

Les clauses excluant ou limitant la responsabilité du débiteur : comparaison entre le droit Français et le droit Italien¹.

Alessandro GALIA²

Comme vous pouvez voir en lisant le titre de cette conférence, mon objectif sera de vous expliquer les similitudes et les différences entre le droit français et le droit italien en matière de clauses limitatives et exonératoires de la responsabilité du débiteur. Nous allons d'abord étudier la situation du droit français (1), pour analyser ensuite le droit italien (2).

1. Le régime des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité prévu par le droit français.

Le thème paraît simple de prime abord. La règle générale est en effet la suivante : ces clauses sont en principe valables en matière contractuelle et nulles sur le plan délictuel et perdent leur validité ou efficacité en cas de dol ou faute lourde du responsable. Cependant, ce régime a été progressivement modifié et morcelé par une série de textes spéciaux, ayant en commun l'objectif de protéger la partie faible. Ce mouvement s'illustre tout particulièrement en droit de la consommation, où toute liberté a disparu en vue de garantir une protection majeure à l'une des parties au contrat³. En revanche, en présence de contractants qui se présentent objectivement sur un pied d'égalité, la liberté contractuelle a été conservée.

Ainsi, contrairement au passé, aujourd'hui seules certaines clauses sont frappées de nullité, alors que d'autres sont admises à condition de ne pas fixer un seuil de réparation inférieur à celui prévu par la loi. *A contrario*, elles sont considérées valables dans certaines hypothèses, dès lors qu'elles atténuent la responsabilité délictuelle de l'agent (donc hors de la matière contractuelle). La situation qui en découle est donc plutôt complexe, n'étant pas toujours facile de savoir si une clause relative à la responsabilité est valable ou nulle.

Cependant, l'objectif de protection de la partie faible poursuivi par le législateur a été moins évident dans les décisions de la Cour de Cassation. Celui-ci est en effet bien visible dans le premier arrêt Chronopost⁴, mais il est inexistant dans l'arrêt Faurecia I⁵ ou dans les arrêts condamnant la stipulation de clauses de non garantie des vices cachés entre deux professionnels⁶. Ces solutions jurisprudentielles sont dès lors incertaines et inopportunes. De plus, le régime a ultérieurement fini de perdre sa cohérence à la suite de certaines atteintes prétorienne aux règles classiques de validité et efficacité des clauses. Tel est le cas de la jurisprudence Chronopost⁷, ou encore de l'objectivation de la faute lourde⁸, qui ont mis à mal les quelques certitudes qui existaient encore dans le domaine des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Afin de mieux comprendre cette évolution de la matière, il est néanmoins nécessaire de clarifier la portée des règles en question.

¹Résumé de la conférence du 20 juin 2019 (le style oral a été conservé).

²Doctorant en droit privé à l'Université de Turin.

³ Art. R.212-1 Cod. Cons.

⁴Cass. Com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18632, *Bull.* IV n° 261.

⁵Cass. Com., 13 févr. 2007, pourvoi n° 05-17407, *Bull.* IV, n. 43.

⁶Cass. 1^{re} civ., 19 janv. 1965, pourvoi n° 61-10952, *Bull.* I n° 52.

⁷Cass. Com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 93-18632, *Bull.* IV n° 261.

⁸Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1966, *Bull.* I n° 466; Cass. Com., 9 mai 1990, pourvoi n° 88-17687, *Bull.* IV n° 142.

A. Règle classique de validité : dol et faute lourde.

La multiplication des lois spéciales prohibitives, la solution Chronopost, les oscillations jurisprudentielles, nous fait conclure qu'il n'y a pas un système clair et il faut vérifier si après toutes les atteintes à la validité des clauses relatives à la responsabilité, le principe de validité survit.

Aucun texte de loi de portée générale ne prévoit le principe de validité des clauses relatives à la responsabilité, mais la Cour de Cassation a validé ces clauses déjà dans le XIX^e siècle. Le droit français offre des fondements : l'art. 1103 c.c. (ancien art. 1134 c.c.) qui déclare le principe de liberté contractuelle et l'art. 1231-3 c.c. (ancien art. 1150), qui vise les dommages – intérêts « *qui ont été prévus lors de la conclusion du contrat* ».

En réponse au silence du Code Civil, la jurisprudence a établi des règles pour encadrer les clauses : en matière contractuelle les clauses relatives à la responsabilité sont en principe valables, en application du principe de liberté contractuelle, mais elles sont sans effet en cas de dol ou de faute lourde. Les fautes qualifiées qui empêchent l'application d'une clause relative à la responsabilité doivent être définies afin de gagner en prévisibilité. Simples en apparence, ces notions ne sont pas toujours aisées à définir.

La faute dolosive, également appelée faute intentionnelle, classiquement est la faute la plus grave. Mais on doit faire une distinction sur la différence de relation entre les parties. En matière extracontractuelle, il faut prouver l'intention de nuire pour caractériser la faute intentionnelle. A l'inverse, en droit de la responsabilité contractuelle, les parties sont déjà liées et le débiteur commet une faute dolosive lorsqu'il se refuse à exécuter ses obligations contractuelles, même si ce refus n'est pas dicté par l'intention de nuire à son cocontractant. Le dol peut être définie comme l'inexécution volontaire des obligations contractuelles, l'intention de nuire n'est pas nécessaire. Concrètement le débiteur choisit délibérément de ne pas exécuter le contrat.

Plusieurs textes légaux permettent de fonder l'invalidation des clauses couvrant la faute dolosive du débiteur. Une telle stipulation tombe sous le coup de l'art. 1304-2 c.c., qui prévoit la nullité des obligations contractées sous condition potestative. En effet, ne pas être responsable en cas de faute dolosive revient à permettre au débiteur de ne pas exécuter son obligation intentionnellement, sans sanction. Une telle possibilité offerte au débiteur aurait pour conséquence de placer son obligation sous condition potestative : il exécute quand il veut, s'il veut.

Ensuite, l'art. 1104 c.c. peut également justifier cette position. En affirmant que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, la disposition condamne la mauvaise foi de contractants. Et il y a de mauvaise foi dans le comportement de ne pas exécuter volontairement une obligation à laquelle on est tenu.

Les arrêts sur la définition de la faute dolosive sont plutôt rares. La raison est simple : la théorie de l'équipollence de la faute lourde et dolosive permet au contractant de prouver une faute lourde et non une faute dolosive. Cette équivalence est rendue possible par le jeu d'un adage classique, *culpa lata dolo aequiparatur*.

La réforme du droit des contrats a consacré cette équipollence, parce qu'a remplacé l'ancien art. 1150 c.c. par le nouvel art. 1231-3, qui dispose que « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive* ». Dans l'ancien art. 1150 c.c. il n'y avait pas de référence à la faute lourde mais seulement au dol.

Comment distinguer la faute lourde de la faute légère ?

Initialement la Cour de Cassation a proposé une définition subjective de la faute lourde⁹, attachée au comportement de l'agent, mais les juges ont décidé de prendre en compte les conséquences du comportement de l'agent, donc une conception objective de la faute lourde¹⁰.

En effet, les juges considèrent que le manquement à une obligation essentielle entraîne des conséquences lourdes pour la victime. Par cette tendance jurisprudentielle, le champ de la faute lourde s'est très largement étendu. Celle-ci a perduré de plusieurs décennies et n'a été abandonné que dans les années 2000, avec le retour à la conception subjective¹¹. Aujourd'hui la faute lourde est définie comme une négligence d'une extrême gravité.

Le dol et la faute lourde privent de validité la clause limitative ou exonératoire : lorsque la clause prévoit expressément une limitation de responsabilité en cas de faute dolosive ou lourde du débiteur, elle est nulle. Le contrôle portera sur la formation du contrat, sur le contenu de la clause et permettra l'annulation de la clause litigieuse. Ça doit être distinguée d'un autre effet des telle fautes : l'inefficacité de la clause.

B. Inefficacité.

Le dol et la faute lourde peuvent être aussi invoquée au stade de l'exécution du contrat pour écarter le jeu de la clause, paralysant l'efficacité de la clause, et non sa validité, parce que la clause peut viser expressément le dol ou la faute lourde du débiteur, ou bien être rédigée en termes tellement larges qu'ils incluent même ces fautes. Le premier cas sera annulé sans hésitation. La seconde hypothèse est inefficace ; par exemple la clause où le transporteur « décline toute cause de responsabilité », couvre bien le dol, la faute lourde, la faute légère, les cas des responsabilités objectif. Dans cette hypothèse, faut-il annuler toute la clause ou restreindre sa portée ? Grâce à l'inefficacité les juges maintiennent la clause dans la mesure de la licéité ; ils reconnaissent l'inefficacité de la clause et permettent d'avoir à la clause un effet en cas de faute légère.

C. Protection de la partie faible.

A partir d'une Loi de 1905¹², qui interdit les clauses exonératoires de responsabilité dans le transport terrestre, de nombreuses dispositions ont été introduites dans le but de protéger la partie faible.

L'art. L. 133- 1 Cod. Comm. interdit la stipulation de clauses exonératoires de responsabilité dans le transport terrestre de marchandises et la jurisprudence étend l'interdiction aux clauses limitatives si elles fixent un montant dérisoire. Toutefois, l'assimilation est refusée lorsque le transporteur offre une option à l'expéditeur entre un tarif spécial (avec un plafond de responsabilité) et un tarif général (avec la pleine responsabilité) : lorsque l'expéditeur a le choix entre deux tarifs, il n'est plus véritablement en position de faiblesse¹³.

Ce constat renforce l'idée selon laquelle le législateur tient compte de la situation des parties pour interdire ou valider les clauses exonératoires. Valables en présence d'un équilibre entre les parties, sont prohibées lorsque les contractants présentent une relation déséquilibrée.

Dans le droit de consommation le législateur a porté des atteintes bien plus importantes au principe initial de validité¹⁴. Il rejette toutes les clauses limitatives ou exonératoires de

⁹Cass. Com., 17 déc. 1951, *Bull.* II n° 396.

¹⁰Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1966, *Bull.* I n° 466; Cass. Com., 9 mai 1990, pourvoi n° 88-17687, *Bull.* IV n° 142.

¹¹Cass. Ch. Mixte, 22 avr 2005, pourvoi n° 03-14112, *Bull. Mixte* n° 4.

¹²Loi 17 mars 1905, dit "Loi Rabier".

¹³Cass. Com., 4 juill. 1951.

¹⁴ Art. R.212-1 Cod. Cons. "Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de :

responsabilité dans les contrats de consommation : le législateur a décidé que même s'il négocie, le consommateur reste en position de faiblesse. Dans ce cas la preuve de l'absence de faiblesse du consommateur ne peut pas être apportée. Cette solution, paraît être excessive dans certains cas, parce qu'il n'y a pas de distinctions entre une clause limitatives ou exonératoires. Elles sont classées dans la liste noire et de manière irréfragable présumées abusives, mais une clause limitative de responsabilité qui pourrait paraître abusive peut en réalité être largement compensé par une autre stipulation de la convention.

Certains auteurs croient que les clauses de non-responsabilité ont bien leur place dans la liste noire, mais les clauses limitatives de réparations ne devraient pas y figurer. Il faut exclure de la réflexion les clauses qui fixent une limite dérisoire, parce qu'elles sont requalifiées en clauses élusives de responsabilité et donc mise dans la liste noire. Les clauses qui limitent la réparation peuvent être à l'origine d'un déséquilibre, lorsqu'aucune contrepartie n'est prévue. Toutefois le plafond de réparation peut être élevé et répondre à une baisse de prix. Par conséquent une appréciation circonstancié est nécessaire pour définir le caractère abusif ou non d'une clause. Si on met les clauses limitatives de responsabilité dans la liste grise, le professionnel peut prouver l'absence de caractère abusif de la clause. Elle sera présumée abusive et donc n'est pas valable, mais le professionnel peut faire tomber cette présomption.

Qu'en est-il si le professionnel prévoit un double tarif, l'un plus bas avec une clause limitative de responsabilité, l'autre plus élevé avec une responsabilité illimitée ? Le choix offert au consommateur permet de faire apparaître la contrepartie de la limite de responsabilité : le prix est diminué. Lorsqu'une option est offerte au consommateur entre deux tarifs et il choisit celle avec la clause de limitation, il apparaît que cette clause pourrait être en principe valable¹⁵. Une telle solution a l'inconvénient de porter le risque de la preuve sur le consommateur, mais celui est informé de la présence d'une limite de responsabilité. Dans ce cas le choix du consommateur qui préfère le tarif plus bas devrait être pris en considération.

L'un des grandes difficultés du droit de la consommation concerne son effectivité. Il ne suffit pas que les clauses limitatives ou exonératoires soient interdites pour qu'elles disparaissent effectivement des contrats proposés aux consommateurs. Pour garantir une meilleure effectivité des règles, la Loi Hamon¹⁶ a introduit des amendes administratives. Cette loi a introduit l'art. L.241-2 dans le Code de la Consommation, qui sanctionne la présence d'une clause de la liste noire dans un contrat de consommation¹⁷. Le professionnel est passible d'une amende administrative, jusqu'à 3000 Euros pour une personne physique et 15.000 Euros pour une personne morale.

Il est un remède intéressant pour la lutte contre les clauses abusives. Le Code de la Consommation italien n'a pas des remèdes similaires, mais certains auteurs ont proposé de

[...]

6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations".

¹⁵Et s'il y a d'un côté la clause prévoyait un montant de réparation dérisoire et de l'autre offrait une responsabilité illimitée pour un tarif exorbitant, la clause peut tomber sous le coup de la disposition générale de l'art. L.212-1 Cod. Cons., si elle crée un déséquilibre significatif.

¹⁶Loi 17 mars 2014, dit "Loi Hanon".

¹⁷ Art. L 241-2 Cod. Cons : « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 212-1, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article L. 212-1 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 euros pour une personne physique et 15 000 euros pour une personne morale ».

sanctionner la présence des clauses abusives avec les dispositions sur les pratiques commerciales déloyales, donc avec des sanctions économiques pour ceux qui utilisent des clauses abusives¹⁸.

Aussi le Code de Commerce, à partir de 2008, est doté d'un système permettant de lutter contre les déséquilibres significatifs : l'art. 1. 442-1 Code Comm., prévoit la responsabilité d'un professionnel qui soumet ou tente de soumettre « *l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans le droits et obligations des parties* ».

L'objectif est similaire à celui du droit de la consommation : il s'agit de corriger un déséquilibre contractuel lorsque les parties ont un rapport déséquilibré, mais dans ce cas le déséquilibre est circonstanciel et non structurel, parce que le texte sanctionne les déséquilibres significatifs imposés par le distributeur à son fournisseur, que ceux imposés par un fournisseur à son distributeur. C'est surtout dans le domaine de la grande distribution qu'est applicable.

La sanctionne diffère de celle prévue dans le droit de la consommation. En effet cette disposition prévoit l'engagement de la responsabilité du contractant qui a imposé le déséquilibre à son partenaire. Le ministre chargé de l'économie peut demander une amende civile et l'annulation de la clause, mais la jurisprudence étend cette possibilité au partenaire, qui peut demander que la clause soit écartée ; lorsque la preuve du déséquilibre significatif est apportée, le juge peut réputer la clause non écrite. Le droit de la consommation a été certainement une source d'inspiration, mais il doit aussi être source d'inspiration pour le traitement des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ? Ces clauses peuvent être condamnées, mais l'analyse globale du contrat est indispensable. Par conséquent les clauses limitatives ont des chances d'être validées, surtout si le juge trouve dans le contrat une contrepartie. En revanche, les clauses exonératoires seront toujours invalidées.

Avec la réforme du Code Civil de 2016, le législateur a introduit la lutte contre les clauses abusives aussi dans le droit commun des contrats, mais l'art. 1171 c.c. limite le contrôle des clauses créant un déséquilibre significatif aux seuls contrats d'adhésion, puisque dans ces contrats il y a un rapport de force inégalitaire.

Il convient de se demander quelle incidence a l'art. 1171 c.c. pour les clauses relatives à la responsabilité. Faut-il tenir compte des listes réglementaires établies en droit de la consommation pour identifier les clauses qui créent un déséquilibre significatif dans un contrat ?

Ça n'est pas possible en raison du rejet de la transposition des listes grise et noire du droit de la consommation, un parallèle peut être établi avec le droit de la concurrence : les clauses exonératoires seront réputées non écrites et les clauses limitatives prouvent être maintenues si elles offrent une contrepartie et ne fixent pas un montant dérisoire. Donc il est l'adhérent qui doit prouver la subsistance du déséquilibre dans le cas spécifique. Ce n'est pas comme pour le consommateur qui peut appeler la liste noire et la clause est réputée non écrite. Donc il y a des différences sur la charge de la preuve.

Quel sont les types des contrats qui entrent dans le champ de l'art. 1171 c.c. ?

Il s'agit des certains contrats conclus entre professionnels qui ne tombent pas sous le coup de l'art. 1.441-6 du Code de Commerce, comme les contrats liant un professionnel libéral et ses partenaires, un agent commercial et son mandant, ou deux professionnels qui ne sont pas considérés comme partenaires au sens de ce texte, et après les contrats d'adhésion conclus entre particuliers.

Les plateformes du commerce électronique devraient être l'occasion d'une qualification très fréquente de contrat d'adhésion dans la mesure où les contrats qui y sont proposés excluent toute

¹⁸S. Orlando, *L'uso di clausole abusive come pratica commerciale scorretta*, in *Obbl. contr.*, 2009, p. 346.

négociation et comprennent un ensemble de clauses déterminées à l'avance. Celui qui, par le moyen de ces plateformes, se place en situation d'offrant, devrait être reconnu comme l'auteur d'un contrat d'adhésion ; il n'est pas l'auteur matériel de ces clauses, mais c'est lui qui prend la responsabilité qu'elles soient soustraites à la négociation. On peut penser à la vente d'objet de seconde main ou la location de véhicule ou d'appartement (le célèbre Airbnb): ils sont des contrats entre particuliers conclu par l'intermédiaire d'une plateforme de l'économie numérique.

Cette hypothèse était expressément visée dans le communiqué diffusé par la chancellerie après la publication de l'ordonnance du 2016 : l'exemple de la plateforme Airbnb a été précisément pris afin de rendre compte de l'efficacité du nouveau art. 1171 c.c. Dans le dossier de presse du gouvernement accompagnant l'ordonnance on peut lire cette phrase : « *cas concret : j'ai loué un appartement pour mes vacances sur Airbnb et le contrat permet au propriétaire de l'appartement de changer la période de location à n'importe quel moment, sans mon accord et sans indemnité. Grâce à la réforme, je pourrai demander au juge de supprimer cette clause* ».

Dans les conditions générales de Airbnb, il est prévu que l'Hôte, la personne qui met à disposition son appartement, peut annuler une réservation et le Voyageur sera intégralement remboursé de paiement qui a fait. Il n'est pas prévu l'obligation de réparer le dommage subi par le Voyageur qui a fait la réservation¹⁹. Donc il est une clause exonératoire de la responsabilité du débiteur (l'Hôte), qui doit mettre à disposition son immeuble, mais il peut annuler sans être forcé à réparer les dommages. Par exemple, il est un dommage prévisible le fait que si je dois chercher une nouvelle chambre d'hôtel le jour avant mon voyage après l'annulation, les prix des hôtels sont plus hauts.

Toutefois, je crois qu'il n'est pas nécessaire invoquer l'art. 1171 c.c. pour éliminer cette clause exonératoire de la responsabilité, parce que l'annulation de la réservation de l'host o du conducteur est un acte volontaire, donc il s'agit d'une exclusion de la responsabilité en cas de faute dolosive, qui peut être réputée non écrit en application du principe général que nous avons déjà vu.

D. Quel avenir pour les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité ?

Il est intéressant de noter la position retenue par le projet de réforme de la responsabilité civile, présenté le 13 mars 2017, quant 'aux conventions atténuant la responsabilité. Le texte propose trois dispositions spécifiques portant directement sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

L'art. 1281²⁰ permet de limiter ou d'exclure la responsabilité, tant contractuelle qu'extracontractuelle, ce qui constitue une avancée notable, parce qu'il n'avait jamais été clairement affirmé que la responsabilité délictuelle était susceptible d'aménagements. Bien évidemment, il faudra recourir à un contrat pour restreindre la responsabilité délictuelle. Il ne s'agit pas de limiter unilatéralement sa responsabilité *erga omnes*, mais de convenir avec son contractant que la responsabilité délictuelle que l'on pourrait avoir engagée à son regard sera limitée. Le choix des auteurs du projet de prendre le contrepied de la jurisprudence et ainsi de reconnaître la validité des contrat excluant ou limitant la réparation en matière extracontractuelle répond à l'attente de la majorité de la doctrine : en effet nombre d'auteurs jugent peu convaincant le dogme du caractère d'ordre public attribué à la responsabilité délictuelle²¹.

¹⁹C'est la même chose pour *BlaBlaCar*. En cas d'annulation imputable au conducteur, le passager est remboursé de la totalité de la somme qu'il a versée, mais il ne peut pas demander la réparation du dommage subi par l'annulation.

²⁰Art. 1281 : « *Les clauses ayant pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle.*

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

²¹M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, 2017, p. 237.

Après cet hommage à la liberté contractuelle, le projet de réforme multiplie les restrictions. Si l'art. 1281 proclame la liberté de limiter la responsabilité délictuelle, l'art. 1283 interdit de limiter la responsabilité extracontractuelle pour faute²², donc on peut restreindre la responsabilité seulement pour le fait des choses, les troubles anormaux de voisinage et le fait d'autrui. Cette restriction ne convainc pas, en effet la prohibition de la limitation en cas de faute simple paraît excessive. Il ne peut pas être limité, par exemple, la responsabilité en cas de *culpa in contraendo* ou de rupture des relations commerciales établies.

Enfin il est interdit de limiter sa responsabilité en cas de préjudice corporel²³, en cas de faute lourde et dolosive²⁴, donc on peut retenir que le projet de réforme est une codification de droit à jurisprudence constante, mais, dans certains cas, le législateur propose de revenir sur des solutions jurisprudentielles.

2. La discipline des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité prévu par le droit italien.

L'absence de disposition dans le Code Civil de 1804 est normale parce que ce n'est qu'au XIX^e siècle que la pratique des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité s'est réellement développée, en réponse à l'essor fulgurant de la responsabilité civile. Dans le Code Civil italien, plutôt, il y a des dispositions spécifiques sur le thème; il est entré en vigueur en 1942, donc le législateur italien a eu le temps d'adapter la discipline aux nouvelles exigences. Il s'agit des articles 1228 et 1229 c.c.

L'art. 1229 c.c. prévoit que « *È nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.*

È nullo altresì qualsiasi patto preventivo di esonero o di limitazione di responsabilità per i casi in cui il fatto del debitore e dei suoi ausiliari costituisca violazione di obblighi derivanti da norme di ordine pubblico »²⁵.

Il prévoit la limite du dol et de la faute lourde et la sanction envisagée est la nullité. Dans le deuxième alinéa il y a une référence à l'ordre public : c'est le fondement légal pour interdire les clauses sur le dommage corporel et sur la responsabilité délictuelle.

Seulement dans le deuxième alinéa il y a une référence aux préposés. Il est sûr, utilisant une interprétation littérale du texte, que la convention est nulle s'il y a une violation des dispositions d'ordre public commise par les préposés, mais on peut douter de l'application de la limite du dol et de la faute lourde pour les faits des préposés.

L'art. 1228 c.c. augmente les doutes parce qu'il prévoit que : « *Salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro »²⁶.* L'exception initiale peut suggérer la légitimité d'une telle

²² Art. 1283: « *En matière extracontractuelle, on ne peut exclure ou limiter la responsabilité pour faute* ».

²³ Art. 1281, all. 2.

²⁴ Art. 1282: « *En matière contractuelle, les clauses limitatives ou exclusives de responsabilité n'ont point d'effet en cas de faute lourde ou dolosive.*

Elles sont réputées non écrites lorsqu'elles privent de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ».

²⁵ Art. 1229 c.c. (traduction en français): « *La convention qui exclut ou limite la responsabilité du débiteur en cas de faute dolosive ou faute lourde est nulle.*

La convention qui exclut ou limite la responsabilité du débiteur ou des ses préposés est nulle, s'il y a une violation des dispositions d'ordre public ».

²⁶ Art. 1228 c.c. (traduction en français) : « *Sauf convention contraire, le débiteur qui, dans l'exécution de l'obligation, utilise le travail de tiers, est également responsable des événements intentionnels ou par faute de ces préposés* ».

clause, mais la jurisprudence a éliminé tous les doutes et a spécifié que les clauses limitatives ou exonératoires sont nulles aussi en cas de dol et faute lourde du préposé²⁷.

A. Validité et inefficacité.

Nous avons vu qu'en France il y a une distinction claire entre validité et inefficacité.

Si la clause prévoit expressément une limitation ou une exclusion de la responsabilité en cas de dol ou faute lourde, la clause est nulle, mais si la clause est formulée de manière générale (par exemple : « *le droit de la réparation est plafonné à 1000 euro* »), c'est au stade de l'exécution du contrat que le juge se place et après avoir relevé l'attitude gravement fautive du débiteur, lui refuse le jeu de la clause qui devait limiter ou exclure sa responsabilité. Lorsque le créancier a pu prouver la faute lourde ou dolosive du débiteur, il peut demander une réparation intégrale de son préjudice, parce qu'en principe valable, la clause est inefficace lorsque le débiteur a commis une faute particulièrement grave.

Les juges italiens n'utilisent pas cette distinction entre validité et inefficacité, donc lorsque la clause prévoit expressément une limitation ou une exclusion de la responsabilité en cas de dol ou faute lourde, la clause est nulle, mais si la clause est très générale, elle est déclarée nulle dans la partie où prévoit une limitation ou exclusion en cas de dol ou faute lourde et pour le principe de conservation, elle reste valide en cas de faute légère. La Cour de Cassation opère une conversion par réduction afin de valider la clause dans une moindre mesure ; grâce à la conversion les juges maintiennent la clause dans la mesure de la licéité. Ils reconnaissent la nullité de la convention portant sur le dol et la faute lourde du débiteur, mais lui permettent d'avoir un effet en dehors de sa faute grave. Pour être cohérent, dans ces cas il faudrait en réalité invoquer l'inefficacité de la clause, plutôt que son invalidité.

B. Protection de la partie faible.

Dans le droit italien il y a aussi des dispositions spécifiques qui limitent le principe de validité des clauses pour protéger la partie faible. On peut penser à la discipline des clauses abusives contenues dans le Code de la Consommation (art. 36, all. 2°, Cod. Cons.) ou à l'art. 1341 c.c.

Comme pour le droit français, les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité du débiteur sont considérées abusives dans le Code de la Consommation italien, toutefois on peut trouver des différences textuelles. L'art. 36, 2° all., Cod. Cons. prévoit que : « *Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di:*

a) *escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista ;*

b) *escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista* »²⁸.

Les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité peuvent être classées dans la lettre a) ou b), mais il n'y a pas aucune différence parce que les conséquences sont les mêmes : c'est toujours la liste noire et pour le professionnel il n'est pas possible de prouver l'absence de déséquilibre significatif.

²⁷Cass. Civ., 29 luglio 1975, n. 2938, in *Giust. civ.*, 1975, I, p. 1855.

²⁸Art. 36, 2° all., Cod. Cons. (traduction en français): « *Les clauses sont de manière irréfragable présumées abusives et donc sont nulles, quand ils ont pour objet ou pour effet de:*

a) *supprimer ou réduire la responsabilité du débiteur en cas de mort ou des dommages corporels du consommateur ;*

b) *supprimer ou réduire les actions du consommateur en cas de manquement complet ou partiel* ».

Donc en droit de la consommation italien et français les clauses limitatives ou exonératoires de la responsabilité sont interdites aussi en cas de faute légère.

Le Code Civil italien est l'un des premiers codes qu'il a essayé de réglementer la contractation de masse et il a prévu que certaines clauses sont réputées non écrites, si ne sont pas spécifiquement approuvées par écrit.

L'art. 1341 c.c. prévoit que : « *In ogni caso non hanno effetto, se non sono specificamente approvate per iscritto, le condizioni che stabiliscono, a favore di colui che le ha predisposte, limitazioni di responsabilità, [...]* »²⁹. La disposition exige un consentement spécifique pour neuf catégories des clauses jugées particulièrement sévères : clauses qui visent à limiter la responsabilité, clause qui limite le droit de soulever des objections, clause résolutoire, clause compromissoire.

Il y a un système de double signature, parce que le contractant doit signer la première fois pour la conclusion du contrat et une deuxième fois pour approuver les clauses de l'art. 1341, all. 2°. Cette technique de consentement spécifique pourrait être utilisée par les rédacteurs des contrats d'adhésion pour restreindre le champ d'application de l'art. 1171 c.c., parce que la disposition exclue la sanction pour les clauses négociables et aussi celles qui ont fait l'objet d'un consentement spécifique.

3. Conclusions

En conclusion, il est possible d'affirmer qu'il n'y a pas beaucoup de différences entre le droit italien et le droit français, sauf le cas, que l'on a vu, du nouvel art. 1171 c.c. ; au cœur des règles d'invalidité se tient le critère relatif à l'existence d'un déséquilibre structurel entre les parties, récemment étendu, en France, au droit commun des contrats avec l'art. 1171 c.c., assurant unité et cohérence au sein du régime. La partie faible doit donc être protégée contre le risque de déséquilibre contractuel qu'impliquerait une clause relative à la responsabilité prévue à son détriment, mais on doit attendre et voir l'usage que feront les juges pour comprendre la portée de la réforme du Code Civil. Toutefois, en prévoyant également le contrôle de la contradiction à l'obligation essentielle, l'ordonnance consacre à l'art. 1170 c.c. une solution jurisprudentielle peu heureuse et difficilement praticable.

²⁹Art. 1341, all. 2°, c.c. (traduction en français): « *Sont réputées non écrites, si ne sont pas spécifiquement approuvées par écrit, les clauses qui visent à limiter la responsabilité* ».