresponsabilité personnelle du préposé, la jurisprudence postérieure avait pourtant limité la portée de ce principe en en faisant une simple immunité judiciaire<sup>71</sup>. La rédaction du texte semble à nouveau pencher pour une irresponsabilité. Elle pourrait être modifiée dans le sens d'une immunité afin de préserver aux victimes et autres responsables le recours contre l'assureur du préposé. Quant aux limites, la jurisprudence restait hésitante tout en étant inspirée par le critère de la gravité de la faute pour préserver à la responsabilité pour faute sa fonction punitive et éviter une déresponsabilisation excessive du préposé. Outre la faute pénale intentionnelle<sup>72</sup> et la faute pénale qualifiée au sens de l'article 121-3 du Code pénal<sup>73</sup>, deux arrêts avaient semblé élargir ces exceptions à toute infraction pénale et à la faute civile intentionnelle<sup>74</sup>. Confirmant l'hypothèse de la faute intentionnelle, le texte commenté y ajoute celle de l'agissement à des fins étrangères aux attributions du préposé, adoptant, pour délimiter les exceptions, un double critère tenant à la gravité de l'acte et à sa finalité.

21 - Enfin, l'article 1246 reprend certains cas de responsabilité du fait d'autrui découverts par la jurisprudence sur le fondement de l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1384. Il en est ainsi de la responsabilité des personnes chargées par décision judiciaire ou administrative d'organiser et contrôler à titre permanent le mode de vie de mineurs. La Cour de cassation estime de la même façon que seuls des pouvoirs d'origine légale ou judiciaire peuvent servir d'assise à la responsabilité délictuelle du fait d'autrui<sup>75</sup>. Elle écarte de ce fait la responsabilité objective lorsque l'origine des pouvoirs du tiers sur l'enfant résulte de la seule volonté parentale, qu'il s'agisse de grands parents qui reçoivent leurs petits-enfants<sup>76</sup> ou d'établissements investis de leur mission sur la base d'un simple contrat<sup>77</sup>. Le texte confirme également le caractère alternatif des responsabilités du fait du mineur<sup>78</sup>. On peut néanmoins regretter ce choix<sup>79</sup>, une responsabilité *in solidum* des parents et du tiers qui

70 Cass. ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378 : *JurisData* n° 2000-000650 ; *JCP G* 2000, II, 10295, concl. R. Kessous, note M. Billiau ; *JCP G* 2000, I, 241, obs. G. Viney.

71 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 12 juill. 2007, n° 06-12.624 : *JurisData* n° 2007-040105.

72 Cass. ass. plén., 14 déc. 2001, n° 00-82.066 : *JurisData* n° 2001-012267.

73 Cass. crim., 28 mars 2006, n° 05-82.975 ; *JurisData* n° 2006-033184 ; *Bull. crim.* 2006, n° 91.

74 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 déc. 2007, n° 07-13.403 : *JurisData* n° 2007-041986. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 févr. 2008, n° 06-21.182 : *JurisData* n° 2008-042857.

75 Cass. crim., 10 oct. 1996, n° 95-84.186 : *JurisData* n° 1996-004535 ; *Bull. crim.* 1996, n° 357. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 20 janv. 2000, n° 98-17.005 : *Bull. civ.* 2000, II, n° 15. - Cass. crim., 28 mars 2000, n° 99-84.075 : *Bull. crim.* 2000, n° 140 (tuteur).

76 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 sept. 1996, n° 94-20.580 : *Bull. civ.* 1996, II, n° 217. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 janv. 1995, n° 92-18.802 : *JurisData* n° 1995-000334 ; *Bull. civ.* 1995, II, n° 29. - Cass. crim., 8 févr. 2005, n° 03-87.447 : *JurisData* n° 2005-027416.

77 Cass. crim., 18 mai 2004, n° 03-83.616 : *JurisData* n° 2004-024116 ; *Bull. crim.* 2004, n° 123.

78 Cass. crim., 8 févr. 2005, préc. note (76).

79 F. Leduc, *Les rapports entre les différentes responsabilités pour autrui in La responsabilité du fait d'autrui, Actualités et évolutions* : *Resp. civ. et assur.* 2000, n° hors série, p. 18. - P. Catala, préc. note (8), art. 1356.

organise et contrôle le mode de vie du mineur pouvant augmenter les chances d'indemnisation des victimes. Il en va de même de la responsabilité du fait des majeurs dont la surveillance est nécessaire, l'avant-projet clarifiant néanmoins la jurisprudence restée sur ce point hésitante et confuse<sup>80</sup>. L'article 1247 tente de lever ces hésitations en exigeant que les pouvoirs de surveillance résultent d'une décision judiciaire ou administrative et que la surveillance s'exerce à titre permanent. Enfin, allant plus loin que la jurisprudence, le texte reconnaît aussi la responsabilité des personnes agissant à titre professionnel dont l'origine des pouvoirs de surveillance résulte d'un accord de volonté tout en la fondant sur une présomption de faute (art. 1248).

## B. - La pluralité de clauses générales ou de principes généraux de responsabilité

22 - La construction jurisprudentielle du droit de la responsabilité s'est traduite par la consécration progressive d'une pluralité de principes généraux de responsabilité sans faute.

23 - Le premier est celui de la responsabilité du fait des choses. Par un arrêt fondateur du 18 juin 1896<sup>81</sup>, dit arrêt *Teffaine*, la Cour de cassation, prenant appui sur l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, n'a pas hésité à dégager un principe général selon lequel on est responsable du fait des choses que l'on a sous sa garde. Conçue dans l'intérêt des victimes, la responsabilité objective a su triompher de toutes les tentatives de restriction de son domaine. Le principe s'applique aux dommages causés par toute chose corporelle, quelle que soit sa nature, mobilière ou immobilière, qu'elle soit ou non dangereuse ou atteinte d'un vice, qu'elle soit autonome ou actionnée par la main de l'homme<sup>82</sup>. L'avant-projet reprend ce principe dans toute sa généralité à l'article 1243, alinéa 1<sup>er</sup><sup>83</sup>. La seule précision utile relative à la nature corporelle de la chose permet de lever le doute sur la question discutée en doctrine de l'application du principe aux choses immatérielles<sup>84</sup>.

24 - Le deuxième principe est celui de la responsabilité pour trouble de voisinage. La jurisprudence a très tôt accepté d'indemniser les victimes de ce dommage spécifique sur le fondement d'une responsabilité objective<sup>85</sup> en substituant au visa initial de

80 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 25 févr. 1998, n° 95-20.419 : *JurisData* n° 1998-000935 ; *Bull. civ.* 1998, II, n° 62. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 15 déc. 2011 n° 10-25.740 : *JurisData* n° 2011-028168.

81 Cass. civ., 18 juin 1896 : S. 1897, I, p. 17, note P. Esmein ; *DP* 1897, I, p. 433, concl. Sarrut, note R. Sallieilles.

82 Cass. ch. réunies, 13 févr. 1930 : *DP* 1930, I, p. 57, note G. Ripert ; S. 1930, I, p. 21, note P. Esmein.

83 G. Durry, *L'irremplaçable responsabilité du fait des choses in Mélanges F. Terré* : *Dalloz*, 1999, p. 707. - P. Brun, *De l'intemporalité du principe de responsabilité du fait des choses* : *RTD civ.* 2010, p. 487. - contra J.-S. Borghetti, *La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps* : *RTD civ.* 2010, p. 1.

84 V. not. Ph. le Tourneau, *La responsabilité civile des acteurs de l'internet* : *Expertises* 1999, p. 419. - A. Lucas, *La responsabilité civile du fait des choses immatérielles in Le droit français à la fin du 20<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala* : *LexisNexis*, 2001, p. 817 et s.

85 Cass. civ., 27 nov. 1844 : S. 1844, I, p. 211. Cass. req., 20 févr. 1849 : *D.* 1849, I, p. 148.

l'article 1382 du Code civil<sup>86</sup>, celui du principe selon lequel « nul ne doit causer à autrui un trouble anormal de voisinage » ou « excédant les inconvénients de voisinage »<sup>87</sup>. L'avant-projet reprend ce principe dans toute sa généralité à l'article 1244 en y apportant néanmoins une précision utile concernant les débiteurs de la réparation. En effet, il s'écarte des arrêts qui avaient étendu cette responsabilité à l'entrepreneur et au sous-traitant, en leur qualité de voisins occasionnels<sup>88</sup>.

25 - Le troisième principe est celui de la responsabilité du fait d'autrui. Il est vrai, que l'arrêt *Blieck* du 29 mars 1991, en déverrouillant la liste des cas de responsabilité du fait d'autrui prévus par le code n'a pas employé, pour les désigner, une formule générale<sup>89</sup>. Bien plus, aucun arrêt postérieur n'a affirmé clairement un tel principe. Pour autant, les nouvelles hypothèses consacrées peuvent être regroupées autour de deux grandes idées, constituant une ébauche de principe général en devenir. La première, fondée sur l'idée de « garde d'autrui », consiste à déclarer responsables les personnes ayant reçu pour mission de contrôler le mode de vie de l'auteur du dommage, mineur ou handicapé mental<sup>90</sup>. La deuxième, fondée sur l'idée d'association à l'activité d'autrui<sup>91</sup>, consiste à déclarer responsable la personne ayant pour mission d'organiser l'activité au cours de laquelle le dommage a été causé<sup>92</sup>. Or l'avant-projet commenté rejette un tel principe. Aux termes de l'article 1245 « On est responsable du dommage causé par autrui dans les cas et aux conditions posées par les articles 1246 à 1249 ». Cette formulation restrictive est confortée par la structure même de l'avant-projet. En effet, ces cas font l'objet d'une Sous-section II intitulée « L'imputation du dommage causé à autrui », alors que le fait des choses, la faute et les troubles de voisinage relèvent d'une première Sous-section. Le plan adopté n'est pas neutre. La première section est relative aux faits générateurs qui constituent des clauses générales de responsabilité. Il en est ainsi de la responsabilité pour faute, du fait des choses ou des troubles de voisinage. En revanche, le fait d'autrui ne traduit pas un principe général, une telle clause générale de responsabilité, justifiant le traitement distinct dans une Sous-section distincte. Il reste sous la dépendance de la loi et obéit à une casuistique

86 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 déc. 1964 : Bull. civ. 1964, II, n° 782. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 4 févr. 1971 : Bull. civ. 1971, III, n° 78 à 80.

87 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 nov. 1986, n° 84-16.379 : JurisData n° 1986-702120 ; Bull. civ. 1986, II, n° 172. - Civ. 3<sup>e</sup>, 11 mai 2000, n° 98-18.249 : JurisData n° 2000-001858 ; Bull. civ. 2000, III, n° 106. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 juin 2004, n° 03-11.562 : JurisData n° 2004-024376 ; Bull. civ. 2004, III, n° 140. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 avr. 2009, n° 08-15.619 : JurisData n° 2009-047712.

88 Cass. 3<sup>e</sup> civ., 30 juin 1998, n° 96-13.039 : JurisData n° 1998-003015 ; Bull. civ. 1998, III, n° 144. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 13 avr. 2005, n° 03-20.575 : JurisData n° 2005-028015 ; Bull. civ. 2005, III, n° 89. - Cass. 3<sup>e</sup> civ., 21 mai 2008, n° 07-13.769 : JurisData n° 2008-043987.

89 Cass. ass. plén., 29 mars 1991, n° 89-15.231, Cts *Blieck* : JurisData n° 1991-001098 ; D. 1991, p. 324, note C. Larroumet ; JCP G 1991, II, 21673, concl. D.-H. Dontenwille, note J. Ghestin ; RTD civ. 1991, p. 541, obs. P. Jourdain.

90 L. Perdrix, *La garde d'autrui* : LGDJ, coll. Thèses, 2010, t. 521, préf. G. Viney.

91 F. Leduc, *La responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil* : Lamy Droit de la responsabilité, n° 240 et s. - M. Marceau-Petit, *La dualité des critères de mise en œuvre de la responsabilité du fait d'autrui* : RRJ 2002, p. 1 et s.

92 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 mai 1995, n° 92-21.871 et n° 92-21.197 : Bull. civ. 1995, II, n° 155. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 févr. 2000, n° 98-11.438 : JurisData n° 2000-000372 ; Bull. civ. 2000, II, n° 26. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 déc. 2002, n° 00-13.553 : JurisData n° 2002-016782 ; Bull. civ. 2002, II, n° 289.

législative, privant le juge de tout pouvoir d'enrichissement. À la pluralité de faits générateurs ne correspond plus une pluralité de clauses générales de responsabilité<sup>93</sup>.

26 - On peut regretter cette approche restrictive qui prive la responsabilité de sa souplesse et qui interdit au juge d'enrichir la loi en fonction des nouveaux besoins. Cette méfiance à l'égard du juge est d'autant moins justifiée que la jurisprudence n'a pas abusé des potentialités de l'article 1384, alinéa 1<sup>er</sup> du Code civil, refusant notamment de l'appliquer à un syndicat pour les dommages causés par ses adhérents au cours des manifestations qu'il organise<sup>94</sup>, ou à une association de chasse du fait de ses membres<sup>95</sup>. Bien plus, l'avant-projet aurait pu rajouter d'autres cas en s'inspirant notamment des propositions de lois prévoyant d'engager la responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales en matières sanitaire et environnementale<sup>96</sup>. La possibilité d'atteindre les sociétés qui profitent économiquement de l'activité à l'origine du dommage permettrait non seulement de moraliser les échanges commerciaux et économiques mais surtout de garantir l'indemnisation des victimes de dommages de masse qui portent atteinte à des intérêts supérieurs tels que l'intégrité corporelle ou l'environnement en leur offrant un responsable solvable<sup>97</sup>.

27 - La légitimité des clauses générales est intimement liée à la question des rôles respectifs du juge et de la loi dans la délimitation du périmètre de la responsabilité civile. Si le domaine de la faute est relativement facile à délimiter, le franchissement d'une telle limite ouvre large le champ des possibles. Si on accepte de faire confiance au juge en lui confiant cette délicate entreprise, la pluralité de clauses générales devient indispensable. C'est le choix de l'avant-projet *Catala*. En revanche, les clauses générales n'ont plus leur place si l'on estime que seule la loi est à même de fixer ce périmètre et de choisir *a priori* les équilibres qu'elle entend atteindre, au delà de la responsabilité pour faute. C'est le choix du projet *Terré*<sup>98</sup>. L'avant-projet commenté reste à mi-chemin et constitue un panachage troublant de ces deux approches.

28 - Plus largement, une délimitation cohérente du périmètre de la responsabilité ne peut se passer d'une réflexion sur les fondements de celle-ci. Quels pourraient être les fondements alternatifs à la faute ? La théorie du risque, présentée<sup>99</sup> dès la fin du 19<sup>e</sup> siècle, consiste à faire assumer à la personne qui a pris l'initiative d'une activité les risques de dommages qui en résultent, d'autant qu'elle en recueille également les profits. Le projet commenté ne cadre

93 Même sens, F. Terré (ss *dir.*), *préc. note (2), art. 13*. - *Contra*, P. Catala, *préc. note (8), art. 1355* « on est responsable de plein droit des dommages causés par ceux dont on règle le mode de vie ou dont on organise encadre ou contrôle l'activité dans son propre intérêt ».

94 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 26 oct. 2006, n° 04-11.665 : JurisData n° 2006-035526.

95 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 11 sept. 2008, n° 07-15.842 : JurisData n° 2008-044958. - *Adde* Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 févr. 2007, n° 03-16.683 ; JurisData n° 2007-037658.

96 Prop. de loi AN, n° 1519 et n° 1524, 6 nov. 2013. - n° 1777, 11 févr. 2014. - n° 1897, 29 avr. 2014.

97 Dans ce sens, P. Catala, *préc. note (8), art. 1360*.

98 En témoigne la structure du projet qui oppose « le délit civil en général » aux différents « délits spéciaux », autrement dit, la clause générale de responsabilité pour faute aux cas particuliers de responsabilité sans faute.

99 R. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, thèse, Paris, 1897. - L. Josserand, *La responsabilité du fait des choses inanimées*, thèse, Paris, 1898.

pas tout à fait avec ce fondement : s'il consacre le fait des choses, il met en revanche un coup d'arrêt à la responsabilité du fait d'autrui, même lorsqu'elle peut se justifier par le risque-profit. La théorie de la garantie<sup>100</sup> consiste à inverser la perspective et à rechercher quels sont les droits essentiels de la victime qui mériteraient d'être protégés en toute hypothèse et qui bénéficieraient à cet égard d'une garantie. Si le point de départ de cette théorie est séduisant, ses conclusions pourraient être infléchies par une réflexion sur la place des droits atteints dans la hiérarchie des normes. Or le dommage corporel constitue une atteinte à des droits reconnus comme fondamentaux, placés au plus haut rang de la hiérarchie des normes. Le droit fondamental à la protection

de l'intégrité corporelle justifierait corrélativement un droit à indemnisation en cas d'atteinte au corps humain, permettant de se contenter d'un lien causal entre le fait du responsable et la victime. On aboutirait ainsi à une sorte de parallélisme, de nature et de valeur, entre le droit violé et sa sanction. Déjà présente en doctrine depuis quelques années<sup>101</sup>, cette idée permettrait d'enrichir la responsabilité civile en lui découvrant un nouveau fondement. L'avant-projet le pressent en réservant un sort particulier au dommage corporel, quant au régime de la réparation. Un pas supplémentaire pourrait être franchi, touchant aux conditions de la responsabilité et justifiant une pluralité de clauses générales, y compris du fait d'autrui<sup>102</sup>. ■

## Propositions de modifications

### « Chapitre II. - Les conditions de la responsabilité

#### « Section 1. - Dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle

##### « Sous-section 1. Le préjudice réparable

« Article 1235. - [Sans changement]

« Article 1236. - [Sans changement]

« Article 1237. - [Sans changement]

« Article 1238. - [Sans changement]

(...)

#### « Section 2. - Dispositions propres à la responsabilité extracontractuelle

##### « Sous-section 1. - Le fait générateur de responsabilité extracontractuelle

###### « § 1 La faute

« 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.

**Variante pour mettre en accord les articles 1241 et 1242 et donner son effectivité au principe général de responsabilité pour faute**

« Constitue une faute la violation d'une règle de conduite imposée par un texte légal ou réglementaire ou d'un devoir général de comportement.

###### « § 2 Le fait des choses

« Article 1243. - [Sans changement]

###### « § 3 Les troubles anormaux de voisinage

« Article 1244. - [Sans changement]

##### « Sous-section 2. - L'imputation du dommage causé par autrui

« Article 1245, alinéa 1er. - **On est responsable de plein droit des dommages causés par les personnes dont on organise à titre permanent le mode de vie ou dont on encadre et contrôle l'activité au cours de laquelle le dommage s'est produit**

(dans le même sens : art. 1355 projet Catala)

[La suite Sans changement]

« Article 1246. - [Sans changement]

« Article 1247. - [Sans changement]

« Article 1248. - [Sans changement]

« Article 1249. - [Sans changement]

Dernier alinéa « **Le préposé ne peut être personnellement poursuivi que s'il a commis une faute intentionnelle ou lorsque sans autorisation il a agi à des fins étrangères à ses attributions**

100 B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse, Paris, 1947. - B. Starck, *Domaine et fondement de la responsabilité sans faute* : RTD civ. 1958, p. 475.

101 Y. Lambert-Faivre, *Éthique de la responsabilité* : RTD civ. 1998, p. 1. - C. Radé, *Réflexion sur les fondements de la responsabilité civile. Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté* : D. 1999 p. 323. - C. Radé, *Plaidoyer en faveur d'une réforme de la responsabilité civile* : D. 2003, p. 2247. - C. Radé, *Responsabilité et solidarité : propositions pour une nouvelle architecture* : Resp. civ. et assur. 2009, dossier 5. - O. Lucas, *La CEDH et les fondements de la responsabilité civile* : JCP G 2002, I, 111.

102 Une réflexion devrait également être menée sur la place et le rôle de la solidarité nationale dans la réparation du dommage corporel ainsi que sur les rapports qu'entretiennent ces deux modalités d'indemnisation : V. Ph. le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, préc. note (31), n° 91 ; M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité. Les potentialités du droit des assurances* : Defrénois, Coll. Doctorat et notariat, 2007, préf. M.-L. Demeester.

# La singularité de la responsabilité contractuelle



**Philippe Stoffel-Munck,**  
agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

## Avant-projet de loi

### « Chapitre II. - Les conditions de la responsabilité

(...)

#### « Section 3. - Dispositions propres à la responsabilité contractuelle

« Article 1250. - Toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre.

« Article 1251. - Sauf faute intentionnelle ou faute lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat.

« Article 1252. - La réparation du préjudice résultant du retard dans l'exécution suppose la mise en demeure préalable du débiteur. La mise en demeure n'est requise pour la réparation de tout autre préjudice que lorsqu'elle est nécessaire pour caractériser l'inexécution.

### « Chapitre III. - Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité

#### « Section 1. - Les causes d'exonération

« Article 1253. - Le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils remplissent les caractères de la force majeure.

« En matière extracontractuelle, la force majeure est l'événement dont le défendeur ou la personne dont il doit répondre ne pouvait éviter la réalisation ou les conséquences par des mesures appropriées.

« En matière contractuelle, la force majeure est définie à l'article 1218.

(...)

### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

#### « Section 1. - Principes

(...)

#### « Sous-section 2. - Les dommages et intérêts

(...)

« 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.

**L'avant-projet consacre la conception traditionnelle de la responsabilité contractuelle, telle que l'avant-projet *Catala* l'envisageait. Pour autant, en y soustrayant la réparation du dommage corporel, il la recentre sur une conception simplement économique du contrat, dans le prolongement de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016. Non seulement la matière en devient plus claire, mais cette évolution lui permet mieux d'accueillir l'innovation principale envisagée au texte : un *duty to mitigate* à la française.**

1 - En matière de responsabilité contractuelle, l'avant-projet de la Chancellerie suit presque à la lettre plusieurs des propositions qu'avait faites, au sein de l'avant-projet *Catala*, le groupe de travail dirigé par Geneviève Viney et Georges Durry voici onze ans. L'esprit de l'ensemble est toutefois assez différent à raison de deux absences majeures. D'une part, la réparation du dommage corporel relève de la seule responsabilité extracontractuelle, « alors même qu'il serait causé à l'occasion du contrat » (art. 1233, al. 2) ; par contraste, l'article 1341 de l'avant-projet

*Catala* ouvrait une option à la victime, ce qui lui permettait de maintenir son action dans le giron de la responsabilité contractuelle. D'autre part, l'opposition des obligations de moyens et de résultat n'est pas consacrée alors que l'avant-projet *Catala* articulait sur cette distinction le texte définissant les faits générateurs de responsabilité propre à la matière contractuelle<sup>1</sup>. Comme ce couple fameux a spécialement été employé, en jurisprudence, pour réguler la réparation du dommage corporel causé par un manquement à une obligation de sécurité, les deux abandons semblent liés. Ils marquent, conjointement, un recentrement du contrat sur sa fonction d'organisation d'une opération économique.

2 - L'ordonnance du 10 février 2016 avait déjà témoigné de ce changement d'optique au travers, notamment, de sa réorganisation des remèdes à l'inexécution<sup>2</sup> ou de l'importance qu'elle a donnée au concept de « prestation », qui fait figure de centre de gravité du système contractuel. Le coup étant parti, l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile ne pouvait que s'aligner sur cette trajectoire, sauf à risquer l'incohérence. L'ambiance de la matière s'en trouve changée ; elle est affranchie de la charge émotionnelle qui accompagne tout débat relatif aux réclamations des victimes atteintes dans leur chair. Un bilan comptable dégradé inspire moins la compassion qu'un corps brisé. Aussi, quand bien même la plupart des règles seraient communes aux deux ordres de responsabilité, le débat quant à leur application en matière contractuelle n'aura pas la même tonalité qu'en matière extracontractuelle, à raison du caractère volontaire et économique du rapport qu'il s'agit d'apprécier.

3 - On peut espérer de ce recentrement sur une logique rustiquement patrimoniale une rationalité nouvelle du droit de la responsabilité contractuelle ; non pas plus grande, car la responsabilité pour dommage corporel a la sienne, mais différente. L'innovation majeure que comportent les quelques articles que l'avant-projet réserve à la responsabilité contractuelle en porte d'ailleurs témoignage : ce devoir de *mitigation* du dommage que l'article 1263 impose au créancier victime de l'inexécution, se justifie mieux dans la gestion d'une relation contractuelle qu'en dehors. Mais même les règles classiques de la responsabilité contractuelle, telles que reprises par l'avant-projet aux articles 1250 à 1252 ainsi qu'à l'alinéa 3 de l'article 1253, prennent des contours plus nets. On présentera celles-ci avant d'aborder le *duty to mitigate* à la française qu'apporte l'article 1263.

## 1. Les règles classiques

4 - Dans l'attente de la réforme de la responsabilité civile, l'Ordonnance du 10 février 2016 n'avait pratiquement pas touché aux textes du Code Napoléon en matière de dommages et intérêts. À peu de choses près sur la forme et à presque rien sur le fond, les articles 1146 à 1153-1 se retrouvaient dans les articles

1231 à 1231-7. En revanche, la section les contenant changeait de titre. Au neutre intitulé « Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution » succédait une formule engagée : « La réparation du préjudice résultant de l'inexécution ». La fonction indemnitaire de la responsabilité était ainsi annoncée et assumée. Elle pouvait d'autant mieux l'être qu'elle terminait l'éventail des sanctions de l'inexécution et que les autres montraient qu'on pouvait aussi obtenir du débiteur défaillant des sommes destinées à restaurer l'équilibre du contrat, quand bien même sa rupture n'aurait eu aucune conséquence préjudiciable sur les affaires du créancier. Dans le fil de la thèse de Paul Grosser sur la classification des remèdes à l'inexécution, une distinction claire était enfin établie entre, d'une part, les sanctions financières destinées à remédier au déséquilibre causé *dans* le rapport contractuel par l'inexécution et, d'autre part, les dommages et intérêts destinés à réparer les préjudices subis *en marge* du rapport contractuel par le créancier consécutivement à l'inexécution<sup>3</sup>. Là, étaient la réduction de prix ou les restitutions, si le créancier optait pour un remède liquidatif ; s'y trouvaient, alternativement, les sommes destinées au financement de l'exécution par un tiers, si le créancier optait pour l'obtention de la prestation voulue. Ici, étaient les dommages et intérêts compensatoires ou moratoires. Les deux types de sanctions pouvaient parfaitement se cumuler vu qu'elles n'avaient pas le même objet, comme l'alinéa 2 de l'article 1217 du Code civil l'énonçait<sup>4</sup>.

5 - L'avant-projet de réforme s'inscrit dans le prolongement de cette clarification en précisant, en trois articles et demi, les règles régissant l'attribution de dommages et intérêts compensatoires ou moratoires. Ce faisant, il rend obsolète une partie des articles 1231 à 1231-7, mais une partie seulement, comme on va le voir en exposant successivement les articles 1250, 1251, 1252 et 1253, alinéa 3.

### A. - Le fait générateur de responsabilité contractuelle (art. 1250)

6 - Comme la responsabilité est la source d'une obligation nouvelle à objet indemnitaire, les textes doivent préciser ce qui donne naissance à cette obligation. L'article 1250 dispose que « toute inexécution d'une obligation contractuelle ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre ». La syntaxe évoque le regretté article 1382 du code Napoléon et se trouve bien à propos puisqu'il s'agit effectivement de responsa-

1 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2006, art. 1364.

2 C. civ., art. 1217 à 1231-7 ; Ord. n° 2016-131, art. 2 et 9.

3 La distinction recoupe sans doute l'opposition qu'on veut souvent faire, à la suite de Pothier, entre dommages intrinsèques et extrinsèques, mais celle-ci paraît souvent confuse. La distinction recoupe sans doute aussi l'opposition que fait le droit allemand entre les dommages et intérêts « au lieu de la prestation » (*Schadenserstaz statt der Leistung*) et « à côté de la prestation » (*Schadenserstaz neben der Leistung*) (V. S. Lorenz, *La responsabilité contractuelle dans l'avant-projet : un point de vue allemand* : RDC 2007, p. 57, spéc. p. 59).

4 Par ex. on me livre une voiture à laquelle il manque une roue ; je peux obtenir une réduction de prix ou la valeur de la fourniture et de l'installation de la roue manquante par un tiers ; si, par ailleurs, la non-conformité du véhicule m'a empêché de partir en vacances à la date prévue, je peux aussi obtenir indemnisation des préjudices consécutifs à ce report, sous réserve qu'ils aient été prévisibles par mon vendeur ou que sa faute soit lourde ou dolosive.

bilité. Son adoption conduira à rendre obsolète le successeur de l'article 1147 du même code, c'est-à-dire l'actuel article 1231-3, et peut-être aussi celui de l'article 1137, c'est-à-dire l'actuel article 1197. Il est, en revanche, malheureux que ce texte de synthèse définisse le fait générateur comme « l'inexécution d'une obligation contractuelle ». Cette formule est, certes, mieux venue que la référence aux obligations de moyens et de résultat que faisait l'avant-projet *Catala*. Cette distinction n'est pas artificielle en soi mais est source de confusion notamment parce qu'elle considère la diligence et la compétence à mettre en œuvre pour bien exécuter comme l'objet d'une « obligation », alors que ce n'est nullement le siège d'une dette à payer au sens technique du terme. Cet emploi sans rigueur du vocable d'obligation (*debt*) au lieu et place de celui de devoir (*duty*) égare le raisonnement<sup>5</sup>.

7 - Avoir laissé de côté cette « approximation grossière », selon le mot sévère mais juste de Paul Esmein, est un premier pas. Pourquoi alors continuer à flatter la confusion en considérant « l'inexécution de l'obligation » comme le fait générateur de toute responsabilité contractuelle. Comme un contrat ne contient pas que des obligations, au sens technique du terme, mais pose aussi des devoirs (loyauté, compétence, diligence, information voire conseil) qui renvoient simplement à des standards de comportement, la formule proposée oblige tout de suite à préciser qu'il faut comprendre les termes « d'inexécution » et d'« obligation » au sens large afin d'englober, d'une part, la « mauvaise exécution » et, d'autre part, la violation de « devoirs ». Quitte à légiférer, autant éviter d'employer une terminologie techniquement défectueuse, même si la plupart des juristes n'aperçoivent plus son défaut tant leur cerveau s'est habitué à comprendre *lato sensu* le terme d'« inexécution de l'obligation » dès qu'on l'emploie dans un discours relatif à la responsabilité.

8 - Plutôt que ce double faux-ami, mieux vaudrait employer une locution plus compréhensive, assumant d'emblée la variété des faits générateurs de responsabilité contractuelle. Celle de « manquement au contrat » pourrait y pourvoir. Déjà connue, l'expression a l'avantage d'être plus objective que la référence à la « faute »<sup>6</sup>. Surtout, elle se donne le contrat pour centre de gravité. Elle souligne ainsi que, fondamentalement, la responsabilité est encourue parce que l'opération convenue n'a pas été réalisée comme attendu. Cette approche est en cohérence avec le recentrage de la matière contractuelle sur l'opération économique qu'il s'agissait d'accomplir.

5 Par ex. cette présentation à l'air d'alternative laisse penser qu'un contrat pourrait ne faire naître que des obligations de moyens. C'est faux : tout contrat suppose un résultat à réaliser (c'est la prestation à fournir) et la mobilisation de certains moyens pour le bien faire (c'est la diligence et la compétence à déployer). Effets pervers de l'oblitération de ce fait : la difficulté à faire comprendre l'opposition entre inexécution (totale ou partielle) et mauvaise exécution (c'est-à-dire les problèmes de qualité de la prestation) ; la création des catégories intermédiaires des moyens renforcés et des résultats atténués ; des sophismes sans fin qui obscurcissent les débats judiciaires ; des sophismes qui obscurcissent aussi les contrats, comme la clause selon laquelle le contrat ne ferait naître que des obligations de moyens ; etc.

6 En ce sens, A. Bénabent, *Droit des obligations : LGDJ, coll. Précis Domat, 2014, 14<sup>e</sup> éd., n° 405*.

## B. - La limitation de la réparation aux préjudices prévisibles (art. 1251)

9 - À un adjectif près, l'article 1251 est une reprise de l'article 1366 de l'avant-projet *Catala*, lequel reprenait la règle traditionnelle de l'article 1150 du code Napoléon. Il double avec l'article 1231-3 du Code civil tel que réformé par l'ordonnance du 10 février 2016. Il faudra donc choisir où loger le principe cantonnant la responsabilité du débiteur aux seules « conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat ».

10 - Cette formule est plus claire que celle du code Napoléon car elle exprime nettement que, conformément à la jurisprudence contemporaine, la prévision du débiteur ne concerne pas le *quantum* des sommes qu'il pourrait être amené à payer mais les chefs de préjudice réparables. L'emploi du terme de « conséquences » permet aussi de marquer l'affinité de cette règle avec l'appréciation de la causalité : les conséquences trop lointaines pour avoir été prévisibles ne sont pas réparables. Toutefois, à la différence de la théorie de la causalité adéquate, elle invite à regarder ce que le débiteur pouvait raisonnablement prévoir non à la date de l'inexécution, mais à la date du contrat. C'est potentiellement fort restrictif, ce qui peut contribuer à expliquer que le projet de réforme ne conserve, en revanche, rien de l'article 1151 du code Napoléon<sup>7</sup> qui limite la réparation aux dommages formant « une suite immédiate et directe de l'inexécution ». L'autre explication de cet abandon est que la jurisprudence avait, de toute façon, vidé ce dernier texte de toute portée particulière.

11 - La puissance de cantonnement du préjudice réparable dont l'exigence de sa prévisibilité initiale se trouve porteuse, peut sembler considérable ; spécialement pour les contrats de longue durée. Elle est, en réalité, variable selon le degré d'abstraction avec lequel l'appréciation opère. Par exemple, il n'est pas pareil de se demander si je pouvais prévoir lors de la conclusion du contrat que ma défaillance causerait à mon cocontractant la perte de *ce client-ci* ou une perte de clientèle *en général*. Le juge considère souvent la question sous ce second angle, c'est-à-dire abstraitement. Il peut aussi s'en tenir aux seules conséquences de l'inexécution concrètement prévisibles par le débiteur *ab initio*. Selon le mode d'appréciation qui sera retenu, l'article 1251 sera peu ou très restrictif. Or, le choix du magistrat à cet égard paraît abandonné à son seul sens de l'opportunité. C'est pourquoi cette règle est en grande partie devenue un instrument de modération des dommages et intérêts. Sa flexibilité n'est pas pour rien dans son maintien.

12 - En outre, cette règle cède traditionnellement en cas de faute dolosive ou lourde. À cet égard, l'article 1251 parle de faute intentionnelle plutôt que « dolosive ». C'est inattendu et, à première vue, plutôt malheureux. La Cour de cassation a, en effet, clairement défini ce qu'est une faute dolosive dans le contexte de l'article 1150 du Code civil ou de ses succédanés conventionnels que sont les clauses limitatives de réparation. Si l'on

7 *Auj. C. civ., art. 1231-4*.

veut changer, il faut dire pourquoi. Si l'on ne veut pas changer, il est néfaste d'employer un adjectif nouveau car la jurisprudence mettra dix ans à dire s'il signifie ou non la même chose que l'ancien. La faute dolosive, c'est le manquement délibéré au contrat : le débiteur sait qu'il doit faire ceci en vertu du contrat et il choisit de ne pas le faire. Cette décision déjoue radicalement le calcul de risques qu'a pu faire son cocontractant car celui-ci a au moins escompté que le débiteur voudrait bien exécuter ce qui avait été convenu ; il est légitime qu'une telle faute suffise à faire céder les limitations de responsabilité, légales ou conventionnelles, qu'il a acceptées en entrant dans le contrat. La faute intentionnelle, cela peut être autre chose. Faudra-t-il caractériser l'intention de nuire ? L'intention de produire le dommage ? Le dommage tel qu'il s'est réalisé ? Rappelons la sagesse de Portalis : « il faut laisser le bien, si on est en doute du mieux ».

### C. - La nécessité d'une mise en demeure (art. 1252)

13 - L'article 1252 reprend à l'identique l'article 1365 de l'avant-projet *Catala* qui se voulait déjà une reprise synthétique de l'article 1146 du Code civil. Pas de changement sur ce point en somme.

### D. - La force majeure propre à la matière contractuelle (art. 1253, al. 3)

14 - S'éloignant de l'avant-projet *Catala*, qui en proposait une définition commune aux deux ordres de responsabilité<sup>8</sup>, l'article 1253 donne deux définitions de la force majeure selon que l'on se situe en matière contractuelle ou non. Au premier cas, il renvoie à l'article 1218 du Code civil tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016, texte plutôt inspiré de l'article 100 du projet *Terré*. Sur le principe, cette distinction entre les ordres de responsabilité est bienvenue. Hors contrat, le propre de la force majeure est d'absorber la totalité du lien de causalité. Dans le contrat, son particularisme est, d'une part, d'empêcher l'exécution et, d'autre part, d'excuser l'inexécution<sup>9</sup> parce que sa survenance caractérise un risque dont le créancier ne pouvait pas croire que le débiteur s'était chargé<sup>10</sup>. Ces deux aspects sont étrangers à la matière extracontractuelle où nulle prestation n'était convenue entre l'auteur du dommage et sa victime<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> P. Catala, préc. note (1), art. 1349.

<sup>9</sup> Sur cette approche, V. A. Tunc, *Force majeure et absence de faute en matière contractuelle* : RTD civ. 1945, p. 235.

<sup>10</sup> Pour des ex., V. Ph. Stoffel-Munck, *Le particularisme de la force majeure en matière contractuelle* : RDC 2003, p. 59.

<sup>11</sup> Sans doute l'inclusion de l'obligation de sécurité dans le champ du contrat a-t-elle longtemps brouillé l'analyse. L'exclusion du dommage corporel hors du champ de la responsabilité contractuelle la rend désormais plus claire.

15 - La jurisprudence reflète cette différence d'optique. Quand bien même elle définit *prima facie* la force majeure par les mêmes éléments dans l'un et l'autre ordre, elle concède que l'imprévisibilité s'apprécie à la date de formation du contrat dans un cas et à la date de survenance du dommage dans l'autre<sup>12</sup>. C'est bien dire qu'en matière contractuelle, la question renvoie aux prévisions que pouvaient faire les parties au moment de nouer leur rapport, ce qui s'ordonne à nouveau au calcul de risques qu'elles pouvaient faire.

## 2. La règle nouvelle : le devoir de prévenir l'aggravation de son préjudice (art. 1263)

16 - L'article 1263 envisagé par l'avant-projet de réforme dispose qu'« 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 ». Le cantonnement de ce devoir à la responsabilité contractuelle signifie qu'il ne s'applique pas aux suites d'un dommage corporel. Il rejoint dès lors les vœux conjoints des projets *Catala*<sup>13</sup> et

*Terré*<sup>14</sup> qui, tous deux, admettaient qu'une victime soit tenue de gérer au mieux les suites de son dommage sous réserve qu'il ne soit pas corporel. Eu égard à la différence d'approche de ces deux projets, leur convergence témoignait de la légitimité de la proposition. Celle-ci était au demeurant conforme à la tradition française car on pouvait convoquer Domat, Pothier ou

même Demogue et beaucoup d'autres pour soutenir qu'une victime était en faute à laisser son dommage s'aggraver alors qu'elle pouvait y remédier<sup>15</sup>. Le droit comparé comme le droit international montrait combien la règle était par ailleurs répandue<sup>16</sup>. Intemporel, universel, le principe paraissait bien *naturel*. Et pourtant, il était contraire, au moins en apparence, à la jurisprudence de la Cour de cassation. Dans une formule solennelle, celle-ci avait jugé en 2003 que « l'auteur d'un accident doit en réparer toutes les conséquences dommageables ; que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »<sup>17</sup>.

<sup>12</sup> Cass. ass. plén., 14 avr. 2006, n° 02-11.168 : *JurisData* n° 2006-033181 ; Bull. civ. ass. plén. 2006, n° 5. - n° 04-18.602 : *JurisData* n° 2006-033180 ; Bull. civ. ass. plén. 2006, n° 6 ; JCP G 2006, II, 10087, note P. Grosse ; GAJ civ., 2015, vol. 2, n° 183 et n° 184, aux références duquel on ajoutera Dr. et patrimoine, oct. 2006, p. 99 et les obs.

<sup>13</sup> P. Catala, préc. note (1), art. 1373.

<sup>14</sup> F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme de la responsabilité civile* : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, art. 23.

<sup>15</sup> A. Laude, *L'obligation de minimiser son propre dommage existe-t-elle en droit français ?* : LPA 20 nov. 2002, p. 55.

<sup>16</sup> S. Reifegerste, *Pour une obligation de minimiser le dommage*, préf. H. Muir-Watt : PUAM 2002, n° 25 à 91.

<sup>17</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 19 juin 2003, n° 01-13.289 : *JurisData* n° 2003-019462 ; Bull. civ. 2003, II, n° 203 ; GAJ civ., 2015, vol. 2, n° 193 ; JCP G 2003, II, 10170, note C. Castets-Renard.

17 - Cette position d'apparence dogmatique ayant été adoptée à propos de dommages corporels, elle paraissait fondée sur le respect dû à l'intégrité du corps humain car, compris de manière intransigeante, ce principe permet mal de tenir pour fautif un refus de soins pour soi-même<sup>18</sup>. Pourtant, malgré quelques arrêts plus nuancés<sup>19</sup>, la Cour de cassation jugeait jusqu'en matière de dommage patrimonial et jusqu'en matière contractuelle que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable »<sup>20</sup>. En réalité, cette formule n'était pas aussi absolue qu'elle le paraissait. Nul ne semble, par exemple, avoir soutenu qu'au cas où un plombier manque à colmater correctement une fuite, son client peut, au motif que « la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable », contempler passivement l'inondation gagner plutôt que de fermer l'arrivée d'eau. L'incurie de la victime pouvait parfaitement être prise en compte par le juge pour circonscrire le préjudice réparable s'il y voyait la cause d'une partie du dommage dont elle réclamait réparation<sup>21</sup>. Il lui fallait simplement prendre garde à fonder cette réduction sur la vénérable théorie de la faute de la victime et non sur un prétendu devoir de minimiser son préjudice.

18 - L'article 1263 se borne ainsi à ôter au *duty to mitigate* à la française le masque que lui offrait la théorie de la faute de la victime. Il en déclare l'existence plus qu'il ne la constitue, tout en le cantonnant au domaine des contrats, où ce devoir se justifie le mieux. Cette justification est au moins triple. Au plan social, d'abord, il est légitime d'inciter chacun à gérer rationnellement ses affaires. Au plan microéconomique, ensuite, il est cohérent d'attendre d'un contractant, c'est-à-dire d'une personne qui s'engage volontairement en vue d'un avantage, une certaine rationalité économique, spécialement en matière commerciale. Au plan pratique, enfin, la victime est souvent la mieux placée pour savoir quoi faire pour éviter que sa situation empire et pour pouvoir le faire. Il est donc utile de susciter son initiative à cet égard.

19 - Au demeurant, l'innovation portée par l'article 1263 est modeste car le devoir qu'il consacre à la charge du créancier d'indemnité est triplement limité. En premier lieu, il n'est pas tenu de prendre des mesures destinées à minimiser le dommage existant, il est seulement tenu d'agir en vue d'en contenir l'aggravation. Ce n'est pas du tout pareil et marque le cousinage de ce devoir d'initiative avec la théorie de la faute de la vic-

time. En effet, l'aggravation du dommage, c'est un dommage nouveau ; si le créancier l'a laissé se développer sans rien faire alors qu'il pouvait aisément le prévenir, il a effectivement commis une faute d'abstention sans laquelle ce dommage n'aurait pas existé ; autrement dit, une faute causale. Si l'on avait imposé au créancier de prendre des mesures en vue de réduire le dommage qu'a déjà causé l'inexécution, on serait sorti de la logique de la faute de la victime, car on aurait réduit son indemnisation sans pouvoir dire que son inertie avait en quoi que ce soit causé le dommage. Le *duty to mitigate* du droit anglais va jusque-là ; le projet de réforme du droit français non.

20 - En second lieu, le créancier d'indemnité est seulement tenu de prendre des mesures « sûres et raisonnables ». Le premier adjectif est équivoque mais on peut penser qu'il ne signifie pas « efficaces », car ce serait redondant avec le fait que les mesures prises doivent être « propres à » éviter l'aggravation du dommage. Sans doute vise-t-il plutôt l'idée que les mesures ne doivent pas menacer la sécurité de quiconque. En ce cas, il fait un peu double emploi avec l'exigence du caractère « raisonnable » desdites mesures. Toutefois, cette épithète exprime aussi l'idée qu'on ne peut pas attendre du créancier la prise de mesures disproportionnées. Le texte cite la proportionnalité qui doit exister entre la mesure et la fortune du créancier, mais ce n'est qu'un exemple (« notamment »). Il ne serait pas non plus possible de reprocher au créancier d'avoir omis de prendre une mesure dont le coût serait disproportionné à l'enjeu. À nouveau, c'est affaire de rationalité économique.

21 - Enfin, avant de pouvoir faire grief au créancier d'avoir omis de prendre une mesure, encore faut-il prouver que celle-ci était « propre à éviter l'aggravation du dommage », c'est-à-dire efficace. Le créancier n'a pas à être téméraire, pas même audacieux. Il doit gérer son affaire en bon père de famille ; on ne saurait donc lui reprocher d'avoir omis de prendre une mesure aléatoire. Au demeurant, il ne pourrait sans doute même pas en obtenir remboursement sur le fondement de l'article 1237 car ce texte, commun aux deux ordres de responsabilité, n'admet d'indemniser les dépenses engagées en vue d'éviter l'aggravation du préjudice qu'au cas où « elles ont été raisonnablement engagées ». Hors circonstances extrêmes, une mesure d'intérêt aléatoire satisfait mal ce test.

22 - Ainsi limité, ainsi corseté, le devoir de prévenir l'aggravation du préjudice est une innovation si prudente qu'on pourrait songer à l'étendre au-delà de la matière contractuelle, réserve faite du dommage corporel<sup>22</sup>. Sa définition présente l'avantage de préciser le type de faute qu'on peut reprocher à la victime dans ces circonstances. Elle favorise ainsi une meilleure prévisibilité des solutions judiciaires. C'est précisément ce dont manque le plus le droit de la responsabilité. ■

18 Par ex. *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 15 janv. 2015, n° 13-21.180 : *JurisData* n° 2015-00234 ; *D.* 2015, p. 1075, note Th. Gisclard ; *RDC* 2015, p. 461, obs. J.-S. Borghetti ; *JCP G* 2015, 436, J. Houssier.

19 Par ex., à propos d'un préjudice de privation de jouissance d'un bien, *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 24 nov. 2011, n° 10-25.635 : *JurisData* n° 2011-025881 ; *Bull. civ.* 2011, II, n° 217 ; *JCP G* 2012, doct. 530, n° 3, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2012, p. 437, obs. S. Carval.

20 Par ex., à propos d'un préjudice fiscal, *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 2 juill. 2014, n° 13-17.599 : *JurisData* n° 2014-014857 ; *JCP G* 2014, doct. 1323, n° 9, obs. M. Bacache ; *RDC* 2015, p. 24, obs. G. Viney ; *D.* 2014, p. 1919, note C. Boismain.

21 Par ex., à propos de la négligence d'un client à avoir pallié celle de son cocontractant en procédant ou en faisant procéder au rinçage d'une chaudière : *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 2 oct. 2013, n° 12-19.887, inédit ; *RDC* 2014, p. 27, obs. O. Deshayes, jugé que « l'inertie dont avait fait preuve Mme X avait accru son préjudice ».

22 En ce sens, F. Leduc, *Les règles générales régissant la réparation du dommage* : *JCP G* 2016, suppl. au n° 30-35 du 25 juill., spéc. n° 14.

**Propositions de modifications**

« Chapitre II. - Les conditions de la responsabilité

(...)

« Section 3. - Dispositions propres à la responsabilité contractuelle

- « Article 1250. - **Tout manquement au contrat** ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre.
- « Article 1251. - Sauf faute **dolosive** ou lourde de sa part, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat.
- « Article 1252. - [pas de changement]

« Chapitre III. - Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité

« Section 1. - Les causes d'exonération

- « Article 1253. - [pas de changement]

(...)

« Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

« Section 1. - Principes

(...)

« Sous-section 2. - Les dommages et intérêts

(...)

- « Article 1263. - [pas de changement]

**SERVICE INCLUS**  
dans votre abonnement papier

**Lexis® Kiosque** Consultez vos revues au format numérique

Et profitez de vos articles en **lecture audio!** Nouveau!

**→ Vos avantages :**

- Accédez à votre bibliothèque de revues **en un clic** ;
- Consultez votre revue à tout moment, même **sans accès internet**, une fois téléchargée ;
- Bénéficiez d'un **confort de lecture** et d'un accès optimisé pour chaque support de consultation (tablette, smartphone) ;
- Stockez et retrouvez **très simplement** vos anciens numéros ;
- Feuilletez **librement** votre revue, ou sélectionnez un article précis.

**GUIDE D'ACCÈS À LEXIS® KIOSQUE**  
depuis mon smartphone ou ma tablette

LEXISV0022

- ① Je m'identifie sur [www.lexisnexis.fr/lexiskiosque](http://www.lexisnexis.fr/lexiskiosque) avec mon numéro client\*
- ② Je reçois par email sécurisé mon **login** et mon **mot de passe**
- ③ Je **télécharge gratuitement** sur App Store ou Google Play l'appli Lexis® Kiosque
- ④ Je me **connecte à Lexis® Kiosque** grâce à mon login et mon mot de passe
- ⑤ Je **télécharge ma revue** dans ma bibliothèque virtuelle (Inclus dans mon abonnement papier)

Disponible sur

(\*Retrouvez votre numéro client sur le « blister » de votre revue)

**LexisNexis®**  
Informations **01 71 72 47 70**

# Les règles générales régissant la réparation du dommage



**Fabrice Leduc,**  
professeur à l'université François-Rabelais  
de Tours

## Avant-projet de loi

### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

#### « Section 1. - Principes

« 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.

« Article 1259. - La réparation peut prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

#### « Sous-section 1. - La réparation en nature

« Article 1260. - La réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage.

« Article 1261. - La réparation en nature ne peut être imposée à la victime.

« Elle ne peut non plus être ordonnée en cas d'impossibilité, ou lorsqu'elle porterait atteinte à une liberté fondamentale ou entraînerait pour le responsable un coût manifestement déraisonnable au regard de son intérêt pour la victime.

« Sous les mêmes conditions, le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires.

#### « Sous-section 2. - Les dommages et intérêts

« Article 1262. - Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

« En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte.

« Chacun des chefs de préjudice allégués est évalué distinctement.

« 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.

« Article 1264. - Sauf circonstances exceptionnelles justifiant l'affectation par le juge des dommages et intérêts à une mesure de réparation spécifique, la victime est libre de disposer des sommes allouées.

Les règles générales régissant la réparation du dommage, qui figurent aux articles 1258 à 1264 de l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, consacrent dans une large mesure des solutions prétorienne bien établies, en les précisant à l'occasion. Mais elles contiennent aussi certaines innovations (obligation de minimiser le dommage ; évaluation distincte de chaque chef de préjudice) et renferment quelques lacunes.

## 1. Les principes fondamentaux (art. 1258 et 1259)

1 - **La date de naissance de la créance de réparation.** - La jurisprudence n'est pas toujours d'une très grande netteté quant à la date à laquelle la créance de réparation naît dans le patrimoine de la victime, singulièrement en matière contractuelle. Une cla-

rification légale à cet égard serait donc la bienvenue. Or, l'avant-projet de loi élude la question. C'est une lacune qu'il paraît opportun de combler.

La responsabilité civile étant source d'obligation, il y a lieu, en logique, de faire naître la créance de réparation à l'instant même où toutes les conditions d'existence de la responsabilité se trouvent réunies. Or, cet instant est nécessairement celui de la réalisation du dommage puisque les autres conditions (fait générateur et lien de causalité) préexistent par hypothèse. Il conviendrait donc de retenir que, tant en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle, la créance de réparation naît dans le patrimoine de la victime au jour de la réalisation du dommage. À la réflexion, la proposition demande à être affinée. C'est qu'en effet, il se peut qu'un décalage existe entre le moment où le dommage se manifeste et celui où il existe en son principe (un dommage existe en son principe soit quand il s'est déjà produit mais ne s'est pas encore révélé extérieurement, soit quand il ne s'est pas encore produit mais va, de manière certaine, se réaliser). Puisqu'un dommage existant en son principe est, par hypothèse, certain et partant d'ores et déjà réparable, rien ne s'oppose à ce qu'on fasse naître la créance de réparation de la victime à cette date.

On proposera donc l'ajout d'un article énonçant la règle suivante : la créance de réparation naît au jour où la certitude du dommage est acquise en son principe<sup>1</sup>.

2 - **Article 1258 : le principe de la réparation intégrale.** - Alors que le principe de la réparation intégrale n'était explicitement formulé par aucun texte, l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile lui offre, à l'instar des projets antérieurs, une consécration légale. L'énoncé légal du principe n'a rien d'innovant : il reprend en substance la formule qu'utilise la Cour de cassation depuis 1954.

Pour classique qu'elle soit, la formulation du principe de la réparation intégrale retenue par l'article 1258 n'apparaît pas pleinement satisfaisante. Ouvrant une section consacrée aux « principes » régissant les effets de la responsabilité, il n'est pas douteux que ce texte embrasse les matières délictuelle et contractuelle. Or, la finalité de la réparation intégrale n'est pas la même dans ces deux domaines, de sorte qu'une formulation uniforme manque de rigueur. Une déclinaison s'impose.

3 - En matière extracontractuelle, le fait dommageable a toujours pour effet de dégrader une situation préexistante. L'objectif de la réparation intégrale est par conséquent de rétablir, autant que faire se peut, le *statu quo ante delictum* : il s'agit de combler la différence entre la situation de la victime avant le fait dommageable et celle qui est la sienne au jour du jugement. Il s'ensuit qu'en énonçant que « 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 », l'article 1258 retient une définition de la réparation intégrale parfaitement adaptée à la matière extracontractuelle.

4 - Les choses sont, en revanche, plus complexes en matière contractuelle. Deux situations doivent être distinguées.

La première est celle où la responsabilité contractuelle du débiteur défaillant est seule recherchée (ou l'est en complément de la résiliation du contrat). Le fait dommageable, qui réside dans l'inexécution du contrat, n'a pas, comme en matière extracontractuelle, pour effet de détériorer une situation préexistante, il a bien plutôt pour effet de priver le créancier d'une situation bénéfique à venir, celle qui devait résulter de la bonne exécution du contrat jusqu'à son terme. Ce dont il résulte que la réparation du dommage contractuel doit tendre à placer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat avait été correctement exécuté. La réparation intégrale a, en l'occurrence, pour objet de combler la différence entre la situation dans laquelle le créancier se serait trouvé si le contrat avait été dûment exécuté et sa situation effective actuelle. Il s'agit, en d'autres termes, de reconstituer fictivement une situation espérée mais non advenue.

La seconde situation est celle où le créancier agit en responsabilité contractuelle en complément de la résolution du contrat (laquelle se caractérise par la restitution de l'intégralité de ce que les parties se sont procuré l'une à l'autre<sup>2</sup>). En pareille occurrence, deux thèses s'affrontent entre lesquelles doctrine et jurisprudence balancent.

La première soutient que la finalité de la réparation intégrale ne saurait être la même que dans l'hypothèse précédente au motif que le droit se contredirait si d'un côté, par la résolution, il s'employait à effacer tous les effets du contrat et d'un autre côté s'appliquait, par la responsabilité contractuelle, à placer le créancier dans la situation qui aurait été la sienne si le contrat avait été correctement exécuté. Un argument *a coherentia* commanderait donc de retenir que la réparation du dommage contractuel complémentaire à la résolution doit tendre à placer le créancier dans la situation où il se serait trouvé si le contrat n'avait pas été conclu. Ce dont il s'infère que la réparation intégrale doit tendre, en l'occurrence, à combler la différence entre la situation dans laquelle le créancier se trouverait si le contrat litigieux n'avait pas été conclu et sa situation effective actuelle.

La seconde thèse considère, quant à elle, que la réparation additionnelle à la résolution a la même finalité que lorsque la responsabilité contractuelle est seule recherchée. L'idée sous-jacente est qu'un contrat résolu doit être soigneusement distingué d'un contrat nul : la résolution ne saurait, en effet, occulter le fait qu'un contrat valable a été originellement conclu, à l'exécution duquel le créancier avait intérêt. En conséquence, la réparation complémentaire à la résolution doit, elle aussi, chercher à placer le créancier dans la situation dans laquelle il se fût trouvé si le contrat avait été dûment exécuté.

Afin d'éviter les flottements jurisprudentiels, il importe que le législateur prenne clairement partie sur l'objectif que doit poursuivre la réparation intégrale du dommage contractuel complémentaire à la résolution du contrat.

5 - Au regard des observations qui précèdent, la rédaction de l'article 1258 gagnerait à être précisée : après un premier alinéa formulant de manière générique le principe de la réparation intégrale, la suite du texte en déclinerait la finalité spécifique en

1 V. *infra* Propositions de modifications.

2 C. civ., art. 1229, al. 3, issu de l'Ord. n° 2016-131.

matière extracontractuelle (alinéa 2) et en matière contractuelle (alinéa 3)<sup>3</sup>.

**6 - Article 1259 : les formes de la réparation.** - Cette disposition, inspirée de l'avant-projet *Catala*<sup>4</sup>, consacre la dualité des formes de la réparation : réparation en nature et réparation pécuniaire. Graver cette distinction classique des modes de réparation dans un texte dont la portée couvre les responsabilités délictuelle et contractuelle permet de consacrer de manière définitive la place de la réparation en nature en matière contractuelle, dont on sait qu'elle a pu être contestée par d'éminents auteurs<sup>5</sup>.

7 - Cela étant, l'ajout d'une précision peut être préconisé. Le choix de la forme adéquate de réparation passe nécessairement par une pesée des intérêts antagonistes en conflit : intérêt de la victime au premier chef mais aussi intérêt du responsable (cf. art. 1261, al. 2) voire, au-delà, intérêt de certains tiers ou intérêt général. Pour cette raison, il paraît utile de rappeler qu'à hauteur de principe, le choix de la forme de la réparation relève de l'appréciation souveraine des juges du fond.

## 2. La réparation en nature (art. 1260 et 1261)

**8 - Observation générale.** - Si, du fait de la fongibilité absolue de la monnaie, la réparation pécuniaire est *a priori* apte à réparer n'importe quel préjudice, il n'en va pas de même de la réparation en nature. Dans cette perspective, la Sous-section 1 consacrée à la réparation en nature s'emploie à encadrer celle-ci, en déterminant les conditions spécifiques auxquelles elle est soumise. Le juge devrait ainsi être amené à motiver davantage son choix d'ordonner une mesure de réparation en nature, à peine d'encourir une censure pour manque de base légale.

**9 - Article 1260.** - En énonçant que la mesure de réparation en nature doit être spécifiquement propre à supprimer, réduire ou compenser le dommage, l'avant-projet de loi consacre l'exigence, mise en lumière de longue date par M<sup>me</sup> Roujou de Boubée, d'une « équivalence qualitative » entre la réparation en nature ordonnée et le dommage subi<sup>6</sup>. Il faut que la condamnation en nature ait pour effet d'effacer en tout ou partie le dommage ou qu'à tout le moins, elle entre en correspondance avec le dommage, faute de quoi il s'agirait non d'une mesure de réparation mais d'une condamnation arbitraire. Aussi bien, cette première condition spécifique de la réparation en nature n'est-elle pas contestée. D'une part, la Cour de cassation exerce déjà un contrôle sur les décisions des juges du fond prononçant une réparation en nature, en censurant les condamnations en nature qui lui paraissent arbitraires<sup>7</sup> ; d'autre part, les projets

*Catala*<sup>8</sup> et *Terré*<sup>9</sup> formulaient la même exigence dans des termes identiques à ceux de l'article 1260 de l'avant-projet de loi. Ce texte mérite donc d'être conservé sans changement.

**10 - Article 1261, alinéa 1<sup>er</sup>.** - En énonçant que la réparation en nature ne peut être imposée à la victime, le texte pose une deuxième condition spécifique au prononcé d'une mesure de réparation en nature : il faut que la victime ne s'y oppose pas. Que la victime réclame exclusivement des dommages et intérêts et refuse toute réparation en nature et le juge ne pourra pas ordonner une mesure de réparation en nature. Une sérieuse limite - qu'à vrai dire la jurisprudence de la Cour de cassation préfigurait déjà<sup>10</sup> - est ainsi posée au traditionnel principe de souveraineté des juges du fond dans le choix de la forme de la réparation.

Il est permis de n'être pas convaincu. Pour justifier techniquement cette solution, la Cour de cassation a brandi le principe dispositif<sup>11</sup>. Mais alors, il faudrait en toute rigueur admettre symétriquement que le juge ne peut pas ordonner une réparation pécuniaire quand la victime réclame une réparation en nature, ce que la Haute juridiction se refuse à faire<sup>12</sup>. L'appel au principe dispositif laisse donc sceptique. Si l'on se place sur le plan de la politique juridique, la formulation de l'article 1261, alinéa 1<sup>er</sup> apparaît trop abrupte. En cas d'atteinte à l'honneur ou à la réputation, par exemple, elle interdirait au juge d'ordonner la publication du jugement de condamnation en lieu et place des dommages et intérêts réclamés par la victime ; en cas de troubles anormaux de voisinage, elle empêcherait le juge d'ordonner au responsable de réaliser des travaux chez lui afin de faire cesser ou, à tout le moins, d'atténuer le trouble lorsque la victime ne sollicite que des dommages et intérêts. Il est douteux que de telles solutions marquent un progrès dans la réalisation de l'objectif d'une réparation appropriée.

Aussi bien, la formulation de l'article 1261, alinéa 1<sup>er</sup> gagnerait-elle à être nuancée. Dans cette perspective, l'impossibilité d'imposer la réparation en nature à la victime pourrait être restreinte à deux cas seulement. *Primo*, la réparation en nature ne peut être imposée à la victime lorsque son prononcé pourrait heurter une liberté fondamentale de celle-ci : on ne saurait, par exemple, imposer à la victime, à titre de réparation en nature, une intervention chirurgicale, fut-elle entièrement prise en charge par le responsable. *Secundo*, la réparation en nature ne peut être imposée à la victime lorsque le refus de celle-ci est justifié par une perte légitime de confiance envers le responsable<sup>13</sup>.

**11 - Article 1261, alinéa 2.** - Cette disposition ajoute trois conditions supplémentaires spécifiques au prononcé d'une mesure de réparation en nature.

3 V. *infra* Propositions de modifications.

4 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2006, art. 1369.

5 V. J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations* : PUF, coll. *Thémis*, 2000, 22<sup>e</sup> éd., t. 4, p. 318 et s., spéc. n° 169.

6 M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation* : LGDJ, coll. *bibl. dr. privé*, 1974, t. 135, p. 272.

7 V. par ex., Cass. 1<sup>re</sup> civ., 14 mai 1992, n° 90-14.047 : *JurisData* n° 1992-001081.

8 P. Catala, *préc. note* (4), art. 1369.

9 F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme de la responsabilité civile* : Dalloz, coll. *thèmes et commentaires*, 2011, art. 51.

10 V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 18 mars 2010, n° 09-13.376 : *JurisData* n° 2010-002066.

11 CPC, art. 4.

12 V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 2015, n° 14-12.548, inédit.

13 C'est au demeurant cette hypothèse qu'avait en vue l'arrêt du 18 mars 2010, *préc. note* (10), dans lequel la commune qui s'était rendue coupable d'une voie de fait sur un immeuble proposait d'effectuer elle-même les travaux de remise en état.

Premièrement, la réparation en nature ne peut être ordonnée en cas d'impossibilité. Il semble qu'on puisse faire l'économie de cette précision. De deux choses l'une, en effet : soit l'impossibilité est juridique, en ce que la réparation en nature est prohibée par un texte précis ou par un principe général (tel le principe de séparation des autorités administrative et judiciaire ou celui de l'intangibilité de l'ouvrage public) et il paraît superflu de rappeler que la décision du juge ne doit pas aller *contra legem* ; soit l'impossibilité est matérielle, en ce que la réparation en nature serait *in specie* impuissante à réparer le dommage, et l'article 1260 pourvoit déjà à la mise à l'écart de la réparation en nature en pareille occurrence.

Deuxièmement, la réparation en nature ne peut pas être ordonnée lorsqu'elle porterait atteinte à une liberté fondamentale du défendeur. Cette restriction, déjà proposée par le projet *Terré*<sup>14</sup>, mérite d'être conservée pour une double raison : d'une part, elle rencontre la jurisprudence<sup>15</sup> ; d'autre part, elle fait pendant à la restriction dont on a proposé l'introduction dans l'alinéa précédent : la réparation en nature ne peut pas être prononcée lorsqu'elle heurterait une liberté fondamentale de la victime.

Troisièmement, la réparation en nature ne peut pas être ordonnée lorsque le bilan coût (pour le responsable)/avantage (pour la victime) s'avère disproportionné. Cette restriction, déjà formulée par les *Principles of European Tort Law*<sup>16</sup> et par le projet *Terré*<sup>17</sup>, est, à la vérité, appliquée de longue date par la jurisprudence<sup>18</sup>. Il y a donc lieu de la conserver, d'autant qu'elle entre en résonance avec le nouvel article 1221 du Code civil, aux termes duquel l'exécution forcée en nature d'une obligation contractuelle, qui était auparavant inconditionnée, ne peut désormais plus être poursuivie « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier ».

12 - **Article 1261, alinéa 3.** - En prévoyant que le juge peut autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable, qui peut être condamné à en faire l'avance, cette disposition reprend une proposition déjà formulée de façon convergente par l'avant-projet *Catala*<sup>19</sup> puis par le projet *Terré*<sup>20</sup>, qui mérite l'approbation, dans la mesure où elle est un facteur d'accélération de la réparation.

### « Article 1262, alinéa 3. - La règle d'évaluation distincte de chaque chef de préjudice allégué, que pose cette disposition, constitue une innovation »

## 3. Les dommages et intérêts (art. 1262 à 1264)

13 - **Article 1262 : règles générales régissant l'évaluation des dommages et intérêts.** - Cet article consacre des solutions prétoriques bien établies (alinéas 1 et 2) et propose une innovation (alinéa 3).

14 - **Article 1262, alinéa 1<sup>er</sup>.** - En énonçant que l'évaluation des dommages et intérêts se fait *in concreto* et au jour où le juge statue - ce qui permet de tenir compte des variations intrinsèques du dommage en relation avec le fait générateur et de celles de son expression pécuniaire en relation avec les fluctuations de la monnaie -, cette disposition ne fait que consacrer une jurisprudence constante depuis 1942, suivant en cela les brisées des projets antérieurs<sup>21</sup>.

15 - **Article 1262, alinéa 2.** - Cette disposition, qui prévoit que la victime peut réclamer un complément d'indemnité en cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, reprend là encore une solution prétorique constante, que les projets antérieurs avaient, eux aussi, consacrée<sup>22</sup>.

Mais le texte n'envisage que l'aggravation du dommage postérieurement au jugement et n'évoque pas la question de l'indemnisation complémentaire d'un chef de préjudice préexistant

dont la réparation n'a pas été demandée lors de l'instance initiale. L'indemnisation complémentaire de ce préjudice préexistant non réparé doit-elle être subordonnée à la condition qu'il ait été inconnu au moment de la demande initiale ? La jurisprudence n'est pas des plus nettes à cet égard, ce qui

rend une clarification légale nécessaire. Le principe de la réparation intégrale pousse à évincer une telle condition tandis qu'une compréhension rigoureuse du principe de concentration des moyens issu de la jurisprudence *Cesareo*, qui tirerait vers la concentration des demandes, pourrait militer en sens contraire. Parce qu'il paraît opportun que la protection des victimes l'emporte sur des considérations tenant à la gestion du service public de la justice, il serait souhaitable que l'alinéa 2 de l'article 1262 précise que la victime est en droit de réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice non inclus dans la demande initiale<sup>23</sup>.

16 - **Article 1262, alinéa 3.** - La règle d'évaluation distincte de chaque chef de préjudice allégué, que pose cette disposition, constitue une innovation, en ce qu'elle est dotée d'une portée générale qui déborde le cas des atteintes à l'intégrité physique. Semblable encadrement de la liberté des juges du fond dans l'évaluation des dommages et intérêts, qui va dans le sens d'une meilleure motivation des décisions statuant sur la répa-

14 F. Terré (ss dir.), préc. note (9), art. 51, al. 1<sup>er</sup>.

15 V. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 oct. 1989, n° 88-13.364 : *JurisData* n° 1989-703078. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 27 janv. 1993, n° 91-14.839 : *JurisData* n° 1993-000179.

16 *Principles of European Tort Law*, art. 10:104.

17 F. Terré (ss dir.), préc. note (9), art. 51, al. 1<sup>er</sup>.

18 V. Cass. req., 23 mars 1909 : DP 1910, 1, p. 343.

19 P. Catala, préc. note (4), art. 1369-1, al. 2.

20 F. Terré (ss dir.), préc. note (9), art. 51, al. 2.

21 P. Catala, préc. note (4), art. 1372. - F. Terré, (ss dir.), préc. note (9), art. 52, al. 1<sup>er</sup>.

22 P. Catala, préc. note (4), art. 1375. - F. Terré, (ss dir.), préc. note (9), art. 52, al. 1<sup>er</sup>.

23 Cf. P. Catala, préc. note (4), art. 1375.

ration et d'une application plus précise du principe de la réparation intégrale, avait au demeurant été proposé par les projets antérieurs<sup>24</sup>.

Tout au plus pourrait-on, pour pousser jusqu'au bout l'effort de motivation destiné à faciliter l'acceptation par la victime de la décision évaluant les dommages et intérêts, ajouter, en reprenant à cet égard une proposition de l'avant-projet *Catala*, qu'en cas de rejet d'une demande relative à un chef de préjudice, le juge doit motiver spécialement sa décision.

17 - **Capital ou rente.** - Inséré dans une section consacrée aux règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommages, l'article 1272 de l'avant-projet de loi prévoit que l'indemnisation de certains chefs de préjudices résultant d'une atteinte à l'intégrité physique doit, en principe, se faire sous forme de rente. Cette disposition déroge à un principe sous-entendu mais non formulé dans la section consacrée aux principes généraux régissant l'évaluation de la réparation, celui de la souveraineté des juges du fond dans le choix de la forme des dommages et intérêts : capital et/ou rente. Par souci de complétude, il serait souhaitable d'ajouter un alinéa dans l'article 1262 rappelant ce principe<sup>25</sup>.

18 - **Article 1263.** - Ce texte, relatif à l'obligation pour la victime de minimiser son préjudice, apporte une véritable nouveauté. Il innove doublement.

19 - En premier lieu, en posant le principe même d'une obligation de minimiser son préjudice (la victime qui a négligé de prendre les mesures sûres et raisonnables qui auraient permis de modérer son dommage s'expose à une réduction de son indemnisation), l'article 1263 dément la Cour de cassation qui répète avec constance, depuis plus d'une décennie, que la victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable. On peut approuver que la loi ait, à cet égard, pris le parti de combattre la jurisprudence. Il existe, en effet, de solides arguments en faveur de la reconnaissance de l'obligation de minimiser son préjudice : argument juridique (on ne voit pas pourquoi la victime serait affranchie du devoir général de diligence qui incombe à toute personne en toutes circonstances) ; argument économique (la consécration de l'obligation de minimiser le préjudice est de nature à réduire le coût global de la réparation) ; argument moral (ne pas mettre à la charge de la victime une obligation de minimiser son préjudice, c'est accepter que la victime négligente, qui n'a rigoureusement rien fait pour réduire son dommage, reçoive une indemnisation plus élevée que la victime diligente qui s'est employée à le modérer). Au demeurant, la plupart des systèmes juridiques européens font peser sur la victime une telle obligation de modérer son préjudice et les projets de réforme antérieurs avaient opéré le même choix<sup>26</sup>.

20 - En second lieu, l'article 1263 restreint le périmètre de l'obligation de minimiser son préjudice, en comparaison des projets antérieurs. La restriction est double.

La première a trait à la teneur même de l'obligation de modération. Dans l'absolu, celle-ci peut avoir un double objet : d'une part, réduire *a posteriori* la consistance d'un préjudice entièrement réalisé et imputable en totalité au défendeur (fonction curative) ; d'autre part, éviter l'aggravation intrinsèque du préjudice ou l'apparition d'un préjudice nouveau subséquent (fonction préventive). Alors que les projets *Catala* et *Terré* ne distinguaient pas entre ces deux aspects, l'article 1263 ne consacre que le second. Ce choix mérite d'être approuvé. Réduire le droit à réparation de la victime au motif qu'elle n'a pas fait tout son possible pour que le responsable n'ait pas à réparer intégralement un dommage qui lui est pourtant entièrement imputable (1<sup>re</sup> facette de l'obligation de modération), c'est méconnaître le principe de la réparation intégrale, proclamé par l'article 1258, qui veut que le responsable répare tout le dommage qu'il a causé. En revanche, réduire le droit à réparation de la victime qui a négligé de prendre des mesures qui auraient permis de prévenir l'aggravation de son dommage ou l'apparition d'un dommage nouveau subséquent (2<sup>e</sup> facette de l'obligation de modération) se justifie aisément. Si la victime ne s'emploie pas à empêcher l'aggravation intrinsèque de son préjudice ou l'apparition d'un préjudice nouveau subséquent, elle adopte un comportement qui contribue à la réalisation de son dommage final, de sorte que celui-ci est dû pour partie au fait générateur imputable au responsable et pour partie à la faute de la victime elle-même, tant il est vrai que le statut de victime ne dispense pas de respecter le devoir général de prudence et de diligence qui s'impose à chacun en toute circonstance (d'autant que le principe d'évaluation du préjudice au jour où le juge statue rend possible la prise en considération du comportement de la victime jusqu'à cette date). Une exonération partielle du responsable à raison de la faute de la victime est alors pleinement justifiée. Et il est à noter que la réduction du droit à indemnisation de la victime, en pareille occurrence, ne heurte aucunement le principe de la réparation intégrale puisque celui-ci n'impose que la réparation pleine et entière par le défendeur du dommage qu'il a lui-même causé.

La seconde restriction affecte le domaine de l'obligation de minimiser le dommage. L'article 1263 cantonne cette obligation à la matière contractuelle, alors que les projets de réforme antérieurs l'étendaient à la matière extracontractuelle. Ce cantonnement n'emporte pas la conviction. D'une part, les arguments d'ordre juridique, économique et moral précédemment évoqués au soutien de l'obligation de minimiser le dommage valent aussi bien pour la matière extracontractuelle que pour la matière contractuelle et militent donc en faveur d'une portée générale de la minimisation des préjudices ; d'autre part, l'idée qu'en ne prenant pas les mesures sûres et raisonnables de nature à éviter l'aggravation de son dommage, la victime commettrait une faute ayant contribué à l'étendue finale de celui-ci justifiant la réduction de son droit à indemnisation est d'égale pertinence en matières délictuelle et contractuelle. L'extension de l'obligation de modérer son préjudice au domaine extracontractuel - auquel ressortit exclusivement le dommage corporel (art. 1233, al. 2) - devrait cependant être assortie d'une limite qu'impose

24 P. Catala, préc. note (4), art. 1374. - F. Terré, (ss dir.), préc. note (9), art. 52, al. 2.

25 V. infra Propositions de modifications.

26 P. Catala, préc. note (4), art. 1373. - F. Terré, (ss dir.), préc. note (9), art. 53.

l'article 16-3 du Code civil : il ne saurait être reproché à la victime de ne pas avoir pris une mesure de modération susceptible de porter atteinte à son intégrité physique<sup>27</sup>.

21 - **Article 1264.** - Le principe de libre disposition par la victime des dommages et intérêts qui lui sont alloués, que formule ce

texte, reprend une solution jurisprudentielle constante et incontestée<sup>28</sup>. Tout au plus pourrait-on suggérer de réserver, au titre des dérogations au principe, à côté des circonstances exceptionnelles justifiant l'affectation par le juge des dommages et intérêts à une mesure de réparation spécifique, les cas où une disposition légale particulière prévoit l'affectation de l'indemnité<sup>29</sup>. ■

## Propositions de modifications

### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

#### « Section 1. - Principes

« Article 1257-1 [ajouté]. - **La créance de réparation naît au jour où la certitude du dommage est acquise en son principe.**

« Article 1258. - Sous réserve de dispositions ou de clauses contraires, la réparation doit avoir pour objet de **placer** la victime autant qu'il est possible dans la situation où elle se serait trouvée **si le dommage ne lui avait pas été causé**. Il ne doit en résulter pour elle ni perte ni profit.

« **En matière extracontractuelle, la réparation doit tendre à replacer la victime dans la situation où elle serait demeurée si le fait dommageable n'avait pas été commis.**

**Variante n° 1** « **En matière contractuelle, la réparation doit tendre à placer le créancier dans la situation qui eût été la sienne si le contrat avait été dûment exécuté.**

**Variante n° 2** « **En matière contractuelle, la réparation doit tendre à placer le créancier dans la situation qui eût été la sienne si le contrat avait été dûment exécuté ou, en cas de résolution, dans la situation où il se trouverait si le contrat n'avait pas été conclu.**

« Article 1259. - La réparation peut, **au choix du juge**, prendre la forme d'une réparation en nature ou d'une condamnation à des dommages et intérêts, ces deux types de mesures pouvant se cumuler afin d'assurer la réparation intégrale du préjudice.

#### « Sous-section 1. - La réparation en nature

« Article 1260. - [sans changement]

« Article 1261. - La réparation en nature ne peut être imposée à la victime **lorsque l'opposition de celle-ci est justifiée par l'exercice d'une liberté fondamentale ou par une perte légitime de confiance envers le responsable.**

« **Elle ne peut non plus être ordonnée lorsqu'elle porterait atteinte à une liberté fondamentale du responsable ou entraînerait pour celui-ci un coût manifestement déraisonnable au regard de son intérêt pour la victime.**

« Sous les mêmes conditions, le juge peut également autoriser la victime à prendre elle-même les mesures de réparation en nature aux frais du responsable. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires.

#### « Sous-section 2. - Les dommages et intérêts

« Article 1262. - Les dommages et intérêts sont évalués au jour du jugement, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu affecter la consistance et la valeur du préjudice depuis le jour de la manifestation du dommage, ainsi que de son évolution raisonnablement prévisible.

« Chacun des chefs de préjudice allégués est évalué distinctement. **Le rejet d'une demande relative à un chef de préjudice doit être spécialement motivé.**

« **Les dommages et intérêts peuvent être alloués, au choix du juge, sous forme d'un capital ou d'une rente, sous réserve des dispositions de l'article 1272.**

« En cas d'aggravation du dommage postérieurement au jugement, la victime peut demander un complément d'indemnité pour le préjudice qui en résulte. **Elle peut également réclamer une indemnisation complémentaire pour tout chef de préjudice préexistant non inclus dans la demande initiale.**

« Article 1263. - 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 ou l'apparition d'un préjudice nouveau subséquent, **sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique.**

« Article 1264. - Sauf **disposition légale contraire** ou circonstances exceptionnelles justifiant l'affectation par le juge des dommages et intérêts à une mesure de réparation spécifique, la victime est libre de disposer des sommes allouées.

27 V. *infra* Propositions de modifications.

28 P. Catala, *préc. note* (4), art. 1377. - F. Terré, (*ss dir.*), *préc. note* (9), art. 55.

29 Par ex. C. *assur.*, art. L. 121-17.

# L'amende civile



**Suzanne Carval,**  
professeur à l'université de Rouen Normandie,  
CUREJ EA 4703

## Avant-projet de loi

### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

#### « Section 1. - Principes

(...)

#### « Sous-section 4. - L'amende civile

« Art. 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.

1 - « Je souhaite doter le droit de la responsabilité civile français d'une fonction préventive et de sanction des comportements qui, sans nécessairement être pénalement incriminés, sont socialement inacceptables<sup>1</sup> ». Cette déclaration récente de M. le garde des Sceaux révèle les progrès réalisés par l'idée que la responsabilité civile n'est pas seulement un instrument de réparation des dommages, et qu'elle peut utilement sanctionner des comportements répréhensibles, surtout lorsqu'ils échappent, pour des raisons de fait ou de droit, à l'emprise des sanctions pénales ou administratives. On s'en félicitera, car le mouvement de diversification de la répression a surtout profité, jusqu'ici, aux autorités administratives indépendantes. Le juge civil est resté en marge de ce phénomène, alors qu'il connaît de nombreux comportements fautifs, et qu'il est donc bien placé pour punir certains d'entre eux.

2 - Encore faut-il lui en donner les moyens.

À cette fin, l'avant-projet met tout d'abord en œuvre un procédé classique, qui consiste à priver les auteurs de fautes graves d'une règle protectrice. Reprenant des solutions de droit positif, il dispose par exemple que le préposé qui a commis une faute intentionnelle ne bénéficie pas de l'immunité civile (C. civ., art. 1249 al. 4), et que le débiteur auteur d'une faute intentionnelle ou lourde ne peut, ni échapper à la réparation du dommage impré-

visible (C. civ., art. 1251), ni s'abriter derrière une clause d'exonération (C. civ., art. 1283). Le procédé est également utilisé par l'article 1282, qui valide les clauses exonératoires de responsabilité délictuelle sous condition que celle-ci ne résulte pas d'une faute, ainsi que par l'article 1254, qui supprime l'effet exonératoire partiel de la faute de la victime d'un dommage corporel, sauf s'il s'agit d'une faute lourde. L'effet punitif de ces solutions est certain, surtout lorsque la faute n'est pas couverte par une assurance. Il est cependant bridé par le fait que la condamnation ne peut excéder le montant du dommage, parfois bien inférieur à celui des profits retirés de la faute.

3 - Dans la même veine, l'avant-projet durcit la sanction des retards de paiement, non en ce qui concerne les intérêts moratoires, qui ont déjà fait l'objet de réformes importantes<sup>2</sup>, mais sur le plan de l'indemnité complémentaire prévue par l'actuel article 1153, alinéa 4 du Code civil. Cette indemnité, qui compense le préjudice indépendant du retard, est aujourd'hui subor-

2 On citera par exemple celle imposée par les directives 2000/35/CE du 29 juin 2000 et 2011/7/UE du 16 février 2011, relatives à la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales. Elles contraignent de nombreux professionnels à stipuler des pénalités de retard dont le taux ne peut être inférieur à trois fois le taux de l'intérêt légal. Plus récemment, l'ordonnance n° 2014-947 du 20 août 2014 a modifié l'article L. 313-2 du Code monétaire et financier, qui prévoit désormais un taux légal plus élevé que le taux ordinaire pour les créanciers personnes physiques qui n'agissent pas pour des besoins professionnels.

1 Entretien avec J.-J. Urvoas : *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2016, 6211.

donnée à la preuve de la mauvaise foi du débiteur. L'article 1280, alinéa 3 de l'avant-projet abandonne cette exigence, et se borne à disposer que « le créancier auquel son débiteur en retard a causé un préjudice supplémentaire, peut obtenir des dommages et intérêts distincts des intérêts moratoires de la créance ». Les débiteurs qui ne respectent pas les échéances, et mettent leurs créanciers dans des situations difficiles, seront donc exposés à des dommages-intérêts plus élevés qu'aujourd'hui. Toutefois, là encore, la condamnation ne pourra excéder le montant du dommage, ce qui constitue un frein évident à son effet d'intimidation.

4 - Le fer de lance de la fonction punitive de la responsabilité civile figure donc à l'article 1266 de l'avant-projet, sous la forme d'une amende civile qui est totalement distincte des dommages-intérêts et dont le montant pourra être très supérieur à celui du dommage. Ce texte est beaucoup plus ambitieux que ceux qui viennent d'être évoqués. Il introduit en droit de la responsabilité une sanction adaptée à l'objectif de répression des fautes graves. Il fait preuve d'une certaine orthodoxie, en préférant l'amende civile, connue du droit français, aux dommages-intérêts punitifs, qui n'ont pas bonne presse de ce côté de l'Atlantique. Cependant, il ne manquera pas de susciter de fortes oppositions, tant de la part de ses victimes potentielles que de tous ceux qui, par principe, sont hostiles à la multiplication des outils répressifs.

5 - Ainsi, même si l'on est favorable à l'objectif poursuivi par les auteurs de cette proposition, il convient d'en analyser le contenu avec circonspection, afin d'identifier les obstacles qui pourraient se dresser sur sa route. Parmi eux, il nous semble que figure un risque sérieux d'inconstitutionnalité. Il y a en effet de bonnes raisons de penser que l'article 1266, en tant qu'il institue une peine, est soumis au principe de légalité. Or, il n'est pas évident qu'il en respecte les exigences. Ce constat doit conduire à envisager une solution de repli, qui pourrait consister dans la sanction plus modeste, mais non dépourvue d'intérêt, qu'est la restitution des profits illicites.

Une présentation des avantages de l'amende civile de l'article 1266 (1) précèdera donc celle du risque d'inconstitutionnalité auquel ce texte est exposé (2), ainsi que de la solution de rachat qui peut être envisagée (3).

## 1. Les avantages de l'amende civile

6 - Le premier mérite de l'article 1266 est de doter la responsabilité civile d'un instrument de sanction des comportements fautifs qui est conçu comme tel. L'amende civile est parfaitement distincte des dommages-intérêts compensatoires et son régime est sans conteste celui d'une peine. L'alinéa 1<sup>er</sup> dispose qu'elle ne peut être infligée qu'aux auteurs de fautes particulièrement graves, ceux qui ont « délibérément commis une faute lourde ». Il est donc exclu qu'elle frappe des responsables sans faute, même s'ils ont causé des dommages d'une grande ampleur, ou les auteurs de négligences ou imprudences, y compris grossières. Quant à l'alinéa 2, il prévoit que le montant de l'amende est fonction de « la gravité de la faute commise », des « facultés contributives de l'auteur », ainsi que, le cas échéant, des « profits

qu'il en aura retirés ». Ces critères sont les mêmes que ceux qui servent à fixer le montant des amendes pénales.

7 - Même si l'amende civile n'est pas limitée aux fautes lucratives, on devine qu'elle est essentiellement destinée à réprimer ces comportements, que l'on rencontre dans des domaines très divers. C'est à leur sujet que le besoin d'une sanction civile dissuasive est le plus marqué, raison pour laquelle les avant-projets *Catala-Viney* et *Terré* avaient proposé, pour le premier, l'instauration de dommages-intérêts punitifs<sup>3</sup> et, pour le second, la restitution des profits illicites<sup>4</sup>. L'article 1266 emprunte une voie dont ses auteurs ont estimé qu'elle était plus conforme à notre tradition juridique<sup>5</sup>. Ceci se vérifie surtout à l'égard des dommages-intérêts punitifs, à qui l'on peut effectivement reprocher d'enrichir indument les victimes. Ils présentent cependant l'avantage de les inciter à porter leur affaire en justice, surtout lorsque le dommage est peu important. L'amende civile n'a pas cet effet mais, sous cette réserve, et à la condition que les juges fassent usage du pouvoir que leur confère le texte<sup>6</sup>, il n'y a pas lieu de penser quelle serait moins efficace.

8 - On observe également que l'amende civile n'est pas cantonnée à la matière délictuelle, alors que dans la plupart des pays de *Common law*, les dommages-intérêts punitifs sont exclus du domaine contractuel. Ce choix de l'avant-projet est heureux car les fautes lourdes délibérées se rencontrent dans ces deux domaines, de même que la recherche d'un profit illicite.

9 - Enfin, l'article 1266 encadre la décision sur le montant de la peine à l'aide, d'une part, des critères figurant à son alinéa 2 - gravité de la faute, faculté contributive de l'auteur et montant des profits - et, d'autre part, des plafonds institués par ses alinéas 3 et 4. En son principe, ce dispositif doit être approuvé car il vise à assurer tant la protection des fautifs qu'une certaine homogénéité dans la fixation du montant des amendes. On formulera néanmoins une réserve au sujet du plafond applicable aux personnes morales, qui semble exagérément élevé. Dix pour cent du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise, c'est tout d'abord le double de ce qui est prévu pour l'amende civile de l'article L. 442-6, III du Code de commerce (5 % du même chiffre d'affaires), sans qu'on discerne la raison de cet écart. En outre, que le plafond soit de 5 ou 10 %, il pourrait atteindre plusieurs milliards d'euros pour les grandes entreprises françaises, ce qui est hors de proportion avec la gravité des fautes que le juge civil pourrait avoir à sanctionner. Du coup, on s'interroge sur son utilité : à quoi sert un plafond aussi vertigineusement élevé ?

3 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription : La documentation française, 2005, art. 1371.*

4 F. Terré (*ss dir.*), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2011, art. 54.*

5 J.-J. Urvoas, *préc. note (1), p. 37.*

6 Selon l'article 1266, al. 1, le prononcé de l'amende est une simple faculté offerte au juge.

10 - En revanche, l'affectation du montant de l'amende à un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi<sup>7</sup>, prévue par l'alinéa 5, est une bonne mesure. Outre son intérêt financier pour le fonds concerné, elle procurera au demandeur la satisfaction de constater que son action bénéficie à une collectivité dont il se sentira plus proche que du Trésor public.

## 2. Un risque d'inconstitutionnalité ?

11 - Aussi intéressante que soit la proposition contenue à l'article 1266, elle ne sera d'aucune utilité si elle se heurte aux prescriptions d'une norme supérieure. Son inconstitutionnalité, ou son inconstitutionnalité, fera obstacle à son inscription dans le droit positif. Nous ne sommes pas qualifiée pour conduire un examen exhaustif de cette question mais il nous paraît important d'attirer l'attention des auteurs de l'avant-projet sur une décision du Conseil constitutionnel qui offre, de ce point de vue, d'importants enseignements. Il s'agit de celle du 13 janvier 2011, qui est relative à l'amende civile de l'article L. 442-6 III du Code de commerce<sup>8</sup>. Cette amende, dont les critères de calcul et les plafonds sont voisins de ceux institués par l'article 1266<sup>9</sup>, peut être infligée par le juge civil, sur demande du ministre de l'Économie ou du ministère public, à l'auteur d'une pratique restrictive de concurrence. Les pratiques sont énumérées aux premiers alinéas de l'article L. 442-6, et certaines sont définies en des termes peu précis. Il en est ainsi, en particulier, du point I, 2°, selon lequel : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* ». Les auteurs de la QPC ont soutenu que l'expression « *déséquilibre significatif* » était trop vague, et contraire au principe de légalité des délits et des peines.

12 - Avant cette saisine, le Conseil constitutionnel avait déjà décidé que ce principe s'appliquait aux sanctions punitives prononcées par une autorité non juridictionnelle<sup>10</sup>. Par sa décision du 13 janvier 2011<sup>11</sup>, il a jugé qu'il s'imposait également aux peines prononcées par les juridictions civiles. Selon le Conseil, « compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il (...) est loisible [au législateur] d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile », mais il ajoute que c'est « à la condition de respecter les exigences des articles 8 et 9

de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement »<sup>12</sup>. Il ne fait donc pas de doute que l'article 1266 de l'avant-projet, qui instaure une amende civile à visée répressive, est soumis à l'exigence constitutionnelle d'une définition claire et précise des fautes concernées.

13 - Or, il n'est pas du tout évident que ce texte énonce avec suffisamment de précision les prescriptions dont il sanctionne la violation. Au sujet de l'article L. 442-6 du Code de commerce, le Conseil constitutionnel a fait preuve d'une grande souplesse, en jugeant que l'expression critiquée de « *déséquilibre significatif* » était suffisamment claire et précise (pour des raisons qu'il n'est pas utile de rappeler ici) et que la disposition critiquée respectait le principe de légalité<sup>13</sup>. On peut être tenté d'en inférer que l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1266 présenterait ces mêmes qualités. Les auteurs de l'avant-projet ont pris soin de définir la faute punissable de façon étroite, en exigeant qu'elle soit « *lourde* », et commise « *délibérément* ». La conjonction de ces deux critères de gravité, l'un objectif, l'autre subjectif, resserre de façon non négligeable le champ des conduites concernées par l'amende civile.

14 - Il y a pourtant une différence de taille entre ce texte et l'article L. 442-6 du Code de commerce. Celui-ci contient une liste limitative de pratiques restrictives, qui sont définies en leur élément matériel. Ce catalogue d'infractions civiles aurait pu être rédigé en des termes plus précis, mais il a au moins le mérite d'exister. L'article 1266, alinéa 1<sup>er</sup> ne recèle aucune liste de cette sorte. Il se borne à poser des exigences relatives à l'élément moral de la faute : celle-ci doit être délibérée, et présenter un caractère objectif de gravité. L'élément matériel est totalement élué. Tel qu'il est rédigé, le texte a vocation à saisir toutes les fautes civiles, de celles du pollueur à celles du chauffard, en passant par celles des cartellistes, des médecins ou des organes de presse. Et il va sans dire que parmi le large éventail de ces fautes, beaucoup sont définies par la jurisprudence, sans autre support textuel que le principe général de l'article 1382 du Code civil. Comment, dans ces conditions, soutenir que le principe de légalité des délits et des peines serait respecté ? Avec l'article 1266, alinéa 1<sup>er</sup>, on ne peut même pas vérifier que les agissements réprimés par l'amende civile sont définis avec assez de précision ; ces agissements ne sont tout simplement pas définis par le texte, ce qui est radicalement contraire à l'article 8 de la Déclaration des droits de 1789.

L'amende civile ne peut être raisonnablement envisagée qu'au sein de dispositions beaucoup plus précises et ciblées que l'article 1266. Le législateur devrait d'ailleurs y recourir plus systé-

7 On pense par exemple à l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux (ONIAM) ou au Fonds de garantie des assurances obligatoires (FGAO), mais des fonds *ad hoc* pourraient également être concernés.

8 *Cons. const.*, 13 janv. 2011, n° 2010-85 QPC, *Éts Darty et Fils* : *JurisData* n° 2011-014563 ; *JCP G* 2011, 274, note D. Mainguy ; *RDC* 2011, p. 536 et 538, obs. M. Béhar-Touchais.

9 Depuis 2015 pour les plafonds applicables aux personnes morales. Au jour de la décision du Conseil constitutionnel, le plafond était de 2 millions d'euros. Les auteurs de l'avant-projet se sont visiblement inspirés de ce texte pour rédiger l'article 1266.

10 V. par ex, *Cons. const.*, 10 juin 2009, n° 2009-580 DC : *JurisData* n° 2009-024431. - *Cons. const.*, 30 mars 2006, n° 2006-535 DC : *JO* 2 avr. 2006, p. 4964. - *Cons. const.*, 27 juill. 2000, n° 2000-433 DC : *JO* 2 août 2000, p. 11922.

11 n° 2010-85 QPC, *préc. note* (8).

12 Par la récente décision n° 2016-542 QPC du 18 mai 2016 (*JurisData* n° 2016-009284), il a également jugé que le principe constitutionnel de personnalité des peines « s'applique non seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi à toute sanction ayant le caractère d'une punition » et que l'amende civile de l'article L. 442-6 du Code de commerce, tel qu'interprété par la Cour de cassation, était conforme à ce principe.

13 Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que le degré de précision requis n'est pas uniforme et qu'il varie selon la nature de l'infraction.

matiquement lorsqu'il entreprend des réformes sectorielles, qui se prêtent à l'interdiction de comportements spécifiques. En revanche, elle n'a pas sa place dans le droit commun de la responsabilité civile, ce qui impose de réfléchir à son remplacement.

### 3. Vers une solution de repli : la restitution des profits

15 - Si l'on veut rester sur la ligne de l'avant-projet, celle de l'insertion dans le Code civil d'un texte de portée générale, il ne servirait à rien de remplacer l'amende civile par des dommages-intérêts punitifs. Leur visée répressive, et leur mode de calcul usuel<sup>14</sup>, nous conduisent à penser qu'ils relèvent, comme elle, de la matière pénale<sup>15</sup>. Ils sont donc également soumis au principe de légalité et ne peuvent être prévus pour des fautes qui ne seraient pas mieux définies que celles de l'article 1266. À cet égard, il est intéressant de relever que le Québec, qui a importé cette sanction issue de la *Common law*, a fait le choix de ne pas l'autoriser par voie de disposition générale. L'article 1621 de son code civil définit leur régime, mais en précisant qu'il s'applique aux seuls dommages-intérêts punitifs qui sont prévus par des dispositions particulières<sup>16</sup>.

Dans ces conditions, le plus simple est de revenir à la proposition de l'article 54 de l'avant-projet *Terré*, qui autorise la victime d'une faute lucrative à demander la restitution des profits que son auteur en a retirés<sup>17</sup>. Cette sanction mérite d'être réétudiée, car il y a tout lieu de penser qu'elle échappe au principe de légalité des délits et des peines (A). Quant à son régime, il pourrait être défini à partir des préconisations de l'avant-projet *Terré*, légèrement amendées (B).

**« Si l'on veut rester sur la ligne de l'avant-projet, celle de l'insertion dans le Code civil d'un texte de portée générale, il ne servirait à rien de remplacer l'amende civile par des dommages-intérêts punitifs »**

#### A. - Une sanction non soumise au principe de légalité

16 - Il est vrai que le Conseil constitutionnel n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. Lorsque la sanction de la restitution des profits a été introduite dans le Code de la propriété intellectuelle<sup>18</sup>, la question de sa conformité à l'article 8 de la Déclaration de 1789 ne s'est pas posée, car les infractions de contrefaçon qu'elle réprime sont rigoureusement définies par la loi.

17 - En faveur de son caractère punitif, on pourrait faire valoir qu'elle figure parmi les peines complémentaires du Code pénal, qui comprennent la confiscation du produit de l'infraction<sup>19</sup>. L'argument est pourtant loin d'être décisif. Il existe une différence sensible entre une disposition qui se borne à priver le fautif de ses profits illicites, et celles qui font de ces profits l'un des critères de la fixation du montant de la peine, ou qui la limitent par un plafond égal à un multiple des profits. Dans le premier cas, la mesure ampute le patrimoine du fautif d'une somme d'argent qui s'y trouvait de manière illicite. Elle se borne à opérer le rétablissement de la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il avait respecté la règle de droit. En cela, elle s'apparente aux

restitutions qui découlent de l'annulation ou de la résolution d'une convention, ou aux mesures d'expulsion qui sont prises contre des occupants sans titre. Dans de nombreux droits européens, elle est la sanction de l'enrichissement sans cause, et elle n'y est pas regardée comme étant de nature punitive<sup>20</sup>. Dans le second cas, la sanction n'est pas limitée par le montant du produit de la faute ; elle peut même lui être très supérieure. C'est ce qu'autorise l'article 1266, alinéa 3 en disposant que l'amende peut « atteindre le décuple du montant du profit ou de l'économie réalisés », ou le plafond très élevé de son alinéa 4, exprimé en pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise. La qualification de peine n'est alors pas discutable.

Les deux types de sanction n'ont donc pas la même nature et l'on peut raisonnablement penser que la restitution du profit illicite, qui se borne à rétablir la légalité, échappe au régime contraignant des sanctions punitives<sup>21</sup>.

14 Il repose le plus souvent sur la gravité de la faute et la situation patrimoniale du défendeur ; pour les droits nord-américains, V. D. Gardner, *L'immixtion du pénal dans le civil, l'expérience des dommages punitifs en Amérique du nord* : Resp. civ. et assur. 2013, dossier 25.

15 Ce point est sujet à controverse, V. Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droits français, allemand et anglais*, thèse Paris II, n° 278 et s.

16 Selon l'article 1621, al. 1<sup>er</sup>, « Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». Parmi les lois qui autorisent les dommages-intérêts punitifs, on trouve la Charte des droits fondamentaux et la loi sur la protection des consommateurs. V. D. Gardner, *préc. note* (13).

17 F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, préc. note* (4). Le projet de réforme du droit des contrats contient un article 120, selon lequel : « Toutefois, en cas de dol, le créancier de l'obligation inexécutée peut préférer demander au juge que le débiteur soit condamné à lui verser tout ou partie du profit retiré de l'exécution », F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit des contrats* : Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009. Sur la restitution des profits en matière contractuelle, V. Z. Jacquemin, *thèse préc. note* (14), n° 405 et s.

18 CPI, art. L. 331-1-3 ; art. L. 521-7 ; art. L. 615-7 ; art. L. 716-14.

19 C. pén., art. 131-6, 10 ; art. 131-16, 5°

20 Pour le droit anglais, V. *Aggravated, Exemplary and Restitutionary Damages* : Law Commission Report, 1997, p. 167 et s., qui cite Lord Diplock in *McCarey vs Associated Newspapers Ltd* (N° 2), [1965] 2 Q. B., 86, 107 : « This is not punishment ; it is merely preventing the defendant from obtaining a reward from his wrong-doing ».

21 Dans le même sens, G. Viney, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile* : D. 2009, p. 2944, spéc. p. 2947 ; Z. Jacquemin, *thèse préc. note* (15), n° 434.

## B. - Un régime déjà défini

18 - L'article 54 de l'avant-projet *Terré* contient des suggestions convaincantes, qui pourraient être reprises, avec quelques retouches et précisions.

19 - Il restreint tout d'abord le prononcé de la mesure aux cas dans lesquels « l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative ». La condition d'une faute lucrative s'impose avec la force de l'évidence ; sans elle, la question du profit ne se pose pas. L'exigence d'un caractère intentionnel peut être discutée, car il est concevable de sanctionner par la restitution des profits l'auteur d'une négligence qui s'est avérée profitable. Mais il paraît suffisant, s'agissant d'une sanction destinée à dissuader la commission des fautes lucratives, de n'en frapper que ceux qui les commettent à dessein. Ils sont les plus attentifs aux conséquences des actes qu'ils envisagent.

20 - Le texte dispose ensuite que « le juge a la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur ». On peut s'interroger sur le choix qui est fait de laisser le juge maître de sa décision. Si les conditions de la restitution sont établies, ceci signifie que la victime a fourni un effort probatoire considérable, en établissant la faute, son caractère intentionnel, le montant du dommage, et enfin celui des profits. Cette dernière preuve n'est pas la plus simple car elle suppose l'accès à des documents détenus par le seul défendeur. Dans ces conditions, il nous semble que la restitution devrait être de droit pour la victime qui la demanderait.

21 - Pour cette même raison, nous pensons qu'il faut suivre l'avant-projet *Terré* en ce qu'il ne prévoit pas l'affectation, à un fonds ou au Trésor public, de la part du profit qui excède le montant du dommage. Celle-ci revient à la victime. Certains pourront s'émouvoir de cet enrichissement mais, outre que l'enrichissement de la victime est moins choquant que celui du fautif, il convient d'être réaliste : quelle victime se donnera la peine d'établir les éléments ci-dessus évoqués si la somme excédant son dommage ne lui est pas destinée ? Et si elle ne rapporte pas cette preuve, comment le juge pourra-t-il constater que les conditions de la restitution sont remplies ?

22 - La précision relative au caractère inassurable de la part du profit excédant le dommage doit évidemment être conservée, sans quoi l'effet dissuasif de la sanction pourrait être affaibli.

23 - Enfin, il conviendrait de s'interroger sur un point qui n'est pas traité par l'article 54 de l'avant-projet *Terré*, celui de la relation causale qui doit exister entre le profit et la situation individuelle de la victime. Lorsqu'une faute cause des dommages de masse, il est évident qu'il ne faut pas prendre en considération le profit total qu'elle génère pour son auteur mais celui qui est réalisé « sur le dos » de chaque victime. Il est par exemple exclu qu'une victime d'un produit défectueux, qui établirait que le fabricant a fait sciemment le choix de commercialiser un produit dangereux et moins coûteux, puisse demander la restitution du profit retiré de la totalité des ventes de ce produit. Pour éviter un tel résultat, peut-être serait-il utile de préciser que le profit restituable est celui qui est relation directe avec la lésion des intérêts de la victime. ■

### Proposition de modification

#### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

##### « Section 1. - Principes

(...)

##### « Sous-section 4. - La restitution des profits

« Art. 1266. - Lorsque l'auteur du dommage a intentionnellement commis une faute lucrative, la victime a le choix entre la réparation de ses préjudices et la restitution des profits qui sont en relation directe avec la lésion de ses intérêts.

« La part des profits qui excède la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité.

# Les conventions sur la réparation



**Olivier Gout,**  
professeur à l'université Jean Moulin (Lyon 3)

## Avant-projet de loi

### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

#### « Section 3. - Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice

##### « Sous-section 1. - Contrats excluant ou limitant la réparation

« 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.

##### « Sous-section 2. - Clauses pénales

« Article 1284. - Lorsque le contrat stipule que celui qui manquera de l'exécuter paiera une certaine pénalité à titre de réparation, il ne peut être alloué à l'autre partie une pénalité plus forte ni moindre.

« Néanmoins, le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

« Lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent.

« Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite.

« Sauf inexécution définitive, la pénalité n'est encourue que lorsque le débiteur est mis en demeure.

**L'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile comble un vide et rationalise la matière en prévoyant une section entièrement consacrée aux contrats portant sur la réparation d'un préjudice. Loin de se contenter de consolider des solutions existantes, il innove et parfois contredit le droit positif en posant le principe de validité des clauses de réparation dans le domaine extracontractuel. Sans l'affirmer explicitement, les textes autorisent également le recours aux clauses pénales en matière extracontractuelle.**

<sup>1</sup> - Si l'actuel Code civil régit de façon assez détaillée le jeu des clauses pénales, on ne peut pas en dire autant des contrats excluant ou limitant la réparation. L'avant-projet de loi comble ainsi un vide et rationalise la matière en prévoyant, dans un Chapitre IV relatif aux effets de la responsabilité, une Section 3 consacrée aux « contrats portant sur la réparation d'un préjudice » distinguant « les contrats excluant ou limitant la réparation » dans une Sous-section 1 et « les clauses pénales » dans une Sous-section 2.

2 - Ce vide sera d'autant plus criant lorsque l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du contrat, du régime général et de la preuve des obligations entrera en application puisque celle-ci ne contient aucune indication quant au statut des clauses de responsabilité, à l'exception de la clause pénale<sup>1</sup>, les promoteurs de cette ordonnance ayant pris le parti de renvoyer le traitement de la réparation du préjudice à la réforme du droit de la responsabilité civile<sup>2</sup>. Il est donc urgent de compléter et de préciser le régime de la réparation du préjudice contractuel<sup>3</sup>, même si le jeu des articles 1170 et 1231-3 du futur Code civil consacre déjà tout à la fois le principe de validité de ces clauses et leurs limitations.

3 - Pour en revenir à l'étude des textes commentés, sur un plan formel d'abord, il paraît tout à fait justifier de dédier aux conventions qui nous intéressent une section à part entière. Quant à l'appellation « contrats<sup>4</sup> portant sur la réparation d'un préjudice », elle s'explique par le fait que les rédacteurs de l'avant-projet de loi consacrent opportunément la distinction entre le dommage, qui fait référence au siège de l'atteinte, et le préjudice, qui vise quant à lui la nature de l'intérêt lésé (V. not. Avant-projet, art. 1235). C'est donc, en appliquant cette distinction, le préjudice dont on sollicite l'indemnisation. L'utilisation du mot « contrat », qui peut *a priori* surprendre puisqu'il est plutôt d'usage de parler de « clause », s'explique par le fait que les conventions relatives à la réparation peuvent être envisagées en dehors des relations contractuelles.

4 - Substantiellement ensuite, l'inclusion dans le Code civil de règles pour l'heure essentiellement jurisprudentielles permet à la matière de gagner en accessibilité, en prévisibilité et en sécurité comme il est coutume de le dire. Pour autant, les auteurs de l'avant-projet ne se contentent pas, loin s'en faut, de codifier des règles déjà existantes. Si, en effet, certains principes dégagés par les articles 1281 et suivants se réapproprient des solutions dont les contours ont déjà été dessinés par la jurisprudence, d'autres paraissent plus inédits et vont jusqu'à contredire le droit positif.

5 - On précisera, même si cela va sans dire, que les clauses réglementées ne concernent que celles spécifiques à la réparation proprement dite, eu égard à la matière relevant de cet avant-projet. Ne sont pas concernées les clauses de responsabilité qui permettent d'augmenter ou d'alléger les obligations qui pèsent sur les parties, par exemple en transformant une obligation de moyen en obligation de résultat ou inversement.

6 - Pour satisfaire au mieux à l'exercice de commentaire des règles de l'avant-projet, le parti a été pris de reprendre l'ordre

des textes en distinguant les différentes conventions envisagées par l'avant-projet.

## 1. Les contrats excluant ou limitant la réparation

7 - L'article 1281 commence par poser en règle que les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extra-contractuelle. Explorons successivement l'une et l'autre de ces matières en s'en tenant à la chronologie annoncée qui, curieusement, a été inversée dans les articles 1282 et 1283. Sans doute d'ailleurs conviendrait-il d'y remédier.

### A. - Les contrats régissant la matière contractuelle

8 - L'affirmation du principe de validité des clauses exclusives ou limitatives de réparation n'est que la consécration du droit positif, la Cour de cassation ayant dès la fin du 19<sup>e</sup> siècle eu l'occasion de retenir cette solution<sup>5</sup>. Certaines conditions sont toutefois requises pour que ces clauses s'expriment pleinement.

9 - **Oposabilité des clauses.** - Pour produire effet il importe d'abord, comme le précise logiquement l'article 1283, alinéa 2, que la partie à laquelle la clause est opposée ait pu en prendre connaissance avant la formation du contrat. Le débiteur contractuel doit donc avoir sensibilisé son cocontractant à l'existence de la clause et aura, *a minima*, la charge de prouver cette prise de connaissance.

10 - L'article 1283, alinéa 2 devra toutefois être concilié avec l'article 1603, alinéa 2 de l'avant-projet relatif aux chaînes translatives de propriété. Selon celui-ci, « les obligations du vendeur peuvent être invoquées par les acquéreurs successifs du bien, fut-il incorporé à un autre, et ce quel que soit le contrat à l'origine de l'acquisition, dans la double limite des obligations du vendeur et des droits de l'acquéreur ». Autant dire qu'une clause limitative de responsabilité figurant dans le contrat passé entre le vendeur et le premier acquéreur pourra être opposée au sous-acquéreur. L'action directe contractuelle, imaginée pour venir au secours des intérêts du sous-acquéreur victime, ne saurait contrevenir aux prévisions du vendeur initial. Dès lors, si le sous-acquéreur fait le choix de l'action contractuelle, l'article 1603, alinéa 2 n'édicte qu'une simple faculté, il devra accepter de se voir opposer la clause de réparation, quand bien même il n'en aurait pas pris connaissance. Pour clarifier la situation, peut-être faut-il le préciser explicitement dans l'article 1283, alinéa 2 en indiquant que ce dispositif ne joue pas dans le cas particulier de l'article 1603, alinéa 2.

11 - **Efficacité des clauses.** - Outre le fait que la responsabilité contractuelle ne peut être limitée ou exclue par contrat en

1 V. *Ord. n° 2016-131, art. 1231-5.*

2 V. *Rapport au président de la République*, obs. sous la sous-section 5 (La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat) de la section 5 (inexécution du contrat) du chapitre IV (les effets du contrat).

3 G. Viney, *Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité* : JCP G 2016, doctr. 99, spéc. n° 49.

4 Largement défini dans l'article 1101 de l'ordonnance comme un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.

5 V. par ex. *Cass. civ., 24 janv. 1874 : DP 1876, I, jurispr. p. 133.*

cas de dommage corporel<sup>6</sup>, l'avant-projet consacre trois autres limites à l'efficacité des clauses dans l'article 1283, alinéa 1<sup>er</sup>.

12 - On retrouve d'abord l'hypothèse traditionnelle de la faute lourde qui vise, selon la jurisprudence actuelle, un comportement dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de la mission contractuelle qui lui a été confiée. Le texte ne fait donc sur ce point que se réapproprier le droit positif et n'appelle pas d'observation particulière si ce n'est qu'on doit l'approuver.

13 - On trouve ensuite l'hypothèse dans laquelle la clause litigieuse contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite. Si cette fois-ci la limitation ne figure pas dans les textes actuels, elle est aujourd'hui bien admise depuis la célèbre jurisprudence *Chronopost* et apparaît explicitement dans l'article 1170 de l'ordonnance du 10 février 2016 réformant le droit des contrats où il est affirmé que toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du contrat est réputée non écrite. Il n'est pas possible de revenir à l'occasion de ces quelques lignes sur les hésitations et les difficultés à définir l'obligation essentielle<sup>7</sup>, si ce n'est pour rappeler qu'aujourd'hui une clause ne doit pas être annulée au seul motif qu'elle aménage les conséquences d'une obligation essentielle mais par le fait qu'elle vide de sa substance une telle obligation<sup>8</sup>. Si l'exclusion visée par l'avant-projet paraît nécessaire et incontournable, il importe cependant de suggérer de réputer non écrite ces clauses, et pas simplement de les priver d'effet, non seulement pour des raisons de compatibilité évidente avec l'article 1170 du Code civil mais aussi parce que c'est plus largement aujourd'hui la sanction consacrée pour les clauses illicites. D'ailleurs, contrairement aux hypothèses des fautes intentionnelle ou lourde susceptibles de neutraliser *a posteriori* une clause de réparation, la clause qui contredit la portée de l'obligation essentielle doit être, quant à elle, neutralisée *a priori* car s'appréciant au regard de données contemporaines à la formation du contrat. D'où la différence de situation.

14 - On trouve enfin, au titre de la troisième cause d'inefficacité, la faute intentionnelle qui se substitue à la faute dolosive. Il s'agit d'une véritable innovation de l'avant-projet. Il importe de rappeler que la faute dolosive vise, dans la jurisprudence actuelle, celle d'un contractant qui refuse à dessein d'exécuter un contrat, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant<sup>9</sup>. Pour éviter toute confusion avec le dol exigé au moment de la formation du contrat, il est apparu opportun de lui substituer une expression plus neutre et la faute intentionnelle paraît clairement plus explicite. Tout au plus faut-il souligner qu'il ne faudra pas confondre la faute

intentionnelle du Code civil avec celle du Code des assurances. Selon la définition que lui donne la Cour de cassation, la faute intentionnelle, au sens de l'article L. 113-1 du Code des assurances, est celle qui suppose la volonté de causer le dommage et pas seulement d'en créer le risque<sup>10</sup>. Peut-être est-il possible de trouver une autre formule comme « la faute inexcusable », qui pourrait de surcroît se substituer à la fois à la faute lourde et à la faute intentionnelle puisque constituant une catégorie plus générale. La matière ne gagnerait-elle pas plus encore en lisibilité ?

## B. - Les contrats régissant la matière extracontractuelle

15 - **Validité des clauses de réparation.** - Il est en général enseigné aujourd'hui que la jurisprudence prohibe par principe les conventions relatives à la responsabilité en matière délictuelle<sup>11</sup>. La solution se justifie par le caractère d'ordre public de la responsabilité délictuelle comme en atteste de manière éclatante l'arrêt rendu le 17 février 1955 qui affirme que « sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du Code civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par une convention »<sup>12</sup>. Parce qu'en matière délictuelle l'obligation est d'origine légale, les particuliers ne peuvent pas déroger aux règles relatives à la responsabilité. Mais ce principe de prohibition ne vaut que pour les conventions conclues avant la réalisation d'un dommage puisque celles qui interviennent postérieurement sont tout à fait licites. En témoigne la possibilité de transiger sur l'indemnisation de ses préjudices. Surtout, ce principe de prohibition, auquel il est tentant et presque naturel de souscrire, découle du postulat selon lequel les règles de la responsabilité extracontractuelle s'appliqueraient exclusivement entre personnes n'entretenant aucune relation avant le dommage, ce qui, pour le coup, est une idée erronée. Que l'on songe aux relations de voisinages ou aux activités de services bénévoles<sup>13</sup>.

16 - Voici que l'avant-projet de loi innove en posant en règle, dans son article 1281, la validité de principe en matière extracontractuelle des contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation. La solution s'inscrit dans le sillage de l'avant-projet *Catala*<sup>14</sup> et de la proposition de loi *Béteille* portant réforme de la responsabilité civile<sup>15</sup> qui suggèrent également d'atténuer la rigueur du droit positif à l'égard des clauses limitatives de réparation en matière délictuelle. Une partie de la doctrine milite en effet en faveur d'une évolution du droit

6 V. sur ce point, J. Knetsch, *Le traitement préférentiel du dommage corporel* : JCP G 2016, supplément au n° 30-35 du 25 juillet, p. XX.

7 V. en dernier lieu les obs. d'É. Savaux, *Le contenu du contrat in Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : Observations et propositions de modifications* : JCP G 2015, supplément au n° 21, p. 20, spéc. n° 13.

8 Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841 : *JurisData* n° 2010-010628 ; D. 2010, p. 1832, note D. Mazeaud ; JCP E 2010, 1790, P. Stoffel-Munck ; JCP G 2010, 787, D. Houtcieff.

9 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 4 févr. 1969 : JCP G 1969, II, 16030, note R. Prieur.

10 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 10 avr. 1996, n° 93-14.571 : *JurisData* n° 1996-001504 ; Bull. civ. 1996, I, n° 172.

11 V. par ex - Cass. civ., 18 juill. 1934 : DP 1935, jurispr. p. 38, note R. Roger.

12 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 17 févr. 1955 : D. 1956, jurispr. p. 17, note P. Esmein.

13 V. d'une manière plus générale sur cette question, V. Abbas, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extra-contractuelle* : PUAM, 2008, préf. F. Leduc.

14 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2005.

15 X. Béteille, *Prop. de loi Sénat*, n° 657, 9 juill. 2010, spéc. art. 1386-33.

français sur la question, ne serait-ce que pour le faire rayonner et le décloisonner sur la scène internationale et européenne<sup>16</sup>.

17 - **Champ d'application des clauses de réparation.** - La nouveauté pourrait paraître spectaculaire. Sauf que son champ d'application se trouve largement neutralisé par d'autres dispositions du même texte.

18 - Neutralisé d'abord par le fait que ces clauses de responsabilité ne sauraient concerner les dommages corporels, comme le souligne le deuxième alinéa de l'article 1281 de l'avant-projet de loi<sup>17</sup>.

19 - Neutralisé ensuite par le jeu de l'article 1282, alinéa 1<sup>er</sup> qui interdit les clauses restrictives de réparation du préjudice consécutif à une faute. Le texte ne distingue pas selon le type de faute, ce qui signifie qu'il peut aussi bien s'agir d'une faute volontaire que d'une faute de négligence<sup>18</sup>. La solution se comprend aisément pour celui qui a sciemment causé un dommage car il serait malvenu de lui permettre d'échapper à sa responsabilité dans ce contexte. La sœur jumelle de cette règle se retrouve d'ailleurs dans le domaine contractuel à l'article 1283 qui rend inefficaces les clauses de réparation pour les fautes intentionnelles. Mais ne faudrait-il pas aller plus loin et admettre, comme il a été suggéré<sup>19</sup>, l'efficacité des conventions sur la réparation en l'absence de faute intentionnelle en laissant au juge une marge d'appréciation ? Nous ne le pensons pas car si l'on veut donner à la responsabilité civile une fonction préventive digne de ce nom, il convient d'inciter les individus à agir avec diligence. Ce qui peut être admis dans le cadre contractuel doit être plus strictement encadré ailleurs.

20 - Les régimes de responsabilité sans faute sont donc, dans l'avant-projet, le terrain d'élection des clauses limitatives ou exclusives de réparation. À vrai dire, la solution n'est pas complètement nouvelle puisque la jurisprudence a parfois admis la validité de clauses d'irresponsabilité lorsque le dommage ne résultait pas d'une faute caractérisée<sup>20</sup> et certains auteurs ont déjà milité pour pareille solution<sup>21</sup>.

16 V. par ex. D. Mazeaud, *Les conventions portant sur la réparation in Colloque sur l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile : RDC 2007/1*, p. 149, spéc. n° 13 ; V. Abbas, *préc. note* (13).

17 Sur cette exclusion V. dans ce dossier les développements de J. Knetch, *op. cit. note* (6).

18 La précision mérite d'être relevée car certains auteurs avaient pu dans le passé suggérer de limiter la portée de ces clauses aux fautes volontaires V. R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français : LGDJ*, 1939, t. 2, n° 664.

19 En ce sens, Ph. Le Tourneau (*ss dir.*), *Droit de la responsabilité et des contrats : Dalloz, coll. Action, 2014-2015, spéc. n° 1058*.

20 V. par ex. pour une clause de ce type entre l'exploitant d'une mine et le propriétaire de la surface : *Cass. civ.*, 12 déc. 1899 : DP 1900, *jurispr.* p. 361, *note F. Gény*. - Entre propriétaires d'animaux placés sous surveillance dans un pâturage commun, *Cass. req.*, 16 nov. 1931 : DP 1931, *jurispr.* p. 555, est licite la clause par laquelle des propriétaires d'animaux décident de s'affranchir de l'application des dispositions de l'article 1385 du code civil, lesquelles mettent en place une responsabilité de plein droit du propriétaire d'animaux pour les dommages causés par ces derniers.

21 B. Starck, *Droit civil : Obligations : Litec*, 1972, t. 2, n° 22 à 24 favorable au jeu des clauses de responsabilité pour cas de responsabilité sans faute prouvée.

21 - **Opposabilité des clauses.** - Les rédacteurs de l'avant-projet de loi ont cependant ajouté une autre condition au principe d'efficacité des clauses de réparation. En effet, précise l'article 1282, alinéa 2, « 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 ». Il est possible de songer ici à l'hypothèse où un tiers à un contrat exercerait une action en responsabilité du fait d'un préjudice causé par l'inexécution du contrat<sup>22</sup> : il ne pourrait pas se voir opposer la clause limitative ou exclusive de réparation qui figurerait dans le contrat, sauf bien sûr s'il l'avait acceptée. Là non plus la règle ne nous paraît pas appeler de réserve.

22 - Cependant, outre les difficultés pratiques que suscitera la question, la charge de la preuve de l'acceptation de manière non équivoque de la clause réduira plus encore son champ d'action. *Exit* le recours aux pancartes ou affiches dans un lieu public ou privé pour qu'un agent déclare n'entendre encourir aucune responsabilité dans telle ou telle situation<sup>23</sup>. *Exit* encore la simple remise d'un tract qui ne saurait permettre de justifier que la victime d'un préjudice a accepté la clause. Aurait-il fallu se limiter à une « connaissance » non équivoque au lieu d'une « acceptation » non équivoque pour offrir davantage d'espace aux clauses de réparation ? Nous ne le pensons pas et souscrivons au choix fait par les rédacteurs de l'avant-projet.

23 - Finalement, la question se pose de savoir où l'on rencontrera ces clauses excluant ou limitant la réparation en matière extracontractuelle. Peut-être pourront-elles prospérer dans les rapports entre les négociateurs d'un contrat<sup>24</sup> même si ces derniers peuvent plus utilement recourir à l'outil contractuel pour organiser les discussions. Il reste les relations entre voisins pour aménager les conséquences d'une responsabilité fondée sur un trouble du voisinage, les rapports entre personnes qui exercent une activité commune<sup>25</sup>, les relations entre individus fondées sur le bénévolat ou l'assistance ou encore la gestion des dommages extracontractuels causés par un contractant à son partenaire.

24 - Il est ainsi possible de considérer que l'innovation sera plus symbolique que réelle. Sans aller jusqu'à affirmer que l'avant-projet de loi consacre une coquille vide, il tend en réalité à renverser les principes et les exceptions qui prévalent aujourd'hui. D'un principe d'interdiction, atténué en cas de responsabilité sans faute, on passe à un principe de validité, écarté en cas de responsabilité pour faute et conditionné par la connaissance de la clause litigieuse de celui à l'encontre duquel on l'invoque.

22 V. sur cette question l'article 1234 de l'avant-projet qui pose le principe d'une action en responsabilité extracontractuelle.

23 Sauf peut-être l'hypothèse où l'accès à un lieu serait explicitement subordonné à l'acceptation d'un règlement intérieur explicite.

24 En ce sens D. Mazeaud, *op. cit.*, *note* (16), n° 11.

25 Voire les individus participant à une même compétition : en ce sens G. Viney et P. Jourdain, *Les effets de la responsabilité civile : LGDJ*, 2001, 2<sup>e</sup> éd., n° 212.

## 2. Les clauses pénales

25 - **Reprise pour l'essentiel du texte de l'ordonnance réformant le droit des contrats.** - Si le débiteur d'une obligation contractuelle peut voir sa responsabilité diminuée par le jeu d'une clause limitative ou exonératoire de réparation, il peut à l'inverse la voir s'accroître *via* la technique de la clause pénale.

26 - Ces clauses sont aujourd'hui<sup>26</sup> réglementées par deux corps de règles, l'article 1152 et les articles 1226 à 1233 du Code civil, qui ne brillent pas par leur clarté comme en atteste l'article 1226 qui dispose que « *la clause pénale est celle par laquelle une personne, pour s'assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution* ». L'article 1284 de l'avant-projet de loi, qui a vocation à prendre le relais, est beaucoup plus satisfaisant.

27 - Le groupe de travail *Catala* avait déjà suggéré de « dégraisser » de manière significative le droit existant en prévoyant notamment l'abrogation des articles 1226 à 1230, 1232 et 1233 du Code civil, tout en conservant un pouvoir de révision judiciaire mais seulement afin de modérer des clauses « manifestement excessives », le seul appliqué en pratique<sup>27</sup>. Les auteurs de l'avant-projet ont suivi en grande partie ses préconisations, puisqu'un seul texte, l'article 1284, régit la clause pénale, étant entendu que ce texte comporte toutefois cinq alinéas.

28 - Mais comme on le sait, cet article 1284 a un grand frère issu de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats qui entrera en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016. Il s'agit de l'article 1231-5 qui, comme d'autres textes, n'est là qu'à titre provisoire. Le parti a en effet été pris de considérer, à juste titre selon nous, que la réparation du préjudice causé par l'inexécution du contrat est une branche de la responsabilité et doit donc être réformé, non pas à l'occasion de la refonte du droit des contrats, mais à l'occasion de celle de la responsabilité. C'est ainsi que la Sous-section 2 relative aux clauses pénales de l'avant-projet de loi est appelée à se substituer au futur article 1231-5.

29 - La comparaison des articles 1231-5 - du futur Code civil - et 1284 - de l'avant-projet de loi - enseigne que l'essentiel du travail de refonte de la clause pénale a déjà été effectué puisque le second n'est pratiquement que le clone du premier. Pratiquement car le premier alinéa de l'article 1284 substitue le mot « pénalité » à celui de « somme à titre de dommages

et intérêts », histoire, sans doute, de marquer plus fermement le caractère comminatoire de la clause pénale. L'utilisation du mot « pénalité » permet également d'inclure dans le dispositif les pénalités en nature et pas seulement en argent par l'intermédiaire de dommages et intérêts.

30 - On se contentera de souligner que le jeu de la clause pénale est explicitement soumis à une mise en demeure, sauf volonté contraire des parties, et qu'en cas d'engagement exécuté en partie, le juge peut, même d'office, diminuer la pénalité à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier. Il y a incontestablement là un moyen de corrélérer l'indemnisation allouée à la réalité du préjudice subi<sup>28</sup>. De surcroît, le pouvoir du juge d'augmenter une clause pénale manifestement dérisoire a été justement maintenu car même si la modération de la clause pénale par le juge est celle qui est la plus appliquée en pratique, on ne peut pas exclure les hypothèses où les clauses pénales jouent le rôle de clauses limitatives de responsabilité en prévoyant des indemnités forfaitaires dérisoires.

31 - **Admission des clauses pénales en matière extracontractuelle ?** - Si l'on consacre la validité de principe des clauses ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation en matière contractuelle et extracontractuelle, pourquoi ne pas

en faire de même s'agissant des clauses pénales ? Cela contribuerait à parfaire le rôle préventif de la responsabilité civile ainsi qu'y sont opportunément favorables les auteurs de l'avant-projet de loi comme en atteste l'amende civile de l'article 1266. Si la clause pénale présente un grand intérêt dans la perspective d'une exécution fidèle et ponctuelle du

contrat par le débiteur, son caractère comminatoire est en effet de nature à rayonner au-delà du cadre strictement contractuel.

32 - Ainsi, l'existence de clauses d'indemnités conventionnelles dans le domaine des relations de voisinage ou pour prévenir des actes de concurrences déloyales nous paraît tout à fait souhaitable. Il est même possible d'être plus audacieux et de les admettre dans le domaine du dommage corporel pour prévoir des indemnités supérieures au préjudice effectivement subi, même si, il faut en convenir, il est délicat d'anticiper l'évaluation d'un dommage corporel. L'avant-projet pose en principe dans l'article 1233, alinéa 2 que la réparation du dommage corporel se fonde sur les règles de la responsabilité extracontractuelle. Dès lors, consacrer l'idée que les clauses pénales peuvent prospérer dans le cadre extracontractuel permettrait de leur donner plein effet y compris en cas de dommage corporel. Que l'on songe, par exemple, à un contrat de garde du corps prévoyant une clause pénale importante si la personne

### « L'existence de clauses d'indemnités conventionnelles dans le domaine des relations de voisinage ou pour prévenir des actes de concurrences déloyales nous paraît tout à fait souhaitable »

26 Avant du moins que l'ordonnance réformant le droit des contrats n'entre en vigueur le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

27 P. Jourdain, *Présentation des dispositions de l'avant-projet sur les effets de la responsabilité* : RDC 2007, p. 141, spéc. n° 13, p. 144. Le groupe Terré avait proposé un texte quasi équivalent dans le projet de réforme du droit des contrats, mais maintenu la possibilité d'augmentation judiciaire de la peine manifestement dérisoire.

28 V. également en ce sens, N. Dissaux et Ch. Jamin, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, commentaire article par article* : Dalloz, 2015, p. 140.

protégée est blessée. La clause pénale ne pourrait bien entendu dans ce cas que majorer l'indemnisation.

33 - La question se pose alors de savoir s'il faut modifier l'article 1284, alinéa 1<sup>er</sup> de l'avant-projet qui a sans doute été

pensé pour se cantonner à la matière contractuelle. À vrai dire, cela ne paraît pas indispensable en l'état, vu la généralité des termes employés par ce texte. Mais s'il faut faire passer le message que la clause pénale peut prospérer au-delà du domaine contractuel, une réécriture paraît souhaitable. ■

#### Propositions de modifications

##### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

##### « Section 3. - Les contrats portant sur la réparation d'un préjudice

##### « Sous-section 1. - Contrats excluant ou limitant la réparation

« Article 1281. - [Pas de changement].

[Inverser ensuite les actuels articles 1282 et 1283 pour tenir compte de l'ordre des matières annoncées dans l'article 1281]

« Article 1282. - En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde du débiteur. **Elles sont par ailleurs réputées non écrites** 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 [**préciser éventuellement** : « **sauf dans l'hypothèse particulière de l'article 1603 du Code civil** »].

##### Variante

« Article 1282. - En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de réparation n'ont point d'effet en cas de **faute inexcusable** du débiteur. **Elles sont par ailleurs réputées non écrites** 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 [**préciser éventuellement** : « **sauf dans l'hypothèse particulière de l'article 1603 du Code civil** »].

« Article 1283. - [déplacement à l'article 1282 reformulé] [Pas de changement]

##### « Sous-section 2. - Clauses pénales

« Article 1284. - **Les contrats ayant pour objet de stipuler** que celui qui manquera de **d'exécuter ses obligations** paiera une certaine pénalité à titre de réparation **sont valables aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle. Dans ce cas**, il ne peut être alloué à l'autre partie une pénalité plus forte ni moindre.

« **Toutefois, sont prohibées les pénalités inférieures au préjudice effectivement subi en cas de dommage corporel.**

« **Le juge peut selon les cas**, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

« [Reprise des articles 1284, al. 3 à 5].

##### Variante

« Article 1284. - **Les parties peuvent stipuler par contrat ou dans un contrat** que celui qui manquera **d'exécuter ses obligations** paiera une certaine pénalité à titre de réparation, il ne peut être alloué à l'autre partie une pénalité.

« **Toutefois, sont prohibées les pénalités inférieures au préjudice effectivement subi en cas de dommage corporel.**

« **Le juge peut selon les cas**, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité si elle est manifestement excessive ou dérisoire.

« [Reprise des articles 1284, al. 3 à 5].

# Les règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel



**Stéphanie Porchy-Simon,**  
professeur à l'université Jean Moulin Lyon 3

## Avant-projet de loi

### « Sous-Titre II. - La responsabilité civile

(...)

### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

### « Section 2. - Règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommages

#### « Sous-section 1. - Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel

« Article 1267. - Les règles de la présente sous-section sont applicables aux décisions des juridictions judiciaires et administratives, ainsi qu'aux transactions conclues entre la victime et le responsable.

« Article 1268. - Les préjudices doivent être appréciés sans qu'il soit tenu compte d'éventuelles prédispositions de la victime dès lors que celles-ci n'avaient pas déjà eu de conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable.

« Article 1269. - Les préjudices patrimoniaux et extrapatrimoniaux résultant d'un dommage corporel sont déterminés, poste par poste, suivant une nomenclature non limitative des postes de préjudices fixée par décret en Conseil d'Etat.

« Article 1270. - Sauf disposition particulière, le déficit fonctionnel est mesuré selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire.

« Article 1271. - [Un décret en Conseil d'Etat fixe les postes de préjudices extrapatrimoniaux qui peuvent être évalués selon un référentiel indicatif d'indemnisation, dont il détermine les modalités d'élaboration et de publication. Ce référentiel est réévalué régulièrement en fonction de l'évolution de la moyenne des indemnités accordées par les juridictions.

« A cette fin,] une base de données rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel des victimes d'un accident de la circulation.

« Article 1272. - L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum.

« Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire.

« Lorsqu'une rente a été allouée conventionnellement ou judiciairement en réparation de préjudices futurs, le créancier peut, si sa situation personnelle le justifie, demander que les arrérages à échoir soient remplacés en tout ou partie par un capital, suivant la table de conversion visée à l'alinéa précédent.

« Article 1273. - Les sommes versées à la victime à des fins indemnitaires par les tiers payeurs ne donnent lieu à recours subrogatoire contre le responsable que dans les cas prévus par la loi.

« Article 1274. - Seules les prestations énumérées ci-après versées à la victime d'un dommage corporel ouvrent droit à un recours contre la personne tenue à réparation ou son assureur :

« 1. Les prestations versées par les organismes, établissements et services gérant un régime obligatoire de sécurité sociale ;

« 2. Les prestations énumérées au II de l'article 1er de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 relative aux actions en réparation civile de l'État et de certaines autres personnes publiques ;

« 3. Les sommes versées en remboursement des frais de traitement médical et de rééducation ;

« 4. Les salaires et les accessoires du salaire maintenus par l'employeur pendant la période d'inactivité consécutive à l'événement qui a occasionné le dommage ;

« 5. Les indemnités journalières de maladie et les prestations d'invalidité versées par les groupements mutualistes régis par le code de la mutualité, les institutions de prévoyance régies par le code de la sécurité sociale ou le code rural et de la pêche maritime et les sociétés d'assurance régies par le code des assurances ;

« 6. Les prestations prévues à l'article L.245-1 du code de l'action sociale et des familles.

« Article 1275. - Les employeurs sont admis à poursuivre directement contre le responsable des dommages ou son assureur le remboursement des charges patronales afférentes aux rémunérations maintenues ou versées à la victime pendant la période d'indisponibilité de celle-ci. Ces dispositions sont applicables à l'État par dérogation aux dispositions de l'article 2 de l'ordonnance n° 59-76 du 7 janvier 1959 précitée.

« Article 1276. - Les prestations donnant lieu à recours s'imputent poste par poste sur les seules indemnités dues par le responsable pour les chefs de préjudice pris en charge par le tiers payeur, à l'exclusion des préjudices extrapatrimoniaux.

« Dans le cas où l'insolvabilité du responsable empêcherait l'indemnisation intégrale de la victime, celle-ci sera préférée au tiers payeur pour ce qui lui reste dû par le responsable.

« La faute de la victime ne peut réduire son droit à indemnisation que sur la part de son préjudice qui n'a pas été réparée par les prestations du tiers payeur. Celui-ci a droit au reliquat de la dette mise à la charge du responsable.

« Article 1277. - Hormis les prestations mentionnées aux articles 1274 et 1275, aucun versement effectué au profit d'une victime en vertu d'une obligation légale, conventionnelle ou statutaire n'ouvre droit à une action contre la personne tenue à réparation du dommage ou son assureur.

« Toutefois lorsqu'il est prévu par contrat, le recours subrogatoire de l'assureur qui a versé à la victime une avance sur indemnité du fait de l'accident peut être exercé contre l'assureur de la personne tenue à réparation dans la limite du solde subsistant après paiements aux tiers visés à l'article 1274. Il doit être exercé, s'il y a lieu, dans les délais impartis par la loi aux tiers payeurs pour produire leurs créances.

« Toute disposition contraire aux prescriptions des articles 1273 à 1276 est réputée non écrite à moins qu'elle ne soit plus favorable à la victime.

1 - Objet d'un statut particulier qui s'évince déjà de certaines dispositions de fond de l'avant-projet<sup>1</sup>, le dommage corporel ferait, si le texte était adopté en l'état, une entrée marquée dans notre Code civil à travers une sous-section relative aux « Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel ». Ces dispositions opèrent une rupture avec le Code civil de 1804 qui ne consacrait aucune règle spécifique à la réparation du dommage en matière délictuelle, et qui l'appréhendait par ailleurs comme une entité unique quelle qu'en soit la manifestation. On se souvient ainsi des propos de Tarrible devant le corps législatif, pour qui « depuis l'homicide jusqu'à la légère blessure, depuis l'incendie d'un édifice jusqu'à la rupture d'un immeuble chétif, tout est soumis à la même loi, tout est déclaré susceptible d'une appréciation qui indemniserà la personne lésée des dommages quelconques qu'elle a éprouvés ».

2 - Depuis 1804, la situation a évolué dans une telle mesure que nul ne sera aujourd'hui surpris que des dispositions spécifiques soient consacrées au dommage corporel tant ce type de dommage a été, depuis quelques années, tout à la fois la cause d'évolutions majeures de notre droit et l'objet des attentions accrues de la doctrine et de la pratique, notamment à la suite

des rapports rendus par les groupes de travail présidés par Mme le professeur Lambert-Faivre et M. Dintilhac<sup>2</sup>. Les auteurs de l'Avant-projet se sont d'ailleurs, pour beaucoup des dispositions commentées, inspirés des conclusions de ces rapports, ainsi qu'en atteste d'abord la terminologie adoptée qui distingue avec soin le dommage corporel (siège de l'atteinte) des préjudices qui en résultent, introduisant dans notre droit la distinction du dommage et du préjudice qui, au moins en cas d'atteinte corporelle, est préférable d'un point de vue méthodologique.

3 - Cette inspiration se retrouve également dans les règles de fond proposées dans les articles 1267 à 1277 de l'avant-projet, qui attestent tout d'abord de la nécessité aujourd'hui admise par tous de consacrer des règles spécifiques relatives à l'appréhension technique de la réparation de ce type de dommage. Elle se prolonge ensuite dans le contenu de ces dernières puisqu'à l'instar des propositions des deux groupes de travail, les textes suggérés proposent une harmonisation des règles applicables à la réparation des préjudices nés d'un dommage corporel qui

1 V. J. Knestch, *Le traitement préférentiel du dommage corporel* : JCP G 2016, suppl. au n° 30-35 du 25 juill. 2016, p. XXX.

2 Ministère de la Justice, Conseil national d'aide aux victimes (CNAV), *Rapp. Y. Lambert-Faivre, L'indemnisation du dommage corporel* : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/syntheseindemcorp.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/syntheseindemcorp.pdf). - *Rapp. du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, ss dir. J.-P. Dintilhac, *Cour de cassation, 2005* : <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/064000217/0000.pdf>.

se matérialise de deux manières : par une unification des outils d'évaluation des préjudices (1) et une inclusion dans le Code civil des règles, parfois remaniées, du recours des tiers payeurs (2).

## 1. Unification des outils d'évaluation des préjudices résultant d'un dommage corporel

4 - Les cinq premiers articles de la sous-section étudiée (avant-projet, art. 1267 à 1271<sup>3</sup>) ont comme but commun d'opérer une unification des règles applicables à l'évaluation et la réparation du dommage corporel. L'article 1267 de l'avant-projet est à cet égard emblématique, puisqu'il prévoit l'application des règles qui suivent, non seulement aux transactions et décisions des juridictions judiciaires, ce qui est déjà un point très positif, mais également à celles des juridictions administratives. Cette proposition semble la bienvenue. Elle permettra en effet d'unifier les pratiques entre les deux ordres de juridiction, dont les positions sont, en matière de dommage corporel, encore très marquées par des oppositions réelles, tant au regard des solutions de fond que du *quantum* monétaire de l'indemnisation<sup>4</sup>.

Cette volonté d'unification avait déjà été exprimée auparavant, de manière plus ou moins aboutie, par des propositions de réforme exprimées sous des formes diverses. Les avant-projets *Catala* et *Terré*, la proposition de loi visant à améliorer l'indemnisation des victimes de dommages corporels dite *Lefrand*, votée à l'Assemblée nationale le 16 février 2010, l'article 56-II de la loi du 10 août 2010, censuré par le Conseil constitutionnel au nom de la prohibition des cavaliers législatifs, le livre blanc sur la réparation du dommage corporel publié sous l'égide de la Fédération française des sociétés d'assurances (FFSA) en sont quelques exemples<sup>5</sup>.

Cette volonté d'unification s'exprime dans l'avant-projet par le biais de quatre principales règles : l'adoption d'une nomenclature et d'un barème médicaux, la mise en place d'instruments d'harmonisation du chiffrage monétaire de l'indemnisation et de modalités unifiées de celle-ci. On regrettera que les missions d'expertise échappent à cette démarche car, première étape dans le processus d'indemnisation et base de travail du régulateur, elles contribuent également de manière importante à la détermination des droits des victimes.

3 Notons que l'article 1268 relatif à la prise en compte des prédispositions de la victime, conforme à une jurisprudence constante, ne fera pas l'objet de commentaires particuliers.

4 Sur la question, V. not. le rapport rédigé dans le cadre de la Mission Droit et justice, *Étude comparative des indemnisations des dommages corporels devant les juridictions judiciaires et administratives dans le cadre du contentieux médical*, ss. dir. O. Gout, S. Porchy-Simon, Ph. Soustelle, 2016.

5 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* : Doc. fr. 2006, dit « Avant-projet Catala » ; F. Terré et alii, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* : Dalloz, 2011 ; Prop. de loi AN n° 2055, 5 nov. 2009 relative à l'indemnisation des victimes de dommages corporels à la suite d'un accident de la circulation, adoptée en première lecture le 16 février 2010 (TA n° 419) ; L. n° 2011-940, 10 août 2011, art. 56, II, modifiant certaines dispositions de la loi HPST portant réforme de l'hôpital, censurée par le Conseil constitutionnel (Cons. const., 4 août 2011, n° 2011-640 DC) ; Livre Blanc sur l'indemnisation du dommage corporel : Association française de l'assurance, avr. 2008, p. 9, consultable notamment sur le site de la FFSA : <http://www.ffsa.fr>.

5 - **Article 1269 - La reconnaissance légale d'une nomenclature des postes de préjudices.** - L'article 1269 de l'avant-projet vise, sans surprise, à imposer une nomenclature unique des postes de préjudices réparables dont le contenu sera fixé par un décret en Conseil d'État. Cette proposition nous semble devoir emporter la totale adhésion tant l'utilisation de cette technique est devenue depuis dix ans l'outil indispensable des praticiens de la réparation du dommage corporel qui liquident ce type de dommage en application de nomenclatures afin, notamment, de respecter les exigences de l'imputation poste par poste imposée par l'article 26 de la loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006<sup>6</sup>. Même si la question avait fait l'objet de débats et de réticences parfois étonnantes lors d'un projet de décret demeuré sans suite sur lequel la Chancellerie avait, en 2014, fait un appel à consultation<sup>7</sup>, il nous semble que l'idée d'imposer une nomenclature unifiée, dont le texte souligne clairement le caractère non limitatif, doit être pleinement approuvée. Elle est notamment le gage d'une unification totale des pratiques entre les deux ordres de juridiction et donc d'une plus grande égalité entre victimes. « *Espéranto* » du dommage corporel<sup>8</sup>, elle permet en outre une meilleure compréhension du contenu de l'indemnisation par tous ses acteurs<sup>9</sup>. Même si le Conseil d'État a en effet admis, à la fin de l'année 2014, la possibilité pour les juges de se référer à la nomenclature dite *Dintilhac* uniformément utilisée en droit privé ; il ne leur en a toutefois pas fait l'obligation. La nomenclature beaucoup plus succincte née de l'avis *Lagier*<sup>10</sup>, qui apparaît, quoi qu'en disent les juridictions administratives, moins favorable aux victimes, n'a donc pas été totalement abandonnée. L'idée même d'imposer un outil unique doit donc être soutenue. Restera toutefois à voir quelle nomenclature le décret prévu entérinera. De très forts indices conduisent à penser qu'il devrait s'agir de la nomenclature *Dintilhac*, peut-être retouchée à la marge pour en corriger certains défauts<sup>11</sup>.

6 - **Article 1270 - Adoption d'un barème médical unique.** - L'article suivant de l'avant-projet vise à unifier un autre instrument d'évaluation des préjudices nés du dommage corporel : le barème médical dont l'usage est systématique, notamment pour

6 Pour une opinion contraire, V. J. Knetsch, *La désintégration du préjudice moral* : D. 2015, p. 443.

7 Les réponses à l'appel de concertation n'ont pas été rendues publiques par le ministère de la Justice. Pour un aperçu de la position des assureurs : <http://www.argusdelassurance.com/institutions/prejudices-corporels-la-reforme-taubira-couterait-1-md-denonce-les-assureurs.88891> ; de l'ANADAVI : V. le site de l'association, <http://www.anadavi.org>.

8 Terme emprunté à Ph. Brun, *Table ronde : L'incidence de la nomenclature sur la qualité de l'indemnisation in Actes du colloque Autour de la nomenclature des préjudices corporels* : Gaz. Pal. 24-27 déc. 2014, p. 21.

9 Pour une étude plus détaillée des avantages des nomenclatures, V. O. Gout et S. Porchy-Simon, *Plaidoyer pour la défense des nomenclatures dans le droit du dommage corporel* : D. 2015, p. 1499.

10 CE, avis, 4 juin 2007, n° 303422, *Lagier* ; JCP A 2007, 1897, note Ch. Guettier ; RTD civ. 2007, p. 577, obs. P. Jourdain. - CE, 7 oct. 2013, n° 337851 et n° 338532 : AJDA 2014, p. 295, note T. Leleu ; RTD civ. 2014, p. 131, obs. P. Jourdain. - CE, 6 nov. 2013, n° 345696 : AJDA 2014, p. 141. - CE, 16 déc. 2014, n° 346575 : AJDA 2014, p. 524, concl. F. Lambolez ; RFDA 2014, p. 317, note C. Lantero ; D. 2014, p. 2365, obs. A. Guégan-Lécuyer ; V. également, F. Lambolez, M. Deguerge, *La nomenclature : un outil d'uniformisation des jurisprudences civiles et administratives ?* : Gaz. Pal. 24 déc. 2014, p. 16 s.

11 V. en ce sens la version proposée dans le projet de décret rendu public par la Chancellerie en 2014.

l'évaluation du taux d'atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique (APIPP) qui permet de déterminer la composante physiologique du déficit fonctionnel permanent. Or, à l'heure actuelle, le médecin expert est libre d'utiliser le barème qu'il souhaite alors qu'il est connu, pour s'en limiter au droit commun, que selon celui utilisé, le taux d'invalidité peut varier dans d'importantes proportions<sup>12</sup>. Dans un souci d'égalité entre victimes, on ne peut donc là encore qu'approuver dans le principe la mise en place d'un barème unique, de nature indicative selon le texte, principe qui semble faire l'objet d'un consensus des acteurs de la réparation du dommage corporel. Si cette proposition devait être adoptée, encore faudrait-il rester vigilant sur le barème qui serait, dans un deuxième temps, consacré par décret.

Deux remarques doivent toutefois être opérées.

On doit d'abord souligner une impropriété du vocabulaire utilisé dans l'article 1270, car le déficit fonctionnel permanent<sup>13</sup> (DFP) n'est en effet pas, au sens strict, « mesuré » par le barème médical. Seul l'est le taux d'APIPP qui sert à quantifier l'une des composantes de ce déficit (l'atteinte aux fonctions physiologiques), les autres (douleurs postérieures à la consolidation et perte générale de la qualité de vie) relevant d'autres modes d'évaluation<sup>14</sup>. La formule de l'article 1270 est donc impropre car elle tend à réduire le DFP à sa stricte composante physiologique, en décalage total avec la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>15</sup>.

Par ailleurs, si l'article 1270 de l'avant-projet réserve le cas de « disposition particulière », où l'on comprend donc qu'un autre barème pourrait être utilisé, il aurait peut-être été souhaitable de mentionner précisément les exceptions visées, comme l'avaient fait d'autres propositions antérieures<sup>16</sup>.

#### 7 - Article 1271 - Harmonisation des instruments de chiffrage.

L'article 1271 de l'avant-projet s'attèle à la difficile et très controversée question du chiffrage monétaire de l'indemnisation, en proposant ce que l'on peut comprendre comme un système en deux temps, du fait de parenthèses dans le texte : l'instauration d'un référentiel sur lequel une interrogation subsiste, et celle d'une base de données qui serait instaurée en toute hypothèse. La question est extrêmement sensible car la situation du droit français est pour l'heure assez paradoxale. La quantification monétaire du préjudice relève en effet par principe des pouvoirs souverains des juges du fond, la Cour de cassation censurant systématiquement les décisions qui reconnaissent avoir appliqué un référentiel pour chiffrer les dommages-intérêts, alors que ceux-ci existent en pratique et sont aujourd'hui uti-

lisés par la majorité des cours d'appel françaises<sup>17</sup>. Ces référentiels se heurtent par ailleurs à la très grande hostilité des avocats et associations de victimes qui considèrent, pour résumer, que ceux-ci contreviennent à l'évaluation *in concreto* des préjudices et qu'ils seraient de plus inutiles si une réelle banque de données des décisions des juges du fond était instaurée. La doctrine apparaît, quant à elle, partagée<sup>18</sup>.

Ces polémiques se reflètent dans l'indécision du texte qui propose les deux modèles, avec une hésitation sur l'opportunité du référentiel. Les rédacteurs du texte ont ainsi fait le choix de la nécessité de la banque de données, laissant ouverte la discussion sur le cumul de cette technique avec celle du référentiel.

La question est en effet complexe, tout particulièrement dans le cas des préjudices extrapatrimoniaux. Constituant une atteinte aux sentiments de la victime, appréhendés dans toutes leurs facettes dans le cadre de la nomenclature *Dintilhac*, ces préjudices sont tout à la fois délicats à quantifier matériellement et à compenser monétairement. Or, « confronté à l'indemnisation du préjudice, le juge cherche des précédents »<sup>19</sup>, précédents qui peuvent être trouvés soit dans un référentiel, proposant sous forme de fourchettes un *quantum* de l'indemnisation des différents postes, soit sous forme de banques de données conduisant, dans des cas voisins, à rechercher combien d'autres décisions ont pu allouer dans des hypothèses voisines. Le référentiel est donc plus simple d'utilisation, mais encadre l'indemnisation au terme d'une démarche moins centrée sur l'évaluation *in concreto*<sup>20</sup>. La banque de données fournit des précédents mais est d'un maniement moins simple car moins immédiat qu'un référentiel, conférant sans doute par ailleurs, selon la façon dont la base est construite, une vision moins globale du niveau général d'indemnisation pratiqué par les autres juridictions<sup>21</sup>.

12 Pour un aperçu du débat, V. Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *Droit du dommage corporel* : Dalloz, 2015, 8<sup>e</sup> éd., n° 124 s.

13 Seule la version permanente du déficit fonctionnel nous semble *a priori* concernée par une évaluation *via* un barème.

14 Sur cette question, V. M. Le Roy, J.-D. Le Roy, F. Bibal, *L'évaluation du préjudice corporel* : LexisNexis, 2015, 20<sup>e</sup> éd., n° 171 s. ; Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit. note* (12), n° 207 s.

15 Solution constante depuis *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 28 mai 2009, n° 08-16.829 : *Juris-Data* n° 2009-048335 ; *RTD civ.* 2009, p. 534, obs. P. Jourdain.

16 V. not. *L. n° 2011-940*, 11 août 2011, art. 56, II, modifiant certaines dispositions de la loi HPST portant réforme de l'hôpital, censurée par le Conseil constitutionnel (cf. *supra*).

17 V. en ce sens le recueil méthodologique commun, appliqué par la majorité des cours d'appel françaises et réalisé sous l'égide de M. le conseiller Mornet.

18 *Cass. crim.*, 3 nov. 1955 : *D.* 1956, p. 557, note R. Savatier. - *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 27 janv. 1965 : *Bull. civ.* 1965, II, n° 55. - *Cass. crim.*, 4 févr. 1970 : *D.* 1970, p. 333. - Pour des rappels récents de cette solution : *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 7 avr. 2011, n° 10-15.918. - *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 22 nov. 2012, n° 11-25.988. - La Cour autorise en revanche l'utilisation des référentiels s'ils ne sont qu'un élément de la décision du juge : *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 11 juill. 1963 : *Bull. civ.* 1963, II, n° 388. - *Cass. crim.*, 13 avr. 1976 : *D.* 1976, p. 141. - *Cass. crim.*, 26 juin 1984, n° 83-94.581 : *Bull. crim.* 1984, n° 243. Pour un aperçu du débat, V. F. Bibal, *La modification des instruments de chiffrage des indemnités : réelle urgence ou panique des assureurs* : *Gaz. Pal.* 23 déc. 2011, p. 44 s. ; C. Corgas-Bernard, *Les barèmes, un instrument pertinent d'harmonisation du droit de la réparation du dommage corporel ?* : *RGDM* 2009, p. 171, n° 3 ; G. Defrance, *Pourquoi les assureurs rêvent d'un référentiel* : *Argus* 26 janv. 2007, p. 32 ; *Livre blanc sur l'indemnisation du dommage corporel* : *Association française de l'assurance*, 2008, spéc. p. 8 ; L. Neyret, *La normalisation, entre référentiels et barèmes* : *Gaz. Pal.* 16 juin 2011, p. 40 s. ; V. égal., I. Sayn et alii, *Le droit mis en barèmes ?* : Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2014, et not. L. Cadiet, *Introduction*, p. 185 ; J.-B. Prévost, *L'évaluation du préjudice en droit du dommage corporel : entre décision et calcul*, p. 189 s. ; S. Porchy-Simon, *L'utilisation des barèmes en droit du dommage corporel au regard des principes fondamentaux du droit de la responsabilité civile*, p. 202 ; B. Mornet, *Le référentiel indicatif régional d'indemnisation du préjudice corporel*, p. 214.

19 B. Mornet, *op. cit. note* (18), p. 37 s.

20 Cette remise en cause de l'appréciation *in concreto* dépend de l'importance de la fourchette retenue. Plus celle-ci est large et plus le pouvoir d'appréciation du juge est en effet sauvegardé.

21 Pour une présentation de cette alternative, F. Bibal, *op. et loc. cit. note* (18).

Face à l'hésitation dont l'article 1271 de l'avant-projet est le reflet, quel choix opérer ? Remarquons d'abord que nous ne sommes pas convaincus par la nécessité du cumul des deux modalités, que l'article 1277 laisse en suspens. Le référentiel et la base de données constituent en effet deux outils d'aide au chiffrage. Notre préférence va donc nettement vers la seule instauration d'une banque de données, car cet outil nous semble plus respectueux des principes gouvernant l'évaluation du dommage. Si cet instrument est correctement construit et facilement utilisable, ce que l'on peut espérer compte tenu de la révolution des moyens informatiques depuis la mise en place du très controversé et inutilisable fichier *AGIRA*, il permettra en effet de satisfaire au besoin de précédents exprimé par les juges, tout en maintenant le principe essentiel d'individualisation de l'évaluation des préjudices que l'existence des référentiels risque d'altérer. On doit toutefois s'étonner que l'article 1271 ne l'instaure que pour le cas des victimes d'accidents de la circulation et non pour toutes les victimes de dommages corporels. Sa mise en place devrait donc être prévue dans un cadre plus large.

**8 - Article 1272 - Harmonisation des modalités de l'indemnisation.** - L'article 1272 de l'avant-projet s'attache enfin à encadrer les pouvoirs du régleur (juge ou assureur auteur de l'offre) dans la détermination des modalités de l'indemnisation. Celui-ci dispose pour l'heure d'une totale liberté dans ce domaine, que le texte commenté encadre d'une double manière.

Cet encadrement des pouvoirs du régleur concerne tout d'abord le choix entre une indemnisation sous forme de capital ou de rente. L'article 1272 pose ainsi en principe que l'indemnisation de certains postes de préjudices doit avoir lieu sous forme de rente. Tel est le cas de la perte de revenus des proches, de l'assistance d'une tierce personne et de la perte de gains professionnels que le texte vise, pour ce dernier poste, de manière imprécise, car la rente ne semble pouvoir être imposée que pour les pertes de gains futurs. Dans ces cas, cette forme d'indemnisation peut toutefois être écartée dans deux hypothèses : avec l'accord des parties ou sur décision spécialement motivée. Lorsqu'une indemnisation des préjudices futurs a été prévue initialement sous forme de rente, les arrérages à échoir pourront en outre être convertis en capital à la demande de la victime, si sa situation personnelle le justifie.

Les modalités concrètes de ces décisions sont un peu floues, car on voit qu'elles ont été pensées dans l'optique d'une indemnisation judiciaire, puis généralisées à tous les modes d'indemnisation conformément à l'article 1267 de l'avant-projet. Il en découle donc certaines imperfections. Ainsi, dans l'article 1267, alinéa 2, la « décision spécialement motivée » ne semble pouvoir être que celle du juge, et il serait donc peut-être utile que le texte le précise. Par ailleurs, l'article 1272, alinéa 3 relatif à la demande de la victime de conversion de la rente viagère en capital, ne précise pas davantage à qui la demande devrait être adressée. Autant de points qui mériteraient selon nous une clarification. Au-delà de la forme de l'indemnisation, l'article 1272 de l'avant-projet impose des modalités financières particulières, applicables respectivement au capital ou à la rente. Ainsi, lorsque l'indemnisation aura lieu sous forme de capital, le régleur ne pourra plus, comme actuellement, choisir librement la table de capitalisation, cette table étant désormais « déterminée par

voie réglementaire ». Cette proposition doit être approuvée sans réserve. Il a été en effet maintes fois démontré à quel point le choix de la table de capitalisation affecte de manière fondamentale le montant de l'indemnisation des victimes et est la source d'une application du principe de réparation intégrale à géométrie variable, source de graves et silencieuses inégalités entre victimes<sup>22</sup>. Reste toutefois ici encore à voir quelle table sera retenue, étant rappelé que la Cour de cassation a récemment ouvert la voie à l'utilisation de tables de capitalisation opérant déduction de l'inflation<sup>23</sup>. Peut-être serait-il opportun que cette solution soit mentionnée dans la loi pour éviter qu'elle ne soit objet de discussions sans fin lors de l'adoption de la table par voie réglementaire. Afin d'éviter l'obsolescence des données statistiques sur lesquelles la table repose (taux d'intérêt et durée de l'espérance de vie), la nécessité d'une révision périodique de la table nous semble enfin devoir être mentionnée dans le texte.

Lorsque l'indemnisation a lieu sous forme de rente, l'article 1272 de l'avant-projet en prévoit l'indexation automatique, qui n'existe pas pour l'heure en droit commun, indexation opérée par référence à un indice fixé par voie réglementaire et qui, position très favorable à la victime, doit être « lié à l'évolution du salaire minimum ». Cette solution doit, là-encore, être pleinement approuvée car cet indice paraît en entière corrélation avec les préjudices que la rente a vocation à indemniser dans le cadre de l'article 1272, puisqu'aussi bien les pertes de gains professionnels, les pertes de revenus des proches, que l'assistance-tierce personne présentent des liens directs avec le coût du travail.

**9 - Appréciation générale.** - Les articles 1267 à 1272 de l'avant-projet marquent, malgré certaines formulations perfectibles, une volonté bienvenue d'unification des techniques d'évaluation des postes de préjudices découlant d'un dommage corporel qui doit être globalement approuvée, car elle apparaît comme étant le gage d'une égalité de traitement entre victimes. Si la démarche générale doit donc être soutenue, le contenu précis de ces outils d'unification doit, quant à lui, dans la plupart des cas, être adopté par décret et il apparaît donc que ceux-ci seront d'une importance cruciale car ce seront eux qui, dans les faits, détermineront réellement les droits de la victime. On doit donc approuver dans le principe la démarche inspirant ici l'avant-projet de réforme, tout en gardant à l'esprit qu'elle ne garantit pas intrinsèquement une préservation de leurs droits dans l'attente des décrets qui seraient adoptés pour leur application, dans un contexte où l'on se doute que les *lobbyings* de toute sorte ne manqueront pas de s'exprimer fortement.

## 2. Modification des règles du recours des tiers payeurs

**10 - Au-delà d'une unification des outils de l'évaluation, la suite de la sous-section consacrée au dommage corporel s'emploie à réformer, sur certains aspects, les règles gouvernant le recours**

<sup>22</sup> Pour des ex. chiffrés, V. par ex. M. Ehrenfeld, *La problématique des barèmes de capitalisation et le recours des tiers payeurs* : *Gaz. Pal.* 7 août 2014, p. 19 ; Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.* note (12), n° 284.

<sup>23</sup> *Cass. 2<sup>e</sup> civ.*, 10 déc. 2015, n° 14-27.243 et n° 14-27.244 : *JurisData* n° 2015-027592 ; *D.* 2016, p. 350.

des tiers payeurs. Celles-ci font ainsi leur entrée dans le Code civil, alors qu'elles étaient pour l'heure cantonnées à des textes spéciaux<sup>24</sup>.

Certains articles de l'avant-projet opèrent une reprise à droit constant des solutions antérieures, sous réserve de légères modifications de forme. Tel est le cas des articles 1275 et 1277, qui ne seront donc pas commentés ici. Les autres articles prévoient en revanche certaines modifications, parfois substantielles, qui appelleront des commentaires plus étoffés.

**11 - Article 1273 - Rappel des caractères fondamentaux du recours des tiers payeurs.** - L'article 1273 de l'avant-projet apparaît comme un texte général qui pose les caractéristiques fondamentales du recours du tiers payeurs, de nature subrogatoire, qui n'existe que dans la mesure où les sommes versées à la victimes le sont à des fins indemnitaires, et qui précise par ailleurs que celui-ci n'est possible que dans les seuls cas prévus par la loi, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation<sup>25</sup>.

**12 - Article 1274 - Extension de la liste des prestations imputables.** - L'article 1274 de l'avant-projet reprend pour une large part les termes de l'article 29 de la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985, qui détermine la liste des prestations ouvrant droit au recours. Cette énumération est fondamentale car les prestations ainsi visées sont alors considérées par la jurisprudence comme indemnitaires par détermination de la loi, de telle sorte qu'elles ouvrent droit à recours sans qu'il ne soit nécessaire d'établir, ou de discuter de leur nature<sup>26</sup>. L'énumération de l'article 1274 reprend celle de l'article 29, en y ajoutant toutefois, en son 6°, la prestation de compensation du handicap (PCH). Cette modification est d'importance car on sait que l'imputation de la PCH a donné lieu à des jurisprudences apparemment contradictoires, parfois au sein même de la Cour de cassation, et à de vifs débats doctrinaux<sup>27</sup>. En l'état actuel de sa jurisprudence<sup>28</sup>, la PCH ne peut en effet faire l'objet d'une imputation au titre du recours des tiers payeurs, puisqu'elle est absente de la liste des prestations de l'article 29 de la loi du 5 juillet 1985, mais peut être déduite des indemnités versées par certains fonds lorsqu'un texte les y autorise<sup>29</sup>. Or, en l'insérant dans la liste légale des prestations soumises à recours, l'avant-projet modifie ces solutions, puisque la PCH serait désormais imputable dans les deux cas, ce qui aurait comme avantage d'au moins unifier son régime juridique<sup>30</sup>. On appréciera diversement cette nouveauté selon

l'idée qu'on se fait de l'objet de cette prestation<sup>31</sup>, et des difficultés concrètes que cette imputation est de nature à engendrer<sup>32</sup>, mais on lui reconnaîtra au moins le mérite de mettre fin aux difficultés jurisprudentielles, en alignant les solutions fondées sur les règles du recours des tiers payeurs sur celles résultant de l'imputation par les fonds d'indemnisation<sup>33</sup>. On aperçoit toutefois là une des lacunes de la réforme qui n'amende, sur ce point, qu'à la marge les textes existants, sans s'attaquer à une des grandes questions actuelles de la réparation du dommage corporel : celle de l'hétérogénéité des régimes applicables, dont l'imputation des prestations versées par les tiers n'est sans doute que la partie immergée de l'iceberg<sup>34</sup>.

**13 - Article 1276, alinéa 1<sup>er</sup> - Restriction de l'assiette du recours.** - L'article 1276, alinéa 1<sup>er</sup> de l'avant-projet a un double objet. Il perpétue d'une part la règle du recours poste par poste imposée par la loi du 21 décembre 2006, solution qui n'appellera pas de remarques particulières tant elle s'est aujourd'hui imposée dans la pratique. Il restreint, d'autre part et surtout, de manière remarquable l'assiette de l'imputation, qui ne pourra désormais être opérée que sur les seuls postes patrimoniaux. Cette solution aurait ainsi comme incidence essentielle de mettre fin à la jurisprudence très controversée de la Cour de cassation qui accepte notamment d'imputer sur le déficit fonctionnel permanent les rentes « accidents du travail » ou assimilées, et consacrerait la solution contraire retenue de manière constante par le Conseil d'État<sup>35</sup>. En l'état actuel des textes, l'article 31, alinéa 3 de la loi

et assur. 2015, comm. 172 (*idem*). - *Contra* : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 mai 2013, n° 12-18.093 : *JurisData* n° 2013-00935 ; D. 2013, p. 1272 et 2668<sup>obs</sup>. M. Bacache ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 1908, obs. M.-A. Ceccaldi ; *JCP G* 2013, 886, note A. Bascoulergue ; *RTD civ.* 2013, p. 621, obs. P. Jourdain. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 févr. 2014, n° 12-23.706 et n° 12-23.731 : D. 2014, p. 615 point de vue H. Adida-Canac ; *Resp. civ. et assur.* 2014, comm. 148, note H. Groutel ; D. 2014, p. 2370, obs. M. Bacache. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 juin 2014, n° 13-12.185 : D. 2014, p. 2362, obs. M. Bacache ; *Resp. civ. et assur.* 2015, comm. 172, obs. H. Groutel ; V. égal. J. Péchinot, *Vous avez dit réparation intégrale ?* : *Resp. civ. et assur.* 2015, étude 6.

31 Le cadre restreint de cet article ne permet pas d'approfondir cette discussion. Pour un aperçu, V. les actes du colloque du 10 juin 2014 *Victime et handicap* : *Gaz. Pal.* 12-14 oct. 2014, p. 5 s.

32 V. par ex. d'un point de vue procédural : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 févr. 2016, n° 14-29.255 : *JurisData* n° 2016-001638 ; *RTD civ.* 2016, p. 378, obs. P. Jourdain.

33 Les fonds d'indemnisation imputent en effet les prestations reçues par la victime, non sur la base des règles du recours des tiers payeurs, mais sur celle des textes les autorisant à déduire de l'indemnité versée à la victime les prestations « de nature indemnitaire ». V. par ex., C. santé publ., art. L. 1142-15, dans le cas de l'ONIAM ou CPP, art. 706-9, dans le cas du FGTL.

34 Sur cette question, V. par ex. F. Leduc, *L'œuvre du législateur : vices et vertus des régimes spéciaux in La responsabilité civile à l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle* : *Resp. civ. et assur.* 2001, hors-série, p. 50 s., n° 6 bis ; C. Lienhard, *Réparation intégrale des préjudices en cas de dommage corporel : la nécessité d'un nouvel équilibre indemnitaire* : D. 2006, p. 2485 ; L. Morlet-Haidara, *Un droit en miette ou le mille-feuille de la réparation du dommage corporel* : *RGDM* 2009, p. 27 s., n° 31.

35 Cass. crim., 19 mai 2009, n° 08-82.666, n° 08-86.050 et n° 08-86.485 : D. 2009, chron. p. 1716, note P. Chaumont ; *RTD civ.* 2009, p. 545. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 juin 2009, n° 08-17.581, 08-11.853, 07-21.768, 08-16.089, 07-21.816 : *JurisData* n° 2009-048477 ; *JurisData* n° 2009-048480 ; *JurisData* n° 2009-048478 ; *JurisData* n° 2009-048487 ; *JurisData* n° 2009-048479 ; *JCP G* 2009, 195, note S. Porchy-Simon ; D. 2009, p. 1789, note P. Jourdain ; *JCP G* 2009, I, 248, n° 15, obs. C. Bloch ; H. Groutel, *Recours des tiers payeurs : enfin des règles sur l'imputation des rentes d'accident du travail (et prestations analogues)* : *Resp. civ. et assur.* 2009, chron. 10. La jurisprudence judiciaire est depuis absolument constante sur ce point. - *Contra* : CE, avis, 5 mars 2008, n° 272447 : D. 2008, p. 921 ; *AJDA* 2008, p. 941,

24 L. n° 85-677, 5 juill. 1985, art. 29 s. ; CSS, art. L. 376-1.

25 Pour une nette expression de cette opposition de régime : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 juin 2015, n° 14-21.867 : *JurisData* n° 2015-013653.

26 V. par ex., dans le cas des indemnités journalières : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 12 juill. 2007 : *RGDA* 2007, p. 830, note L. Mayaux ; H. Groutel, *L'assureur de personnes, tiers payeur à part entière* : *RCA* 2007, chron. 18. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 8 nov. 2007 : *RGDA* 2008, p. 159, note J. Landel.

27 Sur cette question, V. Y. Lambert-Faivre, S. Porchy-Simon, *op. cit.* note (12), n° 281 s.

28 V. not. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juill. 2015, n° 14-19.797 : *JurisData* n° 2015-016448 ; D. 2015, p. 1791. - Cass. crim., 1<sup>er</sup> sept. 2015, n° 14-82.251 : *JurisData* n° 2015-019413 ; *Gaz. Pal.* 25-27 oct. 2015, p. 37, obs. F. Bibal.

29 Pour une synthèse de ces solutions, V. *RTD civ.* 2015, p. 889, obs. P. Jourdain.

30 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 févr. 2013 : *Gaz. Pal.* 21-22 juin 2013, p. 42, obs. M.-A. Ceccaldi (caractère non indemnitaire de la PCH). - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mars 2015, n° 14-12792, inédit : D. 2015, p. 1231, obs. M. Bacache ; *Resp. civ.*

du 5 juillet 1985 autorise en effet de manière exceptionnelle l'imputation du recours sur les postes extrapatrimoniaux, à la condition que le tiers payeur établisse qu'il a « *effectivement et préalablement versé à la victime une prestation indemnifiant de manière incontestable un poste de préjudice personnel* ». Les termes de ce texte se voulaient donc très restrictifs, mais la Cour de cassation en a neutralisé la portée en dispensant, de fait, les tiers payeurs de la double preuve exigée par le texte au terme d'une jurisprudence très controversée et qui confine selon nous au *contra legem*<sup>36</sup>. L'article 1276 de l'avant-projet vise donc tout à la fois à mettre fin à cette jurisprudence et à empêcher la survenance de tout autre débat du même type dans l'avenir, gage d'une plus grande sécurité juridique. Si la réforme est adoptée, les choses seront en effet simples : les prestations des tiers payeurs ne pourront s'imputer que sur les postes patrimoniaux, tels que définis dans la nomenclature unifiée prévue par ailleurs à l'article 1269. Les postes extrapatrimoniaux y échapperont, quant à eux, totalement, sans que la question de savoir ce que la prestation à imputer indemnise ne se pose davantage. Cette solution aurait comme effet concret essentiel d'interdire, contrairement à la position actuelle de la Cour de cassation, l'imputation de toute prestation sur le déficit fonctionnel permanent. Elle est tout à la fois favorable aux victimes, conforme aux règles de la subrogation et présente le mérite de la simplicité et de la sécurité. Elle doit donc, à ce triple titre, être très nettement appuyée. Il conviendra toutefois de voir, dans l'hypothèse de la soumission au Parlement du texte de réforme, si cette solution justifiée juridiquement franchira le cap des arbitrages ministériels puisque cette limitation de l'assiette du recours aura pour effet de priver les caisses de sécurité sociale d'une partie de leur recours.

**14 - Article 1276, alinéa 2 et 3 - Modification des règles du droit de préférence de la victime.** - Les deux alinéas suivants de l'article 1276 visent à réformer le droit de préférence de la victime, tel qu'issu de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, modifié par la loi du 21 décembre 2006. Selon ce dernier texte, « *Conformément à l'article 1252 du code civil, la subrogation ne peut nuire à la victime subrogeante, créancière de l'indemnisation, lorsqu'elle n'a été indemnisée qu'en partie ; en ce cas, elle peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle* ». Cette solution est née des propositions du groupe de travail réuni au sein du CNAV sous la présidence de Mme le professeur Lambert-Faivre, et qui visait à mettre fin à la situation antérieure où les tiers payeurs pouvaient exercer un recours intégral nonobstant le partage de responsabilité, solution qui pénalisait de fait gravement la victime. La modification opérée par la loi du 21 décembre 2006 visait donc à mettre fin à ces excès mais, confortée par une interprétation jurisprudentielle

bienveillante<sup>37</sup>, elle a conduit à une solution très favorable aux victimes, à son tour vivement critiquée par certains<sup>38</sup>.

La contestation s'était notamment concentrée sur deux points. Le premier relatif à la manière dont la jurisprudence applique ce droit de préférence dans le cas du partage de responsabilité, puisque sa mise en œuvre permet alors de contourner les effets concrets de ce dernier, la victime étant de fait indemnisée de l'intégralité de son dommage. Le second portant sur l'application de ce droit de préférence lorsque l'indemnisation partielle de la victime est fondée sur la perte de chance, solution unanimement retenue par la jurisprudence<sup>39</sup>, alors qu'il a été jugé excessif de considérer que celle-ci était, selon les termes de l'article 31 de la loi du 5 juillet 1985, dans ce cas indemnisée « pour partie ».

15 - L'article 1276 de l'avant-projet envisage donc de corriger ces solutions d'une double façon. L'alinéa 2 du texte vise tout d'abord à recadrer le champ du droit de préférence en en limitant la mise en œuvre à seulement deux cas pouvant conduire à une indemnisation partielle de la victime : l'insolvabilité du responsable et la faute de celle-ci. Lorsqu'elle aurait en revanche reçu une indemnisation limitée car le juge a appliqué un coefficient réducteur lié à la perte de chance, le droit de préférence ne saurait jouer. Cette solution, si elle est moins favorable aux victimes, nous semble devoir être approuvée du point de vue de l'analyse juridique ; car il est de jurisprudence constante que la perte de chance est un préjudice autonome, réparé lui-même intégralement. L'application du droit de préférence ne saurait donc permettre d'indemniser la victime au-delà du préjudice réparable. La formulation de l'article 1276, alinéa 2 permettrait donc de mettre fin à ces difficultés en excluant l'application du droit de préférence dans ces hypothèses.

L'alinéa 3 est en revanche d'une formulation plus mystérieuse et, à vrai dire, peu explicite au premier abord. On comprend toutefois que le principe retenu par l'avant-projet est de limiter, dans le cas de partage de responsabilité consécutif à une faute de la victime, les effets du droit de préférence, en opérant une sorte de compromis entre la solution actuelle, les solutions antérieures à la réforme de 2006 et celles proposées par d'autres avant-projets<sup>40</sup>. Pour cela, et en cas de partage de responsabilité consécutif à une faute de la victime, cette dernière se verrait opposer sa faute uniquement sur la part non indemnisée par les tiers payeurs, ceux-ci pouvant alors récupérer la part restante auprès du responsable. Un exemple chiffré permettra de comprendre les incidences concrètes de ce nouveau système, dans l'hypothèse d'un préjudice de 1 000, ayant donné lieu au versement de 800 par les tiers payeurs, avec un partage de responsabilité de moitié. Dans un tel cas, au terme du système proposé par l'article 1276, alinéa 3, la victime conservera les 800 corres-

concl. J.-P. Thiellay. - CE, avis, 8 mars 2013, n° 361272 : D. 2013, p. 1258, note S. Porchy-Simon ; D. 2013, p. 2658, obs. M. Bacache ; AJDA 2013, p. 793, chron. X. Domino, A. Bretonneau ; H. Groutel, Cour de cassation et Conseil d'État : la grande discorde » : Resp. civ. et assur. 2013, repère 6

36 Pour une étude plus détaillée de cette question, V. S. Porchy-Simon, *Le recours des tiers payeurs à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour de cassation* : D. 2010, p. 593.

37 V. not. CE, avis, 4 juin 2006, n° 303422 et n° 304214 : JCP A 2007, 1897, note Ch. Guettier ; RTD civ. 2007, p. 577, obs. P. Jourdain (détermination de la méthode de mise en œuvre du droit de préférence de la victime). - CE, 5 mars 2008, n° 272447 : JurisData n° 2008-073183 (idem). - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janv. 2010 : Resp. civ. et assur. 2010, comm. 71. - Application à la perte de chance : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 sept. 2009, n° 08-14.515 : JurisData n° 2009-049669 : JCP S 2009, 1542, note J. Bourdoiseau ; JCP G 2009, 424, note P. Grosser.

38 V. not. P. Jourdain, *La réforme du recours des tiers payeurs : des victimes favorisées*, D. 2007, p. 454.

39 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 24 sept. 2009, n° 08-14.515, préc. note (37).

40 V. not. avant-projet Terré, art. 62.

pondant aux prestations versées. Elle se verra opposer le partage sur les 200 restants (soit 100). Elle percevra donc au final 900, constitué des 800 de prestations des tiers payeurs et des 100 alloués à la suite du partage de responsabilité. Les tiers payeurs pourront quant à eux récupérer 400 (500 dus par le responsable du fait du partage - 100 déjà récupérés par la victime). Dans le système actuel, la victime percevrait les 800 de prestation, auxquels viendraient s'ajouter les 200 dus par le responsable, sur lesquels elle a entière priorité. Les tiers payeurs ne percevraient quant à eux que 300.

Cette nouvelle solution tente un compromis, qui va selon nous être source de complications qu'il semble, à la réflexion, peut-être inutile de provoquer. La rédaction du texte semble tout d'abord complexe, et conduira à des difficultés d'application et donc à des jurisprudences potentiellement divergentes, alors que l'on est parvenu, dans le domaine du droit de préférence, à une application unifiée et consensuelle des deux ordres de juridiction. Par ailleurs, la justification de la règle proposée est incertaine, car en tentant de concilier les deux systèmes appliqués antérieurement, elle opère un compromis qui ne relève d'aucun choix réel de paradigme. Les règles antérieures à la réforme de 2006 marquaient en effet une nette volonté de préserver les intérêts des tiers payeurs. Les règles actuelles privilégient à l'inverse nettement la victime, et ont été assumées comme telles par ceux qui en étaient à l'origine. Elles sont fondées sur certains arguments qu'il convient de garder à l'esprit, et notamment celui selon lequel les prestations sociales sont servies indépendamment

de la cause de l'accident et que la victime n'a donc pas à être défavorisée par le jeu du recours lorsque la source du dommage est accidentelle. Remarquons par ailleurs que l'actuel article 31, alinéa 2 de la loi du 5 juillet 1985 nous semble d'ailleurs avoir finalement été globalement bien accepté sauf dans son application à la perte de chance, solution que l'article 1276, alinéa 2 suffirait à corriger.

Il nous apparaît donc que la modification de ce texte est inopportune et que la formulation actuelle du mécanisme même du droit de préférence doit être sauvegardée, son champ d'application pouvant en revanche être modifié pour corriger certaines positions juridiquement inexacts de la jurisprudence. On remarquera enfin qu'en toute hypothèse, ce texte risque d'être d'application exceptionnelle si, ainsi qu'en dispose, l'article 1254 *in fine* de l'avant-projet, la faute de la victime d'un dommage corporel ne lui est opposable qu'en cas de faute lourde.

16 - **Des textes d'inspiration contradictoires.** - Il ressort des développements ci-dessus que la nouvelle rédaction des textes relatifs au recours des tiers payeurs relève d'un exercice d'équilibre, qui consacre sur certains points des solutions très favorables aux victimes (exclusion du recours sur les postes extrapatrimoniaux), alors que d'autres sont marquées par une politique de faveur envers les tiers payeurs (révision du droit de préférence, inclusion de la PCH). Solution de compromis sans doute, mais qui comme tout bon compromis prend le risque, peut-être, de ne contenter personne... ■

#### Propositions de modifications

##### « Sous-Titre II. - La responsabilité civile

(...)

##### « Chapitre IV. - Les effets de la responsabilité

(...)

##### « Section 2. - Règles particulières à la réparation de certaines catégories de dommages

##### « Sous-section 1. - Règles particulières à la réparation des préjudices résultant d'un dommage corporel

« Article 1267. - [pas de changement]

« Article 1268. - [pas de changement]

« Article 1269. - [pas de changement]

« Article 1270. - Sauf disposition particulière, **l'atteinte permanente à l'intégrité physique et psychique** est mesurée selon un barème médical unique, indicatif, dont les modalités d'élaboration, de révision et de publication sont déterminées par voie réglementaire.

« Article 1271. - [...] Une base de données, **régulièrement mise à jour**, rassemble, sous le contrôle de l'Etat et dans des conditions définies par décret en Conseil d'Etat, les décisions définitives rendues par les cours d'appel en matière d'indemnisation du dommage corporel.

« Article 1272. - L'indemnisation due au titre de la perte de gains professionnels **futurs**, de la perte de revenus des proches ou de l'assistance d'une tierce personne a lieu en principe sous forme d'une rente indexée sur un indice fixé par voie réglementaire et lié à l'évolution du salaire minimum.

« Avec l'accord des parties, ou sur décision spécialement motivée **du juge**, la rente peut être convertie en capital selon une table déterminée par voie réglementaire, **et révisée périodiquement.**

« alinéa 3 : [pas de changement]

« Article 1273. - [pas de changement]

« Article 1274. - [pas de changement]

« Article 1275. - [pas de changement]

« Article 1276. - alinéa 1er : [pas de changement]

« alinéa 2 : [pas de changement]

« **Dans le cas de faute de la victime, celle-ci peut exercer ses droits contre le responsable, pour ce qui lui reste dû, par préférence au tiers payeur dont elle n'a reçu qu'une indemnisation partielle.**

« Article 1277 : [pas de changement]

# Le fait des véhicules terrestres à moteur



**Sophie Hocquet-Berg,**  
professeur à l'université de Lorraine-Metz

## Avant-projet de loi

### « Chapitre V. - Les principaux régimes spéciaux de responsabilité

#### « Section 1. - Le fait des véhicules terrestres à moteur

« Article 1285. - Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur répond de plein droit du dommage causé par un accident de la circulation dans lequel son véhicule, ou une remorque ou semi-remorque, est impliqué.

« Les dispositions de la présente section sont d'ordre public et sont seules applicables contre le conducteur ou le gardien d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation. Elles s'appliquent même lorsque la victime est transportée en vertu d'un contrat.

« Article 1286. - Les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure.

« Elles n'ont pas droit à réparation sur le fondement de la présente section lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.

« Article 1287. - En cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident.

« Toutefois, les victimes âgées de moins de seize ans ou de plus de soixante-dix ans ou, quel que soit leur âge, titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux de déficit fonctionnel permanent au moins égal à 80 p. 100, sont, dans tous les cas, indemnisées des dommages corporels.

« Article 1288. - En cas de dommage matériel, la faute de la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation de ses préjudices lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage.

« L'exclusion de l'indemnisation doit être spécialement motivée par référence à la gravité de la faute.

« Toutefois, les dommages causés à des fournitures ou appareils délivrés sur prescription médicale sont indemnisés selon les règles applicables au dommage corporel.

« Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages autres que corporels. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

**L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile soumis par le garde des Sceaux le 29 avril 2016 à la consultation publique envisage d'introduire les dispositions issues de la loi *Badinter* dans le Code civil en y apportant quelques modifications, dont certaines améliorent sensiblement le sort des victimes d'accidents de la circulation. À certains égards, le texte pourrait cependant se montrer plus ambitieux en poussant plus loin la logique de l'égalité entre les victimes et en consacrant explicitement certains principes jurisprudentiels bien établis.**

1 - Plus de trente ans après sa promulgation, la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures

d'indemnisation devrait être prochainement réformée. En effet, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile soumis par le garde des Sceaux à la consultation publique propose d'introduire quatre nouveaux articles dans le Code civil dédiés au fait des véhicules terrestres à moteur, dans un Chapitre consacré aux principaux régimes spéciaux de responsabilité (art. 1285 à 1288).

2 - Dès son adoption, les imperfections de la loi *Badinter* étaient bien visibles. Elles s'expliquent par le contexte singulier de son adoption et la nécessité dans laquelle le Gouvernement s'est trouvé de composer pour apaiser les réactions négatives suscitées par l'idée de réformer le droit de l'indemnisation des vic-

times d'accidents de la circulation<sup>1</sup>. Sans pouvoir remédier à tous ses défauts, la Cour de cassation est néanmoins parvenue à combler certaines lacunes de la loi, spécialement à propos du fait générateur de responsabilité pour lequel la loi est curieusement restée muette. Pour l'essentiel, l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile envisage de reprendre les principes énoncés par les articles 1<sup>er</sup> à 6 de la loi du 5 juillet 1985 et de consacrer les principales solutions dégagées par la jurisprudence. Le fait générateur de responsabilité demeure l'implication d'un véhicule terrestre à moteur dans un accident de la circulation et les possibilités d'exonération du défendeur restent, conformément à l'esprit général de la loi *Badinter*, très réduites.

3 - Toutefois, en regardant de plus près, on constate que des modifications des solutions jusqu'à présent admises sont suggérées. En effet, l'avant-projet de réforme de responsabilité civile ne se contente pas de suggérer une codification à droit constant des règles issues de la loi *Badinter*, à la différence, par exemple, de ce qui est proposé pour le fait des produits défectueux. Des changements d'inégales importances par rapport au droit positif sont aussi proposés (1). Il est toutefois regrettable que, sur certains points, ce texte n'envisage pas d'aller plus loin afin de corriger certaines imperfections du régime actuel d'indemnisation des victimes d'accident de la circulation qui ont pourtant été clairement dénoncées (2).

## 1. Les changements proposés

4 - Des changements d'inégales importances devraient résulter de ce projet : certains sont purement formels (A) tandis que d'autres sont plus substantiels (B).

### A. - Les changements purement formels

5 - La codification des règles consacrées à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation constitue à l'évidence le changement le plus discernable. En dehors du fait que cela favorisera l'accessibilité à ces dispositions, l'intégration de ce régime spécial de responsabilité dans le Code civil ne constitue évidemment pas un changement fondamental. Elle n'est toutefois pas non plus dépourvue de sens.

D'abord, les règles consacrées à l'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation se trouvent ainsi désolidarisées des autres dispositions de la loi *Badinter* qui ne régissent pas seulement le droit de la responsabilité. Un grand nombre des articles de cette loi a été intégré dans le Code des assurances, le Code civil ou même le Code rural. Si l'on excepte les règles de la prescription en matière de responsabilité extracontractuelle, qui ont fait l'objet d'une réforme récente plus globale, celles qui concernent le recours des tiers payeurs n'étaient pas directement liées aux accidents de la circulation. Il est donc plus logique, dans une perspective de clarification et de simplification du droit, qu'elles ne soient plus incorporées dans le même corpus juridique.

Ensuite, ces mêmes règles d'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation se trouvent ainsi rattachées aux principes qui régissent le droit de la responsabilité civile. Ce faisant,

1 V. R. *Badinter* : *Resp. civ. et assur.* 1996, hors-série, p. 1.

ce projet nous paraît trancher la question - encore à ce jour controversée - de savoir si la loi *Badinter* consacre un véritable régime de responsabilité ou s'il s'agit d'un pur mécanisme d'indemnisation reposant sur l'assurance automobile. D'un côté, les articles 1<sup>er</sup> à 6 manifestent une rupture par rapport à la logique classique de la responsabilité civile, notamment par l'exclusion de la force majeure comme source d'exonération pour le défendeur, mais de l'autre, la dette de réparation continue de reposer sur le conducteur ou le gardien et non directement sur l'assureur ou sur un fonds d'indemnisation. On peut effectivement y voir une forme d'« hermaphrodisme juridique »<sup>2</sup>.

6 - En intégrant le régime applicable au fait des accidents de la circulation dans le Code civil - et non dans le Code des assurances, et spécialement dans un chapitre consacré aux « principaux régimes spéciaux de responsabilité » -, l'avant-projet nous semble ainsi mettre un terme à cette discussion. La lecture du premier alinéa du premier des textes consacrés au « fait des véhicules terrestres à moteur » finit d'ailleurs par convaincre de la pertinence de cette analyse puisqu'il énonce, s'inspirant en cela de la formule issue du projet dit *Terré*<sup>3</sup>, que « le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur répond de plein droit du dommage causé par un accident de la circulation dans lequel son véhicule, ou une remorque ou semi-remorque, est impliqué ». Cette formule évoque à l'évidence les règles de la responsabilité civile auxquelles ce régime spécial est donc expressément rattaché.

### B. - Les changements plus substantiels

7 - Le premier changement notable proposé par ce projet concerne le domaine d'application du régime spécial du fait des accidents de la circulation. En effet, l'alinéa 2 du nouvel article 1285 ne reprend pas l'exception énoncée dans l'actuel article 1<sup>er</sup> de la loi du 5 juillet 1985. Comme tous les récents projets de réforme de la responsabilité civile, qu'il s'agisse de l'avant-projet dit *Catala*<sup>4</sup> ou du projet dit *Terré*<sup>5</sup>, l'avant-projet présenté par le garde des Sceaux envisage de supprimer l'exclusion actuellement applicable aux accidents de chemin de fer et de tramways circulant sur des voies qui leur sont propres. De nombreux auteurs préconisaient cette réforme<sup>6</sup> que la Cour de cassation a d'ailleurs, à sa façon, anticipée en limitant les possibilités pour la SNCF de s'exonérer par la preuve de la force majeure ou la faute de la victime<sup>7</sup>. Cette réforme permettrait ainsi d'uniformiser le régime applicable aux victimes d'accidents de la circulation causés par un véhicule terrestre à moteur et éviterait à la

2 Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle* : LexisNexis, coll. Manuel, 2014, 3<sup>e</sup> éd., n° 667, p. 452.

3 F. Terré (ss dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile* : Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, art. 25.

4 P. Catala, *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription* : Doc. fr., 2006, art. 1385.

5 F. Terré (ss dir.), *préc. note (3)*, art. 25.

6 V. G. Viney, *Les trente ans de la loi Badinter : bilan et perspectives. Propos introductifs* : *Resp. civ. et assur.* 2015, dossier 12. - A. Guégan-Lécuyer, *Le domaine d'application de la loi Badinter : bilan et perspectives* : *Resp. civ. et assur.* 2015, dossier 13.

7 V. notre analyse sous Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 mars 2016, n° 15-12.217 : *JurisData* n° 2016-003585 ; *Resp. civ. et assur.* 2016, comm. 174.

Cour de cassation de recourir à certaines acrobaties destinées à notamment restreindre la notion de « voies propres » aux tramways ou aux chemins de fer<sup>8</sup>.

8 - L'avant-projet propose une seconde évolution substantielle qui, cette fois, concerne les causes d'exonération du défendeur à l'action en réparation dans le but clairement affiché par le garde des Sceaux « de l'amélioration de l'indemnisation des victimes de dommages corporels »<sup>9</sup>. Selon l'actuel article 4 de la loi du 5 juillet 1985, « la faute commise par le conducteur du véhicule terrestre à moteur a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des dommages qu'il a subis ». Dès l'adoption de la loi de 1985, cette différence de traitement entre les victimes conductrices et les victimes non conductrices était dénoncée. Ainsi, François Chabas disait que « la discrimination dont sont victimes les conducteurs est proprement scandaleuse quand on sait qu'ils ne sont pas couverts par l'assurance obligatoire »<sup>10</sup>. L'avant-projet envisage d'aligner désormais le sort du conducteur sur celui des victimes qui ont la qualité de passagers ou de piétons. Comme le propose l'avant-projet dit *Catala*<sup>11</sup> mais aussi le projet dit *Terré*<sup>12</sup>, tout comme une proposition de loi présentée par le sénateur Laurent Bêteille<sup>13</sup>, l'article 1287 de l'avant-projet de réforme énonce qu'« en cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute inexcusable ayant été la cause exclusive de l'accident ».

Ce serait ainsi une part importante du contentieux subsistant à propos de l'indemnisation du fait des accidents de la circulation qui disparaîtrait. En effet, hormis les cas particuliers d'accidents complexes, l'exonération du défendeur par la faute du conducteur victime demeure la seule question encore aujourd'hui discutée devant les juridictions judiciaires. Comme c'est actuellement le cas pour les victimes non conductrices, seule la faute inexcusable du conducteur pourrait donc lui être opposée, à condition qu'elle soit la cause exclusive de l'accident. Le maintien de cette condition tenant à l'absence d'autre cause ayant été à l'origine de l'accident implique notamment que l'exonération ne puisse être envisagée qu'à la condition que l'autre conducteur n'ait lui-même commis aucune faute<sup>14</sup>. Perdrait donc toute sa raison d'être le message martelé par la Cour de cassation, selon lequel la faute de la victime conductrice ayant contribué à la réalisation de son préjudice doit être appréciée en faisant abstraction du comportement de l'autre conducteur du véhicule impliqué dans l'accident<sup>15</sup>. Il faudrait donc, contrairement

à ce que juge actuellement la Cour de cassation, que les juges du fond recherchent, pour exclure son droit à réparation, si la faute du conducteur victime était ou non la cause exclusive de l'accident.

9 - C'est donc la loi du « tout ou rien », et concrètement beaucoup plus souvent du « tout » puisque la faute inexcusable est très rarement retenue, qui se trouve ainsi généralisée au profit de l'ensemble des victimes, qu'elles aient la qualité de conducteur ou non. S'il était adopté, cet avant-projet mettrait ainsi un terme aux inégalités entre les victimes issues de la loi *Badinter* qui ont maintes fois été dénoncées. Toutefois, il faut se remémorer le fait que Robert Badinter avait justifié cette distinction entre les victimes conductrices et les victimes non conductrices par le fait que la généralisation de la dispense de partage de responsabilité aux victimes conductrices aurait provoqué un accroissement extrêmement important du coût des primes d'assurance, ce renchérissement étant estimé, en 1985, à 30 %. Même si ce chiffre mériterait sans doute d'être réévalué aujourd'hui, il n'en demeure pas moins certain que cette proposition représente un coût important pour les assureurs qui ne manqueront évidemment pas de le répercuter sur la communauté des assurés. De notre point de vue, il serait plus raisonnable sur un plan économique mais aussi plus juste de supprimer la condition tenant au caractère exclusif de l'accident, ce qui conférerait aux juges du fond le pouvoir de moduler l'étendue de la réparation en fonction de la gravité de la faute commise par la victime conductrice ou non-conductrice<sup>16</sup>.

## 2. Les changements manqués

10 - Si l'avant-projet de réforme doit être salué pour les changements qu'il propose en matière d'accidents de la circulation, il nous semble qu'il aurait cependant pu se montrer plus ambitieux en supprimant des inégalités qui compliquent inutilement le régime actuel de responsabilité du fait des accidents de la circulation (A) et en levant quelques incertitudes (B).

### A. - Le maintien de certaines inégalités

11 - L'inégalité entre les victimes est l'un des traits caractéristiques de la loi *Badinter* qui est le plus critiqué. L'avant-projet propose de supprimer la plus emblématique : celle qui oppose les victimes conductrices aux victimes piétons et passagers. Toutefois, l'avant-projet maintient certaines inégalités, dont il est possible de se demander s'il n'est pas opportun de toutes les éradiquer.

12 - L'inégalité à raison du siège du dommage est maintenue par l'avant-projet. Non seulement cette solution fait consensus mais encore elle correspond à une tendance bien établie qui vise à favoriser la réparation des dommages corporels au détriment

8 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 juin 2011, n° 10-19.941 : *JurisData* n° 2011-011725 ; *Bull. civ.* 2011, II, n° 132 ; *JCP G* 2011, *doctr.* 1333, n° 7, *obs.* C. Bloch ; *RTD civ.* 2011, p. 774, *obs.* P. Jourdain.

9 Entretien avec J.-J. Urvoas : *Rev. Lamy dr. civ.* juin 2016, 6211.

10 F. Chabas, *Le droit des accidents de la circulation après la réforme du 5 juillet 1985*, *Litec Gazette du Palais*, 1988, p. 161.

11 P. Catala, *préc. note* (4), art. 1385-2.

12 F. Terré (*ss dir.*), *préc. note* (3), art. 26.

13 L. Bêteille, *Prop. loi Sénat n°657*, 9 juill. 2010, *portant réforme de la responsabilité*, art. 1386-58.

14 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 16 janv. 2014, n° 13-10.088 : *JurisData* n° 2014-000399.

15 Cass. crim., 31 mai 2005, n° 04-86.231 : *JurisData* n° 2005-029031 ; *Resp. civ. et assur.* 2005, *étude* 13, 1<sup>re</sup> esp. - n° 04-86.476 : *JurisData* n° 2005-029033 ; *Resp. civ. et assur.* 2005, *étude* 13, 2<sup>e</sup> esp. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 juill. 2005, n° 04-12.629 : *JurisData* n° 2005-029525 ; *Resp. civ. et assur.* 2005,

*étude* 13, 3<sup>e</sup> esp. - Cass. 2<sup>e</sup> civ., 13 oct. 2005, n° 04-17.428 : *JurisData* n° 2005-030182 ; *Resp. civ. et assur.* 2005, *comm.* 348, H. Groutel ; *JCP G* 2006, II, 10004, *note* G. Kessler. - Cass. crim., 18 oct. 2005, n° 05-81.834 : *JurisData* n° 2005-030894 ; *Resp. civ. et assur.* 2006, *comm.* 17.

16 S. Hocquet-Berg, *Les inégalités entre les victimes* : *Resp. civ. et assur.* 2015, *dossier* 14.

des atteintes aux biens. Ni l'avant-projet dit *Catala* ni le projet dit *Terré* n'avaient d'ailleurs suggéré de la supprimer. Sans surprise, l'avant-projet assimile à l'article 1288, alinéa 3, comme le fait l'actuel article 5, au dommage corporel les « fournitures ou appareils délivrés sur prescription médicale ». Il est seulement possible de regretter que l'expression « *d'atteintes aux biens* » figurant dans les dispositions actuelles de la loi *Badinter* n'ait pas été reprise car celle de « dommage matériel », retenue par l'avant-projet, est beaucoup plus imprécise.

13 - L'avant-projet, s'inspirant d'une formule figurant dans l'avant-projet dit *Catala*<sup>17</sup>, précise que « l'exclusion de l'indemnisation doit être spécialement motivée par référence à la gravité de la faute ». Si cette disposition ne change *a priori* rien au droit positif dans la mesure où le juge doit toujours motiver sa décision lorsqu'il retient que la faute de la victime exclut son droit à réparation, elle montre cependant que l'avant-projet entend réserver l'exclusion de l'indemnisation des atteintes aux biens à des situations exceptionnelles. À cet égard, l'avant-projet se montre ainsi moins favorable aux victimes que ne l'est le projet dit *Terré* qui n'envisage qu'une faute de la victime partiellement exonératoire<sup>18</sup>. Il est également possible de se demander si, en l'état actuel de l'avant-projet, le comportement non fautif de la victime, qui présenterait les caractères de la force majeure, ne pourrait pas non plus lui être opposé pour exclure toute réparation de ses atteintes aux biens puisque l'article 1286 de l'avant-projet prévoit que les victimes ne peuvent se voir opposer le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure, sans nullement envisager le fait de la victime. Si le défendeur était désormais admis à invoquer le fait de la victime présentant les caractères de la force majeure pour exclure la réparation de ses préjudices matériels, les droits de la victime régresseraient indiscutablement sur ce terrain.

14 - Enfin, l'avant-projet propose de maintenir l'inégalité des victimes à raison de leurs caractéristiques physiques avant la survenue de l'accident. Au terme de l'actuel article 3, alinéa 2 de la loi du 5 juillet 1985, les victimes non conductrices âgées de moins de 16 ans ou de plus de 70 ans ou, quel que soit leur âge, titulaires, au moment de l'accident, d'un titre leur reconnaissant un taux d'incapacité permanente ou d'invalidité au moins égal à 80 % bénéficient d'un régime particulièrement favorable puisqu'elles sont indemnisées en toute circonstance, à moins qu'elles n'aient « *volontairement recherché le dommage* »<sup>19</sup>. L'avant-projet de réforme énonce en des termes quasiment similaires, la notion de déficit fonctionnel permanent étant simplement substituée à l'actuelle incapacité permanente et invalidité, la même solution.

En reprenant purement et simplement le *quantum* des âges et du taux, sans même les repenser au regard des critiques qui leur ont été adressées, l'avant-projet ne saisit pas l'occasion de supprimer une source d'inégalités entre les victimes qui ne nous paraît ni justifiée, ni d'ailleurs utile. Comme nous l'avons déjà relevé, il n'est pas raisonnable de considérer qu'une personne de

70 ans est vulnérable lorsqu'elle se trouve à bord d'un véhicule en qualité de passager, ce qui conduit à excuser son comportement même gravement fautif. L'avant-projet dit *Catala* avait d'ailleurs supprimé ce régime dérogatoire à raison de l'âge ou du handicap de la victime. Une appréciation *in concreto* de la faute inexcusable et, en particulier du caractère volontaire du comportement de la victime, en fonction de son âge, de son état physique ou psychique, ainsi que le suggère le projet *Terré*<sup>20</sup>, même si elle est à ce jour condamnée par la Cour de cassation<sup>21</sup>, devrait suffire à tenir compte des particularités physiques de la victime.

Mieux là encore, l'avant-projet accentue les effets néfastes de cette source d'inégalités, puisque le domaine d'application de la solution devrait désormais s'étendre à la victime conductrice, dont le sort serait désormais identique à celui qui était jusqu'alors seulement réservé aux passagers et aux piétons. Si ce texte était adopté, il faudrait donc admettre qu'à raison de son âge ou de son handicap, la victime conductrice a systématiquement droit à la réparation intégrale de son dommage corporel, qu'elle qu'ait été la gravité de sa faute et son rôle dans la survenue de l'accident. Les jeunes conducteurs de cyclomoteur ou les conducteurs de véhicules automobiles âgés de plus de 70 ans bénéficieraient ainsi d'un régime de faveur, dont on peine à comprendre la légitimité et dont, pour tout dire, on doute de la constitutionnalité. Sans doute, eut-il été plus judicieux, de pousser jusqu'au bout la logique de la simplicité et de la justice sociale, en plaçant toutes les victimes de dommage corporel sur un pied d'égalité.

## B. - Le maintien de certaines incertitudes

15 - Lors de la présentation de l'avant-projet, le garde des Sceaux a déclaré, après avoir observé que la Cour de cassation a construit une jurisprudence riche et complexe à partir des cinq articles du Code civil datant de 1804 consacré à la responsabilité civile, que « cette réforme est donc absolument nécessaire pour des raisons de sécurité juridique et de respect du principe constitutionnel d'accessibilité et de prévisibilité de la loi »<sup>22</sup>. Au regard de cet objectif, il eut été normal d'intégrer dans la loi les principales règles jurisprudentielles dégagées depuis plus de trente ans par la jurisprudence sur le fondement de la loi *Badinter*.

16 - À cet égard, l'examen de l'avant-projet déçoit. Contrairement à l'avant-projet dit *Catala* qui reprend certaines solutions dégagées par la jurisprudence, telles celles qui concernent les accidents résultant de l'utilisation d'un véhicule outil immobile ou les accidents complexes<sup>23</sup>, l'avant-projet de réforme soumis à la consultation publique se contente, en y apportant les changements précédemment observés, de reprendre les textes issus de la loi *Badinter* dont la seule lecture ne permet évidemment pas de rendre compte du droit positif. Ni le fait de circulation, ni l'implication, ni même la faute inexcusable ne sont définis

17 P. Catala, préc. note (4), art. 1385-3.

18 F. Terré (ss dir.), préc. note (3), art. 26, al. 3.

19 V. pour une application récente, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 3 juill. 2014, n° 13-20.654 : *JurisData* n° 2014-015346 ; Resp. civ. et assur. 2014, comm. 336.

20 F. Terré (ss dir.), préc. note (3), art. 26.

21 Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 avr. 2002, n° 00-12.224 : *JurisData* n° 2002-013921 ; Bull. civ. 2002, II, n° 71.

22 Entretien avec J.-J. Urvoas, préc. note (9).

23 P. Catala, préc. note (4), art. 1385.

alors pourtant qu'il aurait été facile de trouver dans la jurisprudence le sens qu'il convient de donner à ces notions. Certes, comme l'a rappelé le garde des Sceaux en citant Portalis, « l'on ne simplifie pas tout en prévoyant tout »<sup>24</sup>. Toutefois, par leur imprécision, les articles 1285 à 1288 issus de cet avant-projet manquent à l'objectif d'accessibilité de la loi pourtant recherché par la Chancellerie.

17 - Les autres incertitudes générées par les dispositions actuellement en vigueur qui ne sont nullement dissipées par cet avant-projet concernent les rapports entre ce régime spécial d'indemnisation et le droit commun. Certes, l'article 1285, alinéa 2 énonce que les dispositions issues de la section consacrée au fait des véhicules terrestres à moteur « sont d'ordre public et sont seules applicables contre le conducteur ou le gardien d'un véhicule impliqué dans un accident de la circulation », ce qui n'est d'ailleurs que la reprise de la solution que la Cour de cassation retient avec constance depuis l'entrée en vigueur de la loi du 5 juillet 1985<sup>25</sup>. Toutefois, on sait bien que cette affirmation ne suffit pas à rendre compte de toute la complexité des solutions jurisprudentielles dont certaines sont clairement inspirées du droit commun.

18 - C'est ainsi que le principe de l'immunité du préposé conducteur repose indiscutablement sur une solution issue du droit commun de la responsabilité civile<sup>26</sup>, qui semble avoir été consacrée par l'avant-projet dans un texte relevant du régime de droit commun (art. 1249, al. 4) et auquel les dispositions propres au fait des accidents de la circulation entendent vraisemblablement renvoyer sans le dire clairement. Il en est de même de l'opposabilité de la faute de la victime directe à la

victime par ricochet, actuellement énoncée par l'article 6 de la loi du 5 juillet 1985, qui reprend une solution dégagée par la jurisprudence sur le fondement du droit commun<sup>27</sup> et dont l'avant-projet ne reprend curieusement pas les termes, ni dans la section consacrée au fait des accidents de la circulation, ni dans celle consacrée aux causes d'exonération. La règle selon laquelle la faute du conducteur - qu'il serait d'ailleurs opportun d'étendre à toutes les victimes par ricochet - lui est également opposable pour limiter ou exclure l'indemnisation de ses préjudices subis par ricochet n'est pas davantage inscrite dans l'avant-projet.<sup>28</sup> Ce silence suscite des interrogations : faut-il y voir une condamnation de ces solutions ou au contraire la volonté de ne pas les modifier ? L'avant-projet suscite, sur ce point, des incertitudes qui ne sont guère compatibles avec l'objectif de sécurité juridique avancé par la Chancellerie.

### « Par leur imprécision, les articles 1285 à 1288 issus de cet avant-projet manquent à l'objectif d'accessibilité de la loi pourtant recherché par la Chancellerie »

19 - L'avant-projet n'aborde pas davantage la question du recours entre co-impliqués qui présente pourtant un grand intérêt pratique puisqu'il n'est pas rare que plusieurs véhicules soient impliqués dans un même accident de la circulation. La Cour de cassation

retient qu'il ne peut s'opérer qu'en application des articles 1251 et 1382 du Code civil<sup>29</sup>. Cette solution est très critiquée en doctrine, que ce soit pour l'importance qu'elle accorde à la faute du défendeur qui est pourtant étrangère à la logique de ce régime spécial de responsabilité ou encore par son incohérence au regard de l'affirmation du caractère exclusif de la loi. Il est regrettable que l'avant-projet soit totalement muet sur cette question controversée à laquelle l'avant-projet dit *Catala* apportait des réponses<sup>30</sup>, dont la Chancellerie aurait pu utilement s'inspirer. ■

## Propositions de modifications

### « Chapitre V. - Les principaux régimes spéciaux de responsabilité

#### « Section 1. - Le fait des véhicules terrestres à moteur

« Article 1285. - Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur répond de plein droit du dommage causé par un accident de la circulation dans lequel son véhicule, ou une remorque ou semi-remorque, est impliqué.

« **Ne constitue pas un accident de la circulation celui qui résulte de l'utilisation d'un véhicule immobile et dans une fonction étrangère au déplacement.**

« **En cas d'accident complexe, chaque véhicule intervenu à quelque titre que ce soit dans la survenance de l'accident y est impliqué.**

<sup>24</sup> Entretien avec J.-J. Urvoas, préc. note (9).

<sup>25</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 4 mai 1987, n° 85-17.051 : *JurisData* n° 1987-000710 ; *Bull. civ.* 1987, II, n° 87 ; *Gaz. Pal.* 1987, 2, *jurispr.* p. 428, note F. Chabas. - V. plus récemment Cass. 2<sup>e</sup> civ., 23 janv. 2003, n° 01-16.067 : *JurisData* n° 2003-017473 ; *Bull. civ.* 2003, II, n° 7.

<sup>26</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 11 avr. 2002, n° 00-13.387 : *JurisData* n° 2002-013919 ; *Bull. civ.* 2002, II, n° 72 ; *JCP G* 2002, I, 186, n° 33, obs. G. Viney ; *Resp. civ. et assur.* 2002, chron. 9, H. Groutel ; *Dr. et patrimoine. sept.* 2002, p. 100, obs. F. Chabas ; *RTD civ.* 2002, p. 519, obs. P. Jourdain.

<sup>27</sup> Cass. ass. plén., 19 juin 1981, n° 78-91.827 : *JurisData* n° 1981-701699 ; *Bull. civ. ass. plén.* 1981, n° 3 ; *D.* 1981, *jurispr.* p. 641, note C. Larroumet ; *D.* 1982, *jurispr.* p. 85, concl. J. Cabannes et note F. Chabas ; *RTD civ.* 1981, p. 857, obs. G. Durry ; *JCP G* 1982, II, 19712, rapp. A. Ponsard ; *Gaz. Pal.* 1981, 2, *jurispr.* p. 529, note J. Boré ; *GAJ civ.* 11<sup>e</sup> éd., vol. 2, n° 188-189.

<sup>28</sup> V. Cass. crim., 5 mai 2015, n° 13-88.124 : *JurisData* n° 2015-010146 ; *Resp. civ. et assur.* 2015, comm. 227, S. Hocquet-Berg.

<sup>29</sup> Cass. 2<sup>e</sup> civ., 14 janv. 1998, n° 95-18.617 : *JurisData* n° 1998-000146 ; *Bull. civ.* 1998, II, n° 6 ; *JCP G* 1998, II, 10045, note P. Jourdain ; *D.* 1998, p. 174, note H. Groutel ; *RTD civ.* 1998, p. 393, obs. P. Jourdain. - n° 96-13.059 : *JurisData* n° 1998-000153 ; *Bull. civ.* 1998, II, n° 8

<sup>30</sup> P. Catala, préc. note (4), art. 1385-5, al. 3 et 4.

« **Même lorsqu'un seul véhicule est impliqué dans un accident, toute victime peut demander réparation à l'un des responsables, y compris le gardien au conducteur ou le conducteur au gardien.**

« **Toutefois, le préposé conducteur d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident est tenu à réparation à l'égard de la victime dans les conditions de l'article 1249.**

« **L'indemnisation de la victime d'un accident de la circulation dans lequel est impliqué un véhicule terrestre à moteur ne peut être fondée que sur les dispositions de la présente section. Elles s'appliquent même lorsque la victime est transportée en vertu d'un contrat.**

« Article 1286. - Les victimes ne peuvent se voir opposer **leur propre fait**, le cas fortuit ou le fait d'un tiers même lorsqu'ils présentent les caractères de la force majeure.

« Elles n'ont pas droit à réparation sur le fondement de la présente section lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.

« **Les préjudices des victimes par ricochet sont réparés en tenant compte des limitations ou exclusions applicables à la victime directe.**

« **La faute de la victime par ricochet est de nature à limiter ou à exclure l'indemnisation de ses préjudices lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage.**

« Article 1287. - En cas de dommage corporel, la faute de la victime est sans incidence sur son droit à réparation, à moins qu'il ne s'agisse d'une faute inexcusable.

« **Est inexcusable, la faute volontaire, d'une exceptionnelle gravité, exposant sans raison valable son auteur à un danger dont il aurait dû avoir conscience.**

« **Dans l'appréciation de la faute inexcusable, le juge aura égard à l'âge et à l'état physique ou psychique de la victime.**

« **La faute de la victime est de nature à limiter l'indemnisation de ses préjudices corporels lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage ou à l'exclure lorsqu'elle a été la cause exclusive de l'accident.**

« Article 1288. - **En cas d'atteintes aux biens**, la faute de la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation de ses préjudices lorsqu'elle a contribué à la réalisation du dommage.

« Toutefois, les dommages causés à des fournitures ou appareils délivrés sur prescription médicale sont indemnisés selon les règles applicables au dommage corporel.

« Lorsque le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur n'en est pas le propriétaire, la faute de ce conducteur peut être opposée au propriétaire pour l'indemnisation des dommages autres que corporels. Le propriétaire dispose d'un recours contre le conducteur.

« Article 1288-1 (ou 1289). - **Les responsables d'un accident de la circulation, sur le fondement des dispositions de la présente section ou du droit commun, sont tenus solidairement envers la victime.**

« **Le conducteur ou le gardien d'un véhicule terrestre à moteur impliqué dans un accident de la circulation dispose d'un recours subrogatoire contre d'autres conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués ou contre des tiers responsables de l'accident en vertu du droit commun. De même, le responsable d'un accident de la circulation sur le fondement du droit commun peut exercer un recours subrogatoire contre les conducteurs ou gardiens de véhicules impliqués dans l'accident.**

« **La contribution à la dette d'indemnisation entre coresponsables s'effectue selon les dispositions de l'article 1265.**

# La responsabilité du fait des produits défectueux

**David Bakouche,**

agrégé des facultés de droit,  
professeur à l'université Paris-Sud (Paris-Saclay)

## Avant-projet de loi

### « Chapitre V. - Les principaux régimes spéciaux de responsabilité

(...)

#### « Section 2. - Le fait des produits défectueux

(...)

« Article 1289. - Le producteur est responsable du dommage causé par un défaut de son produit, qu'il soit ou non lié par un contrat avec la victime.

« Article 1290. - Les dispositions de la présente section s'appliquent à la réparation des préjudices qui résultent d'un dommage corporel.

« Elles s'appliquent également à la réparation du préjudice supérieur à un montant déterminé par décret, qui résulte d'une atteinte à un bien autre que le produit défectueux lui-même, à condition que ce bien soit d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés et ait été utilisé par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privés.

« Article 1291. - Est un produit tout bien meuble, même s'il est incorporé dans un immeuble, y compris les produits du sol, de l'élevage, de la chasse et de la pêche. L'électricité est considérée comme un produit.

« Article 1292. - Un produit est défectueux au sens de la présente section lorsqu'il n'offre pas la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre.

« Dans l'appréciation de la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre, il doit être tenu compte de toutes les circonstances et notamment de la présentation du produit, de l'usage qui peut en être raisonnablement attendu et du moment de sa mise en circulation.

« Un produit ne peut être considéré comme défectueux par le seul fait qu'un autre, plus perfectionné, a été mis postérieurement en circulation.

« Article 1293. - Est producteur, lorsqu'il agit à titre professionnel, le fabricant d'un produit fini, le producteur d'une matière première, le fabricant d'une partie composante.

« Est assimilée à un producteur pour l'application de la présente section toute personne agissant à titre professionnel :

« 1° Qui se présente comme producteur en apposant sur le produit son nom, sa marque ou un autre signe distinctif ;

« 2° Qui importe un produit dans l'Union européenne en vue d'une vente, d'une location, avec ou sans promesse de vente, ou de toute autre forme de distribution.

« Ne sont pas considérées comme producteurs, au sens de la présente section, les personnes dont la responsabilité peut être recherchée sur le fondement des articles 1646-1 et 1792 à 1792-6.

« Article 1294. - Si le producteur ne peut être identifié, le vendeur, le loueur, à l'exception du crédit-bailleur ou du loueur assimilable au crédit-bailleur, ou tout autre fournisseur professionnel, est responsable du défaut de sécurité du produit, dans les mêmes conditions que le producteur, à moins qu'il ne désigne son propre fournisseur ou le producteur, dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la demande de la victime lui a été notifiée.

« Le recours du fournisseur contre le producteur obéit aux mêmes règles que la demande émanant de la victime directe du défaut. Toutefois, il doit agir dans l'année suivant la date de sa citation en justice.

« Article 1295. - En cas de dommage causé par le défaut d'un produit incorporé dans un autre, le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables.

« Article 1296. - Le demandeur doit prouver le dommage, le défaut et le lien de causalité entre le défaut et le dommage.

« Article 1297. - Le producteur peut être responsable du défaut alors même que le produit a été fabriqué dans le respect des règles de l'art ou de normes existantes ou qu'il a fait l'objet d'une autorisation administrative.

« Article 1298. - Le producteur est responsable de plein droit à moins qu'il ne prouve :

« 1° Qu'il n'avait pas mis le produit en circulation ;

« 2° Que, compte tenu des circonstances, il y a lieu d'estimer que le défaut ayant causé le dommage n'existait pas au moment où le produit a été mis en circulation par lui ou que ce défaut est né postérieurement ;

« 3° Que le produit n'a pas été destiné à la vente ou à toute autre forme de distribution ;

« [4° Que l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut ;]

« 5° Ou que le défaut est dû à la conformité du produit avec des règles impératives d'ordre législatif ou réglementaire.

« Le producteur de la partie composante n'est pas non plus responsable s'il établit que le défaut est imputable à la conception du produit dans lequel cette partie a été incorporée ou aux instructions données par le producteur de ce produit.

[« Article 1299. - Le producteur ne peut invoquer la cause d'exonération prévue au 4° de l'article 1298 lorsque le dommage a été causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci, ou par tout produit de santé à usage humain mentionné dans le premier chapitre du titre II du livre Ier de la cinquième partie du code de la santé publique.]

« Article 1299-1. - Les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites.

« Article 1299-2. - Sauf faute du producteur, la responsabilité de celui-ci, fondée sur les dispositions de la présente section, est éteinte dix ans après la mise en circulation du produit même qui a causé le dommage à moins que, durant cette période, la victime n'ait engagé une action en justice.

« Article 1299-3. - L'action en réparation fondée sur les dispositions de la présente section se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu ou aurait dû avoir connaissance du dommage, du défaut et de l'identité du producteur.

« Article 1299-4. - Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle.

« Elles ne lui interdisent pas non plus d'invoquer les dispositions de la responsabilité extracontractuelle prévues par le présent chapitre, ou d'autres régimes spéciaux de responsabilité, dès lors que ceux-ci ont un fondement différent de la responsabilité prévue à la présente section.

« Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il répond.

**L'avant-projet de loi reprend la plupart des dispositions issues de la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 qui avait transposé en droit interne la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985. Il recèle tout de même quelques innovations qui portent sur certains des points clés du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux.**

1 - L'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile, soumis à consultation publique jusqu'au 31 juillet prochain, propose d'insérer dans le Titre III du Livre III du Code civil un Sous-titre II « La responsabilité civile », qui prendrait place entre le Sous-titre Ier « *Le contrat* » et le Sous-titre III « *Autres sources d'obligations* ». Il s'inspire donc directement de l'avant-projet *Catala* (dont la partie relative à la responsabilité a été préparée par un groupe de travail dirigé par Mme G. Viney et M. G. Durry) qui, contrairement au projet de l'Académie des sciences morales et politiques dirigé par M. F. Terré, suggérait de substituer au droit « des délits » un droit de « la responsabilité civile » englobant la responsabilité contractuelle. S'en tenant au sujet qu'il nous a été donné de traiter ici, il ne saurait être question ni de discuter du choix de déplacer du Sous-titre Ier au Sous-titre II les règles relatives aux dommages et intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution de son obligation contractuelle, ni de revenir sur celui de superposer à l'exposé des trois sources principales d'obligations la *summa divisio* des actes et des faits juridiques - sauf à relever que la responsabilité civile n'évoque pas, à proprement parler, la source de l'obligation<sup>1</sup>. Notre propos se limitera

donc à la Section 2 « Le fait des produits défectueux » (art. 1289 à 1299-4) du Chapitre V intitulé « Les principaux régimes spéciaux de responsabilité ».

2 - Il faut d'emblée remarquer que ces dispositions attestent d'un parti pris qui nous paraît devoir être approuvé : celui d'inclure dans le Code civil, à côté des dispositions générales qui relèvent de ce qu'il est convenu d'appeler « le droit commun », certains régimes spéciaux de responsabilité. L'avant-projet de loi ne revient donc pas sur le choix fait par la loi n° 98-389 du 19 mai 1998 de transposer dans le Code civil la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. Il faut dire que, bien que l'opinion contraire ait pu être défendue<sup>2</sup>, on s'accorde généralement pour considérer que certaines règles spéciales doivent, compte tenu de leur importance aussi bien théorique que pratique, figurer dans le Code civil<sup>3</sup>.

*Thèmes et commentaires*, 2009, p. 83 et s. - du même auteur, *Réflexions préliminaires sur le chapitre Des Délits* in F. Terré (dir.), *préc.*, p. 15 et s. - Cl. Brenner, *Sources des obligations dans le Code civil rénové : passage à l'acte ou acte manqué ?* : JCP G 2016, act. 524, *Libres propos*.

2 Y. Lequette, *Recodification civile et prolifération des sources internationales* in *Le Code civil 1804-2004 - Livre du Bicentenaire* : LexisNexis et Dalloz, 2004, p. 169 et s., *spéc. n° 8*, pour qui « les dispositions d'origine communautaire constituent au sein d'une codification nationale un corps étranger ».

3 G. Viney, *Exposé des motifs* in *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* : Doc. fr., 2005, p. 161. - P. Jourdain, *Faut-il recodifier le droit de la responsabilité*

1 Ph. Rémy, *Plans d'exposition et catégories du droit des obligations* in F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats* : Dalloz, coll.

Si l'on veut bien admettre que, dans un souci de lisibilité du droit des obligations conforme à l'objectif poursuivi, il est souhaitable que le Code civil reflète les tendances fortes du droit contemporain de la responsabilité, le choix fait par l'avant-projet nous semble difficilement contestable. Il l'est d'autant moins que, jusqu'alors bizarrement coincé entre les engagements qui se forment sans convention et le contrat de mariage (*Livre III, Titre IV bis*), le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux s'insère cette fois logiquement dans un ensemble ordonné et cohérent.

3 - Ce qui est plus discutable, c'est la façon dont est mise en œuvre la distinction droit commun / droits spéciaux, et donc la sélection des régimes considérés par le Chapitre V du Sous-titre II comme des régimes spéciaux de responsabilité : « Le fait des véhicules terrestres à moteur » (*Sect. 1*) et « Le fait des produits défectueux » (*Sect. 2*). À s'en tenir à la responsabilité extracontractuelle, le droit commun ne se limite-t-il pas à la responsabilité pour faute, que l'avant-projet de loi déplace aux articles 1241 et 1242 du Code civil ? La responsabilité du fait des produits défectueux est-elle « plus spéciale » que celle des parents du fait de leurs enfants mineurs (art. 1246) ou des « personnes qui par contrat assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui » et, à ce titre, « répondent du fait de la personne physique surveillée » (art. 1248) ? Sans doute pourrait-on objecter, s'agissant de ces deux derniers cas, que la spécificité de la responsabilité du fait d'autrui ne tenant pas à son fait générateur mais à la manière dont la charge de la réparation est imputée, c'est bien la faute de l'auteur du dommage, voire le fait de la chose, qui engage la responsabilité du « répondant » - ce qui explique d'ailleurs que l'avant-projet de loi, comme le faisait le projet *Terré*, traite d'un côté des faits générateurs de responsabilité (art. 1241 à 1244) et, de l'autre, de l'imputation du dommage causé par autrui (art. 1245 à 1249). Soit. Mais on pourrait poursuivre et se demander ce que la responsabilité du fait des produits défectueux a de moins « commune » que l'anachronique responsabilité du fait des animaux que recouvrent il est vrai à présent la responsabilité du fait des choses (art. 1243, dernier al.) ou la responsabilité pour troubles anormaux du voisinage (art. 1244)... Sous cet aspect, le projet *Terré*, qui faisait de la faute, du dommage, de la causalité et des cas d'imputation du dommage causé par autrui le vrai droit commun de la responsabilité, les régimes spéciaux regroupant les cas de responsabilité réglés par les actuels articles 1384 et suivants du Code civil auxquels quelques autres avaient été ajoutés - du fait des installations classées, pour troubles anormaux de voisinage, du fait des véhicules terrestres à moteur, du fait des produits défectueux et du fait de l'activité médicale - nous paraîtrait, quitte à ne pas tous les retenir, constituer une juste source d'inspiration. En tout état de cause, on ne saurait, comme le fait l'avant-projet de loi, regrouper dans un chapitre intitulé « Les principaux régimes spéciaux de responsabilité » le régime des accidents de la circulation et celui des produits défectueux : si le second est certainement un régime de responsabilité, tel n'est pas le cas du premier qui, admettant qu'une personne puisse être tenue de réparer un dommage dans la genèse duquel ne pourrait pourtant

être décelée la moindre trace d'un fait illicite, repose sur une philosophie étrangère à l'institution<sup>4</sup>. Il serait dès lors souhaitable, afin d'éviter l'amalgame entre responsabilité et indemnisation, de modifier le Chapitre V, qui s'intitulerait « Les principaux régimes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation » et traiterait, comme l'avait fait l'avant-projet *Catala*, de « L'indemnisation des victimes d'accidents de la circulation » et de « La responsabilité du fait des produits défectueux ».

4 - Venons-en à présent à la substance des textes. Apprécié globalement, l'avant-projet de loi apparaît, pour ce qui est de la responsabilité du fait des produits défectueux, comme une œuvre de consolidation puisqu'il reprend la plupart des dispositions antérieures, les corrections ne s'effectuant, pour l'essentiel, qu'à la marge. Et pour cause : la « dénationalisation du droit civil »<sup>5</sup>, « dominé »<sup>6</sup> par des droits « venus d'ailleurs » pour reprendre la formule évocatrice du doyen *Carbonnier*<sup>7</sup>, rend bien étroite la fenêtre de tir<sup>8</sup>, la modification des textes ne se concevant qu'avec l'assentiment des autorités européennes<sup>9</sup>. Ainsi ne s'étonne-t-on pas que ne soient pas reprises les dispositions des articles 1386-13 et 1386-14 du Code civil (*réd. L. n° 98-389, 19 mai 1998*), le premier de ces textes admettant l'exonération totale ou partielle du producteur par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable, le second excluant toute possibilité d'exonération partielle par le fait d'un tiers qui aurait concouru à la réalisation du dommage. Ces règles ne sont pas abandonnées ; elles figurent désormais dans un chapitre spécialement consacré aux causes d'exonération - Chapitre III « Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité » - dont les dispositions sont en principe applicables à tous les régimes de responsabilité. Le projet d'article 1253 dispose ainsi que « le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils remplissent les caractères de la force majeure »<sup>10</sup>, tandis que l'article 1254 prévoit que « le manquement de la victime à ses obligations contractuelles, sa faute ou celle d'une personne dont elle doit répondre sont partiellement exonérateurs lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du

4 *Ph. Brun, Responsabilité civile extracontractuelle : LexisNexis, 2014, 3<sup>e</sup> éd., n° 155. - Contra, J.-S. Borghetti, L'accident fait générateur de responsabilité : Resp. civ. et assur. 2015, dossier 3.*

5 *Ph. Rémy, Regards sur le Code in Le Code civil 1804-2004 - Livre du Bicentenaire, op. cit. note (2), p. 99 et s., spéc. p. 114 et s.*

6 *J. Foyer, Le droit civil dominé in Le droit privé français à la fin du XX<sup>e</sup> siècle, Études offertes à P. Catala : LexisNexis, 2001, p. 13 et s.*

7 *J. Carbonnier, Droit et passion du droit sous la Ve République : Flammarion, coll. Champs et essais, 2008, p. 47.*

8 L'objet autant que le format de la présente contribution imposent de s'en tenir à ce constat, auquel certains ne trouveront rien à redire. D'autres se demanderont « par quelle singulière aberration un peuple adulte a pu ainsi aliéner - à une époque où on ne cesse d'exalter la démocratie - le soin de dire son droit entre les mains d'hommes qui lui sont extérieurs et qui n'ont pas pour première mission le bien commun de la société française » (*F. Terré, Introduction générale au droit : Dalloz, coll. Précis, 2015, 10<sup>e</sup> éd., n° 313, p. 249*). Chacun appréciera...

9 Pour cette raison, le groupe de travail dirigé par Mme Viney et M. Durry avait préféré laisser intacts les articles 1386-1 à 1386-18 du Code civil, *V. G. Viney, Exposé des motifs, préc. note (3)*. La proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile déposée par M. le sénateur Béteille, enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010, reprenait elle aussi, sans modification, les textes existants.

10 Sur la justification de l'admission de la force majeure comme cause d'exonération totale de la responsabilité du producteur, *C. Larroumet, La notion de risque de développement, risque du XXI<sup>e</sup> siècle in Clés pour le siècle : Dalloz, coll. Études, mélanges, travaux, 2000, p. 1589 et s., spéc. n° 1614.*

*civile ? in Libres propos sur les sources du droit, Mél. Ph. Jestaz : Dalloz, 2006, p. 247 et s., spéc. p. 254, pour qui la « centralisation » dans le Code civil de règles éparpillées permet de redonner au droit de la responsabilité civile une certaine unité. À ce titre, relève-t-il, « certains régimes spéciaux de responsabilité, lorsqu'ils ont un large champ d'application (par exemple les accidents de la circulation et la responsabilité des producteurs) [méritent] d'y être intégrés ».*

dommage ». La nouveauté, qui s'inscrit dans la logique de l'avant-projet de loi consistant à réserver un traitement particulier à la réparation du dommage corporel, résulte de la suite du texte, qui dispose qu'« en cas de dommage corporel, seule une faute lourde peut entraîner l'exonération partielle ». Quant au fait du tiers, les nouveaux textes maintenant les solutions du droit positif, il n'est pas susceptible de produire un effet partiellement exonératoire. Reste, parmi les causes d'exonération spécifiques à la responsabilité du producteur, le risque de développement, que l'avant-projet de loi retient, avec tout de même semble-t-il une hésitation - le projet d'article 1298, 4°, figurant entre crochets et, du même coup, le correctif en cas de dommage causé par un élément du corps humain ou par les produits issus de celui-ci, l'article 1299. Il nous paraît pourtant opportun de conserver le principe de l'absence de responsabilité du producteur lorsque « l'état des connaissances scientifiques et techniques, au moment où il a mis le produit en circulation, n'a pas permis de déceler l'existence du défaut » et ainsi de continuer de donner à la responsabilité de plein droit du producteur une coloration subjective en prenant en compte son ignorance légitime du défaut lors de la mise en circulation du produit. Non parce que l'exonération pour risque de développement s'accorderait avec l'évolution de la définition de la cause étrangère totalement exonératoire (*C. civ.*, art. 1218, *réd. Ord. n° 2016-131. - Avant-projet*, art. 1253, al. 2), l'assimilation des deux notions étant à juste titre contestée<sup>11</sup> ; mais plutôt parce que le compromis que réalise la prise en compte du risque de développement entre des considérations sociales du côté des victimes et économiques du côté des producteurs n'ouvre pas à ce point une brèche dans les principes classiques du droit français de la responsabilité qu'il faille abandonner la notion, pourvu, comme le relève justement notre collègue Philippe Brun, que les tribunaux se montrent suffisamment vigilants pour que l'industrie agroalimentaire et l'industrie pharmaceutique - pour ne citer qu'elles - ne puissent tirer de cette « aubaine communautaire » un parti excessif<sup>12</sup>.

5 - Au fond, si l'on excepte quelques modifications destinées à tenir compte du plan du Sous-titre II (les articles 1292 et 1299-4 visant « la présente section » et plus, comme le font les articles 1386-4 et 1386-18, le « *présent titre* »), à unifier la terminologie (« dommage corporel » plutôt que « *atteinte à la personne* » : art. 1290) ou à la moderniser (« Union européenne » plutôt que « *Communauté européenne* » : art. 1293, 2°), les innovations semblent se concentrer sur trois séries de questions : la mise en circulation du produit (1), le champ d'application du régime spécial (2) et l'articulation de celui-ci avec d'autres régimes de responsabilité (3).

## - 1 -

6 - La première tient à la disparition de la définition de la mise en circulation du produit, alors pourtant qu'elle est la notion clé de la responsabilité du fait des produits défectueux dont elle constitue le fait générateur. Elle explique en effet que le producteur ne soit pas responsable s'il s'avère que le produit qui a causé le dommage n'avait pas été mis en circulation ; qu'il n'était pas destiné

à la vente ou à toute autre forme de distribution ; que le défaut dommageable n'existait pas ou n'était pas décelable au moment où le produit a été mis en circulation (art. 1298, 1°, 2° et 4°). Elle commande en outre le champ d'application dans le temps du régime spécial et la durée de la responsabilité du producteur (art. 1299-2). On pourrait dès lors, dans une première approche, être surpris de ne pas retrouver dans l'avant-projet la définition qu'en avait donné la loi du 19 mai 1998 à l'article 1386-5 du Code civil, qui dispose qu'« un produit est mis en circulation lorsque le producteur s'en est dessaisi volontairement » (*C. civ.*, art. 1386-5, al. 1<sup>er</sup>) et précise qu'« un produit ne fait l'objet que d'une seule mise en circulation » (*C. civ.*, art. 1386-5 al. 2). Pour autant, les arguments ne manquent pas pour justifier cet alignement du droit français de la responsabilité du fait des produits défectueux sur le texte de la directive qui, faut-il le rappeler, ne définit pas la mise en circulation du produit. D'abord, il faut bien concéder que la définition de cette notion avant tout économique par l'article 1386-5 est décevante et génératrice de bien des incertitudes<sup>13</sup>. Pour n'en évoquer que quelques-unes, on sait bien qu'elle est loin de régler le problème de la mise en circulation des produits composites, à propos desquels l'article 1386-8, qui deviendrait l'article 1295, prévoit que « le producteur de la partie composante et celui qui a réalisé l'incorporation sont solidairement responsables » : y a-t-il mise en circulation d'une partie composante ou de l'ensemble ? Elle ne règle pas non plus celui des produits fabriqués en série, à propos desquels on se demande si c'est le genre du produit qui doit être pris en considération (et donc le moment de mise en circulation du premier exemplaire de la série) ou s'il faut plutôt s'attacher au produit même qui a causé le dommage<sup>14</sup>. Ensuite, et surtout, il n'est pas certain que l'article 1386-5 soit parfaitement conforme à l'interprétation faite par la Cour de Luxembourg de la notion de mise en circulation du produit : alors en effet que la définition du texte français pourrait laisser croire que la remise du produit à une filiale par la société mère productrice suffit à caractériser la mise en circulation, la Cour de justice, qui décide qu'« un produit est mis en circulation lorsqu'il est sorti du processus de fabrication mis en œuvre par le producteur et qu'il est entré dans un processus de commercialisation dans lequel il se trouve en l'état offert au public aux fins d'être utilisé ou consommé », estime qu'il incombe au juge national d'apprécier au cas par cas les liens existants entre les sociétés du groupe, de telle sorte que des liens étroits pourraient conduire à considérer que le transfert du produit de l'une à l'autre n'emporte pas mise en circulation<sup>15</sup>. De tout cela, il ressort qu'il n'est finalement pas déraisonnable de ne pas maintenir dans le Code civil un texte un peu encombrant à l'utilité incertaine et de s'en remettre, pour l'application de la notion, aux directives d'interprétation que la Cour européenne devrait continuer d'apporter pour clarifier sa jurisprudence.

<sup>11</sup> C. Larroumet, *préc. note (10), spéc. n° 1623*.

<sup>12</sup> Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit. note (4), n° 763*.

<sup>13</sup> F.-X. Testu et J.-H. Moitry, *La responsabilité du fait des produits défectueux : D. affaires 1998, suppl. au n° 125, p. 3 et s., spéc. n° 21*.

<sup>14</sup> Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit. note (4), n° 756*.

<sup>15</sup> CJCE, 9 févr. 2006, aff. C-127/04, *Declean O'Byrne c/ Sanofi Pasteur* : JCP G 2006, I, 166, n°14, obs. Ph. Stoffel-Munck ; D. 2006, p. 1937, obs. Ph. Brun ; RTD civ. 2006, p. 331, obs. P. Jourdain. - CJUE, 2 déc. 2009, aff. C-358/08, *SA Aventis Pasteur c/ OB* : JCP G 2010, 268, V.A. Christianos ; D. 2010, p. 624, note J.-S. Borghetti ; RTD civ. 2010, p. 340, obs. P. Jourdain.

## - 2 -

7 - La deuxième concerne le champ d'application du régime de la responsabilité du fait des produits défectueux. On sait que, contrairement à l'article 9 de la directive du 25 juillet 1985, l'article 1386-2 du Code civil, issu de la loi de transposition du 19 mai 1998, ne distingue pas entre les dommages matériels selon qu'ils ont pour objet un bien destiné à la consommation ou un bien professionnel. Pour autant, la Cour de Luxembourg avait paru admettre la conformité du texte à la directive : répondant à une question préjudicielle posée par la chambre commerciale de la Cour de cassation, elle avait décidé qu'elle « ne s'oppose pas à l'interprétation d'un droit national ou à l'application d'une jurisprudence interne établie selon lesquelles la victime peut demander réparation du dommage causé à une chose destinée à l'usage professionnel et utilisée pour cet usage, dès lors que cette victime rapporte seulement la preuve du dommage, du défaut du produit et du lien de causalité entre ce défaut et le dommage », et ce au motif que la réparation de ces dommages « ne relève pas du champ d'application de la directive »<sup>16</sup>. La solution laissait penser que la victime de dommages affectant des biens à usage professionnel disposait d'une option : se prévaloir du régime institué par la directive ou préférer un autre régime de responsabilité. L'avant-projet de loi supprime cette « zone grise » des dommages non compris dans le champ d'application de la directive mais dont le Code civil soumet actuellement la réparation aux règles prescrites par celle-ci et clarifie ainsi la situation<sup>17</sup>. Le régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux devient donc inapplicable à la réparation des dommages aux biens professionnels (art. 1290, al. 2) et, logiquement, à la réparation du préjudice commercial consécutif au défaut du produit, contrairement à ce qu'a admis la Cour de cassation, de façon d'ailleurs discutable au regard du texte et de l'esprit de la directive<sup>18</sup>. De cette précision, qui devrait mettre fin au flottement de la jurisprudence<sup>19</sup>, le projet d'article 1299-1 tire la conséquence : il n'y a plus lieu, comme le fait actuellement l'article 1386-15, d'apporter un tempérament à l'interdiction de principe des clauses visant à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux « pour les dommages causés aux biens qui ne sont pas utilisés par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée ».

8 - Il s'en déduit en tout cas que, délivré du carcan de la directive puisque la réparation de ce type de dommages reste en dehors de son champ d'application, le régime jurisprudentiel français de responsabilité du fait des produits reposant sur l'obligation de sécurité trouvera à s'appliquer<sup>20</sup>, sauf à considérer, ce qui paraît tout de même excessif<sup>21</sup>, que l'avant-projet de loi, en donnant compétence

16 CJCE, 4 juin 2009, aff. C-285/08, *Moteurs Leroy Somer c/ Dalkia France et Ace Europe* : JCP G 2009, 82, P. Jourdain.

17 J.-S. Borghetti, *Des principaux délits spéciaux in F. Terré (dir.), Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit. note (1), p. 163 et s.*

18 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> juill. 2015, n° 14-18.391 : *JurisData* n° 2015-016121 ; *RTD civ.* 2015, p. 892, obs. P. Jourdain.

19 Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2016, n° 13-18.876 : *JurisData* n° 2016-004838 ; *Resp. civ. et assur.* 2016, note D. Bakouche.

20 D. Bakouche, *La responsabilité des fournisseurs* : *Resp. civ. et assur.* 2016, dossier 5.

21 É. Savaux, *La fin de la responsabilité contractuelle ?* : *RTD civ.* 1999, p. 1 et s.

exclusive à la responsabilité extracontractuelle pour la réparation des dommages corporels, y compris ceux causés dans l'exécution d'un contrat (art. 1233, al. 2), n'implique pas seulement une restriction du champ de la responsabilité contractuelle par un reflux des obligations accessoires au contrat mais, plus radicalement, la disparition pure et simple des obligations contractuelles de sécurité<sup>22</sup>. Sous cette réserve, on en arrive, non sans paradoxe<sup>23</sup>, à ce que le régime le plus favorable aux victimes s'applique à la réparation des atteintes portées à des intérêts professionnels<sup>24</sup>, alors que les atteintes à la personne ou aux biens à usage privé sont, elles, en principe exclusivement soumises au régime de la responsabilité du fait des produits défectueux issu de la directive (*V. infra*), par hypothèse moins favorable - canalisation de la responsabilité sur le producteur, exonération pour risque de développement, prescription triennale, franchise.

## - 3 -

9 - Dans le prolongement des observations qui précèdent, la dernière question qui retient ici l'attention est précisément celle de l'articulation du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux avec d'autres régimes de responsabilité. Les termes du débat sont bien connus. L'article 13 de la directive, que la loi du 19 mai 1998 avait transposé à l'article 1386-18 du Code civil, dispose que la directive « ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive ». Mais on sait que la Cour de justice, dans un arrêt du 25 avril 2002, rendu sur renvoi d'une juridiction espagnole en interprétation préjudicielle de l'article 13 relatif à l'option laissée à la victime entre le droit commun national et la responsabilité qu'elle règlemente, a considéré que « les droits conférés par la législation d'un État membre aux victimes d'un dommage causé par un produit défectueux au titre d'un régime général de responsabilité ayant le même fondement que celui mis en place par ladite directive, peuvent se trouver limités ou restreints à la suite de la transposition de celle-ci dans l'ordre juridique interne dudit État »<sup>25</sup>. La possibilité d'invoquer un autre régime de responsabilité que celui prévu par la directive ne vaut ainsi que dans la mesure où il repose sur un fondement différent de celui de la directive<sup>26</sup>, à savoir : la faute, à condition qu'elle soit distincte du défaut de sécurité du produit en cause<sup>27</sup> ; la garantie des vices cachés, à condition que le défaut de sécurité cor-

22 P. Jourdain, *Le fondement de l'obligation de sécurité* : *Gaz. Pal.* 21 sept. 1997, p. 22. - Ph. Rémy, *La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept* : *RTD civ.* 1997, p. 323 et s., spéc. n° 47. - Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats* : *Dalloz, coll. Action*, 2014/2015, n° 3299.

23 D. 2009, p. 1731, J.-S. Borghetti.

24 Cass. com., 26 mai 2010, n° 07-11.744 : *JurisData* n° 2010-007170 ; *Bull. civ.* 2010, IV, n° 100.

25 CJCE, 25 avr. 2002, aff. C-183/00, *Gonzales Sanchez c/ Medicina Asturiana SA* : D. 2002, p. 2462, note Ch. Larroumet ; *RTD civ.* 2002, p. 523, obs. P. Jourdain ; *RDC* 2003, p. 107, obs. Ph. Brun.

26 J. Calais-Auloy, *Existe-t-il en droit français plusieurs régimes de responsabilité du fait des produits ? in Etudes offertes à G. Viney* : *LGDJ*, 2008, p. 201.

27 Cass. com., 26 mai 2010, n° 08-18.545 : *JurisData* n° 2010-007167 ; *Bull. civ.* 2010, IV, n° 99 ; *Contrats, conc. consom.* 2010, comm. 198, L. Leveneur. - Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 2016, n° 13-18.876, préc. note (19).

responde à un vice caché, ce qui n'est pas nécessairement le cas<sup>28</sup> ; vraisemblablement, la garantie légale de conformité des articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation, à condition d'être en présence d'un contrat conclu entre un acheteur consommateur et un vendeur professionnel ayant pour objet la vente d'un bien meuble corporel ; et peut-être, encore que la question puisse être discutée<sup>29</sup>, la responsabilité du fait des choses en jouant sur la distinction de la garde de la structure et de la garde du comportement<sup>30</sup>.

10 - L'avant-projet de loi a manifestement cherché à tenir compte de l'interprétation faite par la Cour de Luxembourg de l'article 13 de la directive. Il n'est pourtant pas évident que la rédaction du projet d'article 1299-4 du Code civil puisse parfaitement contenter la Cour de justice. En disposant, dans un premier alinéa, que « les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle »<sup>31</sup> puis, dans l'alinéa suivant, qu'« elles ne lui interdisent pas non plus d'invoquer les dispositions de la responsabilité extracontractuelle prévues par le présent chapitre, ou d'autres régimes spéciaux de responsabilité, dès lors que ceux-ci ont un fondement différent de la responsabilité prévue à la présente section », le texte pourrait se lire comme réglant la question de l'option entre le régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux et d'autres régimes de responsabilité à partir d'une distinction selon que la victime entend préférer au premier un régime contractuel ou extracontractuel de responsabilité : l'exigence d'un fondement différent de celui du défaut de sécurité du produit, que le projet d'article 1299-4 n'énonce pas pour le cas où la victime voudrait agir en responsabilité contractuelle (al. 1<sup>er</sup>), ne paraît valoir que lorsqu'il est question d'agir sur le terrain extracontractuel (al. 2). Faudrait-il dès lors

comprendre qu'en cas de dommage causé par un produit défectueux, il est permis à la victime, pour le cas où le dommage trouverait sa source dans un manquement contractuel imputable à son cocontractant, d'agir suivant les règles du droit commun de la responsabilité contractuelle sans aucune restriction, peu important donc la question de savoir si cette responsabilité a ou non le même fondement que le régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux ? Pourrait-elle ainsi se prévaloir du régime jurisprudentiel français de responsabilité du fait des produits fondé sur l'obligation de sécurité de résultat, dont il paraît difficile de contester qu'il repose sur le défaut de sécurité du produit, autrement dit sur le même fondement que la responsabilité instituée par la directive<sup>32</sup> ? Sans doute la question ne concerne-t-elle pas la réparation des dommages aux biens à usage professionnel, exclue du champ d'application du régime spécial de responsabilité du fait des produits défectueux (art. 1290, al. 2 ; V. *supra*) ; et ne devrait-elle pas non plus intéresser la réparation des dommages corporels, qui doit avoir lieu, selon le projet d'article 1233, alinéa 2, sur le terrain extracontractuel, sauf à voir dans l'alinéa 1<sup>er</sup> de l'article 1299-4 une exception possible à cette règle. Mais elle se pose certainement pour la réparation des dommages affectant des biens destinés à l'usage ou à la consommation privés et utilisés principalement pour cet usage, sous réserve de ce que l'on a déjà dit de l'avenir de l'obligation contractuelle de sécurité. Plutôt que de prendre le risque d'exposer la France à revivre les déboires de la transposition de la directive<sup>33</sup>, il nous paraît plus sage d'énoncer, dans un seul et même alinéa, que le régime de la responsabilité du fait des produits défectueux exclut en principe l'application d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, à moins que ceux-ci reposent sur des fondements différents de celui d'un défaut de sécurité du produit. ■

### Proposition de modification

#### « Chapitre V. - Les principaux régimes spéciaux de responsabilité ou d'indemnisation

(...)

#### « Section 2. - La responsabilité du fait des produits défectueux

(...)

« Article 1299-4. - Les dispositions de la présente section ne portent pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre d'autres régimes de responsabilité contractuelle ou extracontractuelle, dès lors que ceux-ci reposent sur des fondements différents de celui d'un défaut de sécurité du produit.

« Le producteur reste responsable des conséquences de sa faute et de celle des personnes dont il réponde.

28 *Cass. com.*, 26 mai 2010, n° 08-18.545, *préc. note* (27). - *Cass. 1<sup>re</sup> civ.*, 17 mars 2016, n° 13-18.876, *préc. note* (19).

29 J. Calais-Auloy, *Menace européenne sur la jurisprudence française concernant l'obligation de sécurité du vendeur professionnel* : *D.* 2002, p. 2458. - T. Riehm, *Produits défectueux : quel avenir pour les droits communs ? L'influence communautaire sur les droits français et allemand* : *D.* 2007, p. 2749. - D. Bakouche, *La responsabilité des fournisseurs*, *préc. note* (20) - Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit. note* (4), n° 384, p. 254.

30 G. Viney, *La mise en place du système français de responsabilité des producteurs pour le défaut de sécurité de leurs produits in Mél. offerts à J.-L. Aubert* : *Daloz*, 2005, p. 329 et s., *spéc. p.* 354. - M. Bacache-Gibeili, *Droit civil, Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle* : *Economica*, n° 613.

31 L'éviction du dommage corporel du champ de la responsabilité contractuelle devrait logiquement entraîner une réduction du domaine de la garantie des vices cachés : l'acquéreur victime d'un dommage corporel causé par la chose achetée ne devrait plus pouvoir engager la responsabilité du vendeur non fabricant sur le fondement de l'article 1645 du Code civil. Sur ce point, J.-S. Borghetti, *L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile - Vue d'ensemble de l'avant-projet* : *D.* 2016, p. 1386 et s., *spéc. n°* 35 p. 1392.

32 P. Jourdain et A. Guégan-Lécuyer, *La directive et la place du droit commun de la responsabilité civile* : *Resp. civ. et assur.* 2016, dossier 3.

33 G. Durry, *Les déboires de la France en matière de transposition de la directive communautaire sur la responsabilité du fait des produits défectueux* : *Risques* 2003, n° 53, p. 87.

NOUVEAU !

Modulo™, l'offre Lexis 360®  
pour les cabinets individuels\*



## 6 Modules thématiques à la carte



Avec l'offre Modulo™, vous bénéficiez à la fois du **savoir-faire** éditorial LexisNexis, d'un **moteur de recherche unique** et de toutes les **fonctionnalités** performantes du portail Lexis 360®.

- Une offre couvrant l'ensemble des **grandes matières du droit** : civil, social, affaires, pénal, immobilier, administratif.
- **Des contenus indispensables** : législation, jurisprudence, actualités et dossiers, encyclopédies et revues JurisClasseur.
- **Des contenus pratiques inédits** : fiches pratiques, formules

Construisez librement votre fonds documentaire  
et profitez de de la puissance de Lexis 360®, le portail de référence des avocats !

\*Offre réservée aux nouveaux clients (non abonnés à un contenu inclus dans le module souscrit, en ligne ou en version papier, depuis 12 mois) exerçant exclusivement à titre individuel (1)

(1) L'avocat membre d'une structure d'exercice ou de moyens n'est pas éligible à l'offre.



## Le cabinet ACD harmonise ses méthodes de travail grâce à LexisNexis et obtient le label ISO 9001 « Système de Management de la qualité »

« Notre capacité à centraliser toutes nos données, à être plus efficaces au sein du cabinet et à optimiser les échanges avec nos clients a fortement contribué à l'obtention du label ISO 9001 »

Interview de Maître Cyrille GUENIOT, Président du Directoire du Cabinet ACD

### Quelles expertises sont développées par votre cabinet ?

ACD compte une cinquantaine de collaborateurs répartis sur 4 sites : Nancy (siège historique), Epinal, Paris et Metz.



Maître GUENIOT,  
Président du Directoire  
d'ACD

Le droit des sociétés, le droit social et le droit fiscal sont nos coeurs de métier. Nous disposons en outre d'un service contentieux, spécialisé notamment en droit des affaires et en contentieux prud'homal. Nous sommes donc en mesure de proposer une offre multiservices complète à l'entreprise et à son dirigeant.

### Pourquoi avoir choisi le logiciel PolyOffice Plus ?

Avec des collaborateurs répartis sur plusieurs sites, il était fondamental pour ACD de mettre en place une méthode de travail harmonisée, de centraliser ses données dans une base unique et de disposer d'un outil suffisamment collaboratif pour partager les dossiers en interne et communiquer de manière personnalisée avec les clients. En équipant tous nos sites avec la solution PolyOffice Plus, nous avons considérablement renforcé notre productivité. Les équipes sont mieux organisées et donc plus efficaces. L'autre enjeu pour un cabinet tel que le nôtre réside dans la sécurité de ses données et dossiers clients. En intégrant PolyOffice Plus nous avons repensé la sécurité informatique et la gestion des sauvegardes. Nous sommes désormais mieux armés pour faire face aux risques actuels.

#### Expérience Club Utilisateurs LexisNexis

*Dans un cadre agréable et une atmosphère conviviale, nous échangeons avec les équipes logiciel LexisNexis pour valider, voire proposer, le développement de nouvelles fonctionnalités. C'est l'occasion de rencontrer des confrères et de partager nos meilleures pratiques. Nous avons ainsi l'assurance d'avoir un outil adapté à nos besoins et non l'inverse. C'est devenu un rendez-vous annuel incontournable pour ACD.*

[www.logiciels.lexisnexis.fr](http://www.logiciels.lexisnexis.fr)

### Quels sont les gains concrets sur l'activité et la performance de votre cabinet ?

En 2014, ACD s'est lancé dans une démarche de certification ISO 9001 « système de management de la qualité » et le choix du logiciel PolyOffice Plus a largement contribué à l'obtention rapide du label. L'amélioration de nos méthodes de travail au sein du cabinet nous a permis de les décrire rapidement et en toute simplicité. Au quotidien, le logiciel a impacté autant notre démarche métier que nos méthodes de classement et d'archivage, ou encore notre facturation et gestion commerciale. Le classement commun des dossiers selon une méthode unique par forme juridique ou par nature de l'affaire, et l'accès partagé à tous les documents est un réel bénéfice pour le cabinet. Concrètement, en cas d'absence d'un titulaire, il est désormais facile de faire une recherche dans sa propre base de données et traiter le dossier. L'aspect financier est tout aussi primordial. Chaque associé peut suivre en temps réel sa facturation, ses encaissements, son boni/mali sur les dossiers. Nous sommes adeptes de la feuille de temps pour suivre très précisément les heures passées sur les dossiers de nos clients.

« Labellisée e-barreau et riche de plus de 8500 modèles d'actes, cette solution a permis à ACD de se concentrer sur l'essentiel et d'améliorer sa productivité »

La bible d'actes est un atout précieux pour le cabinet. Nous y insérons nos propres clauses et proposons ainsi à nos clients des actes sur mesure pour répondre à leurs besoins. La mise à jour régulière des modèles d'actes est un autre avantage indéniable car la date de fraîcheur nous donne l'assurance que la dernière réforme a bien été intégrée.

**AUDIT CONSEIL DEFENSE  
AVOCATS**

- Droit commercial • Droit économique
- Droit social/Contentieux • Droit fiscal
- Droit administratif • Droit de la famille

[www.acd.fr](http://www.acd.fr)



# PolyOffice Plus

Logiciel de gestion des cabinets d'avocats



**Pour vous concentrer sur l'essentiel :**  
votre métier d'avocat.

- Centralisez vos données
- Gérez votre agenda simplement
- Rédigez facilement avec plus de 8 500 modèles d'actes
- Favorisez la collaboration et tous vos échanges
- Pilotez votre cabinet et améliorez les performances



Lexis® Explore

Lexis® Procédures

Poly Mobilité



Plus  
d'infos

YouTube

Logiciel Avocat

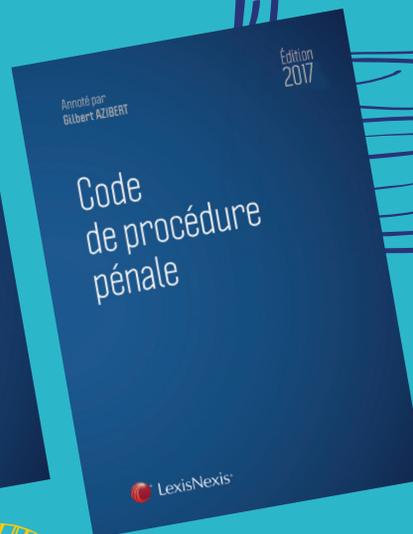


<http://logiciels.lexisnexis.fr>

# Les Codes LexisNexis

## VOTRE MEILLEUR ARGUMENT

Fiabilité des annotations et textes complémentaires par des auteurs de renom



Version numérique INCLUSE\*

\*Sur iPad et tablettes Android

À jour de la réforme du droit des contrats et des obligations

- La plus importante réforme du Code civil depuis 1804
- Près de 500 articles créés ou modifiés

Renouvellement du Code nécessaire pour les professionnels du droit

- Code civil : **19,90€** + mode d'emploi de la réforme offert !
- Codes pénal, procédure pénale, procédure civile, commerce : **34,90€**
- Choix de jaquettes amovibles GRAPHIK pour personnaliser votre code



**PRIX DE LANCEMENT**  
Jusqu'au 31/12/16

 LexisNexis®

Retrouvez tous nos ouvrages sur [boutique.lexisnexis.fr](http://boutique.lexisnexis.fr)