

## REGARDS SUR LE PRÉJUDICE D'AFFAIRES

### COMMENT ASSURER AU MIEUX, DANS SON PRINCIPE, LA RÉPARATION D'UN PRÉJUDICE D'AFFAIRES ?

#### S'EN REMETTRE AUX PARTIES<sup>1</sup>

CONFÉRENCE ASSOCIATION DROIT ET COMMERCE

TRIBUNAL DE COMMERCE DE MARSEILLE - 5 AVRIL 2013

*PAR MARIE LAMOUREUX\**

Cette première demi-journée se présente sous forme de question : comment assurer au mieux, dans son principe, la réparation d'un préjudice d'affaire ? Et pour répondre à cette question, deux pistes sont envisagées : s'en remettre aux parties ou s'en remettre au juge en lui reconnaissant de larges pouvoirs. Autrement dit, deux démarches pourraient animer les parties confrontées à un préjudice d'affaires : la première consiste, en quelque sorte, à partir du principe que l'on n'est jamais mieux servi que par soi-même et qu'il est dès lors préférable que la réparation du préjudice d'affaires résulte d'un accord des parties. La seconde consiste au contraire à faire preuve de confiance vis-à-vis du juge et donc à s'en remettre à lui, soit parce qu'en réalité les parties n'ont plus d'autre choix, faute d'être parvenues à un accord, soit parce qu'elles estiment qu'il est préférable de confier la question à un regard neutre, mieux à même de garantir le respect des intérêts légitimes de chacun.

La tâche me revenant d'envisager la première option, il faut avant tout concéder que cette démarche des parties consistant à s'en remettre à elles-mêmes peut être le fruit, sinon d'une

défiance vis-à-vis du juge, du moins d'une volonté d'éviter les aléas d'une procédure judiciaire. Toute procédure judiciaire est en effet teintée d'un certain aléa quant à son résultat, et on peut se demander si cet aléa n'est pas ici, au sujet de la réparation du préjudice d'affaires, plus grand encore que dans d'autres domaines. Cet aléa résulte avant tout d'une certaine opacité qui règne bien souvent en matière d'évaluation du préjudice dans le cadre des actions en responsabilité civile. On sait en effet que les juges du fond sont souverains s'agissant de l'évaluation proprement dite du préjudice, et que si la Cour de cassation opère malgré tout un certain contrôle en matière de réparation du préjudice, ce n'est qu'un contrôle limité et largement disciplinaire. En réalité, les juges du fond, pour éviter toute censure, sont invités à demeurer très vagues quant à l'évaluation des préjudices qu'ils entendent réparer. Comme le dit la Cour de cassation, les juges du fond justifient l'existence et l'ampleur du dommage par l'évaluation qu'ils en font, ou encore « les juges du fond apprécient souverainement les divers chefs de préjudice qu'ils retiennent et les modalités propres à en assurer la réparation intégrale »<sup>2</sup>. Autant dire

---

\* Marie Lamoureux est Agrégée des Facultés de Droit, Professeur à l'Université du Sud (Toulon-Var).

1 - Le style oral a été conservé

---

2 - V. par ex. Cass. Soc., 20 déc. 2006, n° 04-48.628 ; Cass. 3<sup>e</sup> civ., 3 févr. 2004, n° 02-19.217 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 23 avril 2003, n° 01-01.851, Bull. civ. I, n° 98.

que, sauf à commettre en toutes lettres une violation des règles cardinales régissant la matière, les juges du fond bénéficient d'une très grande latitude ; leurs décisions ne seront censurées que s'ils commettent une violation flagrante des règles de droit, par exemple en s'abstenant de réparer un dommage dont ils auraient pourtant constaté l'existence, en violation du principe de la réparation intégrale du préjudice, ou en avouant en toutes lettres s'en être remis à l'application d'un barème alors qu'ils ont l'obligation d'évaluer concrètement le préjudice à l'aune des circonstances particulières de l'espèce<sup>3</sup>. Les juges bénéficient donc d'une grande liberté, ce qui peut nourrir le sentiment qu'en la matière l'aléa judiciaire serait extrêmement vaste.

Et c'est certainement encore plus vrai lorsque l'action en responsabilité concerne des préjudices dont l'identification et surtout l'évaluation sont difficiles, ce qui est le cas d'un certain nombre de préjudices que l'on peut ranger sous la bannière des préjudices d'affaires. Leur caractère juridiquement réparable est déjà, parfois, sujet à caution, en particulier lorsqu'est invoqué un préjudice économique pur tel que le gain manqué résultant par exemple de la non conclusion d'un contrat que l'on espérait. Et une fois le caractère juridiquement réparable du préjudice admis, les difficultés demeurent bien souvent pour en évaluer l'ampleur avec précision. Comment évaluer, par exemple, le préjudice résultant d'une rupture abusive de pourparlers, d'une rupture abusive d'une relation commerciale, d'actes de concurrence déloyale ou de contrefaçon, un préjudice d'image...

Bref, on le voit, face à ces difficultés, le résultat d'une action en responsabilité devant la juridiction compétente sera souvent assez aléatoire. On comprend donc que les parties puissent avoir la volonté de prendre elles-mêmes les choses en main, et qu'elles s'efforcent d'assurer elles-mêmes la réparation du préjudice, pour autant, bien sûr, qu'elles parviennent à un accord. Ce n'est pas dire, bien sûr, qu'une telle démarche ne présente pas ses propres lacunes et ses propres risques, loin s'en faut, mais l'on comprend en tout cas que ces données puissent inciter les parties à adopter une telle position.

De manière générale, deux possibilités s'offrent alors aux parties et conduisent à retenir

une division temporelle. En effet, cet accord des parties peut intervenir en amont ou en aval, c'est-à-dire avant ou après la réalisation du dommage. Avant la réalisation du dommage, les parties peuvent anticiper la question d'un éventuel préjudice futur, du moins s'il s'agit d'un préjudice d'affaires résultant d'une relation contractuelle, en stipulant des clauses qui viendront régir les conséquences d'un manquement causant un préjudice, et auxquelles elles devront en principe se soumettre le moment venu, une fois le fait dommageable réalisé (I). Après la réalisation du dommage, les parties pourront encore transiger, et résoudre ainsi à l'amiable la question de la réparation du préjudice (II).

### I. *S'en remettre aux parties avant la réalisation du dommage*

Les parties peuvent donc, en amont, avant toute production d'un dommage, anticiper l'éventualité de sa réalisation et prévoir par avance ses conséquences. Or, cette démarche d'anticipation, qui est en pratique extrêmement fréquente, peut prendre des formes très variées. Parfois, les parties stipulent des clauses portant directement sur la réparation des préjudices qui pourraient résulter d'un manquement contractuel, clauses dont les illustrations les plus fréquentes sont les clauses pénales et les clauses limitatives de responsabilité ou de réparation (A). D'autres fois, ou en parallèle car les deux démarches peuvent se cumuler, les parties stipulent des clauses qui n'ont pas pour objet direct la réparation d'un préjudice, mais qui auront bien pour effet d'affecter les chances de réparation d'un préjudice d'affaires, par exemple en jouant sur les conditions de recevabilité d'une action en responsabilité (B).

#### A.- Les clauses portant directement sur la réparation du préjudice

Les clauses qui portent directement sur la réparation du préjudice prennent des formes variées, mais les plus usuelles demeurent les clauses pénales et clauses limitatives de réparation. Ces clauses ont toutes deux pour objet de prévoir un certain montant de dommages et intérêts qui devra être versé par la partie qui manquerait à ses obligations contractuelles, mais l'optique n'est cependant pas la même ; elle est même d'une certaine manière inverse au regard de la question posée ce matin, à savoir comment assurer la réparation d'un préjudice d'affaire ? De ce point de vue, la clause qui a véritablement pour objectif d'assurer cette réparation, c'est bien sûr la clause pénale, qui a une

3 - V. par ex., encore récemment, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 22 nov. 2012, n° 11-25.988.

fonction punitive et réparatrice, tandis que la clause limitative de réparation tend au contraire, comme son nom l'indique, à limiter la réparation du préjudice, de sorte qu'elle a plutôt une fonction d'indulgence, de clémence, vis-à-vis du débiteur. Pour autant, les deux démarches doivent être envisagées, d'autant qu'en pratique, selon la rédaction de ces clauses, la distinction n'est pas toujours si limpide.

Sans revenir sur l'ensemble du régime applicable à ces deux types de clauses, quelques points méritent simplement d'être rappelés.

1) La **clause pénale**, d'abord, prévoit un forfait d'indemnisation qui sera dû en cas de manquement contractuel, et généralement un forfait suffisamment élevé pour assurer la réparation intégrale du préjudice, voire au-delà.

Le premier avantage qui en résulte est évident : c'est la prévisibilité. Les parties prévoient elles-mêmes et par avance un forfait d'indemnisation, de sorte que le moment venu, si un manquement contractuel survient, il ne sera pas nécessaire d'apprécier l'ampleur du préjudice réellement subi. Cela reste le moyen le plus évident d'évacuer l'aléa judiciaire évoqué précédemment : les risques que l'inexécution fait naître ont été par avance évalués par les parties elles-mêmes. C'est d'autant plus vrai qu'il est de règle que la seule constatation du manquement ouvre droit au versement du montant convenu, sans qu'il soit nécessaire d'évaluer le préjudice, ni même de constater son existence : la somme est due du seul fait du manquement, sans avoir d'autre preuve à apporter<sup>4</sup>. Le deuxième avantage de la clause pénale résulte de son caractère comminatoire : si le montant convenu est suffisamment élevé, cette clause doit inciter le débiteur à l'exécution correcte de ses obligations contractuelles.

Mais, précisément parce que la clause pénale présente le risque de prévoir un montant excessif, allant au-delà du préjudice effectivement subi, on sait qu'elle peut faire l'objet d'un contrôle judiciaire, et que l'article 1152 alinéa 2 code civil offre au juge le pouvoir de réviser les clauses pénales manifestement excessives ou dérisoires. C'est bien sûr une atteinte évidente à l'efficacité des clauses pénales, dont le principe même est normalement d'établir un forfait de dommages et intérêts insusceptible d'être revu à la hausse ou à la baisse. Ceci étant, il faut tout

de même bien rappeler que l'efficacité des clauses pénales, en dépit de ce pouvoir judiciaire de révision, est loin d'avoir disparue, et la Cour de cassation veille d'ailleurs à ce que les juges du fond ne fassent pas un usage excessif des pouvoirs qu'ils tiennent de l'article 1152 alinéa 2 du code civil. C'est ainsi, par exemple, que la Cour de cassation rappelle régulièrement que, lorsque les juges refusent de réviser la clause pénale, ils n'ont pas à motiver spécialement leur décision, puisqu'ils ne font alors que respecter les prévisions des parties et la force obligatoire du contrat, tandis qu'ils doivent au contraire motiver spécialement leur décision lorsqu'ils révisent la clause pénale, car ils exercent alors un pouvoir modérateur exceptionnel<sup>5</sup>. La Cour de cassation veille en outre à ce que les juges du fond n'appliquent pas l'article 1152 du code civil au-delà de son champ d'application, qu'elle réserve aux seules clauses qui doivent recevoir la qualification de clause pénale, ce qui laisse à l'abri de la révision judiciaire les indemnités diverses et variées qui peuvent être contractuellement prévues dès lors qu'elles n'ont pas pour objet précis d'établir un forfait d'indemnisation applicable en cas d'inexécution contractuelle. L'inverse est cependant vrai : les rédacteurs de contrats cultivent parfois l'art de camoufler l'existence d'une clause pénale en lui donnant d'autres habits, espérant ainsi échapper aux foudres de l'article 1152 alinéa 2 du code civil, mais il faut bien rappeler que le juge n'est pas lié par la qualification que les parties donnent à leurs stipulations et qu'ils peuvent donc parfaitement requalifier toutes les clauses pénales qui cacheraient leur nom<sup>6</sup>.

2) Quant aux **clauses limitatives de responsabilité ou de réparation**, elles ont pour objet, non plus de prévoir un forfait d'indemnisation en cas d'inexécution, mais un plafond d'indemnisation : le contrat prévoit qu'en cas de manquement à telle ou telle obligation, le débiteur fautif ne pourra être tenu de verser une somme supérieure au montant stipulé. La démarche est donc bien différente de celle animant la clause pénale : la clause pénale

4 - V. par ex. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 12 janv. 1994, Bull. civ. III, n° 5, RTD civ. 1994, p. 605, obs. J. Mestre, Defrénois 1994, p. 804, obs. D. Mazeaud ; 20 déc. 2006, Bull. civ. III, n° 256.

5 - V. par ex., récemment, Cass. Soc., 5 avril 2012, n° 10-21.145.

6 - V. par ex., requalifiant en clause pénale une clause qui se présentait comme une clause relative aux restitutions en cas de résolution du contrat, en rappelant que constitue une clause pénale « la clause par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée » : Cass. 3<sup>e</sup> civ., 26 janv. 2011, n° 10-10.376, Bull. civ. III, n° 12.

a pour but d'inciter à l'exécution du contrat, en stipulant un montant suffisamment élevé, tout en assurant par là même la réparation du préjudice subi si l'exécution s'avère défectueuse. C'est donc une clause ayant vocation à servir les intérêts de la victime. La clause limitative de réparation a au contraire vocation à servir les intérêts du responsable en limitant l'indemnisation du préjudice, de sorte que le risque est cette fois-ci de priver la victime d'une indemnisation suffisante de son préjudice.

C'est pourquoi ces clauses sont, on le sait, particulièrement surveillées, et que leur validité et leur efficacité, qui sont admises par principe au nom de la liberté contractuelle, sont soumises à de nombreuses limites. Elles sont même si nombreuses que je n'y reviendrai pas en détail, au risque de garder la parole toute la matinée, et j'en rappellerai seulement quelques-unes parmi les plus importantes. C'est parfois la validité même de ces clauses qui est remise en cause, puisque les clauses limitatives de réparation sont prohibées dans un certain nombre de contrats spéciaux, tels que les contrats de consommation par exemple<sup>7</sup>. Surtout, quelle que soit la qualité des parties, et donc même si elles sont toutes deux professionnelles, la jurisprudence se montre vigilante si la clause concerne le cœur de l'opération contractuelle, c'est-à-dire l'obligation essentielle souscrite par le débiteur : dans ce cas, la clause limitative de réparation ne peut s'appliquer que si elle n'a pas pour effet de vider de toute substance cette obligation essentielle.

Il aura toutefois fallu quelques sagas jurisprudentielles bien connues pour en arriver à cette conclusion, sagas qui avaient commencé en 1996 avec le premier arrêt Chronopost<sup>8</sup> et qui ont connu leurs derniers développements majeurs avec les arrêts Faurecia. Mais ce qu'il faut surtout rappeler c'est qu'en réalité l'arrêt « Faurecia 2 » a permis de restaurer le principe de validité des clauses limitatives de réparation qui avait été mis en doute suite au premier arrêt Faurecia<sup>9</sup> rendu en 2007, qui concernait un

contrat conclu entre deux sociétés commerciales, et qui avait décidé que toute clause limitative de réparation portant sur une obligation essentielle devait être réputée non écrite. Cette solution était certainement excessive et conduisait à douter que les clauses limitatives de responsabilité puissent encore être stipulées utilement. On pouvait bien se demander si ce premier arrêt Faurecia ne signait pas l'arrêt de mort des clauses limitatives de responsabilité. L'arrêt Faurecia 2<sup>10</sup>, rendu en 2010 suite à la résistance de la Cour d'appel de Paris<sup>11</sup>, est revenu à une position plus mesurée en décidant que les clauses portant sur une obligation essentielle ne devaient pas systématiquement disparaître : elles ne le doivent que si elles « contredisent la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur » c'est-à-dire lorsqu'elles sont telles qu'elles vont jusqu'à priver l'obligation essentielle de toute substance. En l'espèce, les juges ont estimé que ce n'était pas le cas et la clause a donc pu être sauvée, au motif que la limitation de responsabilité qui avait été prévue n'était pas dérisoire, d'autant que la lecture du contrat en son entier démontrait un certain équilibre, la limitation de responsabilité étant en quelque sorte compensée par les avantages et ristournes qui avaient par ailleurs été consentis à la société Faurecia. Il en résulte que, désormais, lorsqu'une clause limitative de responsabilité a vocation à s'appliquer en cas de manquement à une obligation essentielle, il convient d'apprécier au cas par cas l'équilibre contractuel en adoptant une lecture globale du contrat. Cet arrêt aura donc finalement surtout eu le mérite de rappeler que les clauses limitatives de réparation ne forment généralement qu'une pièce d'un ensemble et qu'elles ne doivent donc pas être envisagées isolément : elles sont souvent compensées par des avantages accordés en contrepartie au cocontractant, à commencer par une diminution du prix rendue possible par la limitation de responsabilité du débiteur.

7 - Art. R. 132-1, 6°, c. consom.

8 - Cass. Com., 22 oct. 1996, Bull. civ. IV, n° 261, D. 1997, jur., p. 121, note A. Sériaux, D. 1997, somm., p. 175, obs. Ph. Delebecque, Defrénois 1997, art. 36516, note D. Mazeaud, JCP G 1997, I, 4002, obs. M. Fabre-Magnan, JCP G 1997, I, 4025, obs. G. Viney, RTD civ. 1997, p. 418, obs. J. Mestre.

9 - Cass. Com., 13 févr. 2007, Bull. civ. IV, n° 43, D. 2007, p. 654, obs. X. Delpech, D. 2007, p. 1042, obs. R. Libchaber, D. 2007, p. 2975, obs. B. Fauvarque-Cosson, JCP G 2007, II, 10063, note Y.-M. Serinet, JCP G 2007, I,

185, n° 10, obs. Ph. Stoffel-Munck, RDC 2007, p. 707, obs. D. Mazeaud, RDC 2007, p. 746, obs. S. Carval, RTD civ. 2007, p. 567, obs. B. Fages.

10 - Cass. Com., 29 juin 2010, Bull. civ. IV, n° 115, D. 2010, p. 1832, note D. Mazeaud, JCP G 2010, n° 787, note D. Houtcieff, JCP E 2010, n° 1790, note Ph. Stoffel-Munck, LPA 2010, n° 162, p. 7, note N. Dupont-Le Bail, RLDC 2010/77, note M. Lamoureux, RTD civ. 2010, p. 555, obs. B. Fages.

11 - CA Paris, ch. 25, sect. A, 26 nov. 2008, Comm. com. électr. 2009, comm. 37, obs. Ph. Stoffel-Munck, RDC 2009, p. 1010, obs. Th. Génicon.

Si, malgré tout, la clause limitative de réparation est finalement mise à l'écart, le juge recouvre naturellement le pouvoir d'évaluer le préjudice subi et d'en assurer la réparation intégrale, en application des règles légales, de droit commun. Encore faut-il néanmoins que ce retour au droit commun ne se retourne pas contre la victime. J'illustrerai le propos à l'aide d'un arrêt rendu par la cour d'appel de Paris en 2010<sup>12</sup>. En l'espèce, une société d'informatique avait acquis la totalité du capital de deux sociétés après s'être entourée des conseils de trois cabinets spécialisés, l'un en conseil stratégique et financier, l'autre en conseil juridique et le dernier en conseil comptable. Or, il s'est avéré que le diagnostic établi par le cabinet de conseil stratégique et financier avait été un peu trop optimiste, puisque très peu de temps après la cession (trois mois seulement) les deux sociétés acquises ont connu des difficultés telles que l'une a été placée en redressement judiciaire et l'autre en liquidation. La responsabilité du cabinet de conseil stratégique et financier a alors été recherchée par le client, qui a invoqué un manquement à son obligation de conseil. Or, le contrat qui avait été conclu entre le cabinet de conseil et son client contenait une clause qui se présentait comme une clause limitative de responsabilité, mais qui était en réalité une pure et simple clause de non-responsabilité, qui prévoyait que le cabinet ne pourrait faire l'objet d'aucune action en responsabilité, sauf faute lourde de sa part. Or, la Cour d'appel de Paris a jugé que cette clause devait être réputée non écrite car elle contredisait la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur, à savoir son obligation de conseil, de sorte que le cabinet de conseil ne pouvait s'exonérer purement et simplement de toute responsabilité en cas de manquement à cette obligation et à cet égard le fait de réserver uniquement le cas de la faute lourde était insuffisant. La clause a donc été écartée, en application de la jurisprudence Faurecia, autorisant ainsi le client à rechercher la responsabilité de la société de conseil, mais cela ne lui a cependant pas permis d'obtenir ce qu'il espérait. L'obligation de conseil n'est en effet qu'une obligation de moyens, de sorte qu'une indemnisation ne pouvait être obtenue qu'en démontrant la faute commise par le débiteur, chose que le client n'était pas parvenu à faire. La mise à l'écart de la clause limitative

de responsabilité n'a donc finalement guère été profitable au client, qui n'a pu obtenir aucune indemnisation, faute d'avoir pu démontrer la réunion des conditions indispensables pour engager la responsabilité du cabinet de conseil. C'est que, ici comme ailleurs, il ne suffisait pas de démontrer l'existence d'un préjudice d'affaires, il fallait encore démontrer la faute du débiteur.

### B. Les clauses influant indirectement sur la réparation du préjudice

Ce qui m'offre une transition toute trouvée pour passer des clauses qui portent directement sur la question de la réparation du préjudice, comme les clauses limitatives de réparation et les clauses pénales, aux clauses qui influencent indirectement cette question, et qui vont tantôt favoriser la réparation du préjudice, tantôt limiter les chances de réparation. Pour cela, ces clauses vont pouvoir jouer notamment sur les conditions d'engagement de la responsabilité, ou encore sur les conditions de recevabilité d'une action en responsabilité. Ces clauses étant très nombreuses, je me contenterai d'en citer quelques exemples.

1) D'abord, les parties peuvent naturellement influencer la réparation d'un préjudice d'affaires par la voie de **clauses portant sur les conditions mêmes de la responsabilité**. En effet, on vient de le voir, mais c'est une lapalissade, pour que des dommages et intérêts soient dus, encore faut-il que les conditions de la responsabilité soient réunies, et de ce point de vue les stipulations contractuelles ont un rôle à jouer. De nombreuses clauses peuvent en particulier jouer sur le fait générateur de responsabilité, le manquement contractuel, en facilitant ou en rendant plus difficile sa démonstration, et donc la possibilité d'obtenir une indemnisation.

Il en est ainsi, par exemple, des clauses qualifiant les obligations contractuelles d'obligations de moyens ou de résultat, clauses qui sont à la frontière entre le fond et la preuve, et qui vont influencer la possibilité d'obtenir la sanction d'un prétendu manquement contractuel, qui sera bien sûr plus difficile en présence d'une obligation de moyens que d'une obligation de résultat. Dans le même esprit, les parties peuvent convenir d'une clause de force majeure, qui va influencer sur les causes d'exonération que le débiteur pourra invoquer, en les étendant ou au contraire en les limitant, ce qui, là encore, modifiera les chances d'obtenir une indemnisation le moment venu. Ainsi, les parties peuvent s'efforcer de garantir la réparation du préjudice en stipulant une

---

12 - CA Paris, 14 déc. 2010, Pôle 2 – ch. 1, RG n° 08/09544, D. 2011, p. 511, obs. X. Delpech, Rev. Sociétés 2011, p. 612, obs. A. Couret.

clause empêchant le débiteur d'invoquer la force majeure, faisant ainsi de son obligation une véritable obligation de garantie, allant au-delà d'une obligation de résultat. A l'inverse, la force majeure peut être définie par le contrat de manière très souple, ce qui conduira alors à exonérer le débiteur de sa responsabilité plus facilement que de coutume. Dans l'un et l'autre cas, les parties répartissent ainsi différemment les risques résultant de leur opération contractuelle et modifient les conditions dans lesquelles la réparation d'un préjudice d'affaires pourra être obtenue.

C'est aussi sur la notion de préjudice elle-même que les parties peuvent jouer, à côté du fait générateur. Cela peut être une forme de clause limitative ou exonératoire de responsabilité lorsque les parties excluent par exemple l'indemnisation de certains chefs de préjudice. Mais le raisonnement peut aussi être plus subtil et conduire, parfois, à favoriser au contraire l'indemnisation du préjudice. Cela peut être le cas, par exemple, lorsque le contrat apporte un certain nombre de précisions qui permettront, le moment venu, de dire si tel ou tel préjudice invoqué par la victime était ou non un préjudice prévisible, et partant, s'il s'agit ou non d'un préjudice réparable. On sait en effet qu'en matière contractuelle, seuls les préjudices prévisibles sont réparables, c'est-à-dire les préjudices qui étaient prévisibles lors de la conclusion du contrat. Il est clair à cet égard que les précisions que les parties ont pu apporter lors de la rédaction du contrat permettront plus ou moins facilement d'établir la prévisibilité du dommage, et pourront donc favoriser la réparation du préjudice, en exprimant en toutes lettres la volonté des parties de faire peser tel ou tel risque de dommage sur la tête du débiteur<sup>13</sup>. Cela est d'autant plus prudent depuis que la Cour de cassation, par une série d'arrêts récents, a démontré sa volonté de contrôler strictement le respect de cette condition de prévisibilité du dommage en matière contractuelle<sup>14</sup>.

2) A côté des clauses jouant sur les conditions de la responsabilité, ce sont aussi les

**clauses relatives à la recevabilité d'une action en responsabilité** qui pourront venir influencer la réparation du préjudice, en la facilitant ou au contraire en l'entravant. L'exemple topique est celui des clauses de prescription limitant le délai pour agir offert à la victime, prévoyant par exemple qu'à compter du fait dommageable la victime devra agir dans les trois mois ou dans l'année. Par principe ces clauses de prescription, et notamment celles qui abrègent le délai de prescription, sont valables, ce que le code civil affirme aujourd'hui on ne peut plus clairement depuis la réforme de la prescription en matière civile et commerciale du 17 juin 2008<sup>15</sup>. Néanmoins, ces clauses ne doivent pas conduire à rendre illusoire toute possibilité d'action en justice, ce qui conduirait à porter atteinte au droit au juge et priverait la victime de toute possibilité véritable d'obtenir en justice la réparation de son préjudice. C'est pourquoi le code civil prévoit que les clauses abrégeant le délai de prescription ne sont valables que sous réserve de ne pas prévoir un délai inférieur à un an.

On relèvera en revanche que lorsque les clauses de prescription sont valables, elles bénéficient à certains égards d'un régime plus sévère à l'égard de la victime que celui applicable aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, alors même qu'elles peuvent fort bien produire un effet aussi drastique qu'une clause limitative de responsabilité, en limitant la durée de cette responsabilité. La jurisprudence a en effet précisé que, contrairement aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, les clauses de prescription devaient être respectées même en cas de faute lourde du débiteur<sup>16</sup>. La faute d'une particulière gravité ne prive donc pas le fautif du bénéfice d'une clause abrégeant le délai de prescription, alors qu'elle le prive du bénéfice des clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité.

Les parties peuvent ainsi, lors de la rédaction du contrat, influencer considérablement la réparation du préjudice qui pourrait naître de leurs relations d'affaires, par des clauses extrêmement variées, ce qui pourra, selon les cas, conduire à garantir la réparation de ce préjudice ou au contraire limiter les chances de

13 - V. par ex. récemment, dans cette perspective, invitant les parties au contrat à plus de précision, Cass. 3<sup>e</sup> civ., 14 mars 2012, n° 10-28.263 et 11-10.695.

14 - V. not. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 avril 2011, Bull. civ. I, n° 77, D. 2011, p. 1725, note M. Bacache, RTD civ. 2011, p. 547, obs. P. Jourdain, RDC 2011, p. 1157, obs. Y.-M. Laithier et p. 1163, obs. G. Viney ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 sept. 2012, Bull. civ. I, n° 185, D. 2012, p. 2305, obs. I. Gallmeister, RTD com. 2012, p. 843, obs. B. Bouloc.

15 - Art. 2252 c. civ.

16 - Cass. Com., 12 juillet 2004, n° 03-10.547 et 03-10.891, Bull. civ. IV, n° 162, D. 2004, p. 2296, note Ph. Delebecque, RTD civ. 2005, p. 133, obs. J. Mestre et B. Fages, RDC 2005, p. 273, obs. D. Mazeaud.

réparation, ou du moins d'une réparation intégrale.

## II. S'en remettre aux parties après la réalisation du dommage

Faisons maintenant un saut dans le temps, et envisageons ce que les parties peuvent faire pour assurer la réparation d'un préjudice d'affaires, non plus avant sa survenance, mais après. C'est en effet aussi après la réalisation du dommage que les parties peuvent décider d'une démarche amiable pour réparer un préjudice d'affaires. Elles pourront alors recourir à la transaction, pour autant bien sûr qu'elles parviennent à un accord. Il ne fait pas de doute que les parties peuvent recourir à la transaction en matière de responsabilité civile en vue de régler les conséquences d'un fait dommageable. En ce domaine, la transaction aura pour effet de liquider la créance de dommages et intérêts, tout en emportant renonciation au droit d'agir en justice pour obtenir réparation du préjudice couvert par la transaction.

Or, les avantages de la transaction sont évidents en ce qu'elle permet d'éviter le contentieux, et donc le temps et l'aléa d'une procédure judiciaire. De plus, la transaction a, on le sait, la vertu de mettre fin à la situation litigieuse puisque, selon les termes du code civil, la transaction a « entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort »<sup>17</sup>. Certes, la formule est plus suggestive que parfaitement exacte et ne doit donc pas être prise au pied de la lettre : transiger, ce n'est pas rendre un jugement. Mais la transaction n'en est pas moins dotée d'une grande force, qui est d'abord celle de la force obligatoire attachée à tout contrat, mais qui peut aussi devenir celle d'un titre exécutoire, la transaction pouvant être revêtue de la formule exécutoire par une procédure simple et rapide<sup>18</sup>. En outre, les voies de nullité affectant la transaction sont à certains égards plus limitées qu'en droit commun du contrat, précisément pour garantir l'effet utile de la transaction, pour assurer qu'elle mette bien fin à la situation litigieuse existant entre les parties, sans que des voies de nullité trop vastes ne viennent ruiner ce principe.

---

17 - Art. 2052 c. civ.

18 - Art. 1441-4 CPC. La Cour de cassation a en outre décidé que les dispositions de ce texte « ne font pas obstacle à ce qu'une transaction soit reçue par un notaire et que celui-ci lui confère force exécutoire » : Cass. 2<sup>e</sup> civ., 21 oct. 2010, n° 09-12.378, Bull. civ. II, n° 173.

Pour autant, il ne faudrait pas en conclure que la transaction serait parée de toutes les vertus, notamment en matière de responsabilité civile. Il est clair que les parties doivent bien peser les termes de leur accord et que la transaction est un contrat qui doit être bien négocié. La victime en particulier doit faire preuve d'une vigilance certaine pour que ses intérêts n'en ressortent pas excessivement lésés, le risque principal étant que la transaction ne couvre pas tous les préjudices subis ou qu'ils ne soient réparés qu'imparfaitement, étant rappelé qu'en principe aucune action en justice ne sera ensuite recevable pour obtenir un complément d'indemnisation. Le risque est donc, au regard de la question posée ce matin, que la réparation intégrale du préjudice, notamment du préjudice d'affaires, ne soit pas assurée.

Et, au fond, on peut se demander si la transaction n'est pas, par définition, contraire à l'idée même d'une réparation intégrale du préjudice. En effet, la victime peut-elle véritablement prétendre à une réparation intégrale de son préjudice alors que la transaction implique, nous dit la jurisprudence, l'existence de concessions réciproques et donc un certain esprit de sacrifice ? Dès lors, recourir à la transaction en matière de responsabilité civile n'emporte-t-il pas, fatalement, renonciation au bénéfice du principe de la réparation intégrale du préjudice ?

C'est très probable, même si, en réalité, ce n'est pas forcément ainsi qu'il convient de raisonner car, dans la pureté des principes, ce n'est pas par rapport aux droits véritables de chaque partie que les concessions réciproques doivent être appréciées, et donc notamment au regard de ce qui pourrait être obtenu en justice, mais par rapport aux prétentions initiales des parties. On ne pourra jamais savoir ce qu'aurait décidé un juge s'il avait été saisi du litige puisque, par hypothèse, ce litige ne lui sera pas présenté : on ne saura jamais avec certitude dans quelle mesure les prétentions de chaque partie auraient été jugées fondées et à quelle hauteur le juge aurait finalement évalué le préjudice subi. Le but même de la transaction est normalement de rendre cette vérification impossible, même si la tentation sera toujours grande de se demander si une procédure judiciaire aurait permis d'obtenir plus ou d'obtenir mieux.

Au demeurant, il faut quand même rappeler que si les concessions réciproques doivent exister, elles n'ont pas, en revanche, à être

équilibrées, ce que le Code civil rappelle bien en indiquant que la transaction ne peut pas être attaquée pour cause de lésion<sup>19</sup>. Ce qui nous ramène, alors, à la question essentielle lorsque la transaction porte sur des dommages et intérêts : que faire si la transaction n'est pas équilibrée, s'il apparaît finalement que l'indemnisation de la victime a été très insuffisante au regard du préjudice réel, parce qu'il a été mal évalué au moment de la transaction, ou parce que certains chefs de préjudice ont été omis ? Restera-t-il alors un moyen d'assurer une réparation correcte de ses préjudices ? Que pourrait encore espérer la victime ? En réalité pas grand-chose, du moins s'il s'agit simplement d'une mauvaise évaluation du préjudice. Si un préjudice a été purement et simplement omis, une action pourra être envisagée puisque l'autorité de la transaction ne vaut que pour ce qu'elle renferme ; par conséquent, la transaction qui serait muette sur tel ou tel chef de préjudice ne ferait pas obstacle à ce qu'une action en justice soit finalement intentée pour obtenir une indemnisation complémentaire, pour les préjudices non compris dans la transaction (pour autant que celle-ci ne s'y oppose pas expressément, par une clause de forfait par exemple). Mais s'il s'agit simplement d'une mauvaise évaluation, on ne peut normalement plus y revenir puisque la transaction a autorité de la chose jugée, ce qui rend irrecevable toute action en justice visant à obtenir une nouvelle indemnisation pour le préjudice visé dans la transaction, sauf bien sûr à ce que la nullité de la transaction puisse être obtenue, si elle a par exemple été extorquée par violence ou par dol. Mais ces voies de nullité sont étroites : on l'a vu, la lésion n'est pas une cause de nullité de la transaction ; on n'attend pas d'elle qu'elle soit équilibrée. Et s'il existe bien d'autres causes de nullité envisageables, en particulier l'erreur de la victime sur son propre préjudice, l'étude de la jurisprudence montre que les chances de succès sont minces, l'erreur étant entendue de manière assez restrictive en matière de transaction<sup>20</sup>.

Mais, finalement, s'il existe bien un risque que le préjudice ne soit réparé qu'impar-

faitement lorsque les parties recourent à la transaction, c'est que l'objectif de la transaction n'est tout simplement pas de garantir une juste et parfaite réparation : l'objectif de la transaction reste avant tout d'éviter le procès, de faire l'économie d'une procédure judiciaire longue et à l'issue aléatoire, quitte à devoir renoncer à une partie de ses droits substantiels<sup>21</sup>. Et une fois rappelé cet aléa qui existe lorsque la réparation du préjudice est demandée en justice, on conclura que la transaction vise surtout à supprimer cet aléa en le remplaçant par un autre, ou plutôt en le remplaçant par un risque : le risque d'avoir été moins bien servi que par les juges, risque dont on ne pourra jamais apprécier avec certitude la réalisation mais que les parties doivent accepter de prendre lorsqu'elles concluent une transaction.

---

19 - Art. 2052 c. civ.

20 - Encore que la jurisprudence ait quelque peu élargi cette conception en admettant la prise en compte de l'erreur de droit, dès lors qu'elle porte sur l'objet même de la contestation : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mai 2008, Bull. civ. I, n° 151, D. 2009, p. 272, note Ludwiczac, CCC 2008, comm. n° 225, obs. L. Leveneur, Dr. et patr. févr. 2009, p. 126, obs. L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck.

---

21 - V. par ex. dans cette perspective, au sujet de la réparation du préjudice économique subi par un pêcheur suite à une marée noire, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 déc. 2007, Bull. civ. I, n° 383.