Université Paris-Sud (Paris-Saclay)

Faculté Jean Monnet – UFR Droit, économie, gestion

Année universitaire 2016-2017

**LA RESPONSABILITE CONTRACTUELLE DANS
L'ORDONNANCE DU 10 FEVRIER 2016**

Mémoire de Master 2 Recherche

Mention Droit privé fondamental

Présenté par :

Laetitia CADEL

Sous la direction de :

Monsieur le Professeur David BAKOUCHE

« L'Université n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans ce mémoire. Celles-ci doivent être considérées comme propres à l'auteur. »

Remerciements

Je tiens à remercier, tout particulièrement, Monsieur le Professeur David Bakouche pour sa disponibilité et ses précieux conseils tout au long de l'élaboration de ce mémoire.

Table des matières

Remerciements	3
Table des matières	4
Liste des principales abréviations	6
Introduction	7
PARTIE 1 : Existence de la responsabilité contractuelle	12
CHAPITRE 1 : Incertitudes relatives à l'existence de la responsabilité contractuelle ...	13
Section 1 : Raisons des incertitudes dans l'ordonnance.....	13
I. Intitulés et place des textes	13
II. Conséquences pratiques	14
Section 2 : Débat doctrinal relatif à l'existence de la responsabilité contractuelle	15
I. Contenu du débat	15
II. Conséquences pratiques du débat	16
CHAPITRE 2 : Maintien justifié de la responsabilité contractuelle	19
Section 1 : Eléments de justification intrinsèques	19
I. Utilisation de l'expression « réparation du préjudice »	19
II. Maintien des spécificités relatives à la responsabilité contractuelle.....	20
III. Présentation similaire aux textes antérieurs	21
Section 2 : Eléments de justification extrinsèques.....	21
I. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance	21
II. Projet de loi du 13 mars 2017	23
PARTIE 2 : Régime de la responsabilité contractuelle.....	25
CHAPITRE 1 : Charge et objet de la preuve.....	26
Section 1 : Incertitudes relatives au maintien de la distinction entre obligations de moyens et de résultat dans l'ordonnance	26
I. Raisons des incertitudes dans l'ordonnance.....	26
A. Distinction ancrée dans la tradition juridique	26
B. Distinction ignorée dans l'ordonnance	27
II. Sévérité inadaptée.....	29
Section 2 : Maintien avéré de la distinction entre obligation de moyens et de résultat ..	30
I. Interprétation des textes par le juge.....	30
A. Interprétation du silence des textes.....	30
B. Interprétation des articles 1197 et 1231-1	31

II.	Projet de loi du 13 mars 2017	32
CHAPITRE 2 : Exonération du débiteur.....		34
Section 1 : Limitation des possibilités d'exonération du débiteur dans l'ordonnance....		34
I.	Exonération totale par la force majeure	34
II.	Conséquences pratiques sur le régime applicable	35
A.	Transposition de l'arrêt Desmares en matière contractuelle	35
B.	Généralisation du régime applicable au transporteur ferroviaire	36
Section 2 : Maintien avéré des possibilités d'exonération du débiteur		37
I.	Interprétation des textes	37
II.	Possibilité de stipulation de clauses	39
III.	Projet de loi du 13 mars 2017	40
Conclusion.....		42
Sources et bibliographie		45

Liste des principales abréviations

Al.	Alinéa
Art.	Article
B	Arrêts publiés au Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin civil
C/	Contre
Cass. ass. plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de Cassation
Cass. mixte	Arrêt de la chambre mixte de la Cour de Cassation
Cass. Civ.	Cassation, chambre civile
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État
Cf.	Se reporter à
D	Arrêts diffusés sur internet
Dir.	Sous la direction scientifique de
Doc.	Document
Doc. fr.	Documentation française
éd.	Edition
et s.	Et suivants
F	Formation restreinte
FS	Formation de section
GAJC	Grands arrêts de la Jurisprudence civile
I	Arrêts diffusés sur le site internet de la Cour de cassation
<i>Ibidem.</i>	Même référence que celle qui précède immédiatement
JCP G	Juris-Classeur périodique, édition générale
JCP	Juris-Classeur périodique
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
M.	Monsieur
Mme.	Madame
N°	Numéro
Obs.	Observations, commentaires doctrinaux
<i>op. cit.</i>	Opere citato, cité précédemment
P	Arrêts publiés au Bulletin des arrêts des chambres civiles
p.	Page(s)
Prop.	Proposition
R	Arrêts analysés au rapport annuel de la Cour de cassation
Rapp.	Rapport
RDA	Revue de Droit d'Assas
RDC	Revue des contrats
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurances
RLDC	Revue Lamy droit civil
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Spéc.	Spécial
Suppl.	Supplément
t.	Tome
V.	Voir
PUF	Presses universitaires de France

Introduction

« *La science du législateur consiste à trouver, dans chaque matière, les principes les plus favorables au bien commun.* » : c'est ce que déclarait Portalis à propos de la fonction du législateur, dans son discours préliminaire sur le projet de code civil de 1804¹. Or il est légitime de se demander si un tel objectif a été atteint par la réforme du 10 février 2016 relative au droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations².

Alors que depuis 1804 les dispositions du code civil n'avaient pas fait l'objet de modifications, la doctrine, sous l'impulsion européenne, n'a cessé de multiplier les projets dans le but de moderniser le droit commun des obligations. C'est dans ce cadre qu'est intervenue l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. En effet, à l'origine, avant d'aboutir à cette réforme d'envergure, plusieurs projets ont été proposés. A ce titre, on peut mentionner l'avant-projet Catala présenté au ministre de la Justice en 2005³, la proposition de réforme élaborée en 2010 par le groupe de travail dirigé par François Terré⁴ ou bien encore celle de la responsabilité civile déposée au Sénat par Laurent Bételle en 2010⁵. A la suite de l'habilitation accordée au Gouvernement pour procéder à cette réforme par voie d'ordonnance, ces travaux ont permis d'aboutir à un texte nouveau soumis à consultation publique qui a alors donné naissance à l'ordonnance du 10 février 2016.

Officiellement, cette ordonnance est censée répondre à plusieurs objectifs : d'abord, celui de sécurité juridique en rendant plus lisible et plus accessible le droit ; et ensuite, celui d'attractivité du droit, au plan politique, culturel, et économique⁶. Pour remplir de tels objectifs, l'ordonnance s'est même offert le luxe d'être accompagnée d'un

¹ PORTALIS (Jean-Etienne-Marie), Discours préliminaire sur le projet de code civil, présenté le 1er pluviôse an IX

² Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

³ CATALA (Pierre), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, *Doc. fr.*, 2006.

⁴ TERRE François (dir.), « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile », *Thèmes et commentaires, Dalloz*, 2011

⁵ Prop. Sénat n° 657, 9 juillet 2010. V. ANZIANI (Alain) et BÉTEILLE (Laurent), Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile, Doc. Sénat, Rapport n°558, 2008-2009, *RDC* 2010/1, p. 23, obs. Denis MAZEAUD

⁶ Rapp. au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

rapport remis au Président de la République, à défaut de réels travaux préparatoires⁷. Ce rapport va nous servir de guide, tout le long de ce mémoire, pour comprendre la volonté réelle des rédacteurs de l'ordonnance qui n'est, pour le moins que l'on puisse dire, pas toujours claire.

En ce qui concerne la mise en œuvre de l'ordonnance, le nouveau texte est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2016 et s'applique donc, sauf exception, à tous les contrats conclus, renouvelés ou tacitement reconduits depuis cette date. Or l'application de l'ordonnance ne sera, *a priori*, que temporaire dans la mesure où peu de temps après son entrée en vigueur, le 29 avril 2016, le Garde des Sceaux, Jean-Jacques Urvoas a lancé les travaux de la réforme du droit de la responsabilité civile. Celui-ci a soumis un avant-projet de loi à consultation publique jusqu'au 31 juillet 2016⁸, ce qui a abouti, très récemment, à un projet de loi en date du 13 mars 2017⁹. Ce projet de loi constitue alors une étape de plus sur le chemin de la réforme du droit de la responsabilité¹⁰. Néanmoins, cette succession de textes aboutit à un morcellement regrettable de la réforme du droit des obligations. Au soutien de cette multiplication des textes, on peut avancer plusieurs justifications. D'abord, il a été évoqué la crainte de l'emploi de la procédure d'ordonnance qui pourrait choquer l'opinion publique étant donné que cette matière touche directement aux intérêts des victimes de dommages. De plus, on peut aussi mentionner la difficulté de la démarche qui s'avère plus importante que pour les autres aspects du droit des obligations¹¹.

En tout état de cause, l'état du droit positif tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016 incite davantage à procéder à une réforme du droit de la responsabilité civile. En effet, comme nous le verrons, les nouveaux textes relatifs à la responsabilité contractuelle laissent perplexe dans la mesure où ils semblent consacrer un régime très sévère pour le débiteur et laissent en suspens de nombreuses questions pourtant essentielles. Finalement, assez curieusement, comme le fait remarquer Monsieur le

⁷ MEKKI (Mustapha), « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Dalloz*, 2016, p. 494

⁸ URVOAS (Jean-Jacques), Avant-projet de loi du droit de la responsabilité civile du 29 avril 2016

⁹ URVOAS (Jean-Jacques), Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile Académie des Sciences morales et politiques le 13 mars 2017 suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016

¹⁰ BORGHETTI (Jean-Sébastien), « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *Recueil Dalloz*, 2017 p.770

¹¹ VINEY (Geneviève), « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G*, 2016, p. 99, spéc. n° 54.

Professeur David Bakouche, le régime de la sanction de l'inexécution contractuelle issu de l'ordonnance diffère de celui qui existait jusqu'au 1^{er} octobre 2016 et ne correspond pas non plus à celui du projet de loi du 13 mars 2017, c'est pourquoi la question suscite un intérêt. Il convient donc de distinguer trois types de régimes juridiques différents : d'abord, le régime classique applicable aux contrats conclus avant le 1^{er} octobre 2016, ensuite, le régime nouveau issu de l'ordonnance applicable aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016, et enfin, peut-être, l'éventuel régime tel qu'il résultera du projet de loi, assez proche du régime classique.¹²

Avant d'entrer dans le vif du sujet, il convient d'aborder un point particulier relevant des effets du régime de la responsabilité contractuelle dans l'ordonnance, mais qui ne fera pas l'objet de développements supplémentaires dans le cadre de ce mémoire. Il est question du nouvel article 1171 selon lequel « *Dans un contrat d'adhésion, toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite.* ». Celui-ci constitue ainsi un nouvel instrument de lutte contre les clauses abusives en ce qu'il introduit le critère du « déséquilibre significatif » issu du droit de la consommation en droit commun. Dès lors, l'article visant « les clauses », son champ d'application est suffisamment large pour englober, d'une part, les clauses limitatives de responsabilité, et d'autre part, les clauses pénales.

En premier lieu, la systématisation des clauses abusives peut donc avoir une incidence sur la responsabilité contractuelle à travers les clauses limitatives de responsabilité. L'ordonnance reprend à droit constant les trois cas classiques de clauses réputées non écrites, à savoir le dol (C. civ., art. 1231-3), la faute lourde (C. civ., art. 1231-3), ainsi que le cas de la clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur (C. civ. art. 1170). La nouveauté réside dans le fait que si ces clauses limitatives de responsabilité figurent dans un contrat d'adhésion, elles pourraient créer un déséquilibre significatif, et ainsi être réputées non écrites au sens du nouvel article 1171. Le premier enjeu de ce nouveau texte sera d'abord de déterminer son articulation avec le droit spécial, c'est à dire avec les mécanismes déjà existants en droit de la consommation

¹² BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et dans l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile », *Lexbase Hebdo, La lettre juridique*, n°668, 2016, p. 43

et en droit du commerce. Le second enjeu consistera à façonner les contours du contrat d'adhésion car les parties seront tentées de simuler une négociation, par exemple par un échange de mails purement formels, le juge devra ainsi « faire le tri entre les vrais et faux contrats d'adhésion »¹³. Dès lors, en dehors du champ d'application du code de la consommation et du code de commerce, la clause limitative de responsabilité contenue dans un contrat d'adhésion pourra donc également être réputée non écrite sur le fondement du droit commun au motif qu'il existe un déséquilibre significatif. Même s'il ne s'agit que d'une hypothèse limitée, il convient de mentionner cet apport de la réforme car il constituera une nouvelle source de contentieux.

En second lieu, la généralisation de la lutte contre les clauses abusives peut aussi jouer sur le régime de la responsabilité contractuelle par les clauses pénales. Comme on a pu s'interroger, une clause pénale pourra-t-elle alors tomber sous le coup du nouvel article 1171 et être réputée non écrite au lieu d'être simplement modérée ?¹⁴ En effet, aux vues du nouveau texte, plusieurs possibilités sont offertes au juge. D'abord, le juge dispose d'un pouvoir modérateur sur la clause pénale grâce à son pouvoir de révision (C. civ. article 1231-5 al. 2 à 4) : il s'agit là d'une solution classique sur laquelle il est inutile de revenir. En outre, *a priori*, en application du nouveau texte, en plus de la révision de la clause pénale, il sera possible de faire valoir le déséquilibre significatif de la clause pénale en droit commun. Ainsi le juge se verra reconnaître la possibilité de réputer la clause pénale non écrite. En ce sens, l'article 1171 offre donc un régime de substitution.

Cependant, la question de l'application de l'article 1171 aux clauses pénales et aux clauses limitatives de responsabilité n'est pas spécifique aux clauses relatives à la responsabilité, ce n'est qu'une catégorie de clauses que recouvre le texte. Il ne s'agit donc pas du noyau dur de notre sujet, c'est la raison pour laquelle, nous ne nous attarderons pas davantage sur cet apport de l'ordonnance du 10 février 2016.

Cette délimitation du sujet étant faite, il convient, à présent, de s'intéresser au cœur même du sujet. Comme le dit si bien Monsieur le Professeur Mustapha Mekki, « *Quoi qu'il en soit, aujourd'hui que l'on approuve ou désapprouve cette réforme, il y a un temps pour tout. Celui du regret n'est plus [...] voici venu le temps de l'application et*

¹³MEKKI (Mustapha), « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *op.cit.*, p. 494

¹⁴FENOUILLET (Dominique), « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n°2, 2016, p.358

non plus de la contestation »¹⁵. Dans le cadre de ce mémoire, il ne sera pas question seulement de contester l'ordonnance mais surtout de comprendre comment le juge de demain appliquera ces nouvelles dispositions. A défaut de jurisprudence fixant le sens de ces nouveaux textes, cette étude sera donc l'objet d'une première analyse de la responsabilité contractuelle dans l'ordonnance du 10 février 2016 destinée à introduire le débat d'idées. Traditionnellement, l'étude de la responsabilité contractuelle a pour centre de réflexion le régime de cette responsabilité. En amont pour raisonner en ces termes, il faut d'abord régler et lever un doute qui tient à l'existence même de la responsabilité contractuelle. Dans ces conditions, on peut comprendre que le premier temps de la démonstration sera plus rapide que le second temps car il ne sera pas question à ce stade de reprendre l'ensemble des termes de la discussion historique sur le régime de la responsabilité contractuelle, ou encore de ses rapports avec la responsabilité délictuelle.

Dans ce cadre, se pose alors la problématique suivante : **quelle est la nature des dommages et intérêts dus par le débiteur en cas d'inexécution contractuelle telle que prévue dans l'ordonnance du 10 février 2016 ? Et quel en est le régime applicable ?**

Il conviendra, dans un premier temps, de s'intéresser à l'existence de la responsabilité contractuelle (**Partie 1**), puis dans un second temps, au régime de la responsabilité contractuelle (**Partie 2**).

¹⁵ MEKKI (Mustapha), « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *op. cit.*, p. 494

PARTIE 1 : Existence de la responsabilité contractuelle

L'existence de la responsabilité contractuelle ne faisait, jusqu'à une époque relativement récente, l'objet d'aucun doute. En effet, il était couramment admis que la seule inexécution de l'obligation du débiteur engageait sa responsabilité contractuelle. D'ailleurs, classiquement, une distinction est faite, depuis la fin du dix-neuvième siècle, entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle : la responsabilité contractuelle désigne l'obligation de réparer les dommages résultant d'un défaut dans l'exécution d'un contrat, tandis que la responsabilité délictuelle, encore appelée extracontractuelle, sanctionne quant à elle les dommages causés à autrui, trouvant sa source dans une faute délictuelle. Ainsi, la question de l'existence d'un contrat entre une victime et l'auteur d'un dommage est primordiale dans la mesure où elle permet de déterminer la responsabilité encourue. Cette distinction s'exprime à travers le principe de non-option ou de non cumul, or les frontières entre ces deux fondements sont de plus en plus ténues¹⁶. L'ordonnance du 10 février 2016 s'inscrit dans ce mouvement, dans la mesure où elle paraît ignorer cette distinction classique. En effet, la lecture seule du nouvel article 1231-1 du code civil peut porter à confusion : la place des textes ainsi que les intitulés font douter de la volonté du législateur de maintenir l'existence même de la responsabilité contractuelle. D'autant plus que cette question fait écho à une controverse doctrinale de longue date relative à l'existence de la responsabilité contractuelle. On peut ainsi se demander si les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas voulu consacrer une proposition doctrinale qui consiste à nier la responsabilité contractuelle. Finalement, nous verrons qu'en dépit de ces doutes, d'autres éléments intrinsèques et extrinsèques à l'ordonnance, laissent penser qu'en réalité, la responsabilité contractuelle est bel et bien maintenue en droit positif.

Dès lors, au préalable, la question de la nature de la responsabilité contractuelle résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 mérite quelques éclaircissements. Il conviendra, d'abord, d'étudier les incertitudes relatives à l'existence de la responsabilité contractuelle (**Chapitre 1**) que laisse subsister l'ordonnance, pour ensuite, démontrer le maintien justifié de la responsabilité contractuelle en droit positif (**Chapitre 2**).

¹⁶ BAKOUCHE (David) (dir.), Encyclopédie "Droit de la responsabilité", *Lexbase*, 2017

CHAPITRE 1 : Incertitudes relatives à l'existence de la responsabilité contractuelle

Plusieurs indices dans l'ordonnance du 10 février 2016 pourraient inciter à se demander si un débat demeure sur la nature de la responsabilité contractuelle. En premier lieu, on examinera les raisons des incertitudes dans l'ordonnance (**Section 1**), puis en second lieu, le débat doctrinal relatif à l'existence de la responsabilité contractuelle (**Section 2**) auquel ces doutes font écho.

Section 1 : Raisons des incertitudes dans l'ordonnance

Dans l'ordonnance, il ressort une discussion possible, d'abord, en surface, sur les intitulés et la place des textes (**I**), et ensuite, de manière plus profonde, sur les conséquences pratiques (**II**) que suscite cette présentation des textes.

I. Intitulés et place des textes

Dans l'ordonnance du 10 février 2016, plusieurs éléments alimentent le doute quant à l'existence de la responsabilité contractuelle.

Le doute vient, d'abord, de l'intitulé de la sous-section 5. En effet, l'ordonnance a inséré une sous-section 5 dans le code civil intitulée « *La réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat* » dans la section 5 « *L'inexécution du contrat* » du Chapitre IV sur « *Les effets du contrat* ». En n'employant pas l'expression de « responsabilité appliquée au contrat » ou de « responsabilité contractuelle », l'ordonnance pourrait ainsi être comprise comme considérant que la responsabilité contractuelle n'existerait pas. Par cet intitulé, il est donc légitime de se demander si la volonté du législateur n'est pas, implicitement, de faire disparaître la responsabilité contractuelle.

Le doute vient, ensuite, de la place de textes dans l'ordonnance. En effet, le législateur oppose « *la réparation du préjudice résultant de l'inexécution du contrat* » (Sous-section 5 de la Section 5 du Chapitre IV) à « *la responsabilité extra contractuelle* » (Sous-titre II). Ainsi, en n'opposant pas explicitement les deux régimes de responsabilité

contractuelle et délictuelle dans les textes, l'ordonnance fait douter de la volonté de traiter la réparation du dommage contractuel comme une véritable « responsabilité »¹⁷.

L'intitulé et la place des textes de l'ordonnance engendrent alors des conséquences pratiques incertaines sur la nature de la responsabilité contractuelle.

II. Conséquences pratiques

Dans l'attente d'une prise de position plus nette du législateur, il convient d'étudier deux scénarios possibles quant à l'avenir de la responsabilité contractuelle. De deux choses l'une : soit la volonté du législateur est de consacrer un régime uniforme qui transcende la distinction classique faite entre responsabilité contractuelle et délictuelle, soit elle est de maintenir implicitement les deux ordres de responsabilité.

Dans le premier cas, l'intention du législateur, serait alors d'abandonner définitivement la notion de responsabilité contractuelle. Pour cela, celui-ci aurait mis en place un régime unifié, en soumettant les victimes à un même régime. Ce régime effacerait toute distinction entre les victimes, qu'elles soient ou non liées à l'auteur du dommage par un contrat. Il s'agirait alors d'un régime semblable à ce qu'a déjà mis en place le législateur en matière d'accidents de la circulation par la loi du 5 juillet 1985 ou encore en matière de responsabilité du fait des produits défectueux par la loi du 19 mai 1988.

Dans le second cas, la volonté du législateur serait implicitement de conserver les deux ordres de responsabilités contractuelle et délictuelle. Dans le silence des textes, cela permettait à la jurisprudence de conserver la solution antérieure. Dans ce cas, les juges devraient alors continuer de jouer sur les frontières de la distinction notamment avec le principe de non cumul des responsabilités pour limiter les iniquités qui peuvent découler de la distinction¹⁸.

Sans doute, il aurait été préférable pour couper court à toute controverse une prise de position plus explicite du législateur. En pratique, le non-choix du législateur sur l'articulation des responsabilités entraîne des incertitudes relatives au régime applicable.

¹⁷ VINEY (Geneviève), « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *op. cit.*, p. 99

¹⁸ BAKOUCHE (David), « La distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°495, 2012, p. 43

Cette question se pose d'autant plus dans la mesure où elle rappelle un débat doctrinal ancien relatif à l'existence de la responsabilité contractuelle.

Section 2 : Débat doctrinal relatif à l'existence de la responsabilité contractuelle

Il sera question d'étudier en premier lieu, le contenu de ce débat (I) puis, en second lieu, les conséquences pratiques d'un tel débat (II).

I. Contenu du débat

Le débat sur l'existence de la responsabilité contractuelle, et plus généralement sur l'unité ou la dualité des responsabilités civiles, n'est pas nouveau. En effet, la question de l'autonomie de la responsabilité contractuelle a longtemps été débattue, mais la dualité des régimes a fini par s'imposer et reflétait l'état du droit positif jusqu'à l'ordonnance¹⁹. Le débat a ainsi été remis au goût du jour par l'ordonnance du 10 février 2016 qui ne distingue pas clairement les deux ordres de responsabilité.

Il convient de rappeler brièvement l'origine et les termes bien connus du débat. La distinction entre responsabilité contractuelle et délictuelle est relativement récente, elle trouve son origine au dix-neuvième siècle sous l'influence de Saintelette. Le fondement de la distinction tient à la différence de nature entre les deux responsabilités : la responsabilité délictuelle résulterait d'un manquement à une obligation légale et donc trouverait son origine dans des règles générales alors que la responsabilité contractuelle prendrait sa source dans un manquement à des obligations contractuelles donc particulières qui reposeraient sur la volonté privée des individus²⁰.

Cette distinction fut déjà critiquée dès la fin du dix-neuvième siècle par Planiol qui défendait une unité des systèmes de responsabilité. Selon lui, l'origine du manquement serait indifférente car dans tous les cas, le responsable commet un manquement à une disposition légale. La force obligatoire du contrat ne s'expliquerait pas par le seul pouvoir de volonté, la cause efficiente de la force obligatoire serait la loi. En ce sens, il n'y aurait donc pas de différences de nature entre les responsabilités, mais seulement une différence de régime²¹.

¹⁹ THEWES (Marc), « De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face ? », *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 15, 2011, p.61

²⁰ BAKOUCHE (David), « La distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle », *op. cit.*, p. 43

²¹ *Ibidem*.

Par la suite, de plus en plus de voix se sont fait entendre pour abandonner la notion même de « responsabilité contractuelle ». En effet, cette distinction a été vivement critiquée par une partie de la doctrine, notamment par Messieurs les Professeurs Philippe Rémy, Philippe Le Tourneau et Denis Tallon²². Ces auteurs prônent l'idée selon laquelle les dommages et intérêts contractuels n'auraient pas pour fonction essentielle de réparer un préjudice, mais de permettre au créancier d'obtenir une exécution du contrat en nature ou sinon par équivalent. Selon eux, les dommages et intérêts devraient donc être mesurés par rapport à la valeur de la prestation inexécutée et non par rapport au préjudice subi par le créancier, ce qui signifie que le créancier pourrait obtenir des dommages et intérêts indépendamment de l'existence d'un préjudice²³.

Les origines et les termes du débat étant posés, on peut alors comprendre en quoi les doutes suscités par l'ordonnance sur l'éventuelle disparition de la responsabilité contractuelle viennent nourrir encore ce débat. En effet, les incertitudes soulevées en raison de l'intitulé et la place des nouveaux textes réactivent cette querelle entre les partisans de l'unité et ceux de la dualité des responsabilités. On peut alors légitimement se demander si le législateur n'a pas pris parti dans ce débat doctrinal relatif à la négation contractuelle : quelle que soit la volonté implicite ou affirmée du législateur, n'est-elle pas d'abandonner l'existence même de la responsabilité contractuelle ?

Aux termes de ce paragraphe, on peut s'interroger sur l'intérêt concret de rappeler un débat doctrinal dont les termes sont déjà bien connus et vieux de plusieurs années. Mais le débat n'est pas simplement théorique, il produit aussi un certain nombre de conséquences pratiques relatives au régime de l'action en responsabilité.

II. Conséquences pratiques du débat

Il ressort donc de l'absence de distinction des responsabilités dans les nouveaux textes une possible disparition de la responsabilité contractuelle. Or si l'on considère qu'il n'existe plus de responsabilité contractuelle, cela supposerait une assimilation des deux régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle, mais alors que deviendront les

²² V. REMY (Philippe), « La "responsabilité contractuelle", histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323 ; LE TOURNEAU (Philippe), « Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *Dalloz*, 2007, p. 2180 ; TALON (Denis), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 223.

²³ CHANTEPIE (Gaël), LATINA (Mathias), *La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, 1^{ère} éd., Paris, *Dalloz*, 2016, p.590

spécificités du régime de la responsabilité contractuelle ? La dualité de la responsabilité civile se caractérise par l'existence de différences de régime dans les conditions de réparation mais aussi dans les techniques de mise en œuvre des responsabilités²⁴. On commence alors à percevoir les incidences concrètes d'un tel choix du législateur.

D'abord, l'une des différences majeures tient au fait que la faute susceptible d'engager la responsabilité contractuelle serait différente de celle engageant la responsabilité délictuelle d'un débiteur. En effet, il était traditionnellement enseigné que le degré de gravité de la faute variait d'une catégorie à l'autre, car contrairement à la matière contractuelle, n'importe quelle faute, même légère, pouvait suffire à engager la responsabilité délictuelle. Cette première différence de régime appelle quelques observations. D'une part, il convient de préciser que la jurisprudence admet, tout de même, facilement l'existence de fautes légères en matière contractuelle. D'autre part, il est à noter que la tendance actuelle est à l'assimilation du point de vue de la nature des fautes contractuelle et délictuelle : dès lors qu'est constaté le manquement contractuel, il est établi directement la faute délictuelle pour les tiers, la victime n'a aucune preuve à rapporter²⁵. En ce qui concerne cette différence de régime, dans l'ordonnance, l'intitulé même de la sous-section 5 parle de « préjudice », c'est pourquoi elle est à relativiser. D'ailleurs même, le projet de loi du 13 mars 2017 brise cette jurisprudence : selon le projet d'article 1234, le tiers peut agir en responsabilité délictuelle mais il faudra qu'il rapporte la preuve d'une faute extracontractuelle.

En dehors de la faute, d'autres intérêts pratiques plus significatifs résultant de la distinction des responsabilités peuvent être relevés. En premier lieu, on peut rappeler qu'il existe une différence de régime tenant au caractère du dommage réparable : alors qu'en matière contractuelle, le dommage doit avoir été prévu lors du contrat pour être réparable, cette condition de prévisibilité n'est pas nécessaire en matière délictuelle. Ensuite, une autre différence demeure quant à la validité des clauses limitatives de responsabilité : en principe, elles sont valables en matière contractuelle au nom de la liberté contractuelle, et interdites en matière délictuelle. En outre, en matière contractuelle, une mise en demeure préalable est requise tandis qu'elle n'est pas nécessaire en matière délictuelle. Enfin, on

²⁴ BAKOUCHE (David), « La distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle », *op. cit.*, p 43

²⁵ Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, P+B+R+I, Bull. civ. n° 9 ; et Cass. civ. 1, 15 décembre 2011, n° 10-17.691, F-D, D., 2012, p. 659, note MAZEAUD (Denis) ; V. BAKOUCHE (David), « La distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°495, 2012

peut ajouter qu'en matière contractuelle, la solidarité entre les coauteurs n'est possible que si la loi le prévoit, alors qu'en matière délictuelle, les coauteurs sont tenus *in solidum*²⁶.

Mais alors quel est l'avenir de ces spécificités si la responsabilité contractuelle est assimilée à la responsabilité délictuelle ? Le débat doctrinal prend ainsi tout son sens : la négation de la responsabilité contractuelle entraînerait l'assimilation de la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle, et par voie de conséquence logique, la disparition de ces différentes spécificités de la responsabilité contractuelle.

En définitive, il est vrai que certains éléments dans l'ordonnance du 10 février 2016 font douter de la volonté même du législateur de maintenir le régime de la responsabilité contractuelle. Néanmoins, en réalité, de tels éléments paraissent insuffisants pour conclure, à la seule vue des nouveaux textes, à la disparition de la distinction des responsabilités civiles. En effet, le maintien de la responsabilité contractuelle, en droit positif, demeure justifié par d'autres éléments qu'il convient de développer.

²⁶ BAKOUCHE (David) (dir.), Encyclopédie "Droit de la responsabilité", *op. cit.*

CHAPITRE 2 : Maintien justifié de la responsabilité contractuelle

Malgré les incertitudes précédemment soulevées, certains éléments en sens inverse attestent de la survivance de la responsabilité contractuelle. En effet, en réalité, la responsabilité contractuelle est bel et bien maintenue dans l'ordonnance pour plusieurs raisons. D'abord, on peut relever des éléments de justification intrinsèques (**Section 1**), puis ensuite, des éléments de justification extrinsèques à l'ordonnance (**Section 2**).

Section 1 : Éléments de justification intrinsèques

Parmi les éléments de justification intrinsèques, en premier lieu, l'utilisation de l'expression « réparation du préjudice » (**I**) par le législateur va dans le sens du maintien de la responsabilité contractuelle. En second lieu, on peut aussi mentionner le maintien des spécificités relatives à la responsabilité contractuelle (**II**). En dernier lieu, le maintien de la responsabilité contractuelle peut être justifié par la présentation similaire aux textes antérieurs à l'ordonnance (**III**).

I. Utilisation de l'expression « réparation du préjudice »

D'abord, comme le fait remarquer Monsieur le Professeur David Bakouche, les rédacteurs de l'ordonnance parlent bien encore de « réparation »²⁷. En effet, dans l'ordonnance, les dommages et intérêts contractuels sont perçus comme un moyen d'obtenir « réparation des conséquences de l'inexécution » (C. civ., art. 1217) ou bien encore comme « la réparation du préjudice résultant de l'inexécution » (intitulé de la sous-section 5). On retrouve ainsi cette fonction de réparation du préjudice de la responsabilité contractuelle qui est niée par les partisans de l'unité de la responsabilité civile.

De plus, observons encore que la position des nouveaux textes est plus claire que celle des anciens dans la mesure où la Section 4 du Chapitre III « *De l'effet des obligations* » du Titre III du livre III parlait de « *dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* », et non de réparation d'un préjudice.

Dès lors, la mise en avant de la fonction de « réparation » de la responsabilité contractuelle serait de nature à confirmer le maintien implicite de la dualité des

²⁷ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

responsabilités. A cette analyse s'ajoute le fait que l'ordonnance prévoit, en substance, le maintien des spécificités relatives au régime de la responsabilité contractuelle.

II. Maintien des spécificités relatives à la responsabilité contractuelle

L'ordonnance du 10 février 2016, bien qu'ambiguë sur la nature de la responsabilité contractuelle, lui réserve un véritable régime distinct de celui qui est prévu en matière délictuelle. A ce titre, on peut mentionner quelques différences de régimes propres à la responsabilité contractuelle que l'on retrouve dans l'ordonnance.

En premier lieu, la condition tenant à la prévisibilité du dommage en matière contractuelle est maintenue dans le nouvel article 1231-3 qui reprend en substance l'ancien article 1150. En deuxième lieu, le nouvel article 1231-3 prévoit la validité des clauses limitatives de responsabilité antérieurement prévue dans l'ancien article 1147. Ensuite, la nécessité d'une mise en demeure préalable à la réparation du préjudice est reprise dans le nouvel article 1231 qui prend le relais de l'ancien article 1146. En outre, on peut encore mentionner une règle propre tenant à la solidarité des coauteurs, celle-ci est également maintenue dans l'ordonnance. En effet, le nouvel article 1310 reprend le contenu de l'ancien article 1202 selon lequel la solidarité ne se présume pas et doit résulter d'une disposition expresse. En dernier lieu, le nouvel article 1231-2 prévoit à nouveau une règle propre à la responsabilité contractuelle qui figurait dans l'ancien article 1149 consistant en l'obligation de minimiser le dommage.

En définitive, les règles propres à la responsabilité contractuelle, notamment la prévisibilité du dommage, la validité des clauses limitatives de responsabilité, la nécessité d'une mise en demeure préalable, les règles relatives à la solidarité ou encore l'obligation de minimiser le dommage, subsistent dans l'ordonnance alors que de telles exigences ne sont pas requises en matière extracontractuelle. Dès lors, en substance, l'ordonnance conserve les spécificités de la responsabilité contractuelle et ainsi n'assimile pas les deux régimes de responsabilité. Ces spécificités attestent donc du maintien certain du régime de la responsabilité contractuelle, d'autant plus qu'il peut également être conforté par la présentation des textes qui semble similaire aux textes antérieurs.

III. Présentation similaire aux textes antérieurs

La présentation des textes de l'ordonnance du 10 février 2016 rappelle celle des textes antérieurs à plusieurs titres.

Tout d'abord, d'un point de vue structurel, il convient de rappeler qu'antérieurement à l'ordonnance, les textes relatifs à la responsabilité contractuelle figuraient aussi dans les effets du contrat. En effet, la responsabilité contractuelle prenait place dans une Section IV intitulée « *Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation* » dans un Chapitre III « *De l'effet des obligations* », du Titre III. Les dommages et intérêts étaient également conçus comme un effet de l'obligation contractée par le débiteur défaillant. Ce n'est donc qu'une reproduction de ce qui était fait sous l'ancien droit.

En outre, d'un point de vue terminologique, le code civil de 1804 ne faisait pas non plus expressément référence à une « responsabilité contractuelle ». Il prévoyait seulement des dommages et intérêts dus par le débiteur au créancier en cas d'inexécution du contrat (Section IV du Chapitre III du Titre III).

Dès lors, même si la place des textes est discutable, n'opposant pas clairement les deux régimes de responsabilité, on peut objecter que la structure et la terminologie sont relativement proches de celles du code civil de 1804. Dès lors, cette présentation des textes ne signifie pas pour autant un abandon de la distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle par la jurisprudence. En plus de ces éléments, il existe d'autres indices extrinsèques à l'ordonnance qui apportent des éléments de réponse à la question du maintien de la responsabilité contractuelle en droit positif.

Section 2 : Eléments de justification extrinsèques

Il s'agit, d'abord, du maintien de la responsabilité contractuelle dans le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance (I), puis de son maintien également dans le projet de loi du 13 mars 2017 (II).

I. Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance

Le Rapport du 11 février 2016 au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 nous donne des indices sur le maintien avéré de la responsabilité contractuelle.

Premièrement, le Rapport au Président de la République explique que l'ordonnance prévoit « *pour sa majeure partie, une codification à droit constant de la jurisprudence, reprenant des solutions bien ancrées dans le paysage juridique français* ». De plus, il est précisé que l'ordonnance restitue au droit commun des contrats, « *sans bouleversement, la caractéristique essentielle des systèmes de droit continental* ». A fortiori, s'il s'agit d'une codification à droit constant du droit des contrats, sans changement majeur, alors on peut en déduire le maintien implicite des deux régimes traditionnellement consacrés en droit de la responsabilité civile.

Deuxièmement, comme le relève Monsieur le Professeur Mathias Latina²⁸, le Rapport de présentation de l'ordonnance insiste lourdement sur l'unité des responsabilités contractuelle et délictuelle : « *En effet, la responsabilité contractuelle ne peut être réformée isolément de la responsabilité extracontractuelle : il est généralement admis que, fondamentalement, ces deux formes de responsabilité sont des mécanismes de même nature, qui reposent sur l'existence d'un fait générateur, d'un dommage, et d'un lien de causalité entre les deux. Seules des différences de régime les opposent, fondées essentiellement sur l'originalité du fait générateur en matière contractuelle, et que la présente ordonnance ne modifie pas.* »

Troisièmement, le Rapport souligne aussi la nécessité de réformer ensemble les deux régimes de responsabilité en consacrant des dispositions communes²⁹: « *Le régime de la responsabilité contractuelle sera donc modernisé dans le cadre du futur projet de réforme globale de la responsabilité civile, qui détaillera les dispositions communes aux responsabilités contractuelle et extracontractuelle, et les dispositions propres à chacun de ces deux régimes* ».

Aux vues des termes du rapport de présentation de l'ordonnance, nul doute que les deux régimes de responsabilité soient maintenus. Plus encore, le projet de réforme du 13 mars 2017, qui fera suite à l'ordonnance, confirme aussi cette analyse.

²⁸ CHANTEPIE (Gaël), LATINA (Mathias), La réforme du droit des obligations. *op. cit.*, p. 590

²⁹ *Ibidem*.

II. Projet de loi du 13 mars 2017

Le projet de loi du 13 Mars 2017 opère un changement notable. Il renoue avec la position classique antérieure à l'ordonnance en maintenant la responsabilité contractuelle sous plusieurs points de vue.

Du point de vue de la structure d'abord, le projet de loi entend déplacer les règles du sous-titre Ier « *Le contrat* » pour les intégrer dans un sous-titre II « *La responsabilité civile* ». Ce sous-titre englobe lui-même, sous l'intitulé « *La responsabilité civile* », la responsabilité contractuelle et la responsabilité extracontractuelle.

D'un point de vue formel ensuite, la responsabilité contractuelle est traitée séparément dans la section 3 intitulée « *dispositions propres à la responsabilité contractuelle* » du Sous-titre II du titre III du livre III. Cela veut bien dire que l'on retrouve l'idée d'une distinction entre les deux ordres de responsabilité.

D'un point de vue quantitatif enfin, le fait de dégager la responsabilité contractuelle des effets du contrat permet de réduire la partie relative aux contrats et corrélativement, la partie relative à la responsabilité civile devient plus volumineuse. Cependant, le projet de loi ne permet pas de rétablir l'équilibre entre la partie sur le contrat et celle sur la responsabilité contractuelle.

En outre, il convient de remarquer qu'en décontractualisant la réparation du dommage corporel (art. 1233 al. 2), le projet de loi fait en sorte de circonscrire le champ contractuel de manière plus nette. C'est une façon de mettre fin à un certain nombre de flottements de la jurisprudence et tend à apporter des frontières plus rigoureuses entre les deux responsabilités.

Dès lors, la volonté des rédacteurs du projet de loi est très claire quant au maintien de la responsabilité contractuelle. D'ailleurs, comme le fait remarquer Monsieur le Professeur David Bakouche, il s'inspire du projet Catala dont la partie relative à la responsabilité contractuelle a été préparée par un groupe de travail dirigé par Madame la Professeur Geneviève Viney et Monsieur le professeur Georges Durry. Ce projet prévoyait de substituer au droit « des délits » un droit de la « responsabilité civile » contenant la responsabilité contractuelle³⁰.

³⁰ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

On peut donc ajouter que le principe de sécurité juridique, convoité par l'ordonnance, implique notamment que les normes édictées par le législateur ne soient pas soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes pour les citoyens³¹. Or étant donné que le projet de loi prévoit un retour au régime classique, le principe de sécurité juridique supposerait que la jurisprudence maintienne la responsabilité contractuelle dans notre droit positif issu de l'ordonnance.

Pour conclure, il est vrai que la position des rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 quant à l'articulation des responsabilités contractuelle et délictuelle n'est pas claire. Le doute est donc plus que permis. Néanmoins, il ressort des développements qui précèdent, qu'en réalité, le maintien de la responsabilité contractuelle demeure justifié à plusieurs titres. En premier lieu, au sein de l'ordonnance, le maintien est justifié par l'utilisation de l'expression « réparation du préjudice », par la conservation des spécificités relatives à la responsabilité contractuelle mais aussi par la présentation des textes similaires à ceux antérieurs. Puis en second lieu, en dehors de l'ordonnance, on peut mentionner non seulement le Rapport fait au Président de la République mais aussi le Projet de loi du 13 mars 2017. Dans l'attente d'une réforme prochaine de la responsabilité civile, il est donc fort à parier que les juges maintiendront la dualité des responsabilités civiles, qui est l'essence même de notre système de responsabilité. Après avoir réglé en amont, le doute tenant à l'existence même de la responsabilité contractuelle, il convient, à présent, de s'intéresser au régime de la responsabilité contractuelle tel qu'il résulte de l'ordonnance du 10 février 2016.

³¹ Rapport public du Conseil d'Etat, sécurité juridique et complexité du droit, 2006

PARTIE 2 : Régime de la responsabilité contractuelle

La responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation peut être engagée en cas d'inexécution d'un contrat dès lors qu'elle est fautive. Pour déterminer l'existence d'une faute contractuelle, traditionnellement, une distinction est faite suivant la nature de l'obligation. En effet, la doctrine distingue les obligations dites de « moyens » et les obligations dites de « résultat ». Pour mettre en œuvre la distinction, il convient de rechercher ce à quoi s'est engagé concrètement le débiteur : dans certains cas, le débiteur s'engage uniquement à faire son possible, à faire en sorte de parvenir à un résultat, on parle alors d'obligation de moyens alors que dans d'autres, il s'engage à parvenir à un résultat précis, on parle alors d'obligation de résultat. L'intérêt pratique de cette distinction se manifeste non seulement sur le terrain de l'objet et la charge de la preuve mais également sur celui de l'exonération du débiteur³². Pour mémoire, en ce qui concerne d'abord la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur d'une obligation de moyens, celle-ci suppose nécessairement que le créancier apporte la preuve qu'il ne s'est pas comporté en bon père de famille, et donc qu'il a commis une faute dans l'exécution de ses obligations³³. S'agissant ensuite de la mise en jeu de la responsabilité contractuelle du débiteur tenu d'une obligation de résultat, il existe une présomption de faute du débiteur, de sorte que la seule inexécution contractuelle suffit à engager sa responsabilité, ce dernier ne pourra alors échapper à sa responsabilité que par la preuve d'une cause étrangère. Autrement dit, l'inexécution d'une obligation de moyens conduit à une responsabilité pour faute tandis que celle d'une obligation de résultat à une responsabilité sans faute.

Ainsi donc, classiquement, le régime de la responsabilité contractuelle repose sur la nature de l'obligation. Or curieusement, l'ordonnance du 10 février 2016 fait abstraction de cette distinction pourtant bien présente dans notre patrimoine juridique. Dans ce cadre, à supposer que l'ordonnance maintienne l'existence de la responsabilité contractuelle, il convient donc de s'intéresser aux apports de l'ordonnance quant au régime de la responsabilité contractuelle. Les principaux traits du régime issus de l'ordonnance du 10 février 2016 renvoient, d'abord, à la charge et l'objet de la preuve (**Chapitre 1**) mais aussi, ensuite, à l'exonération du débiteur (**Chapitre 2**).

³² BAKOUCHE (David) (dir.), Encyclopédie "Droit de la responsabilité", *op. cit.*

³³ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

CHAPITRE 1 : Charge et objet de la preuve

Depuis des décennies, le moyen habituel pour rendre compte de la question de la charge et de l'objet de la preuve est de raisonner suivant la distinction entre obligation de moyens et de résultat. Il est largement admis que la distinction constitue la « ligne de démarcation » entre une responsabilité pour faute ou subjective, et une responsabilité sans faute ou objective³⁴. Or en ne consacrant pas cette distinction classique, par voie de conséquence logique, l'ordonnance ne différencie pas non plus la responsabilité contractuelle pour faute de celle de plein droit. Il convient, dans un premier temps, de soulever les incertitudes relatives au maintien de la distinction entre obligation de moyens et de résultat dans l'ordonnance (**Section 1**) puis dans un second temps, de démontrer le maintien avéré de la distinction entre obligation de moyens et de résultat (**Section 2**).

Section 1 : Incertitudes relatives au maintien de la distinction entre obligations de moyens et de résultat dans l'ordonnance

On examinera, d'abord, les raisons des incertitudes dans l'ordonnance (**I**), pour en venir ensuite, à la sévérité inadaptée (**II**) du régime qu'elle consacre.

I. Raisons des incertitudes dans l'ordonnance

D'abord, il sera question de démontrer que cette distinction est ancrée dans la tradition juridique (**A**), pour ensuite en venir au fait qu'elle est ignorée dans l'ordonnance (**B**).

A. Distinction ancrée dans la tradition juridique

La distinction classique entre obligation de moyens et de résultat a pris naissance, dans les années 1920, sous la plume de Demogue afin de résoudre la contradiction entre les anciens articles 1137 et 1147 du code civil. L'inexécution de l'obligation de l'ancien article 1137 supposait la démonstration par le créancier d'une faute alors qu'au contraire l'ancien article 1147 du code civil laissait entendre que le débiteur était responsable dès lors qu'il ne parvenait pas à démontrer que l'inexécution provenait d'une cause étrangère, sans que le créancier ait à prouver quoi que ce soit.³⁵ Par la suite, la distinction a connu un véritable succès en doctrine. Cette dernière a fait, d'une part, de l'ancien article 1137

³⁴ LARROUMET (Christian), « L'intensité de l'obligation dans la responsabilité contractuelle », *JCP G*, 2016, p. 1031

³⁵ DEMOGUE (René), *Traité des obligations en général*, Paris, *Librairie Arthur Rousseau*, t. 5, 1925, p. 536

du code civil le siège des obligations de moyens, par lesquelles le débiteur s'engage à mettre en œuvre tous les moyens nécessaires à l'obtention d'un résultat ; d'autre part, de l'ancien article 1147 la base des obligations de résultat, par lesquelles le débiteur a promis d'atteindre un résultat déterminé³⁶.

La jurisprudence, séduite par cette distinction, s'en est emparée si bien que depuis les juges en font régulièrement usage. D'ailleurs, un récent arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation en date du 25 janvier 2017 en constitue un nouvel exemple. En l'espèce, la Haute juridiction s'est prononcée à propos de la nature de l'obligation contractuelle de sécurité de l'exploitant d'une salle d'escalade en mettant en œuvre la distinction : il a été jugé qu'il s'agissait d'une obligation de moyens³⁷. On constate ainsi que la distinction demeure ainsi un « guide précieux pour le juge » car cela permet de prendre en compte l'intensité des obligations contractuelles³⁸.

Aujourd'hui, non seulement les juges l'ont faite leur, mais encore tous les ouvrages de droit des obligations réservent une place de choix à cette distinction.³⁹ Elle constitue désormais une « partie intégrante de notre patrimoine juridique » qui est même passée dans le langage courant.⁴⁰ Pour autant, paradoxalement, cette distinction est ignorée dans l'ordonnance.

B. Distinction ignorée dans l'ordonnance

L'ordonnance ne consacre pas textuellement la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat. En effet, le nouvel article 1231-1 reformule l'ancien article 1147 du code civil servant de base aux obligations de résultat. En revanche, le nouvel article 1137 bien qu'il reprenne en substance l'ancien article 1197 relatif aux obligations de moyens, figure dans une sous-section 2 intitulée « *Effet translatif* » issue d'une section 1 « *Les effets du contrat entre les parties* » du chapitre IV « *Les effets du contrat* ». Cela veut dire qu'il ne vise donc que « *les contrats ayant pour objet l'aliénation*

³⁶ LATINA (Mathias), « Les obligations de moyens et de résultat (art. 1250) », in Blog réforme du droit des obligations, CHANTEPIE (Gaël), LATINA (Mathias) (dir.), *Dalloz*, 2016

³⁷ Cass. civ. 1, 25 janvier 2017, n° 16-11.953, F-P+B, obs. BAKOUCHE (David), « L'obligation contractuelle de sécurité de l'exploitant d'une salle d'escalade est une obligation de moyens », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°689, 2017

³⁸ JOURDAIN (Patrice), « Quel avenir pour la distinction des obligations... », *op.cit.*, p. 909

³⁹ MAZEAUD (Denis), « La distinction obligation de résultat - obligation de moyens : le saut dans le vide? » *Dalloz*, 2017. p. 198

⁴⁰ JOURDAIN (Patrice), « Quel avenir pour la distinction des obligations... », *op. cit.*, p. 909

de la propriété ou la cession d'un autre droit » (C. civ., art. 1196)⁴¹. A fortiori, cela signifie que la responsabilité sans faute est maintenue seulement à propos de l'obligation de conservation d'une chose. Au regard de sa place dans le code civil, le nouvel article 1137 ne peut donc fonder légalement l'existence des obligations de moyens. En ce sens, l'ordonnance laisse donc la distinction dans le « non-dit »⁴². Mais alors, ainsi qu'on a pu s'interroger, ce silence vaut-il enterrement ? Quel est alors l'avenir de cette distinction des obligations contractuelles ?⁴³ Ces questions demeurent en suspens dans l'ordonnance.

En outre, comme le fait remarquer Monsieur le Professeur Patrice Jourdain, ne peut-on pas penser que si à l'occasion d'une réforme du droit des contrats, le gouvernement avait voulu conserver la distinction, il n'aurait pas manqué de l'exprimer ? Il aurait pu alors s'inspirer de l'avant-projet Catala, qui, contrairement au projet du groupe Terré, avait formellement consacré la distinction dans son projet d'article 1149. En ce sens, il s'agirait donc d'un « silence éloquent » de la part du législateur⁴⁴.

Enfin, à en suivre les explications du Garde des Sceaux, la volonté du législateur serait bien d'abandonner purement et simplement la distinction. Dans un entretien avec le Ministre de la justice, celui-ci a explicitement envisagé sa disparition : *« cette distinction a conduit à l'élaboration d'une jurisprudence éminemment complexe et peu prévisible, en raison de l'imprécision et de l'incertitude de ses critères, et de la création de catégories intermédiaires. En outre, cette distinction n'a pas un réel apport en termes de charge de la preuve : cette charge incombe toujours au créancier qui réclame l'exécution de son obligation, quelle que soit l'étendue de son obligation. »*⁴⁵

En définitive, l'omission de la distinction dans les textes de même que l'opinion ministérielle conduisent à privilégier l'interprétation selon laquelle la distinction serait implicitement abandonnée. Néanmoins, une telle lecture des nouveaux textes n'est évidemment pas acceptable dans la mesure où cela entraînerait un régime extrêmement sévère pour le débiteur et tout à fait inadapté à la pratique.

⁴¹ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur ... », *op. cit.*, p. 43

⁴² LATINA (Mathias), « Les obligations de moyens et de résultat (art. 1250) », *op. cit.*

⁴³ JOURDAIN (Patrice), « Quel avenir pour la distinction des obligations », *op. cit.*, p. 909

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ URVOAS (Jean-Jacques), Entretien avec le Ministre de la Justice sur le projet de réforme de la responsabilité civile, *RLDC*, n°138, 2016

II. Sévérité inadaptée

L'abandon de la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat est lourd de conséquences en pratique. En effet, si l'on fait abstraction de cette distinction alors logiquement on ignore aussi la distinction entre responsabilité pour faute et de plein droit. Mais alors le silence quant à la qualification de la responsabilité signifierait-il que les rédacteurs ont abandonné la distinction pour ne retenir, en matière contractuelle, qu'une responsabilité de plein droit pour inexécution imputable au débiteur ?⁴⁶ Une telle solution serait inenvisageable. Il a toujours été admis par le législateur qu'une responsabilité subjective existerait parallèlement à celle de plein droit. Il est donc impensable de prétendre à l'abandon d'une distinction quasi-naturelle. De toute évidence, on ne peut pas considérer que tout débiteur doit un résultat déterminé sans aucun aléa, tout simplement car celui-ci ne s'oblige pas toujours avec la même intensité. En ce sens, mettre sur un pied d'égalité toutes les obligations serait totalement contraire à la réalité même de tout engagement contractuel. Prenons l'exemple du contrat d'entreprise : le débiteur est tenu d'accomplir une prestation sans pour autant pouvoir garantir un résultat déterminé⁴⁷. Si l'on charge tous les débiteurs d'une obligation de résultat sans aucune distinction suivant le contenu de son obligation, alors on peut être sûr que cela en repoussera plus d'un à s'engager. On ne peut imaginer un tel scénario en pratique. En fait, la distinction a une « réalité psychologique évidente » car on ne peut contester que les obligations ont des contenus variables et impliquent pour les débiteurs des efforts d'intensité différente⁴⁸.

Enfin, comme le souligne Monsieur le Professeur Christian Larroumet, il existe nécessairement un débat qui tient à « l'intensité de l'obligation », qui résulte de ce à quoi le débiteur s'est concrètement engagé. L'intensité de l'obligation va permettre de qualifier l'obligation pour déterminer le régime de responsabilité du débiteur en cas d'inexécution : responsabilité pour faute ou de plein droit. Lorsque le débiteur promet un résultat, il n'y a pas à rechercher s'il a ou non mis en œuvre tous les moyens pour y parvenir, la faute est inutile dès lors que le résultat n'est pas atteint. En sens inverse, si le débiteur n'est pas en mesure de promettre un résultat, il convient de rechercher s'il a mis en œuvre les moyens nécessaires pour satisfaire son créancier, en ce sens, la faute est

⁴⁶ LARROUMET (Christian), « L'intensité de l'obligation dans la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, p. 1031

⁴⁷ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

⁴⁸ JOURDAIN (Patrice), « Quel avenir pour la distinction des obligations... », *op. cit.*, p. 909

alors une condition de sa responsabilité⁴⁹. Tous les systèmes juridiques connaissent une distinction similaire suivant la nature de l'obligation, même s'ils n'utilisent pas explicitement les termes d'obligation de moyens et d'obligation de résultat⁵⁰. En définitive, peu importe la terminologie utilisée : « moyens-résultat », « intensité » ou encore « diligences », une chose est sûre : naturellement, toute obligation contractuelle est susceptible de degrés variables qu'il convient de prendre en compte.

Dès lors, les régimes sans faute et pour faute doivent nécessairement continuer à coexister à travers une certaine catégorisation des obligations contractuelles. C'est pourquoi le maintien de la distinction entre obligation de moyens et de résultat s'avère plus que souhaitable.

Section 2 : Maintien avéré de la distinction entre obligation de moyens et de résultat

Le maintien de la distinction est justifié à plusieurs titres : en raison d'abord, de l'interprétation des textes par le juge **(I)** puis du projet de loi du 13 mars 2017 **(II)**.

I. Interprétation des textes par le juge

Le juge peut maintenir la distinction, d'une part, par l'interprétation du silence des textes **(A)**, et d'autre part, par une interprétation des articles 1197 et 1231-1 **(B)**.

A. Interprétation du silence des textes

Comme le relève Monsieur le Professeur Patrice Jourdain, le silence des textes peut être interprété en ce sens que le Gouvernement n'a pas « jugé utile d'inscrire dans le marbre de la loi une distinction qui vit depuis près d'un siècle sans aucun support textuel ». A ce titre, il convient de rappeler que cette distinction a été initialement dégagée par la jurisprudence, et non par le législateur. De même, il a aussi pu juger préférable de ne pas enfermer le juge dans une distinction dont les catégories ne sont pas homogènes et qui exclurait l'admission des catégories intermédiaires⁵¹. Le silence du texte laisserait alors le juge libre d'en déduire la nature de la responsabilité.

De plus, cette analyse peut être corroborée par le rapport fait au Président de la République aux termes duquel il est mentionné que le législateur a volontairement repris

⁴⁹ LARROUMET (Christian), « L'intensité de l'obligation dans la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, p. 1031

⁵⁰ LARROUMET (Christian), « L'intensité de l'obligation dans la responsabilité contractuelle », *op. cit.*, p. 1031

⁵¹ JOURDAIN (Patrice), « Quel avenir pour la distinction... », *op. cit.*, p. 909

les textes du Code civil « à droit constant », dans l'attente d'une réforme de la responsabilité civile. Si l'on parle de codification à droit constant, *a fortiori*, la distinction, bien ancrée dans notre droit de la responsabilité, aurait alors logiquement vocation à perdurer.

Quoi qu'il en soit, qu'il s'agisse d'une « inadvertance du législateur »⁵² ou encore d'une « omission volontaire »⁵³, il est plus que probable que les juges appliqueront encore cette distinction. Ainsi, le silence des textes ne signifie pas pour autant un abandon de la distinction par la jurisprudence. De même, une interprétation des articles 1197 et 1231-1 pourrait confirmer le maintien avéré de la distinction.

B. Interprétation des articles 1197 et 1231-1

Afin de maintenir cette distinction, comme le propose Monsieur le Professeur David Bakouche, il serait possible de considérer que la distinction des obligations de moyens et de résultat perdure, en estimant qu'elle est fondée sur les articles 1197 et 1231-1 du Code civil, dans l'attente de l'adoption d'une réforme de la responsabilité civile⁵⁴.

En ce qui concerne le nouvel article 1231-1, il convient d'étudier deux hypothèses. Premièrement, on peut considérer que l'article 1231-1 a vocation à s'appliquer à toutes les obligations contractuelles sans distinction selon qu'elles soient de moyens ou de résultat. Il existerait alors un seul et unique régime contractuel, extrêmement rigide, qui consacrerait une responsabilité de plein droit. Deuxièmement, la lettre de l'article 1231-1 n'interdit pas de considérer l'intensité de l'obligation, de telle sorte que l'on pourrait considérer, moins sévèrement, qu'en fait il subsisterait deux régimes : l'un sans faute et l'autre pour faute. En dépit de la lettre du texte, on pourrait alors estimer que l'article 1231-1 n'est réservé qu'à un cas particulier d'obligations : les obligations de résultat. Ainsi en marge de l'article 1231-1, il existerait un autre régime de responsabilité qui correspondrait à un régime de responsabilité pour faute de type obligation de moyens.

S'agissant du nouvel article 1197, celui-ci reprenant en substance l'ancien article 1137 dispose que « *L'obligation de délivrer la chose emporte obligation de la conserver*

⁵² LATINA (Mathias), « Les obligations de moyens et de résultat (art. 1250) », *op.cit.*

⁵³ JOURDAIN (Patrice), « Quel avenir pour la distinction... », *op. cit.*, 2016, p. 909

⁵⁴ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

jusqu'à la délivrance, en y apportant tous les soins d'une personne raisonnable. ». Il serait envisageable de considérer que l'article 1197 constitue le fondement légal des obligations de moyens. Néanmoins, cette interprétation serait une lecture forcée de l'article 1197 dans la mesure où, comme on l'a déjà fait remarquer, la place de l'article fait qu'il ne vise que « *les contrats ayant pour objet l'aliénation de la propriété ou la cession d'un autre droit* » (C. civ., art. 1196). Or l'utilité d'une telle distinction se manifeste essentiellement en cas d'accomplissement d'une prestation (autrement dit dans ce que l'on appelait avant l'ordonnance une obligation de faire), et non du transfert de la propriété. Ainsi, cette interprétation serait donner à l'article 1197 une « portée qu'il n'a en réalité pas »⁵⁵.

En définitive, il convient de privilégier cette interprétation qui sera moins sévère pour le débiteur dans la mesure où elle permettrait ainsi de tenir compte, en droit positif, de la solution qui a toujours été admise par le législateur à savoir la coexistence d'une responsabilité subjective et d'une responsabilité de plein droit. Pour finir, le projet de loi du 13 mars 2017 est de nature à confirmer cette analyse.

II. Projet de loi du 13 mars 2017

Le projet de loi du 13 mars 2017 prévoit en son article 1250 que « *Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre.* ». Comme le fait remarquer Monsieur le Professeur David Bakouche, ce projet d'article n'implique pas que la responsabilité contractuelle soit nécessairement une responsabilité sans faute. En outre, le projet de loi précise que : « *1. Sont abrogés les articles 1231 à 1252.* » et que « *2. L'article 1231 est ainsi rédigé : « Le créancier d'une obligation issue d'un contrat valablement formé peut, en cas d'inexécution, demander au débiteur réparation de son préjudice dans les conditions prévues au sous-titre II.* ». Ainsi le projet de loi du 13 Mars 2017 fait encore marche arrière. Il semble prévoir un retour au régime classique en maintenant la coexistence de deux régimes pour faute et sans faute.

Cette variation de la loi dans le temps est d'autant plus curieuse si l'on se rappelle l'un des objectifs majeurs de la réforme : la sécurité juridique rendant le droit plus lisible et plus accessible pour les citoyens. Mais alors n'est-ce pas l'effet inverse qui est produit en soumettant les justiciables à des changements de loi fréquents ? Le projet de loi

⁵⁵ *Ibidem.*

constitue donc un nouvel élément en faveur du nécessaire maintien de la distinction. Au nom de la sécurité juridique, la coexistence des deux régimes semble d'avantage justifiée.

Néanmoins, il convient de préciser qu'en excluant la réparation du dommage corporel du champ d'application de la responsabilité contractuelle (art. 1233 al.2), le projet de loi entend priver la distinction entre obligation de moyens et de résultat d'une partie de son utilité dans la mesure où cela va mettre un coup d'arrêt à la jurisprudence relative aux obligations contractuelles de sécurité, qui pouvaient être soit de moyens, soit de résultat⁵⁶.

En définitive, bien que la distinction classique entre obligation de moyens et de résultat soit ignorée dans l'ordonnance, des possibilités s'offrent aux juges afin de maintenir son application. Finalement, la résolution de ce problème reposera donc sur l'interprétation des textes qu'en fera le juge. La distinction étant ancrée dans notre tradition juridique, il est donc plus que certain que les juges continueront à l'appliquer. Ce problème étant résolu, il convient à présent, de s'intéresser à une autre difficulté, plus ardue, tenant à l'exonération du débiteur.

⁵⁶ LATINA (Mathias), « Les obligations de moyens et de résultat (art. 1250) », *op.cit.*

CHAPITRE 2 : Exonération du débiteur

Après avoir déterminé la charge et l'objet de la preuve, il convient naturellement de s'intéresser à l'autre trait significatif du régime de la responsabilité contractuelle : celui de l'exonération du débiteur, c'est-à-dire les conditions auxquelles le débiteur peut s'exonérer de sa responsabilité. Le nouvel article 1231-1 du Code civil issu de l'ordonnance du 10 février 2016 n'envisage qu'une responsabilité sans faute à laquelle on ne peut échapper que par la preuve d'une force majeure. Au surplus, la lettre du nouveau texte semble exclure toute possibilité d'exonération partielle du débiteur. Tout d'abord, il convient d'examiner la limitation des possibilités d'exonération du débiteur dans l'ordonnance (**Section 1**) pour ensuite démontrer le maintien avéré des possibilités d'exonération du débiteur (**Section 2**).

Section 1 : Limitation des possibilités d'exonération du débiteur dans l'ordonnance

En premier lieu, le nouveau texte ne prévoit qu'une exonération totale par la force majeure (**I**), ce qui suscite alors, en second lieu, des conséquences pratiques (**II**) sur le régime applicable.

I. Exonération totale par la force majeure

Le nouvel article 1231-1 du Code civil dispose que « *Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.* ». Cet article n'est que la reprise pure et simple de la première partie de l'ancien article 1147, mais le législateur, plutôt que de reprendre le terme de « cause étrangère » a préféré celui de « force majeure ». La notion étant plus restreinte, le choix du législateur n'est pas sans incidence car les possibilités pour le débiteur d'échapper à sa condamnation seront alors plus minces.

En outre, pris à la lettre, le nouveau texte prévoit que l'exonération ne se conçoit que totale par la force majeure, ce qui exclut l'exonération partielle. Cela signifie que le fait de la victime exonère le débiteur lorsqu'il présente les caractères de la force majeure. Mais alors, en sens inverse, qu'advient-il de l'exonération du débiteur lorsque le fait de la victime ne constituera pas un cas de force majeure ? De même, *a priori*, aux vues de la lettre du nouveau texte, le fait du créancier qui aurait concouru à la réalisation du

dommage mais qui n'aurait pas les caractères de la force majeure, ne serait pas exonératoire. La responsabilité du débiteur serait donc entière, celui-ci sera seulement condamné au tout, peu importe que la victime ou le créancier ait ou non contribué à la réalisation du dommage. Ce régime mis en place paraît alors extrêmement rigoureux pour le débiteur⁵⁷.

A supposer que la force majeure soit caractérisée, il convient de rappeler que celle-ci produit deux effets. D'une part, elle provoque, lorsqu'elle est définitive, la résolution de plein droit du contrat, elle interdit également que l'on puisse réclamer au débiteur le paiement de dommages et intérêts (C. civ., Art. 1218). D'autre part, si l'empêchement est temporaire, le débiteur n'est pas responsable du retard pendant toute la durée de la suspension et ne doit, par conséquent, aucun dommages et intérêts pour cette période, à moins que le retard qui en résulterait ne justifie la résolution du contrat (C. civ., Art. 1218).

La lettre du nouvel article 1231-1, ne concevant l'exonération du débiteur que totale par la force majeure, engendre alors des conséquences pratiques sur le régime applicable au débiteur.

II. Conséquences pratiques sur le régime applicable

Le nouvel article 1231-1 peut être replacé dans un débat plus général. En effet, on peut se demander, d'une part, si le nouveau texte ne conduit pas à une transposition de l'arrêt Desmares en matière contractuelle (A) ou à une généralisation du régime applicable au transporteur ferroviaire (B).

A. Transposition de l'arrêt Desmares en matière contractuelle

D'abord, on peut se demander si les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas voulu transposer en matière contractuelle la solution retenue par le célèbre arrêt « Desmares » rendu à propos de la matière délictuelle. Par cet arrêt, la Cour de cassation avait affirmé que seul un événement constituant un cas de force majeure exonérait le gardien de la chose, instrument du dommage, de sa responsabilité en application de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil : ainsi, si « *le comportement de la victime, (...) n'[avait] pas été pour le gardien imprévisible et irrésistible, [il] ne [pouvait] l'en exonérer, même*

⁵⁷ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

partiellement »⁵⁸. Cette solution avait été critiquée en ce qu'elle consacrait, selon les termes célèbres de Monsieur le Professeur Georges Durry, un système du « tout ou rien » : soit l'exonération est totale si la faute de la victime constitue une cause étrangère, ou soit aucune exonération n'est possible si cette faute ne constitue pas une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure⁵⁹. Cette solution laissait alors libre court aux comportements les plus invraisemblables et inéquitables⁶⁰.

Finalement, l'arrêt « Desmares » n'avait d'autre but que de provoquer le législateur à intervenir pour consacrer la protection des victimes d'accidents de la circulation. Cette contrainte exercée sur celui-ci a permis d'aboutir à la loi 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. Une fois son but atteint, la Cour de cassation a d'ailleurs abandonné sa solution pour revenir à la solution traditionnelle de l'exonération du gardien de la chose par la faute de la victime⁶¹.

Dès lors, en excluant toute possibilité d'exonération partielle du débiteur, les rédacteurs de l'ordonnance du 10 février 2016 ont-ils voulu transposer ce système du « tout ou rien » de l'arrêt « Desmares » dans la responsabilité contractuelle ? Des incertitudes demeurent donc quant à la volonté réelle des rédacteurs de l'ordonnance sur la mesure de l'exonération. De même, on peut également s'interroger sur une éventuelle généralisation du régime applicable au transporteur ferroviaire.

B. Généralisation du régime applicable au transporteur ferroviaire

Comme le souligne Monsieur le Professeur David Bakouche, le régime de l'exonération tel que prévu par l'ordonnance, hormis le cas du transporteur ferroviaire débiteur d'une obligation de sécurité de résultat, ne correspond pas à l'état du droit positif⁶². En effet, dans les rapports transporteurs-voyageurs, la Cour de cassation, au visa de l'ancien article 1147, estime que « *Le transporteur tenu d'une obligation de sécurité de résultat envers un voyageur ne peut s'en exonérer partiellement* » et que « *la faute de*

⁵⁸ Cass. civ. 2, 21 juillet 1982, n° 81-12.850, M. Desmares, GAJC, t. 2, n° 205

⁵⁹ Georges Durry, *RTD civ.* 1982, p. 607

⁶⁰ BAKOUCHE (David), « Responsabilité du fait des choses de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil : l'exonération partielle du gardien par la faute de la victime », note sous Cass. civ. 2, 7 juillet 2011, n° 10-25.281, F-D, *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°453, 2011

⁶¹ Cass. civ. 2, 6 avril 1987, n° 85-16.387, Sté Les Assurances Mutuelles Agricoles Loire et Haute-Loire et autre c/ M Bardeche et autre, Bull. civ. II, n° 86, GAJC, t. 2, n° 213

⁶² BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

la victime, à condition de présenter le caractère de la force majeure, ne peut jamais emporter qu'une exonération totale »⁶³. Depuis 2008, la Haute juridiction prévoit donc l'absence d'effet exonératoire partiel de la faute de la victime qui ne présente pas les caractères de la force majeure en matière contractuelle, en tout cas lorsque le débiteur est tenu d'une obligation de sécurité de résultat.

Ainsi donc, encore une fois, il est légitime de s'interroger sur la volonté du législateur : le nouvel article 1231-1 n'aurait-il pas vocation à généraliser la solution appliquée par la Cour de cassation à la SNCF ? En excluant toute possibilité d'exonération partielle, *a priori*, la lettre du nouveau texte va dans le sens d'une telle solution.

En replaçant le régime de l'ordonnance dans ce débat plus général, on voit donc que cette solution n'est pas si surprenante dans la mesure où un tel régime a déjà été consacré par le législateur dans certaines matières. Néanmoins, en dépit de la lettre des textes, des possibilités d'exonération du débiteur semblent pouvoir être maintenues.

Section 2 : Maintien avéré des possibilités d'exonération-du débiteur

Les possibilités d'exonération du débiteur peuvent s'avérer maintenues, d'une part, par l'interprétations des textes (I), et d'autre part, par la possibilité de stipulation de clauses (II). Enfin, le projet de loi du 13 mars 2017 (III) constitue un élément supplémentaire en faveur du maintien.

I. Interprétation des textes

Afin d'éviter de faire subir un régime extrêmement sévère au débiteur, d'abord, la solution paraît résider dans l'interprétation de la force majeure, la notion étant susceptible d'une multitude d'interprétations. En effet, comme l'a fait observer Monsieur le Professeur David Bakouche, il serait possible d'élargir la portée de l'article 1231-1 du code civil en décidant qu'il vise en réalité n'importe quel cas de cause étrangère présentant les caractères de la force majeure. Dès lors, l'article 1231-1 engloberait d'une

⁶³ Cass. mixte, 28 novembre 2008, n° 06-12.307, Société nationale des chemins de fer français (SNCF), P+B+R+I, obs. BAKOUCHE (David), « Pas d'effet exonératoire partiel de la faute de la victime ne présentant pas les caractères de la force majeure en matière contractuelle », *Lexbase Hebdo*, éd. privée, n°330, 2008

part, la force majeure stricto sensu, et d'autre part, le fait du tiers ou le fait du créancier, pourvu qu'ils présentent les caractères de la force majeure⁶⁴.

S'agissant premièrement de la force majeure au sens strict, le nouvel article 1218 l'a définie comme un « événement échappant au contrôle du débiteur, qui ne pouvait être raisonnablement prévu lors de la conclusion du contrat et dont les effets ne peuvent être évités par des mesures appropriées, empêche l'exécution de son obligation par le débiteur. ». L'ordonnance redéfinit donc la force majeure en matière contractuelle en retenant quatre critères cumulatifs : l'extériorité de l'événement, l'imprévisibilité de l'événement au jour de la conclusion du contrat, l'inévitabilité des effets de l'événement et l'impossibilité pour le débiteur d'exécuter son obligation, l'ordonnance fait disparaître le critère d'extériorité qui avait été dégagé par la jurisprudence⁶⁵. En ce sens, cette interprétation correspondrait à la force majeure au sens strict présentant les caractères d'imprévisibilité et d'irrésistibilité, laissant peu de marge de manœuvre pour le débiteur.

En ce qui concerne deuxièmement le fait du tiers ou le fait du créancier présentant les caractères de la force majeure : cela correspondrait à une lecture plus souple de la force majeure incluant des cas de causes étrangères revêtant les caractères de la force majeure. Il s'agit là d'une nuance dans l'interprétation de la force majeure qui permettrait ainsi au débiteur de bénéficier de plus de possibilités d'exonération, et donc de subir un régime moins sévère.

Quoiqu'il en soit, même si les juges optent pour une interprétation large de la force majeure, les difficultés se cristallisent autour de l'exclusion de l'exonération partielle. Comme démontré précédemment⁶⁶ à supposer même que la coexistence des deux régimes sans faute et pour faute soit maintenue par l'interprétation de l'article 1231-1, une difficulté concrète demeure. Sachant que l'article 1231-1 constitue le fondement légal de l'existence des obligations de résultat, se pose la question suivante : en présence d'une obligation de résultat, comment le juge va-t-il faire pour appliquer l'article 1231-1 selon lequel le débiteur ne peut s'exonérer que par la force majeure ? Dans une telle hypothèse, la marge de manœuvre du juge va se révéler extrêmement étroite : sur quel texte du code civil peut-il se fonder pour admettre l'exonération partielle du débiteur tenu d'une

⁶⁴ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

⁶⁵ Cass. civ. 3, 02-04-2003, n° 01-17.724, FS-P+B ; V. BAKOUCHE (David) (dir.), Encyclopédie "Droit de la responsabilité", *op. cit.*

⁶⁶ Cf. I. B. Interprétation des articles 1197 et 1231-1 (Section 2, Chapitre 1, Partie 2)

obligation de résultat ? Autrement dit, concrètement, comment le débiteur tenu d'une obligation de résultat pourra-t-il s'exonérer partiellement ? C'est la question majeure qui demeure quant au régime de la responsabilité contractuelle tel que consacré par l'ordonnance. On peut y avoir les prémices d'un véritable contentieux car aucun texte ne semble pouvoir être exploité en ce sens.

Dès lors, le système légal résultant de l'ordonnance n'est pas satisfaisant, l'exonération du débiteur tenu d'une obligation de résultat étant extrêmement sévère. C'est pourquoi la seule issue envisageable pour les parties consiste en la stipulation de clauses dans le contrat.

II. Possibilité de stipulation de clauses

Face à un tel obstacle rencontré dans les textes, pourrait-on alors songer à insérer des clauses dans les contrats conclus sous l'empire du nouveau droit ? La réponse est positive : le Rapport fait au Président de la République pose un « *principe général du caractère supplétif des textes* » dans la tradition du code civil. Il est expliqué très clairement que « *L'ordonnance n'affirme pas expressément dans un article spécifique le caractère supplétif de volonté de ses dispositions [...]. Il n'y a donc pas lieu de préciser pour chaque article son caractère supplétif, qui constitue le principe, le caractère impératif étant l'exception.* »⁶⁷. Ainsi donc, dans le silence de l'article 1231-1 sur son caractère impératif, il doit être considéré que cette disposition n'est pas d'ordre public.

Par conséquent, en dernier recours, il est donc possible pour les parties, au nom de la liberté contractuelle, de stipuler les clauses dans les contrats permettant d'aménager leur régime d'exonération. Les parties sont ainsi libres de prévoir, dans leur contrat, la possibilité d'une exonération partielle du débiteur. Cela permettrait de contourner la difficulté majeure posée par la lettre de l'article 1231-1 du code civil, sinon sans clause, le débiteur court le risque d'une exonération extrêmement limitée. C'est la raison pour laquelle il est vivement recommandé, pour les contrats signés à compter du 1^{er} octobre 2016, d'introduire une clause prévoyant la possibilité d'une exonération partielle du débiteur. Par exemple, celle-ci pourrait être rédigée selon les termes suivants : « *Le fait de la victime ou le fait du créancier sont partiellement exonérateurs lorsqu'ils ont contribué à la réalisation du dommage* ».

⁶⁷ Rapp. du 11 février 2016 au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Pour finir de manière plus radicale, pour contourner ce régime, les parties pourront prévoir des clauses afin de ne pas soumettre leurs contrats à la loi française ou bien les parties pourront aussi insérer des clauses compromissaires⁶⁸.

Une chose est sûre : à trop contraindre le débiteur, le régime tel que consacré par l'ordonnance va avoir l'effet inverse à celui escompté. Il va encourager les parties à insérer systématiquement des clauses dérogatoires au système légal. Il incombe alors aux professionnels du droit de conseiller leurs clients pour contourner cette difficulté relative à l'exonération très limitée du débiteur. Les cabinets d'affaires doivent donc être vigilants, car la réforme a un impact certain sur la rédaction des contrats. Enfin, il convient de mentionner le projet de loi du 13 mars 2017 qui semble aller dans le sens du nécessaire maintien des possibilités d'exonération du débiteur.

III. Projet de loi du 13 mars 2017

Pour finir, le Projet de loi du 13 mars 2017 ne fait que conforter cette analyse. En effet, sur ce point, le projet de loi prévoit également un retour au régime classique, et contient des avancées pratiques pour la protection des victimes. Celui-ci prévoit d'introduire un Chapitre III intitulé "*Les causes d'exonération ou d'exclusion de la responsabilité*" dans le sous-titre II relatif à la responsabilité civile, applicable à tous les régimes de responsabilité. Parmi les causes d'exonération de responsabilité, d'abord, le projet d'article 1253 prévoit que « *Le cas fortuit, le fait du tiers ou de la victime sont totalement exonérateurs s'ils revêtent les caractères de la force majeure.* ». Dans le prolongement de l'ordonnance du 10 février 2016, le législateur ne vise que la force majeure, sans référence à la notion de cause étrangère.

De plus, le projet d'article 1254 dispose 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 dommage.* » (art. 1254 al. 1). La possibilité d'une exonération partielle est donc rétablie. On constate que le projet de loi ne reprend pas la solution de l'ordonnance selon laquelle l'exonération ne se conçoit que totale par la force majeure, on ne peut qu'approuver cet abandon de la solution de droit positif.

⁶⁸ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

En outre, la particularité du projet de loi repose sur la réparation du dommage corporel, l'alinéa 3 du projet de l'article 1254 dispose qu'« *en cas de dommage corporel, seule une faute lourde de la victime peut entraîner une exonération partielle du responsable.* » (art. 1254, al. 2).

Enfin en ce qui concerne le fait du tiers, il convient de préciser que le projet de loi prévoit l'absence d'effet partiellement exonératoire (art. 1253, al. 1).

Dans la mesure où le projet de loi fait marche arrière en ce qui concerne l'exonération du débiteur, ici encore, l'objectif de sécurité juridique visé par l'ordonnance, supposerait d'élargir les possibilités d'exonération du débiteur.

Pour conclure sur ce second aspect du régime de la responsabilité contractuelle consacré par l'ordonnance, le juge pourra interpréter largement la force majeure au sens de l'article 1231-1 afin d'augmenter les hypothèses d'exonération du débiteur. Cependant, l'exclusion de l'exonération partielle du débiteur demeure le véritable problème auquel sera confronté le juge. Le débiteur tenu d'une obligation de résultat se verra appliquer un régime extrêmement sévère, qui ne pourra être corrigé que par la stipulation de clauses.

Conclusion

On peut conclure en rappelant ce que disait Portalis, dans son discours préliminaire sur le projet de code civil, à propos de la fonction du juge : « *La science du magistrat est de mettre ces principes [dégagés par le législateur] en action, de les ramifier, de les étendre, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées, d'étudier l'esprit de la loi quand la lettre tue [...]* ». Ces mots prennent tout leur sens dans le cadre de ce mémoire. En effet, la mise en cohérence des textes issus de l'ordonnance du 10 février 2016 reposera sur l'interprétation sage et raisonnée, qu'en feront les juges.

En effet, aux termes de ce mémoire, on l'a bien compris : de nombreuses difficultés vont naître de l'application de l'ordonnance du 10 février 2016 aux contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016. Certains problèmes vont pouvoir être résolus, assez facilement par le juge, tandis que d'autres vont demeurer plus difficiles à dénouer. En ce qui concerne les problèmes résolus d'abord, on peut raisonnablement penser que la question de l'existence de la responsabilité contractuelle ainsi que celle de la charge et l'objet de la preuve vont se résoudre aisément. En effet, d'une part, malgré les doutes suscités par l'ordonnance, comme on l'a vu, en réalité, de tels indices paraissent insuffisants pour conclure à l'abandon définitif de la responsabilité contractuelle. Dès lors, il est quasi certain que la responsabilité contractuelle survivra à l'ordonnance du 10 février 2016. D'autre part, les incertitudes relatives à la charge et l'objet de la preuve peuvent être résolues par le maintien de la distinction traditionnelle entre obligations de moyens et de résultat et ainsi de la coexistence des régimes pour faute et sans faute. Il ne fait pas de doute qu'en dépit de la lettre du texte, les juges continueront à appliquer cette distinction. Il ne reste donc plus qu'à espérer qu'ils fassent usage à bon escient du pouvoir d'interprétation qui leur est offert. S'agissant ensuite des problèmes qui demeurent, le point de cristallisation du sujet demeure celui de l'exonération du débiteur. En effet, bien que le juge puisse maintenir la distinction suivant la nature de l'obligation contractuelle et interpréter largement la force majeure, il reste que le débiteur tenu d'une obligation de résultat ne pourra être exonéré que de façon extrêmement sévère. Ainsi donc, dans l'ordonnance, le véritable problème auquel sera confronté le juge sera la possibilité d'une exonération partielle du débiteur. Sur ce point, la seule solution est alors de recommander aux parties, pour les contrats conclus sous l'empire de l'ordonnance du 10 février 2016,

de stipuler des clauses permettant d'aménager les conditions d'exonération du débiteur. Cette lourde tâche incombe aux professionnels du droit qui doivent alors conseiller au mieux leurs clients.

En tout état de cause, il ressort de nos démonstrations que le régime de la responsabilité contractuelle consacré par l'ordonnance est plus que préoccupant pour le débiteur. A l'image de la « politique anti-nataliste » qui a pu être reprochée à la Cour de cassation en matière de responsabilité des enfants du fait des parents⁶⁹, on peut être tenté de se demander si les rédacteurs de l'ordonnance n'ont pas voulu promouvoir une politique anti-contractualiste. En effet, à trop responsabiliser, finalement, comme le constate Monsieur le Professeur David Bakouche, l'ordonnance produit plutôt un « effet repoussoir » auprès des cabinets d'affaires, qui vont devoir alors encourager leurs clients à ne pas soumettre leurs contrats à la loi française ou encore à y insérer systématiquement des clauses compromissaires⁷⁰. On ne peut donc que déplorer le régime de la responsabilité contractuelle tel qu'il résulte de l'ordonnance en ce qu'il va complexifier les choses non seulement pour les parties mais aussi pour les professionnels du droit. Ce résultat est d'autant plus surprenant si l'on se rappelle les objectifs annoncés de la réforme, à savoir la sécurité juridique et l'attractivité du droit. D'abord, en ce qui concerne la sécurité juridique, cet objectif est loin d'être atteint dans la mesure où les textes produisent l'effet inverse en soumettant les justiciables à des variations de la loi dans un laps de temps très serré. En outre, la même constatation peut être faite à propos de l'objectif d'attractivité du droit étant donné que les textes nouveaux révèlent de nombreuses incertitudes qu'il appartiendra au juge de lever. Aux termes de cette étude, on peut ainsi constater que le régime consacré par la réforme s'avère être en totale contradiction avec ses objectifs officiellement annoncés.

Plus généralement, l'étude de la responsabilité contractuelle dans l'ordonnance du 10 février 2016 met en avant les failles de la méthode employée par le législateur. En effet, celui-ci a voulu opérer une réforme d'ensemble du droit des obligations en procédant, d'abord à une réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations par l'ordonnance du 10 février 2016 ; puis ensuite, à une réforme de la

⁶⁹ LECUYER (Hervé), Une responsabilité déresponsabilisante, Dr. fam. mars 1997. repères 3; TERRE (François) et LEQUETTE (Yves), GAJC, t. 2, 11^e éd., Dalloz, 2000, commentaire de l'arrêt de Cass., ass. plén., 9 mai 1984, p. 305

⁷⁰ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

responsabilité civile par l'actuel projet de loi du 13 mars 2017. L'ordonnance bouleverse ainsi le régime classique de la responsabilité contractuelle, bouleversement que le projet de loi s'empresse d'effacer par la suite⁷¹. Cette façon de faire a pour origine la compilation de projets doctrinaux aux « partis pris idéologiquement difficilement compatibles », ce qui aboutit alors à un « patchwork pour le moins original »⁷². On ne peut donc que regretter cette segmentation de la réforme qui est, tout particulièrement, mise en avant par cette étude. Le régime de la responsabilité contractuelle demeure donc « en pointillés » tant les textes qui y figurent ont une vocation évidente à être remplacés⁷³. Il faut donc attendre que le législateur reprenne sa copie prochainement par le projet de réforme de la responsabilité civile⁷⁴. Si la façon de faire du législateur est regrettable, il est en revanche appréciable que le projet de loi revienne à un régime classique moins sévère pour le débiteur. On ne peut donc que se réjouir de ce projet de loi qui entend corriger les lacunes et incertitudes de l'ordonnance du 10 février 2016.

Néanmoins à ce stade, il convient de rappeler que l'adoption du projet de loi du 13 mars 2017 « prêt-à-voter »⁷⁵ n'est pas pour autant acquise. En effet, le contexte actuel caractérisé par l'Etat d'urgence et par les élections successives rend incertain le devenir de ce texte, sachant d'autant plus que l'agenda du Parlement est particulièrement chargé. Il ne reste donc plus qu'à attendre les élections législatives de juin, et espérer que la future majorité parlementaire se saisisse rapidement de ce projet de loi.

⁷¹ BAKOUCHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur... », *op. cit.*, p. 43

⁷² BAKOUCHE (David), « De l'ordonnance du 10 février 2016 à l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile : inconstance idéologique ? », *Resp. civ. et assur.*, 2016, étude 1, p. 1

⁷³ CHANTEPIE (Gaël), LATINA (Mathias), La réforme du droit des obligations, Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, *op. cit.*, p.586

⁷⁴ *Ibidem*, p. 585

⁷⁵ MOREAUX (Anne), « Vers une réforme participative de la responsabilité civile ? », *Affiches parisiennes*, 2017

Sources et bibliographie

I. Sources

A. Sources normatives

Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Loi 1804-02-07 promulguée le 17 février 1804 (textes de l'ancien code civil)

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

Loi n°98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux

Cass. civ. 2, 21 juillet 1982, n° 81-12.850, M. Desmares, Cass. civ. 2, 21 juillet 1982, n° 81-12.850, M. Desmares, GAJC, t. 2, n° 205

Cass. civ. 2, 6 avril 1987, n° 85-16.387, Société Les Assurances Mutuelles Agricoles Loire et Haute-Loire et autre c/ M Bardeche et autre, Bull. civ. II, n° 86, GAJC, t. 2, n° 213

Cass. civ. 3, 2 avril 2003, n° 01-17.724, FS-P+B

Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, P+B+R+I, Bull. civ. n° 9

Cass. mixte, 28 novembre 2008, n° 06-12.307, Société nationale des chemins de fer français (SNCF), P+B +R+I

Cass. civ. 1, 15 décembre 2011, n° 10-17.691, F-D, *Dalloz*, 2012, p. 659, note MAZEAUD (Denis)

Cass. civ. 1, 25 janvier 2017, n° 16-11.953, F-P+B

B. Sources non normatives

ANZIANI (Alain) et BETEILLE (Laurent), Responsabilité civile : des évolutions nécessaires, Rapport d'information fait au nom de la commission des lois par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile : Doc. Sénat, Rapport n°558, 2008-2009 ; RDC 2010/1, p. 23, obs. Denis MAZEAUD

CATALA (Pierre), Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, *Doc. fr.*, 2006.

PORTALIS (Jean-Etienne-Marie), Discours préliminaire sur le projet de code civil présenté le 1er pluviôse an IX

Proposition Sénat n° 657, 9 juillet 2010.

Rapport du 11 février 2016 au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations

Rapport public du Conseil d'Etat, sécurité juridique et complexité du droit, 2006

TERRE François (dir.), « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile », Thèmes et commentaires, *Dalloz.*, 2011.

URVOAS (Jean-Jacques), Avant-projet de loi du droit de la responsabilité civile du 29 avril 2016

URVOAS (Jean-Jacques), Dossier de presse du projet de réforme du droit de la responsabilité civile

URVOAS (Jean-Jacques), Entretien avec le Ministre de la Justice sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile, RLDC, n°138, 2016

URVOAS (Jean-Jacques), Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile Académie des Sciences morales et politiques le 13 mars 2017 suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016

II. Bibliographie

A. Instruments de travail

BAKOCHE (David) (dir.), Encyclopédie "Droit de la responsabilité", *Lexbase*, 2017

BRUN (André), Rapport et domaine des responsabilités contractuelle et délictuelle, thèse Lyon, 1930

CHANTEPIE (Gaël), LATINA (Mathias), La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, 1^{ère} éd., Paris, *Dalloz*, 2016, 1094 p.

CORNU (Gérard), Vocabulaire juridique, 10^{ème} éd., Paris, *PUF*, 2013, 1360 p.

DEMOGUE (René), Traité des obligations en général, Paris, *Librairie Arthur Rousseau*, t. 5, n° 1237 s., 1925, 704 p.

LARROUMET (Christian) et BROS (Sarah), Traité de droit civil, Les obligations. Le contrat, 8^{ème} éd., Paris, *Économica, Corpus Droit Privé*, 2016, 1008 p.

LE TOURNEAU (Philippe) (dir.), Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation, 10^{ème} éd., Paris, *Dalloz*, 2014/2015, 2304 p.

MALAURIE (Philippe), AYNES (Laurent), STOFFEL-MUNCK (Philippe), Droit des obligations, 8^{ème} éd., Paris, *LGDJ, Lextenso*, 2016, 897 p.

TERRE (François), SIMLER (Philippe) et LEQUETTE (Yves), Droit civil, Les obligations, 9^{ème} éd., Paris, *Précis Dalloz*, 2013, 1594 p.

B. Travaux spécialisés

BACACHE (Mireille), « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *Dalloz*, 2016, p. 1454

BAKOUCHE (David), « L'incidence de la faute de la victime sur la responsabilité du gardien », note sous Cass. civ. 2, 27 février 2003, n° 01-00.659, Madame Monique Desseau, épouse Giuliano c/ Société nationale des chemins de fer français (SNCF), FS-P+B, *Lexbase Hebdo, éd. affaires*, n°64, 2003

BAKOUCHE (David), « La Cour de cassation maintient sa position quant aux conditions de l'exonération de la responsabilité du gardien », note sous Cass. civ. 2, 22 mai 2003, n° 02-11.692, M. Julien Mazel c/ M. Didier Suau, F-P+B, *Lexbase, Le Quotidien*, n°77, 2003

BAKOUCHE (David), « La faute de la victime n'exonère totalement le gardien de sa responsabilité que si elle présente les caractères de la force majeure », note sous Cass. civ. 2, 23 octobre 2003, n° 02-16.155, Office national des forêts (ONF) c/ M. Jean-Noël Barbier, F-P+B, *Lexbase Hebdo, éd. affaires*, n°95, 2003

BAKOUCHE (David), « L'impossibilité pour le transporteur tenu d'une obligation de sécurité de résultat de s'exonérer partiellement de sa responsabilité », note sous Cass. civ. 1, 13 mars 2008, n° 05-12.551, Mme Nouria Ibouroi, FS-P+B+I, *Lexbase, La lettre juridique Ed.*, n°298, 2008

BAKOUCHE (David), « Pas d'effet exonératoire partiel de la faute de la victime ne présentant pas les caractères de la force majeure en matière contractuelle », note sous Cass. mixte, 28 novembre 2008, n° 06-12.307, Société nationale des chemins de fer français (SNCF), P+B+R+I, *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°330, 2008

BAKOUCHE (David), « Responsabilité du fait des choses de l'article 1384, alinéa 1er, du Code civil : l'exonération partielle du gardien par la faute de la victime », note sous Cass. civ. 2, 7 juillet 2011, n° 10-25.281, F-D, *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°453, 2011

BAKOUCHE (David), « La distinction des responsabilités contractuelle et délictuelle », *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°495, 2012, p. 43

BAKOUCHE (David), « L'exonération partielle du débiteur par la preuve de la faute du créancier ne présentant pas les caractères de la force majeure », note sous Cass. civ. 1, 16 avril 2015, n° 14-13.440, FS-P+B, *Lexbase Hebdo, éd. privée*, n°614, 2015

BAKOUICHE (David), « Responsabilité du fait des choses : l'exonération partielle du gardien par la preuve de la faute de la victime », note sous Cass. civ. 2, 3 mars 2016, n° 15-12.217, F-P+B, *Lexbase Hebdo*, éd. privée, n°648, 2016

BAKOUICHE (David), « De l'ordonnance du 10 février 2016 à l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile : inconstance idéologique ? », *Resp. civ. et assur.*, 2016, étude 1, p. 1

BAKOUICHE (David), « La responsabilité contractuelle du débiteur dans l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations et dans l'avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile », *Lexbase Hebdo*, *La lettre juridique*, n°668, 2016, p. 43

BAKOUICHE (David), « L'obligation contractuelle de sécurité de l'exploitant d'une salle d'escalade est une obligation de moyens » note sous Cass. civ. 1, 25 janvier 2017, n° 16-11.953, F-P+B, *Lexbase Hebdo*, éd. privée, n°689, 2017

BARBIER (Hugo), « Les grands mouvements du droit commun des contrats après l'ordonnance du 10 février 2016 », *RTD civ.*, 2016, p. 247

BEHAR-TOUCHAIS (Martine), « Le déséquilibre significatif dans le code civil », *JCP G*, 2016, p. 1659

BORGHETTI (Jean-Sébastien) « Vue d'ensemble de l'avant-projet de réforme », *Dalloz*, 2016, p. 1386

BORGHETTI (Jean-Sébastien), « Commentaire des principales dispositions de l'avant-projet de réforme », *Dalloz*, 2016, p. 1442

BORGHETTI (Jean-Sébastien), « Un pas de plus vers la réforme de la responsabilité civile : présentation du projet de réforme rendu public le 13 mars 2017 », *Recueil Dalloz*, 2017 p.770

DURRY (Georges), *RTD civ.* 1982, p. 607

ESMEIN (Paul), « Le fondement de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle », *RTD civ.*, 1933, p. 627

ESMEIN (Paul), « L'obligation et la responsabilité contractuelle », in *Le droit privé français au milieu du XXème siècle*, Etudes offertes à Georges Ripert, Paris, *LGDJ*, t.2, 1950

FENOUILLET (Dominique), « Le juge et les clauses abusives », *RDC*, n°2, 2016, p.358

GAUDEMET (Sophie), « Dits et non-dits sur l'application dans le temps de l'ordonnance du 10 février 2016 », *JCP G*, 2016, p. 559

JOURDAIN (Patrice), « faut-il recodifier le droit de la responsabilité civile ? », *in* Mélanges Jestaz, *Dalloz*, 2006, p. 247,

JOURDAIN (Patrice), « Quel avenir pour la distinction des obligations de résultat et des obligations de moyens ? », *JCP G*, 2016, p. 909

LAITHIER (Yves-Marie), « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G*, suppl. au n° 21, 2015

LARROUMET (Christian), « Pour la responsabilité contractuelle », *in* Etudes offertes à Pierre Catala, *Litec*, 2001, p. 543

LARROUMET (Christian), « L'intensité de l'obligation dans la responsabilité contractuelle », *JCP G*, 2016, p. 1031

LATINA (Mathias), « Les obligations de moyens et de résultat (art. 1250) », *in* Blog réforme du droit des obligations, CHANTEPIE (Gaël), LATINA (Mathias) (dir.), *Dalloz*, 2016

LE TOURNEAU (Philippe), « Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *Dalloz*, 2007, p. 2180.

LECUYER (Hervé), Une responsabilité déresponsabilisante, *Dr. fam.* mars 1997. repères 3; TERRE (François) et LEQUETTE (Yves), *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, 11e éd., *Dalloz*, 2000, commentaire de l'arrêt de Cass., ass. plén., 9 mai 1984, p. 305

MAZEAUD (Denis), « La distinction obligation de résultat-obligation de moyens : le saut dans le vide ? », *Recueil Dalloz*, 2017, p. 198

MEKKI (Mustapha), « La distinction entre les obligations de moyens et de résultat : esquisse d'un art », *RDA*, n° 7, 2013, p. 77 s., n° 1.

MEKKI (Mustapha), « L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *Dalloz*, 2016, p. 494

MOREAUX (Anne), « Vers une réforme participative de la responsabilité civile ? », *Affiches parisiennes*, 2017

PLANCQUEEL (André) « Obligations de moyens, obligations de résultat. Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution », *RTD civ.* 1972, p. 334

RADE (Christophe), « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *Dalloz*, 1998, chron. p. 301, spéc. n° 14 à 18

REMY (Philippe), « La "responsabilité contractuelle", histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

REMY (Philippe), « Plans d'exposition et catégories du droit des obligations », *in Pour une réforme du droit des contrats*, TERRE (François) (dir.), *Dalloz*, 2009, p. 83 et s, spéc. n°30.

SAVAUX (Eric), « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD civ.*, 1999, p. 1

STOFFEL-MUNCK (Philippe), BLOCH (Cyril), KNETSCH (Jonas), BORGHETTI (Jean-Sébastien), BACACHE (Mireille), LEDUC (Fabrice), CARVAL (Suzanne), GOUT (Olivier), PORCHY-SIMON (Stéphanie), HOCQUET-BERG (Sophie) et BAKOUCHE (David), « Avant-projet de loi portant réforme de la responsabilité civile : Observations et propositions de modifications », *JCP G*, suppl. au n° 30-35, 2016

TALON (Denis), « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.*, 1994, p. 223

THEWES (Marc), « De la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat : pile ou face ? », *Journal des tribunaux Luxembourg*, n° 15, 2011, p.61

VINEY (Geneviève), « La responsabilité contractuelle en question », *in Etudes Ghestin, LGDJ*, 2001, p. 291

VINEY (Geneviève), « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *Dalloz*. 2009, p. 2924

VINEY (Geneviève), « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G*, 2016, p. 99, spéc. n° 54.

VINEY (Geneviève), « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *Dalloz*, 2016, p. 1378